



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 3, n. 1, jan./jun. 2021

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Profa. Esp. Isabel Cristina Alvares de Souza

Editora: UNIANCHIETA

Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari

Diretora Acadêmica

Prof. Me. João Vasconcelos

Diretor de Graduação

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSELHO EDITORIAL

Profa. Dra. Ana M. Motta Ribeiro (**UFF**)
Profa. Dra. Ana Paula T. Delgado (**Escola da Magistratura do RJ**)
Prof. Dr. André A. S. Bezerra (**TJSP**)
Prof. Dr. Antonio C. Morato (**USP**)
Prof. Me. Arnaldo Lemos Filho (**PUCAMP**)
Profa. Dra. Carolina P. Lins Mesquita (**UFRJ**)
Prof. Dr. Claudio A. Soares Levada (**TJSP**)
Prof. Dr. Claudio Ribeiro Lopes (**UFMS**)
Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior (**UFF**)
Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (**FADIPA**)
Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito (**PUC/SP**)
Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Jorge E. Carvajal Martinez (**Universidade da Colômbia**)
Prof. Dr. José Antonio Callegari (**UFF**)
Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo (**Universidade Regional do Cariri**)
Profa. Dra. Luzia B. de Oliveira Silva (**USF**)
Profa. Dra. Marcia Simoni Fernandes (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves (**UFF**)
Dr. Massimiliano Verde (**Accademia Napoletana**)
Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (**FADIPA**)
Profa. Dra. Myriam Benarrós (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Paulo R. Iotti Vecchiatti (**Ordem dos Advogados**)
Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (**GP CNPq Direito Civil Constitucional**)
Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti (**Ministro-aposentado do STJ**)
Prof. Dr. Wagner de Oliveira (**Universidade Estadual de Santa Cruz**)
Prof. Dr. Wilson Madeira Filho (**UFF**)

SUMÁRIO

Apresentação.....	3
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
Liberdade de Expressão e as Biografias não Autorizadas: Uma Preferência em Favor da História Social.....	5
	<i>Marco Aurélio Mello</i>
A Necessária Distinção entre Sócios Quotistas e os Meramente Investidores ante ao Projeto que Propõe Regular as Quotas Preferenciais.....	20
	<i>Pablo Gonçalves e Arruda Saulo Bichara Mendonça</i>
A Condição Feminina no Direito Romano e Brasileiro: Uma Análise Contra-Hegemônica para a Construção de Novos Discursos.....	35
	<i>Fernando Menezes Lima Glícia Édeni de Lima Teixeira</i>
A Definição Jurídica de Consumidor em São Tomé e Príncipe: Estudo Propositivo em Homenagem aos Consumidores Santomenses.....	53
	<i>Ivan de Oliveira Durães Aleksander Lombá Henriques Santos</i>
Os Núcleos Familiares a Partir do Movimento Crítico do Direito: Uma Introdução Teórica.....	66
	<i>Pietro Nardella Dellova</i>
Da Homossexualidade à Homoafetividade. Dos Gregos à Contemporaneidade.....	83
	<i>Paulo Iotti</i>
O Direito Civil e a Colonização do Novo Mundo: Uma Introdução.....	108
	<i>Pedro Dalla Bernardina Brocco Marcus Fabiano Gonçalves</i>
A Aplicação do Enunciado N° 532 no Contexto da Pandemia da Covid-19: O Avanço da Vacina Frente aos Atos de Disposição do Próprio Corpo.....	128
	<i>Ana Paula de Moraes Pissaldo Barbara Revelles Santos</i>
Memoricídio, Negazionismo Delle Élites.....	142
	<i>Massimiliano Verde</i>
João do Rio: Tatuagem, Estigma e Sanitarismo na República Velha.....	153
	<i>Marcus Fabiano Gonçalves Matheus Guimarães Silva de Souza Palloma Borges Guimarães de Souza</i>

As Tragédias Ambientais e a Crise de Representatividade do Estado Brasileiro na Globalização Econômica.....173

*Eliete Doretto Dominiquini
Ana Paula de Moraes Pissaldo*

Fontes Originárias do Direito Civil: Afinidades Eletivas entre Religião e Instituições de Direito Civil.....204

Pietro Nardella-Dellova

A Aplicação do Postulado da Proporcionalidade de Princípios na Tutela dos Bens Jurídicos na Sociedade Informacional.....234

*Marcos De Lucca Fonseca
Pietro Nardella-Dellova
Elvis Brassaroto Aleixo*

Análise Crítica das Funções da Propriedade no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....283

*Michelle de Souza Ferreira
Pietro Nardella-Dellova
Elvis Brassaroto Aleixo*

Aspectos da Responsabilidade Civil a Partir do Princípio da Dignidade Humana.317

*Gislaio Rian dos Santos
Pietro Nardella-Dellova*

APRESENTAÇÃO

Prezados leitores, salve!

Estamos apresentando a quinta edição da nossa RDC - Revista de Direito Civil. A alegria é imensa por podermos reunir tantas pessoas empenhadas em apresentar suas ideias, suas teorias e seus posicionamentos diante do Direito, sobretudo em um momento de particular aflição pandêmica que assola o mundo e, em especial, o Brasil.

O entusiasmo de articulistas, o fluxo de ideias e a apresentação de muitos Artigos apenas demonstram a respeitabilidade de que goza nossa Revista e de como é vista como veículo importante para a Academia, para o Ensino, Pesquisa e Extensão. Entramos no terceiro ano de publicação da Revista de Direito Civil sempre com uma apresentação impecável e de altíssimo nível.

Na presente Edição, percorremos o caminho do Direito Empresarial, das fontes romanas e gregas do Direito Civil, do Direito Comparado, de aspectos importantes do Direito das Famílias e das Relações Interpessoais, da História do Direito Civil, apontando questões relativas à pandemia, assim como tragédias que repercutem em Responsabilidade Civil. E, diante de tanta riqueza intelectual, resta-nos a gratidão imensa aos nossos Articulistas que, sem qualquer outro propósito, colaboram com o conhecimento e debates temáticos.

Sentimos que nossa missão uma vez mais está cumprida, propiciando a leitura do Direito Civil com fundamentos constitucionais. O caminho do saber não tem fim, é um processo de construção, ora erguendo a construção, ora buscando suas estruturas e alicerces, ora tratando de institutos, ora de pessoas, sempre – como meta e propósito, resguardando a dignidade da pessoa humana e dos valores constitucionais que faz resistir, inabalável, o Estado Democrático de Direito e a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Assim, muito honradamente e felizes, entregamos mais esta Edição a fim de colaborar com a leitura vertical, robusta, substancial e inquietante.

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da RDC - Revista de Direito Civil

NOTA

Nossa **RDC - Revista de Direito Civil** tem publicação semestral e, como sói acontecer com nossa produção, tem, além dos fundamentos dogmáticos e técnicos, também caráter pluralista, com respeito às diversidades culturais, políticas e religiosas, reverência aos valores constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, defesa inegociável do Estado de Direito, dos Direitos Humanos e Fundamentais, assim como atenção plena aos princípios do valor social do trabalho, da livre-iniciativa, função social da propriedade, atividade empresarial, cambial, financeira e econômica constitucionais, humanização das obrigações jurídicas, função social do contrato e fundamentos humanistas dos núcleos familiares e sucessórios. A **RDC** aprecia a abordagem dogmática, assim como a zetética, com acento na construção ética, filosófica, histórica e socioantropológica dos institutos de Direito Privado (Empresarial e Civil).

Os textos aqui publicados, suas citações e anotações bibliográficas, seus posicionamentos teóricos, dogmáticos, zetéticos, filosóficos, políticos, religiosos, culturais e sociais, são de inteira responsabilidade de seus autores e coautores, não refletindo necessariamente o pensamento da Revista, da Coordenação ou da Instituição que a publica.

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS
BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS:
UMA PREFERÊNCIA EM FAVOR DA
HISTÓRIA SOCIAL**

Marco Aurélio Mello¹

RESUMO

As liberdades comunicativas são essenciais para a dignidade humana, no que permitem a manifestação de ideias. Mostram-se necessárias à realização do autogoverno coletivo, por permitirem o debate público. Este artigo versa a importância, considerada a historiografia social, das biografias não autorizadas. Na primeira parte, aborda-se a liberdade de expressão na sociedade democrática e na Constituição de 1988. Na segunda, as diversas formas de censura. Na terceira, a compatibilidade, com a Carta da República, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, ante a exigência de autorização prévia do biografado.

PALAVRAS-CHAVES: liberdades comunicativas; censura; Constituição; biografias não autorizadas; história.

ABSTRACT

Communicative freedoms are essential to human dignity. They allow people to express their own ideas. They are also necessary for the realization of collective self-government allowing the exchange of arguments and free information in the public debate. The purpose of this article is to demonstrate the importance of unauthorized biographies for social historiography. In the first

¹ Ministro Decano do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Supremo Tribunal Federal (maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (junho de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008 e novembro de 2013 a maio de 2014). Presidente do Supremo Tribunal Federal, no exercício do cargo da Presidência da República do Brasil, de maio a setembro de 2002, em quatro períodos intercalados.

part, I will address the importance of freedom of expression in a democratic society and its preferential position in the 1988 Constitution. The second part will analyze the different ways in which censorship can manifest itself. In the third, I will analyze the constitutionality of articles 20 and 21 of the Civil Code, which require prior authorization of the biographed to publish her own biography.

KEYWORDS: communicative freedoms; censorship; Constitution; unauthorized biographies; History.

INTRODUÇÃO

A liberdade ocupa posição de destaque na Constituição Federal. No título reservado aos direitos e garantias fundamentais, na cabeça do artigo 5º, assegura-se aos brasileiros natos e aos estrangeiros residentes no País, entre outras garantias, a inviolabilidade da liberdade. No inciso IX do dispositivo, prevê-se a liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença e, no artigo 220, a impossibilidade, considerado o campo da comunicação social, de restrição à manifestação do pensamento, de criação, de expressão ou de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo.

Não foram poucas as vezes em que o Supremo foi acionado para interpretar essas balizas. Na ação direta de nº 4.815/DF, relatora ministra Cármen Lúcia, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Afastou a exigência de

autorização do biografado antes da publicação da obra, tendo em conta a proibição da censura, a liberdade de expressão, a liberdade de informação.

O pronunciamento veio em boa hora. A venda do livro “Roberto Carlos em detalhes”, de Paulo Cesar de Araújo, havia sido proibida pelo cantor, e as herdeiras de Garrincha formulado pedido de indenização em virtude da publicação de “Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha”, de Ruy Castro. Situações parecidas ocorreram com as biografias não autorizadas de João Guimarães Rosa, Lampião, Paulo Leminski e Washington Olivetto.

O quadro revela descompasso em relação ao que garantido na Lei Maior. Este artigo versa os efeitos, considerado o sistema de liberdades criado pelo constituinte de 1988, da necessidade de autorização prévia de biografado.

AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO, INFORMAÇÃO E IMPRENSA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito. Restaurou valores e princípios que revelam a essência de uma sociedade plural. A eficácia dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º surge como condição à consolidação das

instituições políticas, à conservação e promoção da democracia.

O sistema constitucional brasileiro prevê mecanismos voltados à concretização do princípio democrático. Na doutrina nacional, costuma-se indicar, como manifestações jurídicas desse princípio, o sistema eleitoral, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico. O autor português Jorge Miranda afirma que “apenas os órgãos representativos baseados no sufrágio universal podem formar e exprimir uma vontade coletiva correspondente ao interesse geral da comunidade e a uma perspectiva de futuro”².

A separação dos Poderes é outro pilar. Confere-se, aos representantes do povo e dos Estados – vereadores, deputados e senadores –, escolhidos por meio do voto direto, a elaboração legislativa e, ao Chefe do Poder Executivo, igualmente eleito, a condução política do País. Ao Judiciário incumbe julgar os conflitos de interesses e restabelecer a paz social eventualmente abalada.

Os direitos fundamentais também são imprescindíveis. Nas palavras do professor José Joaquim Gomes Canotilho, “têm uma função democrática dado o exercício democrático do poder”. Asseguram a contribuição dos cidadãos para

² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 189-190.

o exercício da democracia. Fazem surgir ambiente propício à participação e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais³. Tratando dos direitos fundamentais na dimensão de liberdade, o Professor arremata:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).⁴

Jorge Miranda cita trecho do preâmbulo à Declaração Universal para assentar a importância da garantia e promoção dos direitos fundamentais: “É essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão.”⁵

Nesse contexto, a liberdade de expressão tem papel relevante em suas variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à

informação e proibição da censura. Decorre do livre pensar, sendo a garantia da exteriorização deste, por meio de palavras, escritos, imagens ou qualquer outra forma⁶.

É mediante essa liberdade que ocorre a participação democrática, a possibilidade de diferentes e inusitadas ópticas serem manifestadas, sem o receio de contrariar-se o Estado ou a opinião majoritária. É, como no conto de Hans Christian Andersen, poder dizer que o rei está nu. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas.

Na redação do Professor Catedrático de Direito Público e História Constitucional da Universidade de Friburgo Ernst-Wolfgang Böckenförde, utilizando-se de expressão cunhada pela Corte Constitucional alemã, os direitos de comunicação, em que se inclui a liberdade de opinião, são “constitutivos do princípio democrático por antonomásia”, no que promovem a autonomia individual e formam o ambiente plural de participação democrática.⁷

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 280.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 280.

⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra Editora. p. 178.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora. p. 399.

⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Editorial Trotta, 2000. p. 78.

Também na Alemanha, o intelectual Jürgen Habermas⁸ criou teoria a combinar autonomia pública e privada⁹: as pessoas devem engajar-se, por meio do princípio do discurso, em um processo deliberativo. Com esse procedimento, surge a determinação da vontade social considerado o autogoverno coletivo. Tem-se, nas iguais liberdades de expressão, informação e imprensa, instrumental apto a orientar os rumos da sociedade. Quando os cidadãos passam a ver-se como coautores e destinatários das normas elaboradas, revela-se legítima a submissão ao Direito e às leis.

Percebe-se a importância do direito à liberdade de expressão quando analisadas as dimensões e finalidades substanciais que o caracterizam. A principal, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas, é o valor instrumental, tendo em conta funcionar como proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular¹⁰.

Em outras palavras, a liberdade de expressão é elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um

ambiente no qual, sem censura ou medo, opiniões e ideologias diversas podem ser contrapostas, consubstanciando processo de formação do pensamento da comunidade política. Não obstante ser valor intrínseco, considerada a necessidade humana de exprimir publicamente os pensamentos, a instrumentalidade para a democracia tem levado autores a defender certo enquadramento preferencial da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro¹¹.

Hans Kelsen¹² afirma que a democracia se constrói sobretudo com o respeito aos direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a maioria – adoto esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de seguir pensamento majoritário, a inteligência dos Colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁹ Lógica semelhante foi utilizada por mim ao proferir voto no mandado de injunção nº 7.300, no qual assentei a relação entre a necessidade de uma renda básica e a participação democrática.

¹⁰ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 256.

¹¹ A doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão desenvolveu-se na Suprema Corte dos Estados Unidos. Destacam-se os casos “Murdock v. Commonwealth Of Pennsylvania”, 319 U.S. 105 (1943) e “Thomas v. Collins”, 323 U.S. 516 (1945). Sobre o tema, no Brasil, confirmam-se SCHREIBER, Simone. **Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico**. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2015.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 281.

José Martínez de Pisón¹³, ao estudar a prática da tolerância, ressalta:

[...] quando uma sociedade e seus governantes recorrem com tanta insistência à tolerância quer dizer que algo não está funcionando corretamente. Quando é preciso que se recorde constantemente a necessidade de respeitar as opiniões e crenças dos demais, de admitir e tolerar a diferença, isso indica que há, ao menos, sintomas preocupantes para a convivência, e, inclusive, para a coesão social.

E continua, citando Camps:

A tolerância é uma virtude indiscutível da democracia. O respeito aos demais, a igualdade de todas as crenças e opiniões, a convicção de que a verdade e a razão não são absolutas, são fundamentos dessa abertura e generosidade que supõe o ser tolerante. Sem a virtude da tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo¹⁴.

Eis palavras sempre oportunas!

À medida que se protege o direito individual de livremente manifestar ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, assegura-se também a liberdade de qualquer pessoa exteriorizar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou predominante. Nesse sentido a Suprema Corte Americana, em inúmeras ocasiões, apreciando causas a evidenciarem

¹³ PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001. p.11.

¹⁴ PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001. p. 13.

colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo se resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso “Miller v. California”, 413 U.S. 15 (1973)) ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no “Falwell v. Hustler Magazine”, Inc., 485 US 46 (1988). No precedente “New York Times v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964), o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: “a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de ideias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo”.

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental. Essa dimensão foi a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da Administração Pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o exercício dos mandatos eletivos¹⁵.

¹⁵ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera

Quando somente a óptica oficial pode ser divulgada ou defendida e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia. Aumenta-se o risco de formação de um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, massa de manobra.

A garantia de uma esfera pública de debate contribui para a concretização do princípio democrático e o amadurecimento político e social de um país, não só como controle do poder público, mas também como garantia de controle do poder econômico, de modo a evitar o abuso e a venda da ideologia desses grupos.

A liberdade de expressão ainda pode ser entendida como garantia da diversidade de opiniões, o que, como dito, ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular sobre as matérias, sejam políticas, sociais ou históricas. Bem demonstra Jónatas Machado:

Os modernos Estados constitucionais não partem de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de

pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 266.

expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e, conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.¹⁶

Além dessas finalidades, outras tantas poderiam ser citadas: a acomodação de interesses por meio de um debate público de temas controversos e a viabilidade de pacíficas transformações sociais e políticas; a criação de livre mercado de ideias, em que estimulado o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância, a educar a sociedade a ouvir e a ser ouvida – portanto, a ser democrática – e não somente a exigir a democracia como providência do Poder Público; a proteção e garantia da autonomia individual, no que a livre manifestação de pensamento constitui expressão da individualidade e da liberdade.

Impõe-se caracterizar uma dimensão social da liberdade de expressão, que não pode ser tida apenas como proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como forma de concretização do princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão ao enfoque

¹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 279.

individual significa podar a democracia. Teubner alertava: “O ponto é que, à parte da esfera individual de ação, existem esferas de autonomia social que necessitam da proteção dos direitos fundamentais contra as tendências colonizantes das políticas estatais e, por isso, não podem ser reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual”¹⁷.

Essa importância social e política precisa estar clara na análise do problema constitucional presente caso concreto, mesmo porque a liberdade de expressão necessita ser vista sob o ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possível, de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar apto a desenvolver as potencialidades e a cidadania.

O Estado é democrático quando aceita diferentes manifestações do pensamento, especialmente críticas à própria estrutura e funcionamento. A tolerância política é imprescindível na regulação das relações entre ideologias e grupos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário, a liberdade se apresenta como típico direito fundamental de defesa, a albergar um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam impostas por Executivo, Legislativo ou Judiciário.

¹⁷ GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere?. *Oxford Judicial Legal Studies*, n. 18, p. 66, 1998.

Há de se proclamar a autonomia do pensamento como forma de proteção à tirania resultante da necessidade de adotar-se sempre o politicamente correto. As pessoas não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de modo distinto entre os indivíduos.

Ninguém tem o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma ideia é infalível a ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira. Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo os fragmentos.

Garantir a expressão apenas das ideias dominantes, daquelas em consonância com o que se tem como certo, ou daquelas que acompanham o pensamento oficial, significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade estabelecida. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se uma trincheira do cidadão contra o Estado quando está a divulgar ideias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais.

É essa a dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, a índole procedimental ou instrumental: não se pode, em regra, restringir conteúdos, o que sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia dominante. A censura de conteúdo

sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, visando impedir a difusão de ideias que lhes são contrárias.

O princípio da liberdade de expressão não é absoluto. Encontra limites nos demais direitos fundamentais, podendo surgir colisão de princípios. O descompasso, de grande relevância no Direito Constitucional, exige exame cuidadoso.

A PROIBIÇÃO DA CENSURA

As diversas formas de censura – direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial, pública ou privada – têm merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos.

O Brasil possui histórico de pouco apreço à liberdade de expressão, sendo comuns episódios de cerceamento. Rui Barbosa, quando era Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, a destruição de todos os documentos referentes à escravidão. Visou apagar da memória nacional os horrores ocorridos – como se fosse possível esquecer a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e descendentes – e evitar possíveis pedidos de indenização dos senhores de engenho.

Não percebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o

fim desejado – fazer desaparecer a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil –, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudarem a fundo a história, impedindo-as de formarem consciente coletivo embasado nas mais diversas fontes.

Também durante a República a censura fez-se presente¹⁸: o regime iniciou a partir de um golpe de militares contra o Império, sobrevivendo outro quando Floriano Peixoto tomou para si a Presidência.

Em 1930, novo golpe encerrou a política do café com leite e, antes mesmo da introdução da democracia, foi implementado o Estado Novo, de 1937 a 1945. Após breve período democrático, veio o Golpe Militar de 1964, inaugurando regime que perdurou até 1985. Houve também o “Golpe dentro do Golpe” em 1968, no que editado, ante a retirada, pela chamada “linha dura”, dos militares mais “moderados” do poder, o Ato Institucional nº 5.

O passado de repressão e de intolerância com as liberdades de expressão, informação e imprensa ainda é recente na memória e cultura brasileira. A Constituição de 1988 buscou romper esse paradigma. Diversos dispositivos as consagram, demonstrando a preocupação do constituinte originário em proteger o indivíduo e o

¹⁸ LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

regime democrático contra interferências arbitrárias do Estado e cidadãos.

É proibida a censura em todas as formas de manifestação. Tem-se em conta a necessidade de viabilizar a efetiva circulação de ideias e informações, mesmo das que desagradem as maiorias de plantão. A vedação engloba não só aquela imposta pelo Estado, considerado o Poder Executivo, mas qualquer embaraço, público ou privado, ao exercício legítimo das liberdades, a incluir Legislativo, Judiciário e particulares.

O conceito de censura em sentido amplo¹⁹²⁰ alcança decisões administrativas ou judiciais, anteriores e posteriores à manifestação ou obra, a impedirem a continuidade da circulação. A Justiça também poderá incorrer em censura, ao suprimir, em contrariedade à Lei Maior, o direito de manifestação. A censura em sentido estrito tem índole administrativa e restringe conteúdo previamente²¹.

Surge a censura privada quando uma pessoa se vale do poder social para

dificultar a veiculação de ideias e informações²². Tem relação com a eficácia horizontal da liberdade de expressão, sendo necessário ponderá-la com a autonomia do particular ao qual se impute a prática de censura, porquanto a liberdade de expressão deste pode estar igualmente em jogo²³. Ocorre também quando o censor privado detém posição de monopólio ou é membro de um oligopólio de “barões da imprensa” ou de corporações de mídia²⁴, ou quando o Poder Público delega o poder de censura a entes privados²⁵.

Estabelecidas as premissas consideradas a liberdade de expressão, presente a Constituição de 1988, e a vedação à censura, tendo em conta os diferentes conceitos, ponderam-se as razões da

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013. p. 275.

²⁰ As diversas formas de censura expostas foram desenvolvidas a partir de LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

²¹ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002. p. 486-487.

²² SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013. p. 275.

²³ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013. p. 275. FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 200-201; BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 151-153. LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

²⁴ BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 152.

²⁵ BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 153.

inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a exigirem, para publicação de biografia, autorização do retratado na obra.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO BIOGRAFADO PARA PUBLICAÇÃO

Se não forem lidos à luz da Constituição Federal, a redação dos dispositivos revela prejuízos à liberdade de expressão. Confirmam:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A literalidade dos preceitos apenas excepciona a necessidade de autorização quando essencial à administração da justiça ou manutenção da ordem pública. O legislador conferiu ao biografado direito

potestativo de controlar as informações direta ou indiretamente relacionadas à própria vida, privada ou pública.

Houve esvaziamento da liberdade de expressão, levando Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Caralho a afirmar²⁶:

“O artigo 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional.”

A interpretação gramatical e descolada dos valores consagrados na Lei Maior conduz à proibição – ou inviabilização prática – da espécie literária biografia. No voto por mim proferido na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815/DF, fiz ver existirem dois institutos diversos: a biografia e a publicidade.

Escrever sobre alguém por meio de encomenda, ou seja, a partir de autorização, é adentrar o campo não da revelação do real perfil, mas da publicidade.

Aquele que tenha alcançado visibilidade social é um verdadeiro livro aberto, e há interesse em conhecer, mediante revelação de terceiro, a biografia.

²⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação X direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania. **Revista da AMAERJ**, n. 5, p. 15.

A moeda tem duas faces: não há apenas aspectos positivos nessa projeção nacional; há também negativos, porquanto se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito.

É preciso aceitar até mesmo a divulgação, considerados homens públicos, no sentido abrangente, de dados ligados à vida pessoal.

A privacidade do homem público é diversa da privacidade do cidadão comum. Projetando-se no campo do conhecimento dos semelhantes, passa a estar na vitrine e não pode pretender implementar atos a partir de suscetibilidades.

Há o interesse das gerações, atuais e futuras, na preservação da memória de dados nacionais, e biografia faz parte da memória nacional.

A prevalecer a necessidade de autorização, quer do biografado, quer dos descendentes, como previsto no Código Civil, o qual deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, ter-se-á suprimida parte da historiografia social.

Cumpra aguardar a veiculação do que elaborado para, posteriormente, se for o caso, chegar-se às consequências, especialmente no campo cível, sob o ângulo da indenização.

Surgindo conflito entre o interesse individual e o coletivo, a solução está em dar-se primazia a este último.

Não desconheço a cláusula de acesso ao Judiciário para afastar ameaça de lesão ou lesão a direito. Contudo, ao conferir aos biografados e herdeiros o poder de censurar a liberdade de expressão em sentido amplo, elegendo o que poderá ser publicado e lido, os dispositivos do Código Civil revelam censura privada²⁷, no que exercido, pelo particular, juízo de valor sobre as obras aptas a ingressarem no debate público.

Tem-se a problemática da ponderação de valores, em virtude da colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade – honra, imagem, intimidade e privacidade. Não é correto examiná-los de forma abstrata e tentar extrair regra geral.

É preciso verificar se a liberdade de expressão está configurada; se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional; se a dignidade, considerados os direitos da personalidade de determinada pessoa, corre perigo; se a ameaça é grave a ponto de justificar limitação à liberdade de expressão ou, ao contrário, constitui receio subjetivo ou vontade individual de que a opinião não seja divulgada; se o meio de divulgação sinaliza afronta violenta à dignidade, entre outras questões.

Ante conflito, o princípio da proporcionalidade funciona como mecanismo eficaz à ponderação. Desdobra-se em subprincípios a englobarem amplitude

²⁷ Cf. “R (ProLife Alliance) v. BBC”, [2004] 1 AC 185, HL.

semântica da proporcionalidade²⁸: a ideia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito.

A partir do subprincípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), examina-se a medida adotada quanto à pertinência para concretizar o objetivo visado, presente o interesse público.

Tendo em conta o da exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*), a medida escolhida não deve exceder os limites indispensáveis ao objetivo. O intérprete reflete se existem outros meios igualmente aptos ao alcance do fim almejado, a custo ou dano menor comparado aos interesses dos cidadãos. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave²⁹.

Considerado o último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como “lei da ponderação”, o intérprete questiona se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga

coativo-interventiva envolvida. É realizada ponderação em que se analisa a adequação entre meio e fim, ante os valores do ordenamento jurídico. Diz Robert Alexy³⁰: “Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem”. E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: “É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringências em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público”³¹.

Cumprirá sempre questionar se é razoável, dentro de uma sociedade plural, restringir determinada manifestação de opinião.

De tudo, é dado concluir no sentido da envergadura maior da liberdade de expressão, desse bem coletivo a sobrepor-se a interesses isolados e momentâneos.

Presente conflito, cabe a homenagem ao todo, reservando-se, para a fase subsequente à veiculação de fatos e ideias, a definição, se cabível e observada certa medida, da responsabilidade civil e criminal.

A óptica da liberdade de expressão como direito preferencial é compatível com

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998. p. 262; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 360; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 361.

³⁰ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de direito administrativo**, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 78, jul./set. 1999.

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, p. 101.

a Constituição Federal de 1988 e com a ponderação mediante o princípio da proporcionalidade. Robert Alexy afirma possível estabelecer preferências de duas formas: (i) em uma ordenação flexível dos valores relevantes, considerada a Lei Maior, conferindo-se maior ônus argumentativo em favor de uma liberdade individual, da igualdade ou de interesses coletivos; (ii) por meio de uma rede de decisões concretas versando preferências, extraídas da jurisprudência das Cortes Constitucionais³².

A concepção de uma hierarquia móvel³³ material é plenamente harmônica

³² “Por isso, pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma tal ordenação “rígida” não implica a impossibilidade de uma ordenação “flexível” e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Ambas estão intimamente ligadas ao conceito de sopesamento [...]”ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 162-163.

³³ Humberto Ávila, citando Alexy, afirma que: “A regra de prevalência, segundo a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre

com o princípio da proporcionalidade e com a ponderação de interesses. Por intermédio dela, como faz a Suprema Corte dos Estados Unidos, atribui-se preferência à liberdade de expressão, de informação e de imprensa devido à importância que o ordenamento jurídico lhes confere. É o que se extrai da Constituição de 1988, ante a reiterada disciplina da matéria e o contexto histórico e social em que promulgada³⁴.

A prevalência verificada de plano ou a hierarquia móvel concedida às liberdades de expressão, de informação e de imprensa são reforço argumentativo pela primazia no caso concreto. Essas liberdades se encaixam nas ordenações flexíveis de Alexy,

ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático. O importante é que uma relação de prevalência (“Vorrangrelation”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“bedingte Vorrangrelation”) entre as normas-princípios envolvidas: a norma-princípio “A” sobrepõe-se à “B” sob determinadas condições “X”, “Y” e “Z”.” ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: RECHT, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, p. 216-218 *apud* ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

³⁴ A prevalência da liberdade de expressão no caso das biografias não autorizadas em razão da jurisprudência do Supremo e da importância do direito é defendida por LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015. p. 101-102.

porquanto os valores subjacentes – caráter instrumental, considerados a democracia e o debate público, e importância substantiva à dignidade humana – impõem ao Poder Judiciário maior cautela.

As liberdades comunicativas também se encaixam no parâmetro da rede de decisões concretas sobre preferências do Supremo Tribunal Federal, o qual possui forte jurisprudência no sentido da importância para o ordenamento³⁵.

CONCLUSÃO

Os artigos 20 e 21 do Código Civil não conferem ao biografado direito de censura. A legislação deve ser lida à luz da Constituição Federal, e não o contrário. As

³⁵ Apenas para registrar alguns julgados recentes do STF sobre o tema, além da própria ação direta de inconstitucionalidade nº 4.815, relatora ministra Cármen Lúcia, julgada em 10 de junho de 2015, que versa o tema deste trabalho e na qual reafirmada a prevalência da liberdade de expressão: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 4.451, relator ministro Carlos Ayres Britto, Diário da Justiça de 1º de julho de 2011; arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 187, relator ministro Celso de Mello, Diário da Justiça eletrônico de 27 de junho de 2011; STF, agravo regimental no agravo de instrumento nº 690.841, relator ministro Celso de Mello, Diário da Justiça eletrônico de 5 de agosto de 2011; recurso extraordinário nº 511.961, relator ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça eletrônico de 13 de novembro de 2009; recurso extraordinário nº 208.685, relatora ministra Ellen Gracie, Diário da Justiça de 22 de agosto de 2003. Confirmam, especialmente: arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 130, relator ministro Carlos Ayres Britto, Diários da Justiça eletrônicos de 9 de dezembro de 2009 e de 26 de fevereiro de 2010.

liberdades comunicativas não podem ser limitadas por simples capricho de uma figura pública que não queira a circulação de determinadas informações.

Como o povo brasileiro conhecerá a própria história, se ficam a critério de determinadas pessoas privilegiadas a decisão sobre o que pode e o que não pode ser publicado? O passado autoritário e a Constituição de 1988 exigem a tutela da liberdade de expressão no caso das biografias. A historiografia nacional depende da prevalência dessa óptica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RE-RE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

BARENDT, Eric. **Freedom of speech**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. In: _____. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Editorial Trotta, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

_____; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.) **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à informação X direito à privacidade. O conflito de direitos fundamentais. Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania. **Revista da AMAERJ**, n. 5.

FARIAS, Edilsom. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRABER, Christoph Beat e TEUBNER, Gunther. Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?, **Oxford Judicial Legal Studies**, n. 18, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LOPES, Eduardo Lasmar Prado. **Um esboço das biografias no Brasil**: a liberdade de expressão, a personalidade e a Constituição de 1988. São Paulo: Almedina, 2015.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PISÓN, José Martínez de. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao Artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Org.) **Comentários à Constituição do Brasil**. Saraiva, 2013.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

**A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE
SÓCIOS QUOTISTAS E OS
MERAMENTE INVESTIDORES
ANTE AO PROJETO QUE PROPÕE
REGULAR AS QUOTAS
PREFERENCIAIS**

*Pablo Gonçalves e Arruda*³⁶

*Saulo Bichara Mendonça*³⁷

RESUMO

O presente estudo distingue o sócio quotista do meramente investidor, considerando os termos do Projeto de lei que pretende regulamentar o quotista preferencial. Escrutina-se se há ou pode haver distinção da relação entre o sócio e a sociedade quando o primeiro tem apenas o intuito de realizar investimento de capital sem desenvolver atos de gestão institucional. Questiona-se se a partir da natureza jurídica da sociedade limitada seria justificável a vinculação do sócio quotista de forma análoga ao acionista preferencial ou mesmo em relação ao investidor-anjo, partindo da premissa positiva em relação ao primeiro e negativa em relação ao último.

PALAVRAS-CHAVE: natureza jurídica; projeto de lei; quotas preferenciais; sociedade limitada; sócio investidor.

³⁶ Doutorando em Direito pela UVA, Mestre em Direito pela UVA, Sócio do SMGA Advogados, Administrador Judicial. Professor da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC-RJ).

³⁷ Pós-doutor em Direito pela UERJ, Doutor em Direito pela UVA, Mestre em Direito pela UGF, Professor Adjunto da UFF, onde coordena o grupo de estudos e pesquisas em atividade empresária e sustentabilidade econômica.

ABSTRACT

The present study distinguishes the quotaholder from the merely investor considering the terms of the Bill that intends to regulate the preferred shareholder. It is debated whether there is or can be a distinction in the relationship between the partner and society when the former has only the intention of making capital investment without developing acts of institutional management. It is questioned whether, based on the limited partnership's legal nature, it would be justifiable to link the quotaholder in a similar way to the preferred shareholder or even in relation to the angel investor, based on the positive premise in relation to the former and negative in relation to the latter.

KEYWORDS: legal nature; bill; preferential shares; limited society; investing partner

INTRODUÇÃO

O estudo da dualidade empreendedor *versus* investidor é essencial para permitir que os agentes econômicos sejam identificados de acordo com seus intuítos e, conseqüentemente, possam ser responsabilizados proporcionalmente ao risco que optaram por assumir contratualmente. Desta forma a sociedade limitada poderá se desenvolver com mais eficiência, sobretudo quando for constituída com maior ênfase no aspecto capitalista.

Considerando que a sociedade limitada possui natureza jurídica híbrida, entende-se que, de acordo com o seu objeto social e com a intensidade da *affectio*

societatis que une os sócios, num caso ela poderá aproximar-se do *intuito personae*, noutro do *intuito pecunia*.

Assim, a regulamentação da figura do quotista preferencialista poderia conceder à sociedade limitada e aos que nela investem como sócios um tratamento isonômico em relação tanto à sociedade por ações quanto a aquelas sociedades enquadradas como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), haja vista que nestes casos a figura do acionista preferencialista não votante e do investidor-anjo permitem verificar que o vínculo com a atividade empresarial em si se deu a título meramente de investimento, sem interesse em conhecer ou praticar quaisquer atos decisórios ou de gestão institucional.

Além do tributo à isonomia, a existência regular da possibilidade de vincular-se à sociedade limitada apenas como mero investidor, na condição de quotista preferencialista não votante, quiçá acabaria por fomentar a atividade econômica em si, atraindo investidores interessados em negócios proporcionais ao objetivo e à intensidade do investimento realizado, variável quando realizado numa companhia de grande porte ou numa pequena empresa.

Regulamentar o quotista preferencialista se justifica também para que este possa se valer das tutelas concedidas ao investidor-anjo, por exemplo, que, pela LC

155/2016, não sofre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica em nenhuma hipótese. Tutela semelhante, concedida jurisprudencialmente, aos acionistas preferencialistas e minoritários, demonstrando a relevância da dicotomia entre sócio investidor e sócio empreendedor, que ainda não é reconhecida no contexto da sociedade limitada.

Sob um olhar simplista de escada e escala, podemos identificar, de um lado, a ME e a EPP e, de outro, a S/A. No intervalo entre elas se insere a sociedade limitada. Enquanto aquelas, na extremidade, admitem expressamente a classificação entre sócio investidor e sócio empreendedor, a sociedade limitada não goza da mesma prerrogativa legal, ao menos expressamente. Paradoxalmente, a sociedade limitada é, com larga distância, o tipo societário³⁸ mais utilizado no Brasil.

A tutela ao quotista preferencialista, sem direito ao voto pleno na sociedade limitada, demonstra certa simbiose com o recém-instituído §7º do art. 980-A do Código Civil, que protege o patrimônio do investidor do risco do negócio, sendo este suportado apenas pelo patrimônio da Eireli. O mesmo se dá no caso da sociedade

³⁸ Sabe-se que as expressões ME e EPP não denotam tipo societário, mas mero enquadramento fiscal, aplicável, inclusive às limitadas. A comparação aqui feita entre ME/EPP, Ltda. e S/A tem apoio meramente sob a ótica abstrata de porte.

limitada regularmente constituída que, enquanto pessoa jurídica, distinta da pessoa dos seus sócios, responde pelos resultados produzidos e, com mais relevância, o quotista preferencialista distanciar-se-ia de eventuais resultados negativos suportados pela sociedade em si. Mas, apesar da semelhança no que tange ao patrimônio do empreendedor titular da Eireli e investidor quotista, há que se observar que (i) a razão da maior proteção do instituidor da Eireli está no capital mínimo e (ii) o instituidor da Eireli é essencialmente empreendedor, seja idealizador e administrador ou apenas idealizador do negócio.

Não se pretende afastar por completo a incidência da desconsideração da personalidade jurídica, que tem sua incidência de forma válida e justificável pela teoria maior. Ou seja, sempre que se verificar a prática de conduta própria por parte do quotista preferencialista, na condição de sócio investidor, a desconsideração da personalidade jurídica seria legítima, verificando-se ação efetiva na forma do art. 50 do Código Civil.

Assim, considerando os problemas postos, parte-se, a princípio, da premissa de que não há impedimentos de ordem prática que impeçam a existência de quotistas preferencialistas, a exemplo dos acionistas da mesma natureza existentes nas sociedades por ações ou dos investidores-anjo que

realizam aportes de capital nos termos da LC 155/2016, estando todos na situação de meros investidores que não desenvolvem atividade empresarial propriamente dita, não podendo, portanto, responder tal como sócios com poder de administração, acionistas ordinaristas ou titular da empresa individual ou Eireli, pelos resultados que estas proporcionarem respectivamente.

A forma como o quotista preferencialista se vincula à sociedade limitada pode se dar formalmente tal qual aos demais sócios, mas seu intuito é claramente limitado à expectativa de retorno remunerado do capital investido, fato que justifica e viabiliza alteração legislativa que regule as espécies de quotas na limitada de forma análoga à Lei nº 6.404/76, quando distingue materialmente as ações entre ordinárias e preferenciais.

Desta forma, sobre um quotista preferencialista não recairiam os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica na mesma proporção do que se daria sobre o quotista ordinarista, já que este assumiria com mais intensidade o risco do negócio, tendo direito pleno ao voto e responsabilidade pelos atos de gestão.

Contudo, frisa-se, não há que se falar em impossibilidade de incidência da desconsideração da personalidade jurídica, na forma do art. 50 do Código Civil, nos casos em que se verificasse por parte do

quotista preferencialista a prática indevida de conduta própria do quotista ordinarialista, situação na qual incidiria a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica. O que se afastaria, portanto, seria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica pela teoria menor, cujo âmbito de incidência fica adstrito às relações de consumo, de emprego e nos casos de dano ambiental.

Partindo deste prisma, passa-se ao desenvolvimento do raciocínio a partir da análise da natureza jurídica da sociedade limitada, das idiossincrasias do acionista preferencialista e do investidor-anjo, para então escrutinar o Projeto de Lei nº 6.104/2019, que visa alterar o Código Civil de forma a permitir a criação de quotas preferenciais sem voto em sociedade limitada, na expectativa de, ao final, concluir pela eficiência pragmática desta no contexto de fomento à liberdade econômica, à atividade empresária e à geração de emprego, renda e tributos.

NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE LIMITADA

A sociedade limitada tem natureza jurídica híbrida ou mista, podendo ser tanto de pessoas quanto de capitais, tendendo mais para um perfil ou para outro pela forma como as decisões são tomadas pelos sócios em relação a cada tipo de questão, a fim de verificar em quais momentos a sociedade

limitada se aproximaria mais do perfil personalista ou capitalista.

Neste tocante, Waldo Fazzio Júnior (2007, p. 151) permite considerar a sociedade limitada pelo perfil *intuitio personae* quando no contrato social houver cláusula condicionante da cessão de quotas à anuência dos demais sócios; ou se o contrato social for silente acerca da cessão de quotas, mas ainda assim determinar sua impenhorabilidade; ou se o contrato social determinar que em caso de morte de um dos sócios, caberá aos demais decidirem sobre a apuração de haveres do falecido. Na inexistência de outras questões nas quais seja essencial a pessoa em si do sócio, terá a sociedade limitada maior proximidade com as sociedades de capital.

Fran Martins (2015) sustenta que as sociedade de pessoas são aquelas nas quais a pessoa do sócio tem função preponderante, não apenas na constituição societária, mas também durante toda a existência da instituição em si; sendo de capitais aquelas nas quais a pessoa do sócio não é tão essencial para o funcionamento regular da instituição, subsistindo esta apesar da alteração da composição do quadro societário ou da situação pessoal dos sócios, podendo este até mesmo restar incapaz que, mesmo assim, a sociedade limitada persistirá cumprindo suas funções regularmente.

Daí asseverar-se que a natureza jurídica híbrida da sociedade limitada permite-lhe oscilar entre os caracteres *intuitu personae* e o *intuitu pecuniae*, quase sempre tendo ao menos traços de ambos.

A título de exemplo que permite verificar a natureza jurídica da sociedade limitada a partir da forma como os sócios conduzem os negócios jurídicos sociais, especificamente no que tange à questão da substituição dos sócios, vê-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual:

A cessão de quotas sociais em uma sociedade por responsabilidade limitada deve observar regras específicas, previstas no art. 1.057 do CC, em cujo caput há permissão para que o contrato social franqueie também a terceiros não sócios o livre ingresso na sociedade – aproximando-se, assim, das sociedades de capitais – ou imponha condições e restrições de toda ordem à admissão do novo sócio, priorizando o elemento humano como fator de aglutinação na formação do ente social. De uma forma ou de outra, a previsão contratual em sentido diverso prevalece sobre o aludido preceito legal. (Resp 1.309.188/SP).

Existem outros elementos que colocam à luz essa dualidade da natureza da limitada. De um lado, não se admite na limitada a contribuição de sócio em serviço, mas apenas a contribuição patrimonial, o que é próprio de sociedades de capital. De outro lado, há previsão expressa pela possibilidade de exclusão de sócio por cometimento de falta grave, que coloque em

risco a consecução do objeto social, fato típico de sociedade de pessoas.

O presente raciocínio tem suas raízes ainda no revogado Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que regulou a constituição da então sociedade por quotas de responsabilidade limitada, passando a ser sociedade limitada na vigência do art. 1.052 do Código Civil. Verifica-se que o presente diploma revogador não eliminou a simplicidade da estrutura jurídica do tipo societário em tela, que serve tanto ao desenvolvimento de atividades empresariais quanto às atividades classificadas como simples nos termos dos arts. 982 e 1.150 do Código Civil.

A simplicidade na constituição das sociedades limitadas e a possibilidade de tê-las constituídas para fins empresariais ou não fazem com que os autores, estudiosos clássicos do direito empresarial societário, discutam acerca da sua natureza jurídica.

Em regra, a sociedade se forma (ou se formava, até então) a partir da celebração de um contrato social firmado entre duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, fato que lhe atribui caráter de contrato plurilateral (CAMPINHO, 2010, p. 158), salvo nas condições atuais nas quais os §§1º e 2º do art. 1.052 do Código Civil autorizam a constituição de sociedades limitadas unipessoais.

Assim, há autores que classificam as sociedades limitadas como sendo de pessoas ou de capitais, analisando a maior ou menor incidência da *affectio societatis*³⁹ nas relações entre os sócios (NEGRÃO, 2010). Será *intuito personae* quando a composição e manutenção da sociedade estiver sedimentada na qualidade das pessoas que a compõem. Por outro lado, quando o caráter pessoal for secundário, a ponto de ser facilitada a substituição ou sucessão destes, ter-se-ia uma sociedade *intuito pecuniae*.

Nas primeiras, os sócios aceitam-se, tendo em consideração suas qualidades pessoais e, por isso, se dizem formadas *intuito personae*; os credores sociais podem contar, além do capital social, com o patrimônio de todos ou de alguns dos sócios. Essas sociedades repousam na confiança recíproca dos sócios. [...] Nas segundas, atende-se exclusivamente às entradas de cada sócio. São os capitais que se unem, não as pessoas. A garantia de terceiros está unicamente no capital social. Essas sociedades fundam-se na força do capital, pelo que as entradas de todos os sócios, representadas por ações, são títulos transmissíveis e negociáveis. (MENDONÇA, 1953, p. 576.)

Há contudo quem sustente que a sociedade limitada é por essência personalista (CAMPINHO, 2010), apesar de que desde a vigência do Decreto nº

³⁹ A *affectio societatis* não possui previsão legal, mas sua existência é imprescindível para a formação da vontade coletiva de constituir e manter em funcionamento uma sociedade, não apenas para sua formação, mas para que sua existência se protraia no tempo, ou seja, a *affectio societatis* é a disposição, o propósito, o ânimo que converge com o de outra pessoa com a qual se propõe desenvolver uma atividade em sociedade, a despeito de ser uma atividade empresária ou simples.

3.708/1919, tal como na égide do Código Civil, os sócios podem lhe atribuir uma tonalidade capitalista, tendo natureza jurídica *intuito personae*; neste sentido, Rubens Requião (1998, p. 411) aceita a ideia segundo a qual o contrato social pode atribuir à sociedade limitada um estilo mais personalista ou mais capitalista, de acordo com o objeto social e com a forma pela qual os sócios conduzem os negócios sociais.

O fundamento que inspirou a regulamentação da então sociedade por quotas de responsabilidade limitada, atual sociedade limitada, teve (e ainda tem) por base o imperativo econômico de limitar a responsabilidade patrimonial dos sócios.

Exigia-se um sistema diverso daquele destinado à sociedade em nome coletivo, onde os sócios possuem responsabilidade patrimonial ilimitada, como os comanditados na sociedade em comandita simples, que se assemelham aos diretores na sociedade em comandita por ações e ao sócio ostensivo na sociedade em conta de participação, todos respondem ilimitada e subsidiariamente às sociedades das quais fazem parte.

Este imperativo econômico, fulcrado na necessidade de fomentar e favorecer o aumento do tráfico mercantil, impactou na esfera jurídica, determinando a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios às quotas subscritas.

Visando atender aos anseios capitalistas, o Código Civil caracterizou este tipo societário de forma a distanciá-lo das demais sociedades de pessoa, visando proporcionar aos empreendedores uma estrutura societária intermediária entre as companhias e empresário individual, este responsável ilimitadamente pelos resultados verificados no desenvolvimento da atividade empresária.

A sociedade limitada possui uma estrutura jurídica atrativa para as pequenas e médias empresas que demonstram expectativa de crescimento exponencial, fato que demanda o aprimoramento das normas que a regulamenta.

Se outrora a sociedade limitada atendia a expectativa daqueles que ansiavam por desenvolver uma atividade econômica empresarial com o respaldo de ter seu risco limitado ao montante investido na integralização das quotas, atualmente o mercado exige que se permita ao quotista limitar-se à condição de mero investidor, ou seja, podem-se classificar os sócios quotistas de acordo com suas pretensões ante a sociedade em si.

A presente demanda justifica a proposta legislativa contida no Projeto de Lei da Câmara nº 6.104/2019, que visa alterar o Código Civil de forma a permitir a criação de quotas preferenciais sem voto em sociedade limitada, de forma análoga à Lei

nº 6.404/76, que regulamenta, dentre outras coisas, as ações preferenciais.

O ACIONISTA PREFERENCIALISTA E O INVESTIDOR-ANJO

Não respondem por atos de gestão, tanto o acionista preferencialista quanto o investidor-anjo, ou seja, as decisões tomadas e os atos executivos se dão à revelia de ambos, guardadas as distinções entre as estruturas jurídicas empresariais às quais cada um deles se vincula. Mas, apesar desta semelhança, muitas são as diferenças entre estes agentes econômicos.

Enquanto o investidor-anjo não compõe o quadro societário da instituição na qual investe, o acionista preferencialista é sócio da companhia. Tal fato atribui a cada um, direitos diversos na formas das leis específicas, quais sejam a Lei nº 6.404/76 e a Lei Complementar nº 155/2016.

Acionista preferencialista

A condição de sócio acionista advém da aquisição de um bem móvel incorpóreo que é a ação, valor mobiliário percebido como fração do capital social. O acionista, ao investir na companhia, realiza aporte de capital em favor desta e estes recursos são destinados legalmente à constituição do seu capital social. “A posição

do acionista perante a sociedade não é a de um credor [...] A posição é a de um participante, com direitos e deveres.” (BORBA, 2012, p. 242)

O acionista preferencialista goza dos direitos essenciais garantidos a todos os acionistas (art. 109 da Lei nº 6.404/76), mas participa nos ativos da companhia com preferência e, em contrapartida, normalmente suporta restrição ao direito de voto, exercendo-o excepcionalmente na forma dos arts. 87, 111, §1º e 161, §2º da Lei nº 6.404/76.

É que o preferencialista é um sócio ou acionista como os demais – menos no que tange aos direitos de voto, de que abdica em contrapartida da vantagem patrimonial que lhe tenha sido assegurada. Assim, não tem ele direito contra a sociedade, como ocorre com o debenturista ou qualquer outro credor, mas, dado que é parte da sociedade, goza dos direitos intangíveis que lhe asseguram sua condição de sócio (definidos no art. 109 da Lei) como sejam de participar dos lucros sociais e do acervo da companhia (nas condições fixadas no estatuto), ou seja, o direito aos dividendos, além do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, e, mais, preferência na subscrição de novas ações em caso de aumento de capital social – qualquer que seja a preferência que o Estatuto lhe tenha assegurado para retirar-lhe o direito de voto. (LAMY FILHO, 2007, p. 316)

Desde a introdução das ações preferenciais no ordenamento jurídico pelo Decreto n. 21.536/1932, este tipo de valor mobiliário se caracteriza por atrair investidores interessados exclusivamente no

retorno remunerado do capital investido que a companhia pode proporcionar.

São ações que atribuem a seus respectivos titulares determinados privilégios ou vantagens especiais que as distinguem das ações ordinárias. O seu traço característico vem marcado pelos privilégios de ordem patrimonial. Em contrapartida, permite-se fiquem desprovidas do direito de voto. A supressão ou restrição desse direito resultará, necessariamente, de cláusula estatutária expressa. Omissa o estatuto, as ações preferenciais terão direito de voto pleno. (CAMPINHO, 2017, p. 124)

Como se verifica, o acionista preferencialista não suporta a restrição do direito ao voto como um ônus, mas como um bônus, pois, afastado das assembleias, isento do dever e da responsabilidade de praticar atos de decisão e gestão, beneficia-se com a distribuição de dividendo, fixo ou mínimo ou do reembolso do capital em prioridade, podendo ainda acumular preferencialmente ambas as vantagens.

A condição de isento ante as obrigações executivas e direito ao voto permite ao acionista preferencialista inclusive a vantagem de, em regra, não ser alcançado pelos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica. Neste sentido, lê-se jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2ª turma

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não tem aplicação em face de acionistas minoritários, sem poder de gestão, de sociedades anônimas que, muitas vezes, estão jurídica e completamente alheios ao controle empresarial da

Companhia, sob pena de subverter-se todo o sistema empresarial e financeiro do país, responsabilizando indiscriminadamente acionista por débitos trabalhistas das sociedades anônimas. (Processo nº 0010300-06.2015.5.01.0046)

Citada jurisprudência permite concluir que a proposta que culminou com a aceitação de sócios meramente investidores tem por fim fomentar a atividade econômica, atraindo investidores de recursos para negócios pelos quais ele estará isento de responder pelos resultados, cabendo esta responsabilidade a outros agentes econômicos que optam por apresentar a instituição, assumindo a função de acionista controlador, no caso das sociedades por ações.

Este é o raciocínio que inspirou o legislador quando da redação da Lei Complementar nº 155/2016, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio a figura do investidor-anjo.

Investidor-anjo

O investidor-anjo pode ser pessoa física ou jurídica que venha realizar aporte de capital em micro e pequenas empresas, assim consideradas nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, visando incentivar as atividades de inovação e investimentos produtivos.

Todavia, o investidor-anjo não terá a condição de sócio na sociedade na qual

realizar o referido aporte de capital, haja vista que este recurso não integrará o seu capital social, conforme se verifica no art. 61-A da Lei Complementar nº 155/2016. Caberá aos sócios a exclusiva responsabilidade pelo desenvolvimento das atividades descritas no objeto social.

Na condição de não sócio, este investidor transfigura-se em credor da sociedade na qual investe e com a qual celebra contrato típico de participação, com vigência não superior a sete anos, que deverá prever os termos nos quais se dará a compensação pelos aportes realizados, pelo prazo máximo de cinco anos. Desta forma, além de não ter qualquer direito a administração ou voto na sociedade, também não responderá por qualquer dívida desta, mesmo em sede de recuperação judicial ou falência, e igualmente não se aplicará a desconsideração da personalidade jurídica.

Um dos pontos mais atraentes para o investidor-anjo no fato de não ser reputado sócio é a isenção de responsabilidade, a princípio, quanto às dívidas sociais, bem como sua isenção aos efeitos de uma desconsideração da personalidade jurídica que porventura venha a atingir a sociedade investida no futuro.

A LC 155/16, porém, houve por bem afastar expressamente apenas a aplicação do Art. 50 do Código Civil, que trata da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, que exige a verificação de abuso da personalidade jurídica, por confusão patrimonial ou desvio de finalidade, para que possa ser aplicada. Deixou, entretanto, de mencionar

outras hipóteses de desconsideração, como aquelas de que tratam o parágrafo quinto e o caput do Artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor-CDC, o Art. 4º da lei 9.605/98 (Lei de Danos Ambientais), ou o Art. 34 da lei 12.529/11 (Nova Lei Antitruste), que trazem a Teoria Menor da Desconsideração (independente da prática de atos de abuso), e que se alicerçam no risco-proveito. (ARRUDA; MADURO, 2017)

Tal como o Tribunal Regional do Trabalho não reconheceu incidência da desconsideração da personalidade jurídica dos acionistas preferencialistas, o Superior Tribunal de Justiça entende que o terceiro que contrata com a sociedade não tem que responder pelos resultados que esta proporcionar, especialmente se o terceiro ostentar a alcunha de investidor.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. (REsp 279.273/SP)

Como se vê, semelhante ao acionista preferencialista, o investidor-anjo possui apenas interesse no resultado que a atividade empresarial pode proporcionar; embora ambos sejam isentos dos atos de controle e gestão, acreditam que a execução da empresa se dará de forma eficiente e proporcionará resultados positivos aos investidores.

Trata-se de uma vinculação pragmática à empresa, que pode ser vantajosa tanto aos sócios investidores quanto aos sócios empreendedores. Fato que reporta ao problema central do presente estudo: por que não há a figura do quotista preferencialista na sociedade limitada?

O Projeto de Lei nº 6.104/2019 de autoria do Deputado Charles Evangelista (PSL/MG) parece pretender responder à indagação e sanar a lacuna, contribuindo para ampliação do fomento à atividade econômica empresarial.

ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 6.104/2019 APENSADO AO PROJETO DE LEI Nº 3.436/2019

Atualmente, o Código Civil, no capítulo dedicado à sociedade limitada, não tem previsão direta e literal para que o contrato admita a emissão de quotas sem direito a voto, salvo se houver previsão da incidência supletiva da Lei nº 6.404/76, conforme alternativa disciplinada no parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil.

Em que pese a possibilidade de criação de cotas preferenciais estabelecida pelo IN 38/17 do DREI, a realidade nas Juntas Comerciais é outra. Na prática, não há homogeneidade na interpretação de tais órgãos de atuação estadual, gerando risco de quebra de isonomia na atuação empresarial em todo território nacional. (PROJETO DE LEI Nº 6.104/2019)

Mesmo assim, alguns autores entendem haver liberdade contratual para que uma sociedade limitada emita quotas preferenciais sem direito ao voto ou com restrição a este direito, desde que não caracterize pacto leonino, podendo tais preferências consistirem em:

- a) uma determinada preferência na distribuição dos lucros; b) que as quotas preferenciais tenham um percentual de recebimento superior às quotas ordinárias; c) que esse percentual superior seja exercido por um determinado número de exercícios sociais; d) no recebimento preferencial no caso de liquidação da sociedade; e) na preferência consentida aos titulares de determinadas quotas na subscrição de novas quotas, no caso de aumento de capital de tal modo que nada impede que a opção seja reservada a determinados sócios ou determinada categoria de sócios. (SIMIONATO, 2009, p. 601)

O raciocínio segundo o qual o direito ao voto não é absoluto nas sociedades por ações, logo não precisa ser nas sociedades limitadas, inspirou o legislador na redação do Projeto de Lei nº 6.104/2019 que propõe, dentre outras alterações no Código Civil, a criação do Art. 1.055-A nos termos que seguem.

- Art. 1.055-A. É admitida a criação de cotas preferenciais de uma ou mais classes na sociedade limitada, observado, no que couber, o disposto na Lei 6.404/76, podendo as preferências ou vantagens consistir, isolada ou cumulativamente, em:
- I - prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;
 - II - prioridade no reembolso do capital;

III - direito de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração;

IV – direito de veto no caso de alteração do contrato social, nas matérias que especificar o contrato social ou suas alterações;

V – outras vantagens expressamente especificadas no contrato social ou em suas alterações.

§ 1º É admitida a emissão de cotas preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito.

§ 2º O número de cotas preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das cotas emitidas.

§ 3º Os quóruns de instalação e deliberação em reunião ou assembleia de sócios serão computados exclusivamente sobre o capital votante.

§ 4º O direito de participar nas reuniões e assembleias de sócios, inclusive com exercício do direito de voz, é assegurado a todos os cotistas, independentemente do direito de voto.

Em sendo aprovado e sancionado, o quotista preferencialista será respeitado em seu perfil investidor, desde que renuncie totalmente ao direito de voto, colocando-se na condição de titular do direito de receber dividendos proporcionais ao montante investido.

Ou seja, o quotista preferencialista se apresentaria como um investidor isento do dever de praticar atos de decisão e gestão ou proceder a qualquer medida executiva em nome da sociedade limitada. Sua postura ante o risco do negócio seria muito próxima à de um credor.

Neste sentido ter-se-ia a “interpretação das leis e contratos em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à

propriedade” (PROJETO DE LEI Nº 6.104/2019).

Verificar-se-ia efetiva liberdade de investimento nas sociedades limitadas por meio de um instrumento garantidor do exercício de atividade econômica. A intervenção do Estado se daria apenas e tão somente de forma subsidiária, excepcional ao exercício destas, proporcionando aos sócios quotistas meramente investidores efetiva justiça social no sentido de que estar-se-iam instituindo meios de investir num tipo societário responsável pela maior parte dos registros realizados no Registro de Empresa; haja vista que, segundo consta na justificativa do projeto de lei em tela, 98% (noventa e oito por cento) dos registros realizados nas Juntas Comerciais são de sociedades limitadas, graças à flexibilidade que a caracteriza.

Nos últimos anos vimos esse movimento no Brasil voltado para micro e pequenas empresas (investidor anjo, na LC 155/16; Empresa Simples de Crédito e Inova Simples, na LC 167/19). Vimos também tal movimento no mercado de capitais, com previsão legal no Código Civil da figura jurídica do fundo de investimento, com destaque para a possibilidade de responsabilidade limitada do quotista, nos termos da L. 13.874/19 [...] a sociedade do tipo limitada tem estado fora do radar legislativo há anos. (PROJETO DE LEI Nº 6.104/2019)

Tal como a Eireli e a recém-regulada sociedade limitada unipessoal visam contribuir para a redução de criação

de “sociedades-faz-de-conta” (MORAIS, 2003), a regulamentação de quotas preferenciais pode mitigar a busca dos investidores por sociedades por ações e fomentar o desenvolvimento de atividades econômicas por meio das sociedades limitadas que constituem um tipo societário mais simples e acessível, em especial às pequenas e médias empresas (PMEs).

Com a entrada em vigor da MP 881/19, convertida na Lei 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), convém destacar, ainda, que a legislação empresarial passou a ter aplicação subsidiária em relação aos pactos privados (Art. 3, VIII), havendo presunção de paridade das partes nas relações dessa natureza (Art. 421-A, do Código Civil).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto em estudo neste trabalho está atrelado a um projeto de lei, inclusive, quando do início dos estudos, o Projeto de Lei nº 6.104/2019 ainda não havia sido apensado ao Projeto de Lei nº 3.436/2019, que, *s.m.j.*, parece ter pretensões menos ambiciosas. Em razão deste fato, não é viável concluir o raciocínio posto, uma vez que fatos novos podem reorientar a análise das hipóteses, destarte apresentamos por ora apenas considerações finais.

Sendo a natureza jurídica da sociedade limitada híbrida, podendo tender para um viés mais *intuito personae* ou *intuito pecuniae*, conforme os anseios de seus sócios, tem-se por perfeitamente justificável que o sócio quotista pode-se vincular à sociedade limitada tal como o acionista preferencialista se vincula à sociedade por ações ou mesmo de forma análoga ao investidor-anjo, ou seja, um quotista pode renunciar ao direito ao voto, de forma total ou parcial, e ostentar quotas preferenciais que lhe concedam direito de participar nos ativos da sociedade com prioridade.

Neste caso, sua responsabilidade patrimonial pelos resultados auferidos pela sociedade limitada seria efetivamente restrita ao valor de suas quotas, podendo sofrer os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica apenas pelo viés da teoria maior, ou seja, sempre que se verificar a prática de conduta própria por parte do quotista preferencialista, na condição de sócio investidor.

Por fim, ansiamos para que este estudo inspire nossos legisladores a regulamentações mais eficientes, que permitam aos agentes econômicos o desenvolvimento mais pragmático das atividades empresariais, haja vista que a intervenção estatal excessiva nas relações societárias nenhum benefício proporciona

aos sócios e a todos que, direta ou indiretamente, são alcançados pelos resultados sociais.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Pablo Gonçalves e; MADURO, Mariana. O novo investidor anjo nas Startups a partir da LC 155/16 (Parte 1). Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262391,21048-O+novo+investidor+anjo+nas+Startups+a+partir+da+LC+15516+Parte+1>>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

ARRUDA, Pablo Gonçalves e; SOARES, Natália de Moura. As novas instruções normativas DREI. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256660,81042-As+novas+instrucoes+normativas+DREI>>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 13ª ed. rev. e atual. SP: Atlas, 2012.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 14ª ed. rev. e atual. SP: Atlas, 2015.

BRASIL, Decreto nº 21.536, de 15 de Junho de 1932. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1930-1939/decreto-21536-15-junho-1932-517361-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BRASIL, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BRASIL, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lc>

p/lcp123.htm>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BRASIL, Lei complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BRASIL, Projeto de Lei nº 6.104 de 2019. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a criação de cotas preferenciais sem voto em sociedade do tipo limitada. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835870&filename=PL+6104/2019>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BRASIL, Projeto de Lei nº 3436 de 2019. Acrescenta §§3º e 4º ao art. 1.055, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil", para admitir a possibilidade de instituição de quotas preferenciais em sociedades limitadas. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2207469&fichaAmigavel=nao>> Acesso em: 28 de dez. de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

BULGARELLI, Waldirio. O novo direito empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: Sociedade anônima. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Direito de empresa. Vol. 2, 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Ronnie Preuss. Teoria da Empresa à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LAMY FILHO, Alfredo. Temas de S.A. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POSNER, Richard A. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva, revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado – 5ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Societário. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp 1.309.188/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/133719314/recurso-especial-n-1309188-sp-do-stj>>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 279273 SP 2000/0097184-7, Rel. Min. Nancy Andriighi. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-resp-279273-sp-2000-0097184-7/inteiro-teor-13045981>>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. Atividade Empresária e Mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário. Vol. 1, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TRIBUNAL REGINOAL DO TRABALHO - 1ª Região, 2ª turma. Processo nº 0010300-06.2015.5.01.0046 (AP). Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/dl/socio-minoritario-sa-nao-responder.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2020.

**A CONDIÇÃO FEMININA NO DIREITO
ROMANO E BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE CONTRA-
HEGEMÔNICA PARA A CONSTRUÇÃO
DE NOVOS DISCURSOS**

Fernando Menezes Lima⁴⁰

Glícia Édeni de Lima Teixeira⁴¹

RESUMO

Este estudo apresenta a situação jurídica das mulheres em relação aos principais códigos civis sob o domínio da antiga civilização romana e relaciona esse cenário à realidade social no Brasil do último século. Tal trabalho comparativo possui como objetivo evidenciar a influência da antiga legislação civil vigente em Roma e suas colônias sobre o processo legislativo brasileiro no século XX. O presente artigo utiliza metodologia e procedimento bibliográficos e documentais, adota a abordagem dedutiva, qualitativa e exploratória e os procedimentos dialético, histórico e comparativo para abordar o objeto de estudo. Destaca-se que a pesquisa teórica consiste em uma revisão narrativa, incluindo-se fontes

⁴⁰ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), professor auxiliar do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), coordenador da disciplina de monografia do Curso de Direito, advogado e pesquisador no Grupo de estudos em Direitos Humanos Fundamentais GEDHUF/URCA (CNPq) na linha de pesquisa da Efetividade dos Direitos Humanos Fundamentais, Direito das Famílias e Educação em Direitos Humanos. Tem formação acadêmica e experiência na área de Educação e Direito, com licenciatura plena e especializações em direito e educação.

⁴¹ Bacharelada do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA), com graduação em Letras pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) e especialista em Língua, Linguística e Literatura pela Faculdade São Francisco da Paraíba (FASP).

como livros e periódicos científicos, além da legislação pertinente ao tema. A partir desse método, visa-se apontar o predomínio do comportamento social na antiga Roma sobre a legislação brasileira vigente no século XX, bem como evidenciar a luta dos movimentos feministas na busca dos direitos em prol das mulheres no Brasil. Este trabalho indica o grau de influência da jurisdição clássica romana sobre o processo legislativo pátrio, ainda que transcorridos séculos entre a elaboração desses textos legais. O estudo permite a conclusão de que as conquistas femininas sociais normalmente enfrentam forte oposição do sistema dominante, composto majoritariamente por homens habituados a prerrogativas e privilégios relativos às questões de gênero. Conclui-se ainda que a luta por uma sociedade mais justa para as mulheres brasileiras representa um longo caminho, do qual se trilharam apenas os passos iniciais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Romano. Direitos Femininos. Direito Civil. Direito Civil Brasileiro. Luta das Mulheres.

ABSTRACT

This study presents the legal situation of women in relation to the main Civil Codes under the domain of ancient Roman civilization and relates this scenario to the last century Brazilian's social reality. Such comparative work aims to highlight the Rome's ancient civil legislation validity influence in Rome itself and in its colonies about the Brazilian legislative process in the 20th century. This article uses bibliographic procedures and documental methodology, it adopts a deductive, qualitative and exploratory approach and dialectical, historical and comparative procedures to reach out the object of study. It is noteworthy the theoretical research consists of a narrative review, including sources such as books and scientific journals, besides the relevant legislation to the theme. Based on this method, it is aimed to point out the social behavior predominance in ancient Rome over Brazilian current legislation in the 20th century, as well as to highlight the struggle of the feminist movements in searching for the rights of Brazilian women. This work indicates the classical Roman jurisdiction's influence power on the national legislative process, even though many centuries have passed between the

elaboration of these legal texts. This study allows us to conclude that the feminine social conquests usually face Strong opposition from the dominant system, mostly composed of men used to prerogatives and privileges related to gender issues. It is also concluded that the struggle for a fairer society for Brazilian women represents a long way, from which only the initial steps have been taken.

KEYWORDS: Roman Law. Women's Rights. Civil Rights. Brazilian Civil Rights. Women's struggle.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca realizar uma discussão crítica da condição feminina ao longo da história romana e brasileira, pois as mulheres sofreram opressão, violência e exclusão de várias ordens, concebidas pelo modelo de sociedade patriarcalista, heterossexista e colonialista, que coloca a mulher na condição de objeto de seus discursos hegemônicos eurocêntricos e universalizantes.

Para tratar de nosso objeto de estudo, optamos por uma abordagem dedutiva de caráter qualitativo e exploratório, com procedimento de pesquisa de natureza dialética, histórica e comparativa, por meio da revisão bibliográfica, de modo que a pesquisa teórica consiste em uma revisão narrativa, incluindo-se fontes como livros e periódicos científicos, além da legislação a respeito do tema.

A partir desse método, visamos apontar o predomínio do comportamento social na antiga Roma na legislação brasileira vigente no século XX, bem como evidenciar a luta dos movimentos feministas na busca por direitos em prol das mulheres no Brasil.

Nossa discussão parte do pressuposto de que muitas mulheres, mesmo na sociedade contemporânea, ainda se encontram em condição de subdireito, sendo, portanto, violentadas, oprimidas e inferiorizadas devido ao gênero dentro dessa construção ideológica linear e hegemônica eurocêntrica. Para Santos (2019), isso mostra a arrogância epistemológica da modernidade ocidental como sendo a outra face da arrogância da conquista colonial moderna.

De fato, a relação entre os sexos carrega historicamente marcas de violência e desigualdade. Essa condição existencial feminina degradante e, por vezes desumana, apagou e aniquilou a figura da mulher desde tempos imemoriáveis. Povos habitantes de regiões mediterrâneas, como os antigos gregos e romanos, normalmente possuíam bases sociais fundadas em organizações sociais opressoras e sexistas.

Não raramente o arcabouço dessas civilizações costumava reduzir as mulheres a papéis comunitários de caráter secundário, negando-lhes quaisquer oportunidades de

crescimento pessoal, intelectual e mesmo profissional.

Nesse sentido, este artigo está organizado da seguinte forma. Inicialmente, tratamos da condição da mulher no direito romano. Em seguida, apresentamos uma breve análise da condição feminina no âmbito civil brasileiro até a constituição de 1988.

A CAPACIDADE CIVIL DA MULHER ROMANA

No Direito Romano⁴², a pessoa precisava preencher os requisitos naturais e civis para ser detentora de direitos, não bastando, apenas, o nascimento perfeito para gozar de sua personalidade. Ou seja, não era suficiente nascer vivo, ter forma humana e ter viabilidade fetal para continuar a vida fora do ventre materno. Era preciso, além disso, não estar na condição de escravo, pois este era equiparado a *res* (coisa) de propriedade do *paterfamilias* que detinha a *dominica potestas*, uma forma de poder sobre os escravos. Portanto, ainda se fazia necessário ter o *status*.

⁴² Na sociedade Romana elitista e machista, os poderes patriarcais eram numerosos, como mostram os princípios vigentes na época: *Jus vita ac necis* (o direito da vida e da morte); *Jus exponendi* (direito de abandono); *Jus naxal dândi* (direito de dar prejuízo).

A Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos, pois o *pater* possuía o pátrio poder sobre os filhos nascidos do casamento legítimo, o direito de vida e de morte. Era preciso nascer viva a criança, pois, do contrário, não lhe seria possível adquirir a qualidade de *persona*. A forma humana se justifica em função da ausência de adequados conhecimentos de biologia naqueles tempos, pois não era admitida a hipótese do nascimento de um monstro ou prodígio, assim entendido o ser que possuía alguma deficiência, ainda que mínima.

O *status*, sinônimo de *caput*, era a condição civil que cada cidadão deveria preencher para se tornar sujeito de direito. *Status* era a capacidade civil romana que precisava ser preenchida logo após o preenchimento das condições naturais acima mencionadas. Nesse sentido, era necessário a reunião de todos os requisitos, designados como *status libertatis*, *status civitatis* e o *status familiae*. Presentes os requisitos naturais e os três *status*, o sujeito teria capacidade civil em Roma. Contudo, tal capacidade era delegada apenas aos homens. A mulher jamais adquiria plena capacidade entre os romanos nessa época.

A perda da capacidade civil do indivíduo era possível, conhecida como *capitis deminutio*, termo em latim para

designar a diminuição de sua capacidade. Esta poderia ocorrer diante da perda do *status libertatis* ou do *status civitatis*, ou mesmo pela mudança do *status familiae*. Conforme afirma Cretella Junior (2009), a *capitis deminutio* atingia a liberdade, a cidadania ou a posição do cidadão romano na família, podendo ser de forma máxima, média ou mínima.

A *capitis deminutio* máxima diz respeito à perda da liberdade, ou seja, atinge diretamente o *status libertatis*. O homem ou a mulher deixa de ser livre para se tornar escravo, equiparado a coisa, posto que não tem capacidade nenhuma. A *capitis deminutio media*, por sua vez, refere-se à perda da cidadania. Tendo o *status civitatis* perdida, o indivíduo se tornava peregrino ou desterrado, conforme o caso. Tanto na *capitis deminutio* média quanto na máxima, todos os bens do romano são confiscados pelo Estado.

Sobre a *capitis deminutio* mínima, que não significa obrigatoriamente perda da capacidade, mas uma mudança dentro da própria família, Cretella Junior (1983) afirma que esta poderia ocorrer em vários níveis: igual, para melhor e para pior. Não atinge o *status civitatis* nem o *status libertatis*, pois se refere unicamente à posição familiar, entre os *sui juris* (independentes) e os *alieni juris* (dependentes). A mulher, por exemplo, era

alieni juris na sua família originária e, ao se casar, continua na mesma posição, ou seja, igual à situação anterior. Sobre essa condição, Cretella Junior (2009, p. 79-80) afirma que:

O “*sui juris*” é o *paterfamilias*; a mulher “*sui juris*” é a *materfamilias*. Esta, entretanto, nunca tem o pátrio poder e, por isso, não transmite a outrem a sua família, o que levou Ulpiano a dizer de modo feliz que a mulher, do ponto de vista civil, é o começo e o fim de sua própria família (“*mulier autem familiae suae et caput et finis est*”).

Portanto, a *patria potestas* era exclusiva do homem e nunca da mulher, pois somente o *pater*⁴³ detinha poderes dentro da casa e subordinava todos os outros membros, independentemente da idade, pois mesmo os filhos e filhas, os netos e netas, os maridos e as esposas destes e daqueles, embora adultos e casados, ficavam sob a autoridade a que todos estavam submetidos. Em relação à estrutura familiar greco-romana, Wolkmer (2006, p. 78) aponta que:

⁴³ “O *paterfamilias*, tendo poderes ilimitados sobre a sua descendência e todos aqueles que estivessem sob a sua responsabilidade, exercia autoridade suprema, dispondo livremente de suas vidas e patrimônio. A mulher da família antiga lhe era totalmente dependente e seus filhos jamais alcançavam a maioridade, que não era concedida pela religião. Essas regras, para nós desumanas e até mesmo impiedosas, possibilitaram uma forte disciplina familiar com favoráveis implicações na organização militar daquele povo” (WOLKMER, 2006, p. 91).

[...] a família romana e grega, por semelhança, traduzia o tipo de uma organização política cujo princípio básico era a autoridade, e esta abrangia todos quantos a ela estavam submetidos. O pater familias era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz, constituindo-se, assim, a família como a unidade da sociedade antiga, em contraposição à posição do indivíduo na sociedade moderna.

A própria instituição familiar era predominantemente patriarcal, na qual as mulheres ficavam relegadas às vontades dos homens. Para Coulanges (2005), o que tornava as pessoas parte da mesma família não era o laço consanguíneo, mas o fato de adorarem os mesmos deuses. Assim, após o matrimônio, a mulher deveria abandonar seus deuses para adorar os do marido. O primogênito recebia o dever de manter o fogo da casa aceso, após a morte do *paterfamilias*. O direito ao patrimônio e à propriedade eram regidos também pela religião, pois a família não poderia abandonar o lugar onde ficavam os ancestrais e o fogo sagrado.

Para o romano, a liberdade se constituía como o maior bem. Havia a clássica divisão de Gaio entre livres e escravos que, conforme as circunstâncias, as pessoas em Roma, além de livres ou escravas, podiam ser também semilivres, ingênuas, libertas, libertinas, *in mancipium* ou colonas. Isso porque, na família⁴⁴, o

⁴⁴ “A família do ponto de vista jurídico, até bem pouco tempo, era constituída pelo casamento.

poder do *paterfamilias* é total, visto que se tratava de uma sociedade patriarcal. Segundo Tabosa (2006), o poder absoluto se classifica conforme a relação jurídica considerada. Assim, era a *potestas* (sobre filhos e filhas), *manus* (sobre a esposa), *mancipium* (sobre pessoas livres que estavam sob sua *potestas*) e *dominium* (sobre as coisas).

Os homens e as mulheres livres são denominados ingênuos(as), e os antigos escravos alforriados com a *manumissão*, forma de dação da liberdade pelo *paterfamilias*, se chamavam *libertos(as)*. Os primeiros ingênuos nasciam de mulher livre e do casamento denominado *justas nupcias*, de acordo com o *jus civilis* da época. Era a condição materna que ditava a condição de liberdade e/ou escravidão da criança que nascia, pois se a mãe era escrava automaticamente seu descende também seria, seguindo o princípio que “filho de escrava, escravo é”.

No começo, na sociedade arcaica, o matrimônio realizava-se mediante rapto, pela captura de mulheres de outros grupos sociais. Depois, o rapto foi substituído, devido às lutas sociais e aos atritos que provocava, pela compra e venda. Gradualmente a própria compra e venda tornou-se simbólica, mantendo-se o dote como resíduo do aspecto negocial do ato. Nesse tempo, o marido manteve o direito de tutela vitalícia sobre a mulher. Com o Cristianismo, melhorando a posição social da mulher, o casamento, apesar de ser decidido pelos pais dos nubentes, não atribuía poderes absolutos ao marido. Depois, muito depois, o matrimônio passou a depender da vontade dos nubentes. Hoje, havendo coação paternal, anulável é o casamento” (GUSMÃO, 1999, p. 323).

Tanto o escravo quanto a escrava, (denominado *servus*), embora humanos, são destituídos de qualquer traço de personalidade e equiparados às coisas do *pater*, designados pela expressão *servus est res*, ou seja, escravo é coisa. Podem ser vendidos e destruídos pelo dono. Além da forma natural de escravidão, existiam outros modos pelos quais alguém poderia se tornar escravo(a), tais como: pelo cativo, quando eram aprisionados pelo Estado e vendidos a particulares; pela não inscrição no censo, que era realizado a cada cinco anos; pela insolvência, são aqueles que não puderam pagar suas dívidas; pela prisão em flagrante, pois, nos primeiros tempos, o ladrão é vendido pela vítima para ressarcimento do prejuízo sofrido. Outra situação era a mulher livre que, se mantivesse relações com escravo alheio, tornava-se escrava e ficava pertencendo ao domínio do companheiro.

A humanização da situação do escravo teve forte influência do Cristianismo. Os princípios cristãos são incorporados, tornando proibido aos senhores abandonarem seus escravos(as) velhos(as), recém-nascidos e doentes, sob pena da perda do poder paternal. Igualmente, não era mais admitido atirar os escravos às feras sem autorização do magistrado. Da mesma forma, não seria mais permitido matar ou maltratar sem motivo.

Portanto, a capacidade civil da mulher estava diretamente relacionada aos requisitos naturais e civis, pois para ser cidadã romana, era preciso ter *status* de liberdade, cidade, ou seja, nascer em Roma, e pertencer a uma família romana, embora a condição feminina a tornasse inferior dentro da sociedade romana, devido ao seu caráter patriarcal. Na próxima seção, tratamos da tutela perpétua da mulher no direito Romano.

A “TUTELA PERPÉTUA” DA MULHER EM ROMA

A tábua sexta, que tratava do direito de propriedade e posse, trazia uma situação esdrúxula, pois a mulher que residisse durante um ano na casa de um homem, como se fosse sua esposa, seria adquirida por esse homem e cairia sob o seu poder – como uma forma de aquisição por prescrição da esposa. Essa prerrogativa ilustra que o *manus*, poder do marido sobre a mulher, só era concebido após um ano de convivência de um casal não casado. Essa forma de união poderia não se concretizar, se a mulher se ausentasse da casa por três noites consecutivas. Essa forma de defesa feminina era utilizada muitas vezes para que estas conseguissem se livrar de relações indesejáveis e adquirissem o direito de administrar os seus bens.

A narrativa anterior era uma das formas de casamento *cum manu*, com o poder do marido sobre a esposa, sendo o *manus* o poder exercido sobre a mulher, previsto em Roma, pois além do *usus*, casamento que se dava pelo uso, existia o *confarretio*, que era uma cerimônia solene, revestida de muito formalismo e ritos, na presença de dez testemunhas com capacidade civil plena; esses eram homens *sui juris*, representantes das cúrias romanas. Era o matrimônio próprio dos patrícios. Após os rituais e orações, havia a partição do bolo, de onde advém a denominação *confarretio*.

A outra forma de matrimônio era o *coemptio*, ou pela compra simbólica. Era menos cerimonioso que o primeiro, que era atribuído aos plebeus, na presença apenas de cinco testemunhas. Essa maneira lembra os costumes primitivos da compra de metais preciosos que eram oferecidos ao *paterfamilias* da noiva. Além do *coemptio*, havia o *sine manu*, ou seja, sem o poder marital, já que a mulher continuava submissa ao seu *pater* originário. A mulher era preparada para o casamento desde cedo: toda a educação doméstica lhe era ensinada para cuidar da casa, se tornar a *materfamilias* e gerar o herdeiro para continuar o legado da família, nos diversos aspectos econômicos, culturais e religiosos.

Em ambas as situações, a mulher sempre estava subordinada ao poder masculino de um chefe de família, fosse de seu pai, do esposo ou do *pater* do marido. Dessa forma, diz-se que a mulher ficava em tutela perpétua, mesmo sendo *sui juris*. Nesse sentido, Cretella Junior (1983) trata da tutela (de *tueor*, *tuéris*, *tutus sum*, *tuéri* = guarda, proteção) como o instituto do direito civil romano que tem como objetivo a proteção da pessoa e, principalmente, dos bens dos impúberes dos dois sexos e das mulheres púberes, *sui juris*. Sobre a tutela perpétua das mulheres, Tabosa (2006, p. 190) esclarece que:

Ao completar 12 anos, a mulher *sui juris* deixava a tutela comum dos impúberes, mas não alcançava sua plena capacidade jurídica. Para a realização de alguns atos, como aqueles que envolvessem relações patrimoniais, continuava incapaz. Precisava da proteção de alguém para garantir-lhe a segurança jurídica. Era a tutela das mulheres. Dizia-se perpétua, pois não era constituída *ad tempus*, durava a vida toda. Mas sua duração no tempo não foi tão grande, pois seu fundamento, a suposta inferioridade mental das mulheres, era evidentemente falso. Com o Baixo Império, esse tipo de tutela desapareceu [...].

A mulher cai sob tutela quando órfã ou emancipada e, por ser *sui juris*, ficava em tutela perpétua, cujos fundamentos se justificam pelas seguintes razões que a

inferiorizavam⁴⁵ na época e que com o tempo não se sustentaram, tais como: a debilidade física em razão do sexo (*infirmitas sexus*); falta de sequência de raciocínio (*infirmitas consilii*); inconstância de caráter (*levitas animi*), entre outras. O tutor da mulher não se utiliza da *negotiorum gestio*⁴⁶, apenas da *auctoritas tutoris*⁴⁷.

As leis que trataram da cessação da tutela perpétua das mulheres serão objeto de estudo na próxima seção do presente artigo. Outrossim, ainda vale destacar que a mulher *sui juris*, como subordinada à tutela *mulieris* (ULPIANO, 2014), não possuía a capacidade ativa para fazer testamento (*testamenti factio activa*), muito menos a capacidade passiva para figurar como herdeira em testamento (*testamenti factio passiva*), pois somente era permitido ao cidadão romano *sui juris* plenamente capaz de direito e de fato, figurar em ambos os polos (TABOSA, 2006, p. 325-326).

⁴⁵ Essa inferioridade da mulher era traduzida por *imbecillitas*, *imbecillitas mentis*, *lévitas animi*, *infirmitas sexus* e *infirmitas consilii*, dentre outras expressões. (Vide SCHULZ, Fritz. Derecho Romano Clasico (Classical Roman Law). Barcelona: Bosch, 1960, p. 172).

⁴⁶ O tutor exerce todos os atos em seu próprio nome quando o pupilo não tem discernimento (o tutor faz em benefício do pupilo, mas como único responsável).

⁴⁷ Permite que o tutelado pratique em pessoa os atos, limitando-se à assistência. Não é autorização, e sim aprovação.

LEIS ROMANAS QUE TROUXERAM AVANÇOS PARA O STATUS DAS MULHERES ROMANAS

Com as mudanças econômicas e políticas ocorridas no final da República e início do Império Romano, várias leis surgiram para amenizar a situação das mulheres, dada a sua total subserviência ao *paterfamilias*, no sentido de dar-lhes maior independência dentro das relações civis e jurídicas perante as instituições do casamento, do gerenciamento do dote, da capacidade civil, no divórcio, no direito sucessório, dentre outros.

A tutela da mulher foi desaparecendo aos poucos. No governo de Augusto, aquelas com certo número de filhos eram dispensadas, assim como a tutela legítima para as mulheres ingênuas, ou seja, que eram livres desde o nascimento. Foram Teodosio e Honório quem puseram fim à tutela das mulheres (*jus liberorum*).

Como aconteceu com a *Lex Canuleia*, lei que permitiu o casamento entre patrícios e plebeus, com as Leis Caducárias, no reinado de Augusto, que dispensaram da tutela a mulher que tivesse tido certo número de filhos (*jus liberorum*) e no início do Império, a tutela legítima desaparece para as mulheres ingênuas (*Lex Claudia*). Em 410 d.C., com Teodósio e Honório, desaparece completamente a tutela, concedida a todas as

mulheres que foram contempladas com o *jus liberorum*. (CRETELLA JUNIOR, 2009).

O casamento *sine manu* permitiu à mulher o direito ao repúdio, o que antes era permitido somente ao marido. Outra preocupação para as famílias patrícias foi a *Lex Canuleia*, que permitiu o casamento entre patrícios e plebeus. Contudo, o casamento das filhas sem permissão ocasionaria uma transferência de patrimônio para outros *paterfamilias*.

Ocorreram duas mudanças importantes no Império a partir de *senatosconsultos*. O *senatoconsulto* Tertuliano, que confere à mãe um direito de sucessão *jure civili, ab intestato*, relativamente aos filhos; e o *senatoconsulto* Orfitiano, o qual chama à sucessão da mãe, antes de qualquer *agnato*, os filhos.

Por sua vez, as novelas 118 e 127 instituídas por Justiniano, que deram origem ao novo sistema de sucessão em Roma, tendo como princípio informativo o parentesco cognático e não mais o antigo critério agnático, beneficiaram as mulheres em relação ao direito de herança. E mais, a novela 53 criou a quarta do cônjuge pobre. Nesse texto legal, ficou estabelecido que as viúvas necessitadas concorressem com os herdeiros de quaisquer categorias a fim de obter sua parte na herança do esposo falecido, ou seja, de receber até o equivalente a um quarto da herança.

Um aspecto era relacionado ao patriarcalismo arcaico, pois sabemos que hoje não é o tipo de organização tão presente nas famílias modernas. Finalmente, as mulheres foram deixando de ser submetidas aos maridos, passando a ocupar posições de destaque no mercado de trabalho, por exemplo. Em relação aos filhos e filhas, estes estão deixando cada vez mais de lado os padrões e costumes que lhes foram deixados pelos seus antepassados, coisa que era seguida a rigor na família patriarcal arcaica.

O Direito como instituição social se transforma no tempo e no espaço, pois nenhum direito das civilizações do passado reúne, para esse fim, as condições que o direito romano apresenta, abarcando mais de 12 séculos de evolução, documentada com certa abundância de fontes, como a Lei das XII Tábuas até *corpus juris civilis*. Neste se vislumbram, diante de estudiosos e pesquisadores, os problemas de construção, expansão, decadência e extinção do mais poderoso império que o mundo antigo conheceu. Segundo aponta Wolkmer (2006), o direito romano é um notável campo de observação e análise do fenômeno jurídico em todos os seus aspectos e dimensões, tendo influenciado o Código Civil francês (1804), o Código Civil alemão (1900) e o Código Civil brasileiro (1916).

A CONDIÇÃO FEMININA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916

A legislação vigente em determinada sociedade certamente reproduz o pensamento dominante e os padrões comportamentais consagrados por aquele agrupamento social. Dessa forma, o Código Civil de 1916, elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua, retrata o paradigma considerado ideal na sociedade brasileira na transição do século XIX para o XX. Fortemente influenciado por setores conservadores, esse dispositivo legal naturalmente consagra a pretensa superioridade masculina e seu domínio sobre as mulheres, então legalmente subordinadas aos homens membros de suas famílias.

Essa submissão da mulher brasileira do início do século XX refletia a própria estrutura social patriarcal e sexista, na qual apenas os homens possuíam direitos básicos, como viajar, trabalhar e votar, por exemplo. As mulheres, por sua vez, necessitavam da indispensável autorização do pai ou do esposo a fim de realizar tarefas simples como as já citadas – com exceção do voto, que foi legalmente permitido à população feminina no Brasil apenas na década de 1930.

O Código Civil de 1916 impunha às mulheres a perda da capacidade plena no ato do casamento, sendo equiparadas, dessa forma, aos índios, menores e pródigos. O

poder feminino no âmbito familiar possuía característica residual, conforme leciona Venosa (2007):

Na redação originária do Código Civil, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal (VENOSA, 2007, p. 288).

Naquele arranjo social, a mulher possuía a obrigação de adotar o sobrenome do esposo, em uma realidade na qual o instituto do casamento era indissolúvel, e a senhora desquitada era considerada como alguém em débito com a sociedade. Ainda nesse contexto, os filhos gerados fora do casamento eram segregados e considerados bastardos, o que impedia a responsabilização paterna em tais casos e resultava na obrigação plena de que a mãe não casada educasse e sustentasse sua prole de forma solitária.

Dessa forma, o Código Civil brasileiro de 1916 se sustentava sobre o pátrio poder, prerrogativa concedida exclusivamente à figura masculina, a exemplo da organização familiar vigente sob a jurisdição do antigo direito romano. Naquela composição social, o *pater* detinha total poder de decisão sobre todos os membros do clã, que eram tidos como propriedades. De fato, o chefe familiar

detinha absolutos poderes de punição, venda e mesmo de morte sobre sua parentela.

Tal disposição familiar arcaica e sexista predominava nos costumes de diversos povos ancestrais, como no caso dos antigos romanos, das civilizações hebraicas e dos povoados gregos de diferentes regiões daquele país. A despeito da vasta gama de exemplos, decidimos dedicar este trabalho ao caso romano, o qual representa maior influência sobre as atividades legislativas no território brasileiro ao longo dos tempos.

Como reflexo do comportamento social dominante no início do século XX, a 18ª edição da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo publicou um artigo de opinião intitulado “Pátrio poder”, assinado por João Arruda. Nesse escrito, o autor afirma que “o pátrio poder assenta indubitavelmente na natureza, e, por isto, perdurará, resistindo a todas as tentativas contra sua existência” (ARRUDA, 1910, p. 67). Eventuais opiniões divergentes encontrariam significativa resistência em um Brasil de realidade predominantemente rural, o qual condicionava as mulheres aos trabalhos essencialmente domésticos e de cuidados com as crianças menores.

Como exemplo da predominância desse poder restrito ao sexo masculino, o código civil elaborado por Beviláqua preconizava a incapacidade relativa das mulheres em relação aos atos jurídicos, o

que as compelia a buscar o auxílio de assistentes capazes de acompanhá-las nesses casos. Nesse sentido, o art. 6º, inciso II determina que “são incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.” (BRASIL, 1916).

O pátrio poder se aproxima de tal modo do direito de propriedade que a condição da mulher como objeto pertencente ao marido se escancara quando da determinação contida no artigo 178, § 1º do Código Civil de 1916. Esse dispositivo garantia ao homem recém-casado o direito de devolução da esposa à sua família paterna no prazo de “dez dias, contados do casamento”.

Ainda nesse sentido, apontamos que o artigo 219, inciso IV do código de Beviláqua considerava como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido”. Dessa maneira, fazia-se perfeitamente legal “a ação do marido para anular o matrimônio contraído com a mulher já deflorada”. Tal possibilidade de anulação do casamento diante da não virgindade da mulher evidenciava sua posição subalterna naquela sociedade. A ausência do hímen no sistema reprodutor feminino, portanto, constituía motivo para a revogação matrimonial no Brasil até a instituição do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 ainda previa que o pai poderia deserdar a filha por motivo de desonestidade. Sem qualquer definição para esse termo, o dispositivo legal autoriza como causa possível de deserdação a “desonestidade da filha que vive na casa paterna” (art. 1.744, III). Apesar de seu caráter rígido e moralizante, o Código Civil de Beviláqua não se dispôs a criminalizar ou punir qualquer comportamento masculino considerado impróprio ou reprovável em sociedade. O pátrio poder representava uma realidade incontestada e permanência inabalável diante de eventuais abusos maritais e paternos, ainda que causadores de danos físicos ou psíquicos em âmbito familiar.

O DIREITO FEMININO AO VOTO

Naquele contexto social, o voto feminino representou uma das iniciais vitórias legislativas em prol das mulheres no Brasil. O primeiro Código Eleitoral brasileiro, instituído em 1932, permitiu o direito das mulheres ao sufrágio, conquistado graças ao esforço dos movimentos feministas e seu empenho na luta no campo eleitoral. Decerto, o debate acerca da permissão do voto para as mulheres em território nacional remonta ao século XIX, conforme atesta a historiadora Mônica Karawejczyk:

Desde antes da implantação da República, mulheres apareceram contestando o seu lugar no mundo público, sofrendo as mais variadas críticas e admoestações. A permanência e a insistência de um tipo de argumento baseado na incapacidade feminina para lidar com o mundo público e político é encontrado em vários momentos da nossa história (KARAWEJCZYK, 2019).

A autora ressalta ainda a ampla difusão midiática de piadas, charges e zombarias diversas como “forma de inibir/desacreditar/humilhar as mulheres que procuravam se inserir no espaço público.” (KARAWEJCZYK, 2019). Apesar dessa resistência sistêmica, a luta em prol da legalização do voto para as mulheres no Brasil obteve maior expressividade com a publicação da primeira Constituição brasileira em 1891.

A luta sufragista feminina no Brasil ganhou novos contornos com a criação do Partido Republicano Feminino em 1910, na cidade do Rio de Janeiro, então capital federal do país. Liderado pela professora e ativista Leolinda Figueiredo Daltro, esse partido feminino era composto por estudantes, donas de casa e intelectuais. As reivindicações desse grupo, fortemente combatido por homens poderosos de sua época, compreendiam a área cultural e fundavam-se no direito à educação para meninas e na abertura do mercado de trabalho para as mulheres.

Apesar de possuir estatuto registrado, o Partido Republicano Feminino não poderia receber votos, uma vez que constituído exclusivamente por mulheres. O artigo 1º, § 2º do regimento do PRF determinava como objetivo desta associação: “Pugnar pela emancipação da mulher brasileira, despertando-lhe o sentimento de independência e de solidariedade patriótica, exalçando-a pela coragem, pelo talento e pelo trabalho, diante da civilização e do progresso do século” (ARQUIVO NACIONAL, 1910).

Apesar da permissão legislativa em 1932, o voto feminino no Brasil permaneceu restrito às mulheres casadas que obtivessem a permissão dos esposos para tal, bem como às senhoras viúvas e solteiras que dispusessem de renda própria. Nesse ínterim, o voto feminino foi equiparado ao masculino em suas características universal e obrigatória apenas com a instituição do Código Eleitoral de 1965.

A Carta de 1934 ratificou o direito feminino ao comparecimento às urnas eleitorais, ainda que tenha tornado obrigatórios o alistamento e o voto apenas para as mulheres as quais exercessem função pública remunerada (art. 109). Essa constituinte estabeleceu ainda outros direitos ao sexo feminino, como a proibição do estabelecimento de salários diferenciados em razão de gênero (art. 121, §1º, a) e a garantia

de assistência médica às gestantes, inclusive após o parto (art. 121, §1º, h).

O ESTATUTO DA MULHER CASADA

Por sua vez, a Lei nº. 4.121 de 1962, popularmente conhecida como Estatuto da Mulher Casada, representou um marco na autonomia da mulher brasileira. Esse texto legal modificou disposições dos códigos Civil e de Processo Civil vigentes, a fim de alterar a situação jurídica das mulheres em um contexto conjugal. Essa legislação instituiu a plena capacidade feminina. Além de retirar as senhoras casadas do rol dos indivíduos relativamente incapazes, ampliou o direito das mulheres sobre a constituição de bens reservados, sendo esta última uma modificação no art. 246 do Código Civil de 1916.

O Estatuto da Mulher Casada alterou ainda o artigo 246 do primeiro código civil brasileiro ao permitir que as mulheres exercessem profissão, bem como a prática dos atos indispensáveis ao exercício de sua defesa. Outra permissão significativa desse diploma legal a respeito do direito das mulheres foi autorizar que a mãe contraente de novas núpcias não perdesse o pátrio poder sobre os filhos gerados em união anterior. Essa modificação do artigo 393 do CC/1916 garantiu que tal prerrogativa

feminina poderia ser exercida “sem qualquer interferência do marido”.

A LEI DO DIVÓRCIO

Até a década de 1970, o casamento representava uma instituição indissolúvel no Brasil. O desquite era permitido, mas este apenas encerrava a sociedade conjugal, sem o poder de extinção do vínculo matrimonial (BELTRÃO, 2017). A Lei nº. 6.515 de 1977, enfim, permitiu que se desfizesse legalmente o liame do matrimônio, além de conferir segurança jurídica aos indivíduos que, por exemplo, contráissem novas núpcias. Dessa forma, a lei do divórcio buscava garantir também a regularização das famílias formadas em outras uniões afetivas.

Como se pode imaginar, as mulheres desquitadas sofriam toda sorte de preconceito social, sendo corriqueiramente taxadas como pessoas desleixadas em seus matrimônios. Essas mulheres eram normalmente consideradas pela dissolução matrimonial ou mesmo associadas a atividades de prostituição, inclusive por parte da população feminina.

A chamada Lei do Divórcio enfrentou forte resistência dos setores conservadores da sociedade, em especial de lideranças religiosas católicas, as quais incentivavam protestos populares contra aquilo que denominavam como o fim da

família brasileira. A aprovação desse texto legal em 1977 permitiu que as mulheres vencedoras das ações de divórcio (portanto, consideradas “inocentes”) voltassem a utilizar os sobrenomes de solteiras após separação judicial, se assim o desejassem.

DIREITOS DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação pátria avançou a passos lentos em favor dos direitos das mulheres brasileiras. Essa constituinte igualou homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) e, ainda que sob a forma de norma constitucional programática de eficácia limitada, garantiu a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (art. 7º, XX).

A Assembleia Constituinte de 1988 assegurou às mulheres o direito à licença-gestação (art. 7º, incisos XVIII e XIX), além de prever para as trabalhadoras um prazo mais curto para a aposentadoria por tempo de serviço (art. 40, inciso III, alíneas a, b, c e d; art. 202, incisos I, II, III e § 1º). O art. 226 § 8º dessa legislação preconiza ainda que o Estado “assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência

no âmbito de suas relações”. Esse dispositivo legal representa especial proteção às mulheres, uma vez que estas figuram como as principais vítimas de violência doméstica, especialmente por parte de seus companheiros.

O texto constitucional de 1988 definiu ainda que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º). Dessa maneira, consagrou legalmente o instituto do poder familiar em substituição ao chamado pátrio poder, prerrogativa das figuras masculinas: a supremacia do chefe de família é substituída por um sistema que iguala os cônjuges em direitos e condições de tomada de decisões.

A instituição legal do poder familiar representa, portanto, que o conjunto de direitos e deveres em relação aos filhos e enteados menores e não emancipados deve contemplar também a figura materna. Diniz (2002, p. 463) pontua que o poder familiar tem por finalidade “proteger o ser humano que, desde a infância, precisa de alguém que o crie, eduque, ampare, defenda, guarde e cuide de seus interesses, regendo a sua pessoa e bens”.

Por sua vez, Dias (2013, p. 436) defende que o poder familiar pode decorrer da paternidade natural ou da filiação legal, além de representar uma obrigação “irrenunciável, intransferível, inalienável e

imprescritível”. A autora classifica como personalíssimas as obrigações decorrentes desse instituto, uma vez que os encargos derivados da paternidade não podem ser transferidos ou alienados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos apontar como fenômeno interessante inerente ao universo jurídico o fato de que a codificação civil de determinada sociedade é capaz de testemunhar a evolução coletiva do sexo feminino naquele agrupamento social. A mudança de paradigma no comportamento das mulheres ao longo do tempo no contexto ocidental se deve principalmente à sua luta e capacidade de organização em torno de uma militância cada vez mais fortalecida.

Tomando como exemplo o antigo Império Romano, vimos que as mulheres eram submissas de tal modo que recebiam o mesmo tratamento civil de simples mercadorias: o *pater* detinha plenos poderes sobre estas, inclusive de vida e de morte. A inferiorização sistemática a que foram historicamente submetidas resulta da dualidade construída socialmente em torno dos espectros masculino e feminino, dicotomia acentuada ao longo dos tempos.

Tradicionalmente reduzidas a ambientes socialmente idealizados como

femininos, a exemplo das cozinhas e lavanderias das residências, as mulheres sempre estiveram destinadas ao serviço e à resignação. Por sua vez, o papel masculino na sociedade pressupõe trabalhos relacionados à construção, além de permitir aos homens a possibilidade de usufruírem da diversão e da liberdade negada às figuras femininas. Interessante pontuar que ao destinar as filhas e esposas aos serviços domésticos, os chefes das famílias inviabilizavam ações de associação e organização por parte das mulheres, a quem normalmente eram permitidas apenas atividades de cunho religioso fora do domínio marital.

Nesse ínterim, as religiões representam instrumentos fundamentais na castração da sexualidade feminina e impõem o ideário de que os homens representam seres superiores, dignos de submissão e respeito incondicionais. Importantes aliadas na dominação das mulheres, as instituições religiosas constantemente negam a dignidade feminina, ao pintar as mulheres como seres pecaminosos e carregados de culpa, como a personificação da transgressora Eva nas tradições devocionais judaico-cristãs. Todavia, o próprio cristianismo redimiou a primeira mulher criada por Deus ao exaltar a castíssima figura de Maria de Nazaré: esta mãe obediente e pura se tornou então o ideal de

comportamento feminino a ser ensinado e estimulado entre as gerações de fiéis das denominações cristãs.

A Idade Média europeia intensificou esse cerceamento da liberdade feminina. Responsabilizadas por supostos atos de feitiços e bruxarias, as mulheres desviantes dos padrões sociais ideais recebiam vereditos de condenações de tortura ou morte por parte da Igreja Católica. Naquele contexto, o ambiente familiar continuava desfavorável às mulheres. Naturalmente submissas, as senhoras eram integradas pelo casamento ao clã do esposo, além de serem normalmente excluídas nas linhas de sucessão patrimonial e desamparadas em casos de viuvez.

O período burguês possibilitou às mulheres da classe média o *status* de soberania no âmbito dos assuntos domésticos, e tal condição permitiu que as senhoras sujeitassem os trabalhadores admitidos em seus lares. Responsável pela dominação de criados e criadas, a mulher burguesa possuía o dever da ostentação em sociedade. Esse exibicionismo versava desde a valorização do ambiente familiar austero e moralista até as posses financeiras familiares.

Como resposta a essa estrutura social sexista, surgiram no século XIX os primeiros grupos feministas. As décadas de 1960 e 1970 marcaram a expansão desses

movimentos sociais que reivindicavam melhores condições laborais e tornaram-se responsáveis por conquistas em benefício feminino no campo legislativo. A ressignificação do papel feminino perante a comunidade acontece de forma gradual e encontra resistência por parte dos setores conservadores da sociedade.

Apesar do progresso obtido pelas mulheres no campo legislativo, ainda há muito que se alcançar nesse sentido, a exemplo da erradicação da violência de gênero e a igualdade de representação entre os sexos nas áreas política e econômica. É necessária ainda a viabilização de mecanismos capazes de promover uma efetiva emancipação das mulheres nos campos educacional e cultural, com especial atenção à proteção e ampliação dos direitos femininos desde a infância. Nesse sentido, destacam-se iniciativas governamentais como a implementação de cotas de gênero para que as mulheres ocupem posições de liderança de maneira mais ampla e competitiva.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, B. **Histórias do direito**: evol. das leis, fatos e pensamentos. SP: Atlas, 2011.
- ARQUIVO NACIONAL, fundo FBPF; Diário Oficial, (17/12/1910); MELO, H.; MARQUES, T. Partido; Registros de Sociedades Civis, 1º Ofício de Títulos e Documentos, 18/8/1911.
- ARRUDA, João. **Pátrio poder**. Publicado em 01. jan. 1910. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/65103/67714> Acesso em 29. jul. 2020.
- BELTRÃO, Tatiana. Divórcio demorou a chegar no Brasil. **Publicado em 04. dez. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. Acesso em: 13 ago. 2020.**
- CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Romano**. 31. ed. RJ: Forense, 2009.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 18. ed. SP: Saraiva, 2002.
- FILARDI LUIZ, Antônio. **Curso de direito romano**. São Paulo: Atlas, 1999.
- FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Intr. ao estudo do direito**. RJ: Forense, 25ed., 1999.
- KARAWEJCZYK, Mônica. O Voto Feminino no Congresso Constituinte de 1891: Primeiros Trâmites Legais. *In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA*, 26., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPUH, 2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300645749_ARQUIVO_ovotofemininonacostituinte.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.
- KARAWEJCZYK, Mônica. **O voto feminino no Brasil**. 18 março 2019. Disponível em: <http://querepublicaessa.an.gov.br/temas/147-o-voto-feminino-no-brasil.html>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena (Orgs.). **O pluriverso dos direitos humanos**: a diversidade das lutas pela dignidade. BH: Autêntica, 2019.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 2. ed. Fortaleza: FA7, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. Volume 7. SP: Atlas, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. A instituição da família em “A cidade antiga”. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey Ltda, 2006.

**A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE
CONSUMIDOR EM SÃO TOMÉ E
PRÍNCIPE:
ESTUDO PROPOSITIVO EM
HOMENAGEM AOS
CONSUMIDORES SANTOMENSES**

Ivan de Oliveira Durães⁴⁸

Aleksander Lombá Henriques Santos⁴⁹

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo investigar a definição jurídica do consumidor no ordenamento jurídico de São Tomé e Príncipe, a partir da Lei nº 09/2017. Ao longo do texto, os autores fizeram constar uma síntese da recente norma santomense destinada à Defesa e Proteção dos Consumidores. Como resultado, elaboraram proposta doutrinária para expandir o conceito de

⁴⁸ Jurista radicado no Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutor em Ciências da Religião pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Pós-doutor em Antropologia pela PUC/SP. Pós-Doutorando em Educação pela Universidade São Francisco/SP. Doutor em Direito do Consumidor. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Mestre em Ciências da Religião. Bacharel em Direito, Filosofia e Teologia. Atuação como professor em Cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito e em áreas correlatas. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universidade Braz Cubas. Autor de dezenas de livros e artigos científicos.

⁴⁹ Jurista radicado em São Tomé e Príncipe. Licenciado em Direito pela Universidade de São Tomé e Príncipe – USTP. Docente de Xadrez, habilitado pela Federação de Xadrez da Costa do Marfim. Ativista na defesa dos consumidores santomenses. Fundador do Programa na Rádio Jubilar, “A Voz do Consumidor”, objetivando sensibilizar a comunidade santomense a respeito de seus direitos atrelados ao consumo e à cidadania.

consumidor para alcançar as pessoas jurídicas e os consumidores transindividuais que, mesmo não celebrando contratos de consumo, merecem ser tutelados pelo Direito do Consumidor santomense. A pesquisa levou em consideração aspectos teóricos e práticos, com o propósito de contribuir para a produção científica envolvendo os aspectos jurídicos das relações de consumo em São Tomé e Príncipe.

PALAVRAS-CHAVE: São Tomé e Príncipe. Definição. Consumidor. Legislação. Doutrina.

ABSTRACT

The present article has the goal to search the legal definition of the consumer in legal system of São Tomé and Príncipe, according to law number 09/2017. Throughout the text, authors included a summary of the recent Santomean rule for the Defense and Protection of Consumers. As a result, authors developed a doctrinal proposal to expand the concept of consumer to reach legal entities and transindividual consumers who, even if they do not enter into consumer contracts, deserve to be protected by São Tomé Consumer Law. The research took into account theoretical and practical aspects, with the purpose of contributing to scientific production involving the legal aspects of consumer relations in São Tomé and Príncipe.

KEYWORDS: São Tomé and Príncipe. Definition. Consumer. Law. Doctrine.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico é fruto das conversas entre dois juristas atuantes na defesa dos consumidores no cenário da sociedade de consumo. Cada qual em seu espaço de atuação, um no Brasil e o outro em São Tomé e Príncipe. A proposta deste trabalho é investigar o conceito de consumidor na legislação santomense, notadamente na Lei nº 09/2017,

caracterizada como a norma de regência das relações de consumo daquele país.

A pesquisa levou em conta o fato de que os estudos de Direito do Consumidor em São Tomé e Príncipe ainda são incipientes, para não dizer quase inexistentes, dado o momento embrionário da legislação. Contudo, há juristas envolvidos com o aprofundamento do estudo e efetivação dos direitos dos consumidores santomenses.

Do ponto de vista metodológico, esta investigação, centrada na teoria crítica, utilizou como objeto de estudos as partículas da Lei nº 09/2017 de São Tomé e Príncipe para, a partir dela, observar a definição de consumidor naquele sistema jurídico. Não se deixou de lado a análise da doutrina especializada.

Ao longo desta empreitada, no esteio da legislação especializada de São Tomé e Príncipe, observou-se o conceito direto de consumidor, sob a perspectiva gramatical. Após esse cuidado, considerando a realidade santomense, os pesquisadores avançaram para algumas possibilidades de abrangência do conceito de consumidor, com o propósito de garantir a efetiva defesa dos consumidores santomenses.

Os resultados foram bastante curiosos, pois observou-se que a legislação de regência das relações de consumo de São Tomé e Príncipe permite a extensão do

conceito jurídico de consumidor e, com isso, viabiliza maior efetividade da tutela dos consumidores santomenses.

Feitas estas considerações preliminares, registramos que este artigo científico é dedicado a todos os consumidores de São Tomé e Príncipe, incluindo os que militam na construção de espaços de dignidade àqueles que, sabidamente, se configuram como a franja mais vulnerável das relações jurídicas de consumo. A todos, consignamos o nosso mais profundo respeito.

ASPECTOS HISTÓRICOS DA TUTELA DO CONSUMIDOR EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

A República Democrática de São Tomé e Príncipe é formada pelas ilhas de São Tomé e Príncipe, com uma extensão aproximada de 1001 Km² (São Tomé com 859 Km² e Príncipe com 142 Km²), com clima quente e úmido. No período de sua Independência de Portugal, ocorrida em 12 de julho de 1975, apresentava economia fundada na agricultura e no comércio de subsistência, com relações de consumo caracterizadas pelos negócios interpessoais, em que produtores mantinham contatos diretos com os consumidores em faixas restritas dos mercados.

Com o passar do tempo, e a entrada de investimento estrangeiro (em especial de camaroneses, nigerianos e outros) e o ingresso da cultura capitalista em São Tomé e Príncipe, ocorreram grandes mudanças em sua estrutura de consumo. Consequentemente, os negócios jurídicos de consumo perderam o “toque pessoal”, tornando os negócios *pluripessoais* e difusos, distanciando o fornecedor do consumidor.

Antes da formação do mercado de consumo santomense, nos moldes do capitalismo de consumo⁵⁰, era possível ao consumidor conhecer as pessoas de seus fornecedores e melhor eleger os bens e serviços a serem consumidos; desde a industrialização dos produtos (exemplo: “galinhas industrializadas”, produtos enlatados, roupa do “fardo”⁵¹, produtos eletrônicos, entre outros), isso não foi mais possível, pois as relações consumeristas passaram a ganhar foros de universalidade, surgindo intermediários entre a produção e o consumo. Com isso, surge então o que se costuma denominar “unidade em massa” em STP, resultando no aumento dos riscos ao

consumidor, por conta dos ditos “erros técnicos ou defeitos de fábrica”⁵².

Na realidade santomense, com a abertura da concorrência entre os fornecedores, mais preocupados em auferir lucros do que com a qualidade dos produtos que estavam sendo postos no mercado, a produção em massa veio a acarretar um grande desequilíbrio para a relação entre fornecedor e consumidor. Tal qual ocorreu noutras partes do mundo, o consumidor santomense é posto em condição de vulnerabilidade nas relações jurídicas de consumo, sendo necessária a criação de normas estatais para tutelar seus interesses frente aos fornecedores plenipotenciários.

Com o aparecimento de mais comerciantes estrangeiros (Chineses, Libaneses e Indianos) e com o objetivo de escoar a produção, os fornecedores começaram a inserir no consumidor ideias de que ele estava precisando de mais produtos que, até aquele momento, nunca sentira necessidade de adquirir em sua vida cotidiana⁵³. Assim o consumidor santomense foi estimulado a ter desejos (como se fossem necessidades), para manter o processo produtivo em funcionamento. Os agentes do mercado de consumo, no sistema econômico capitalista, instigam os desejos

⁵⁰ A respeito do capitalismo de consumo e suas teorias totalizadoras de sedução dos consumidores ao ato de consumo, vide: LIPOVETSKI, Gilles; ROUX, Elyett. *O Luxo Eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. Lisboa: Edições 70, 2012; BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995.

⁵¹ Em São Tomé e Príncipe apelida-se de “fardo” as roupas já utilizadas, que depois de lavadas e limpas são vendidas.

⁵² Conf. BAUMAN, Zygmunt. *Vida a Crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, 2010.

⁵³ Conf. BOURDIEU, Pierre. *Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

dos consumidores, em vez das necessidades propriamente ditas. Isto se dá pelo fato de que as necessidades são limitadas e, por outro lado, os desejos são ilimitados.⁵⁴

Nessa busca desenfreada pelo lucro⁵⁵, começam a aparecer no mercado produtos com defeitos, com qualidade desconhecida, gerando assim a insatisfação do consumidor e por vezes causando-lhe consideráveis prejuízos.

Não obstante a instituição do mercado de consumo em São Tomé e Príncipe, há vozes locais que entenderam a desnecessidade da intervenção do Estado na regulamentação da relação de consumo e, nesta condição, advogavam pela desnecessidade da existência de um Direito do Consumidor em STP, pois, para eles, outras leis avulsas dariam conta desses negócios jurídicos, mormente o Código Civil.

A proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em São Tomé e Príncipe e em todo o mundo, um dos temas mais atuais do direito. Vivemos numa sociedade de consumo caracterizada pela oferta cada vez mais crescente de produtos e serviços, pelo domínio dos fornecedores, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça.

⁵⁴ SUNG, Jung Mo. *Desejo, Mercado e Religião*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 49.

⁵⁵ Conf. FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

Ao contrário do que se imagina, a sociedade de consumo não trouxe apenas benefícios, como a tecnologia e a produção em massa que coloca à disposição do consumidor uma quantidade maior de produtos, trouxe também um desequilíbrio para a relação entre consumidor e fornecedor. A sociedade de consumo também pode provocar patologias, a exemplo da oneomania⁵⁶. “O comprar compulsivo é também um ritual feito à luz do dia para exorcizar as horrendas aparições da incerteza e da insegurança que assombram as noites”⁵⁷ dos consumidores.

O Direito do Consumidor é indispensável, pois as necessidades dos consumidores são especiais, e não podem ser reguladas por leis avulsas, permitindo, dessa forma, lacunas e “malabarismos jurídicos”. O Direito do consumidor é um direito autônomo e não pode ser parte de uma dita “Engenharia Jurídica”, sem norma específica para a sua tutela no ordenamento jurídico santomense.

Consequentemente, não temos dúvidas a respeito da necessidade da intervenção do Estado para reequilibrar a relação de consumo, seja protegendo o consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado.

⁵⁶ Oneomania: vício no ato de consumo.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. São Paulo: Zahar, 2001, p. 96.

Em suma, a lei de Defesa do Consumidor é um instrumento legal indispensável à regulamentação das relações de consumo, protegendo dessa forma o consumidor e consagrando os seus direitos. Proteger o consumidor é proteger todos os cidadãos santomenses, pois “a qualidade de consumidor pertence a todos e a cada um, quer seja empregador, trabalhador, cidadão, produtor, distribuidor, profissional rico, pobre etc.”⁵⁸

A DEFINIÇÃO DO CONSUMIDOR NA LEI Nº 09/2017: ANÁLISE CRÍTICA

A norma por excelência de promoção da tutela do consumidor no território santomense é a Lei nº 09/2017. Do ponto de vista formal, ela não se trata de um Código de Defesa do Consumidor, tampouco de um estatuto⁵⁹. Mas, infelizmente, uma norma de apenas 24 artigos, distribuídos em quatro capítulos. À primeira vista, temos a impressão de que esse pequeno conjunto de artigos não atende toda a complexidade das relações jurídicas de consumo no território santomense.

⁵⁸ BOURGOIGNE, Thierry. O Conceito Jurídico de Consumidor. Trad. Ana Lúcia Amaral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2/7, abr-jun/1992, In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEN, Bruno. *Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.085.

⁵⁹ O Brasil optou pela formulação de uma norma bastante ampla, denominada Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078/90.

Contudo, é imperioso destacar que essa norma é um marco na história de São Tomé e Príncipe para a busca da efetividade da defesa do consumidor no âmbito das relações de consumo.

Em linhas gerais, a Lei nº 09/2017, de 27 de junho de 2017, contém a seguinte organização:

Capítulo I (artigos 1º a 6º): Apresenta as disposições gerais, contendo os objetivos da norma; definições essenciais; funções do Estado para garantir a efetividade da norma, com especial destaque para a efetividade na construção do direito à informação do consumidor.

Capítulo II (artigos 7º a 16º): É a parte mais ampla da Lei, contendo os direitos dos consumidores, bem como os deveres dos fornecedores. Acreditamos que esse trecho é o coração da lei santomense de proteção dos consumidores. O êxito da tutela do consumidor em STP demandará o exato cumprimento da totalidade desse conjunto de artigos.

Capítulo III (artigos 17º a 21º): Dispõe sobre regras sobre a formação e funcionamento das associações de consumidores, com critérios para a participação delas em acordos de conduta com fornecedores em proveito de consumidores; estabelece, de maneira tímida, a incumbência do Ministério Público para a defesa dos interesses transindividuais dos consumidores (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos); atribuições do Conselho Nacional dos Consumo, impressionante órgão destinado a fixação das diretrizes nacionais de defesa do consumidor.

Capítulo IV (artigos 22º a 24º): Espaço destinado às disposições gerais, com prazo para regulamentação e de *vacatio legis*. Contudo, o artigo 22 é enigmático, pois exclui da incidência da norma os profissionais liberais. Acreditamos que essa opção legislativa não se justifica, pois deixou de fora

parte significativa dos fornecedores de serviços no mercado de consumo.

Na trilha do padrão da legislação de proteção do consumidor dos países integrantes da lusofonia, a Lei nº 09/2017 de São Tomé e Príncipe apresenta o conceito de consumidor. Há razoáveis críticas relativas a essa opção legislativa. A propósito, ensina Rizzato Nunes que “a opção do legislador por definir os conceitos em vez de deixar tal tarefa à doutrina ou à jurisprudência pode gerar problemas na interpretação, especialmente porque corre o risco de delimitar o sentido do termo”⁶⁰.

Feitos os apontamentos preliminares acima, sigamos ao conceito de consumidor, em seus pormenores.

Prescreve o artigo 2º da Lei nº 09/2017:

“Considera-se o Consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados ao uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”⁶¹.

⁶⁰ RIZZATTO NUNES, Luís Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: 2012, p. 120.

⁶¹ O artigo em referência é muito semelhante ao item 1, do artigo 2º, da Lei 24/96, Lei de Proteção dos Consumidores de Portugal, *in verbis*: “Art. 2º. 1 - Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

A partir do texto normativo acima transcrito, evidencia-se que a figura do consumidor mais flagrante na percepção dos leigos e também dos práticos do Direito é representada pela pessoa natural que, nesta condição, participa da relação jurídica de consumo obtendo bens ou direitos ou, ainda, tomando serviços dos fornecedores.

Há um ponto interessante no artigo em destaque: a pessoa natural consumidora, alcançada pela Lei 09/2017 deverá figurar na relação de consumo como destinatária final. Caso ela adquira o bem ou serviço para a revenda, não será considerada consumidora. Desse modo, o consumidor pessoa natural é aquele que retira a coisa da cadeia produtiva.

A retirada do bem ou serviço da cadeia produtiva é *conditio sine qua non* para que o contratante seja considerado consumidor. Caso contrário, nos termos da Lei 09/2017, não haverá negócio jurídico de consumo e, por conseguinte, a impossibilidade de aplicação da norma protetiva consumerista em comento.

Sobre o consumidor pessoa natural, não é preciso esforço para observar a sua vulnerabilidade diante dos fornecedores, pois o próprio preâmbulo da Lei 09/2017 já apresenta essa presunção legislativa. Desse modo, a ideia que transcende da norma de proteção do consumidor é a sua vulnerabilidade, impondo-se em seu benefício a proteção legislativa que se

concretiza por meio da atuação do Estado, da Sociedade Civil Organizada, das Associações, do Ministério Público e do Conselho Nacional de Consumo. Assim, há de se reconhecer que a Lei santomense concebeu uma rigorosa estrutura para a proteção do consumidor vulnerável no seio da relação de consumo.

PROPOSTAS DOUTRINÁRIAS PARA EXPANDIR A DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

Pessoa Jurídica Consumidora: uma possibilidade razoável na legislação santomense

Tema merecedor de reflexão diz respeito à possibilidade, ou não, de a pessoa jurídica ser beneficiada com o *status* de consumidora na legislação santomense. De início, registramos que não estamos aqui considerando a pessoa jurídica que adquire bens e serviços para a revenda, visto que estará enquadrada no obstáculo expresso do artigo 2º da Lei 09/2017, qual seja: valer-se-á da coisa para o uso profissional. E, ao que parece, o legislador santomense teve o propósito de excluir os contratantes profissionais da condição de consumidores.

No entanto, há uma janela aberta na legislação santomense que merece atenção.

A regra constante no artigo 2º da Lei 09/2017 de que não haverá relação de consumo quando os bens e serviços forem destinados ao uso profissional, *a priori* não expurga o consumidor pessoa jurídica. A referida Lei, em nenhum de seus artigos, apresenta vedação expressa de a pessoa jurídica ser considerada consumidora.

Qualquer objeção de a pessoa jurídica ser considerada consumidora, salvo melhor juízo, não terá suporte na Lei 09/2017. Aliás, o único cuidado da norma em destaque foi não admitir a sua aplicação em benefício daquele que adquire bens e serviços para o uso profissional. Esta é a restrição presente na norma, não sendo de boa prática hermenêutica impor restrições não estabelecidas pelo Legislador.

Para ilustrar, imaginemos que a pessoa jurídica X, de pequeno porte, atuante em São Tomé e Príncipe, adquiriu da Pessoa Jurídica Y bebidas e quitutes para servir aos seus funcionários numa festa de confraternização em suas dependências. Nesse caso, considerando que o objeto do contrato não está inserido na atividade produtiva da pessoa jurídica de pequeno porte e sendo verificada a sua vulnerabilidade em relação ao fornecedor, entendemos coerente atribuir à pessoa jurídica X a condição de consumidora e, por conseguinte, aplicar em seu benefício a Lei de Proteção do Consumidor.

A configuração da pessoa jurídica como consumidora não é tema livre de contestação. No Direito Europeu do consumo, por exemplo, a rejeição da pessoa jurídica à condição de consumidora é tendência verificada de longa data⁶². Noutra rumo, nos quatro países que fazem parte do Mercosul⁶³, na América Latina, admite-se a possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada consumidora^{64,65}.

Firmamos, assim, nossa proposta de elevar a pessoa jurídica à condição de pessoa jurídica em casos específicos. Assim, considerando o fato de que a Lei 09/2017 não excluiu a pessoa jurídica de sua força protetiva, acreditamos que ela poderá assumir a condição de consumidora nas seguintes hipóteses:

- i) Não ser o bem ou serviço elemento da atividade produtiva da pessoa jurídica, pois caso contrário estaria ela adquirindo insumos para a sua atividade profissional.
- ii) A pessoa jurídica candidata à condição de consumidora deverá apresentar vulnerabilidade em relação ao fornecedor, justificando-se a finalidade da norma, que é proteger a pessoa vulnerável no mercado de consumo.
- iii) Não ser o custo do produto ou serviço repassado aos consumidores, para que, com isso, o ciclo produtivo se encerre na pessoa jurídica consumidora.

No Brasil, o artigo 2º, que define o consumidor na legislação brasileira, dispõe de forma inequívoca que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser consumidora de produtos e serviços. Trabalhoso, no entanto, foi para a doutrina e jurisprudência definir em quais hipóteses isso seria possível, de modo a não colocar em risco a essência da

⁶² BOURGOIGNE, Thierry. O Conceito Jurídico de Consumidor. Trad. Ana Lúcia Amaral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2/7, abr-jun/1992, In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEN, Bruno. Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.099 e ss. Vale destacar que Thierry não é contra a proposta de a pessoa jurídica configurar-se como consumidora, mas em tais casos entende necessária a análise de existência de sua vulnerabilidade no caso concreto.

⁶³ Os quatro países são: Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai.

⁶⁴ Conforme lembra BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *O conceito jurídico de consumidor nos países do Mercosul*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS - no 25, 2005, p. 51.

⁶⁵ Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del mercosur*, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 21, p. 9-31, jan./mar. 1997.

norma consumerista, que é proteger o vulnerável no mercado de consumo⁶⁶.

Em função disso, em tempos idos, fixou-se a compreensão corrente de que o consumidor pessoa jurídica é aquele que se apresenta, na relação de consumo, como vulnerável e, nesta perspectiva, carente da tutela especial da norma de tutela do consumidor. Os critérios adotados em território brasileiro são: a aplicação da Legislação de Defesa do Consumidor em proveito da pessoa jurídica é medida excepcional; deve a pessoa jurídica adquirir o produto ou serviço como destinatária final⁶⁷; além disso, é imprescindível que a vulnerabilidade seja conferida no caso concreto⁶⁸.

No Brasil há interessante sugestão doutrinária para aferir a possibilidade de inclusão da pessoa jurídica como consumidora. Trata-se da teoria *conglobante* que, de certa forma, diz respeito a uma síntese do que se pratica nos tribunais brasileiros, colecionando elementos das várias teorias, antigas e novas.

O diferencial dessa teoria *conglobante*, quando comparada às várias

que a antecederam, é que não importa se a pessoa jurídica é de grande ou pequeno porte. Em síntese, para essa corrente teórica, de efeito prático significativo, a pessoa jurídica poderá ser considerada consumidora ao adquirir ou utilizar bens e/ou serviços sem ímpeto profissional, mesmo seja na atividade em que atua a pessoa jurídica, não repassando “o custo para o preço de sua atividade profissional (ou não) e sem utilizá-los para continuar o ciclo produtivo, mas sim de modo definitivo e colocando fim na cadeia econômica”⁶⁹.

Formulação do Conceito de Consumidor Transindividual: estratégia à efetivação da tutela consumerista

Na percepção dos teóricos do Direito em STP, salvo melhor juízo, há a compreensão de que o consumidor é apenas aquele que contrata diretamente com o fornecedor. Esta visão pode ser retirada da leitura isolada do artigo 2º da Lei 09/2017, pois na referida porção legislativa surge a disposição de que o consumidor é aquele que estabelece negócio jurídico, com

⁶⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). *Princípios do Direito civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315 e ss.

⁶⁷ Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, no Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 133253/SP, julgado em 02/10/2014.

⁶⁸ MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa Jurídica Consumidora*. São Paulo: RT, 2008.

⁶⁹ CATALAN, Marcos Jorge; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A Pessoa Jurídica Consumidora Duas Décadas Depois do Advento do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/a_pessoa_juridica_consumidora_duas_dcadas_depois_verso_publicada.pdf> Acesso em 27/01/2021.

finalidade não profissional, com fornecedores de bens e serviços.

Contudo, a compreensão acima, que enxerga o consumidor apenas como aquele que contrata com o fornecedor, não merece prosperar, pois não resiste a uma hermenêutica ampliativa que considera os elementos integrativos da Lei 09/2017. Neste sentido, há de se considerar que a letra “f”, do artigo 7º, disciplina que o consumidor tem direito “à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de **interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos**” (grifo nosso).

Ora, quando a regra acima reconhece os direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos de consumidores, não estamos mais diante de uma norma jurídica que apenas reconhece o consumidor participante, de modo individualizado, de um contrato de consumo. Com isso, é necessário reconhecer que haverá relação jurídica de consumo mesmo diante da ausência de contrato, pois a letra “f”, do art. 7º da Lei 09/2017, abarca o consumidor transindividual, independentemente de contrato escrito ou verbal de consumo.

A título de exemplo, nos exatos termos da legislação santomense em análise, considere-se uma prática bastante comum

em STP: Determinado fornecedor de cerveja veicula a oferta de venda do produto sem as devidas informações a respeito de sua composição. Neste caso em particular, o referido produto fere o direito à informação de todos os potenciais consumidores do produto ou serviço, e não somente dos que o adquiriram no mercado de consumo. Assim, tanto os consumidores que contrataram com o fornecedor, bem como os que não contrataram, têm direito à retirada desse produto do mercado de consumo santomense.

Portanto, a retirada do citado produto do mercado de consumo em STP é medida para a proteção de consumidores transindividuais, beneficiando até mesmo aqueles que sequer têm interesse no consumo de bebidas alcoólicas. Mas, de modo geral, serão beneficiados pela garantia da efetividade do direito à informação naquele país.

A multicitada Lei 09/2017, em seu artigo 20⁷⁰, atribui ao Ministério Público o poder-dever de atuação em proveito dos consumidores. A prerrogativa institucional do Ministério Público santomense, presente na norma em destaque, o coloca na condição

⁷⁰ Eis o teor do artigo 20º, da Lei 09/2017: “Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente Lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e civis tendentes à tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses colectivos ou difusos dos consumidores”.

de *custos legis* na defesa do consumidor transindividual. O que equivale a verdadeira obrigação de agir no âmbito da tutela do consumidor, sob pena de violação de regra expressa.

De outro giro, a partir do artigo 17º da Lei santomense de proteção do consumidor, encontram-se disposições atinentes à função e à organização das Associações de Consumidores, com possibilidade inequívoca de atuação na defesa do consumidor transindividual, mesmo em casos em que não haja contrato de consumo firmado.

A adoção do conceito de consumidor transindividual abre a oportunidade para a promoção preventiva da defesa dos consumidores santomenses, haja vista que esta é a expressiva tônica desse ramo do Direito. “Es la esencia del Derecho del consumidor, la característica preventiva de las normas y soluciones del sistema de protección”⁷¹.

Não temos dúvidas de que é cada vez mais urgente a construção de mecanismos teóricos e práticos para tutela do consumidor. Neste sentido, a construção de uma estrutura conceitual que reconhece a

pujança do consumidor transindividual é sempre desejável.

Há muito o que se falar e doutrinar a respeito do Direito do Consumidor em São Tomé e Príncipe, o que será feito por nós noutras oportunidades. Por ora, finalizamos por aqui, considerando a limitação de um artigo científico.

CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa, observamos as grandes possibilidades de construção de um sólido e robusto Direito do Consumidor em São Tomé e Príncipe, notadamente após o advento da Lei nº 09/2017.

Consideramos que o ponto de partida para a efetivação de uma norma de defesa do consumidor é exatamente estabelecer os seus respectivos parâmetros conceituais. Por conta disso, a tônica desta pesquisa foi investigar o conceito de consumidor em São Tomé e Príncipe e, ainda, apresentar nossa proposta doutrinária com vistas a expandir o conceito até então praticado no território santomense.

Demonstramos que o conceito de consumidor constante na Lei santomense nº 09/2017 dispõe sobre a definição do consumidor, com marcantes influências da legislação portuguesa. Assim, vimos que o sistema Jurídico de São Tomé e Príncipe

⁷¹ STIGLITZ, Gabriel. Modificaciones a la Ley Argentina de Defensa del Consumidor y su Influencia en el Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29/9, jan.-mar./1999, In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEN, Bruno. Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.147.

disciplina que o consumidor é aquele que adquire bens e serviços, em caráter não profissional, dando a entender que esse sistema normativo acolhe a teoria finalista para identificar o destinatário por excelência da referida legislação consumerista.

Contudo, apesar de a Lei nº 09/2017 não fazer referência direta à possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada consumidora, demonstramos que não há proibição nesse sentido, motivo pelo qual estes pesquisadores concebem a possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada consumidora no ordenamento jurídico de São Tomé e Príncipe, dado o fato de que a citada legislação abre essa possibilidade com bastante folga hermenêutica.

No mais, para a garantia da efetividade da defesa do consumidor santomense, este trabalho propôs a acolhida do consumidor transindividual no sistema jurídico santomense. Este tipo de consumidor pode ser inserido na prática cotidiana de São Tomé e Príncipe, a partir de tranquila exegese de partes da Lei nº 09/2017.

No mais, concluímos a presente pesquisa diante da solene afirmação de que há muito para se construir no Direito do Consumidor de São Tomé e Príncipe. De nossa parte, segue este modesto contributo.

BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *O conceito jurídico de consumidor nos países do Mercosul* In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS- no 25, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. SP: Zahar, 2001.

_____. *Vida a Crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BOURGOIGNE, Thierry. O Conceito Jurídico de Consumidor. Trad. Ana Lúcia Amaral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2/7, abr-jun/1992, In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEN, Bruno. *Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin (coord.). *Princípios do Direito civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CATALAN, Marcos Jorge; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A Pessoa Jurídica Consumidora Duas Décadas Depois do Advento do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/a_pessoa_juridica_consumidora_duas_dcadas_depois_verso_publicada.pdf> Acesso em 27/01/2021.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de Consumo e Pós-Modernismo*. SP: Studio Nobel, 1995.

LIPOVETSKI, Gilles; ROUX, Elyett. *O Luxo Eterno: da idade do sagrado ao tempo das marcas*. Lisboa: Edições 70, 2012; BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Lisboa: Edições 70, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del mercosur*, Revista de direito do consumidor, São Paulo, RT, n. 21, p. 9-31, jan./mar. 1997.

MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa Jurídica Consumidora*. São Paulo: RT, 2008.

RIZZATTO NUNES, Luís Antonio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: 2012.

STIGLITZ, Gabriel. Modificaciones a la Ley Argentina de Defensa del Consumidor y su Influencia en el Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29/9, jan.-mar./1999, In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEN, Bruno. *Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SUNG, Jung Mo. *Desejo, Mercado e Religião*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 49.

**OS NÚCLEOS FAMILIARES A
PARTIR DO MOVIMENTO CRÍTICO
DO DIREITO: UMA INTRODUÇÃO
TEÓRICA**

*Pietro Nardella Dellova*⁷²

⁷² **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF; é Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP; é Mestre em Ciência da Religião pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciência da Religião da PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de SBC; é Pós-graduado em Literatura pela Faculdade de Letras da UniMarco; é Formado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia da Universidade Franciscana, e é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito SBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores. Em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador e Co-coordenador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado), em Educação da CNPq/USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Direito UNIMEP, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Romano, Direito Civil e Direito Hebraico Comparados”. É Pesquisador bolsista

RESUMO

Há uma forma de enxergar o direito, que é a Dogmática, e há a Zetética. No primeiro caso, basta o direito posto; no segundo, a interdisciplinaridade. Além disso, há ainda o estudo do Direito pelo critério das teorias críticas que permitem encontrar um sistema dialógico e completo a favor da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: teorias críticas, emancipação, núcleos familiares, humanização.

ABSTRACT

There is a way to see the law, which is Dogmatics, and there is Zetetics. In the first case, the post right is enough; in the second, interdisciplinarity. In addition, there is also the study of law by the criterion of critical theories that allow finding a dialogical and complete system in favor of the human person.

KEYWORD: critical theories, emancipation, family nuclei, humanization.

APRESENTAÇÃO

A presente reflexão serve como base, ou melhor, como passo inicial para uma abordagem acerca da Teoria Crítica e sua repercussão sobre o Direito, em especial, Direito das Famílias. Assim como ocorre com os Direitos Humanos, que são mais bem compreendidos como “movimento”

CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”. Atualmente também desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA.

emancipatório⁷³ e, sobretudo, chave de leitura e aplicação do Sistema Jurídico, é preferível, neste caso, não se falar em Teoria Crítica, mas, com mais propriedade, em Movimento Crítico do Direito, ou, em outras palavras, na abordagem não tanto hermenêutica, mas diretamente interpretativa do Direito.

Outrossim, a reflexão é, então, já que se tratando de um Movimento, dos fenômenos jurídicos não dogmáticos, sejam jusnaturalistas ou positivistas.⁷⁴ Quiçá, uma reflexão dos movimentos libertários ou simplesmente emancipatórios. Quando deparamos com o “sistema jurídico” dogmático, abre-se uma imensidão de possibilidades críticas, seja a partir da dicotomia “direito formal x direito real”, seja a partir dos institutos jurídicos, materiais ou processuais e, sobretudo, dos chamados “bens” jurídicos tutelados. Tudo invoca e reclama uma profunda análise crítica.

Aqui, faremos apenas uma abordagem, dentro do espírito introdutório de todo o texto, direcionado ao Direito das Famílias, com especial atenção aos Núcleos Familiares. Aliás, chamar de “Núcleos Familiares” já é, por si só, um procedimento

crítico, especialmente se lembrarmos que a CF/88 trata do assunto como “*entidade familiar*”⁷⁵. Parece-me bem fácil de compreender que o que podemos chamar de “movimento crítico” é, com muita razão, um movimento de retorno ou redescoberta do elemento humano das relações interpessoais sob o ângulo jurídico. É um resgate do sujeito, não de qualquer sujeito (pois, por sujeitos podemos entender a Pessoa Jurídica e a Personalidade Anômala), mas do Sujeito Natural, diria, Sujeito Humano.

Confrontar “instituto” com “pessoa humana” é movimento crítico emancipatório. Valorizar a pessoa humana em maior e melhor grau valorativo é, além de movimento crítico, movimento libertário, de libertação. É um trabalho breve (quase açodado, pressuroso), sem outra pretensão que a de uma reflexão. E mais, de reflexão introdutória. Diria, ainda, de reflexão introdutória para outros voos (ou imersões) no espaço muito especial da interdisciplinaridade para a conquista da transdisciplinaridade! Por último, acima de tudo, o presente texto serve como processo inicial para a realização de pesquisas mais amplas sobre a tessitura dos Direitos Humanos no Direito Civil.

1. Movimento Crítico

⁷³ É o que se depreende da leitura de Dalmo de Abreu Dallari em seu interessante opúsculo *Direitos Humanos e Cidadania*. SP: Editora Moderna, 1998, pp. 7-17;

⁷⁴ José Eduardo Faria escreveu um pequeno ensaio sobre a dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo na *Revista Introdução Crítica ao Direito. O Direito Achado na Rua*. 4ª Edição, Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 19

⁷⁵ Artigo 226 da CF/88

a. Um pouco da mítica e do embrião remoto do movimento crítico

Se pensarmos em movimento crítico como movimento emancipatório em face de uma dada ordem estabelecida, encontraremos suas origens nos tempos remotos e, por que não dizer, míticos. É preciso uma ordem e um questionamento dessa mesma ordem para obtermos um procedimento crítico. Na narrativa semítica, uma das mais antigas (anterior à grega e à romana), encontramos, entre centenas, três mitos (mythos/narrativa) centrais que espelham este movimento – ou, ao menos, seu caráter.

Um deles é o de Lilith (a primeira mulher de Adam). O segundo refere-se à árvore do conhecimento do bem e do mal (talvez, em face do hebraico, seja melhor a tradução que enuncie “*árvore do aprofundamento no conhecimento do bem e do mal*”⁷⁶). E o terceiro diz respeito a Caim, o primeiro homem pós-edênico e, também, o primeiro homem a praticar um homicídio⁷⁷.

⁷⁶ Conforme Martin Buber, em seu importante livro *Imagens do Bem e do Mal. Edição brasileira. RJ: Vozes, 1984, livro em que trata do mito de Caim e dos desdobramentos no Direito Penal.*

⁷⁷ *Esses três mitos encontram-se, digamos, de forma mais ou menos original - e em hebraico, no Livro de Bereshit, Tora e, também, na coleção de debates judaicos chamada Talmud. Também, encontram-se com muita imperfeição, na tradução para as línguas grega e latina (e todas as oriundas desta) da mesma Torá e, então, chamada (a partir da tradução) de Bíblia, no livro chamado Gênesis.*

No primeiro caso, de Lilith, o mito revela que a então primeira mulher resolveu questionar a regra de Adam no que respeitava às relações sexuais. Conforme a narrativa, Lilith negou-se a submeter-se a Adam, exigindo um tratamento de igualdade. Conforme o desfecho, Lilith, em função do seu questionamento, fora amaldiçoada pelos deuses, condenada e desterrada para o Mar Vermelho, onde passou a servir como prostituta dos demônios.

O mito de Lilith vai se converter na base e quadrante da criação das bruxas medievais, igualmente, contestadoras, em especial, da religião católica. É a caracterização de todas as mulheres que, ao longo da história, levantaram-se contra a opressão imposta pelo patriarcalismo, machismo e religião medieval. A cada vez que mencionamos Lilith, estamos falando do movimento que, antes de tudo é de questionamento e, *a posteriori*, emancipatório feminino.

O segundo mito refere-se, então, à *árvore do aprofundamento no conhecimento do bem e do mal*. Segundo este mito semítico, o homem e a mulher estavam sob um determinado (e dogmático) regime de obediência. Havia um discurso unilateral, retilíneo e ameaçador, da divindade, proibindo ao homem – e à mulher –

comerem do fruto dessa árvore, sob pena de morte.

A mulher, então, incentivada pela “serpente”, com a qual estabeleceu um diálogo minimamente crítico e questionador, tendo sido esclarecida (no diálogo com a serpente) de que a ordem (de não comer) era arbitrária, impositiva e injusta, tomou do fruto (da árvore do aprofundamento no conhecimento do bem e do mal) e comeu-o, bem como ofereceu-o a Adam que, também ele, comeu. O questionamento da regra, do dogma divino, e, sobretudo, do rompimento com a regra imposta, levou-os a “enxergar/ver” o que eram e como estavam.

Por último, o mito de Caim também se refere a questionamento. Neste caso, Caim tinha sido excluído da “bênção” divina. Seu irmão, no mesmo mito, Havel (Abel), ao contrário, foi incluído e, por isso mesmo, recebeu a “bênção” divina. Não se conformando, Caim questiona (a si mesmo) qual o porquê ficar excluído, enquanto seu irmão é incluído e, não encontrando uma resposta, mata seu irmão (o primeiro homicídio). Conforme lembra Martin Buber, Caim não é assassino – Caim assassina. Ou seja, não é substância, mas circunstância, exatamente no momento em que se encontrava na menor resistência (excluído) e na maior excitação (questionamento sem resposta).⁷⁸

⁷⁸ Martin Buber. *Op. Cit.*, 1984, pp.23-28

Escolhi estes três mitos, não apenas porque sejam alguns dos mitos “fundantes”, mas porque em função deles, todo um sistema filosófico, social e jurídico será desenvolvido, chegando aos nossos dias. Descartes, em suas *Meditações*, faz um longo percurso e, em face do mito da *árvore do bem e do mal*, questiona, em certa medida, o *deus enganador* ou *gênio maligno*.⁷⁹

A Igreja medieval construiu o conceito, quase pleno, de mulher maligna, bruxa, lasciva, cujo papel é o de enganar o homem e desfazer a vontade divina. Daí a criação “religiosa” do patriarcalismo e de um direito que coloca a mulher em segundo degrau, em situação inferior, cujos efeitos se fazem sentir até os dias de hoje. Lilith ressuscita, por assim dizer, nos anos 1960, com os movimentos contestatórios e emancipatórios femininos (o feminismo). Diria, nisso, movimento feminista crítico, cuja expressão contemporânea, já que o assunto não está (nem de longe) resolvido, é ainda a chamada “*Marcha das Vadias*”, de caráter internacional, iniciada nos Estados Unidos, Europa, Israel e, também, no Sudeste Brasil (eiro).

Em relação ao mito de Caim, considerado equivocadamente um assassino, um homicida, o Direito Penal cria a punição. Leitura equivocada, pois no mito Caim não é

⁷⁹ René Descartes. *Meditações*. Coleção *Os Pensadores*. SP: Abril, 1973

punido, mas encontra sua plena humanidade. De qualquer forma, todo o pensamento maniqueísta se desenvolve a partir de Caim e de seu “crime”. A eficácia do Direito Penal punitivo está em pleno debate, já que tudo indica sua derrocada e frustração.

b. Movimento crítico e comunicação literária

Se concordarmos que Direito é linguagem e, sobretudo, que crítica e movimento crítico também são linguagem, digamos, especificamente, comunicação, assim, enquanto comunicação, identificamos uma “certa” evolução sob a força do movimento crítico. A própria comunicação, ou, com mais propriedade, o fenômeno da comunicação, era concebido de forma dogmática, retilínea, vertical. A saber: *emissor, mensagem, receptor*. Em outras palavras, comunicação e direito estavam entrelaçados na imposição da mensagem, já que fazia separação entre emissor e receptor.

Se tomarmos, por exemplo, a chamada CF/69, especialmente no que respeita à sua substância, o AI-5, fica evidente o processo de comunicação retilíneo, imposto. É aquele direito que se permite e que faz valer as relações jurídicas. A mesma coisa se diga da relação matrimonial: o casamento! É aquela união a que chamavam de legítima e dela, também,

os filhos eram legítimos. Qualquer outra relação era imoral, ilegítima, ilícita, adúltera, concubinária.

Se na comunicação retilínea, imposta, temos apenas os elementos do *emissor, mensagem, receptor*, por outro lado, temos a comunicação circular, plural, a saber: emissor/receptor que se imiscuem, se confundem em relação dialógica, mensagem, mas, mensagem relacionada a um tema, a um referencial, código (incluindo o código não verbal), canal e, sobretudo, resposta. É comunicação inclusiva, aberta, circular, plural, democrática:

emissor/receptor/mensagem/tema/código/canal/resposta!⁸⁰

Em certa medida, parece ter sido esta a proposta de Perelman em seu Tratado da Argumentação: A Nova Retórica, especialmente, na primeira parte do livro, no qual faz um longo e muito pertinente trabalho acerca do *auditório*. Preocupar-se com o auditório é, a meu ver, um dado específico de crítica à antiga comunicação.

⁸⁰ Trabalho com esta perspectiva nas minhas aulas de Crítica Literária e, também, Direito Civil Constitucional, especialmente, no que respeita ao Direito das Famílias. Enquanto layout, propus a mudança da sala de aula quando fui coordenador de determinado curso, a fim de criar uma sala que pudesse espelhar e representar a ideia da circularidade: cadeiras em círculo e a mesa docente ao centro (em 2005). E retomei o assunto no meu livro *A Morte do Poeta nos Penhascos e Outros Monólogos*, Editora Scortecci, de 2009.

O auditório, digamos, o receptor, é trazido para a experiência dialógica.⁸¹

Mas, não se trata de um auditório passivo ou fictício, mas real. É preciso dizer algo a esse auditório, relevante, substancial e, sobretudo, é preciso ouvir o auditório em encontro no qual emissor e receptor confundem-se. A percepção de um mundo comunicacional ou, na expressão de Habermas, intersubjetividades comunicativas, é fruto de um movimento crítico acerca da imposição retilínea. É preciso falar, mas falar a alguém que, por seu lado, também, fala. É preciso ouvir ou, ainda, escutar, perceber, interiorizar, encarnar. Buber faz uma advertência:

Decididamente a maior parte daquilo que se denomina hoje entre os homens conversação deveria designar-se, com mais justeza e num sentido preciso, de palavreado. Em geral os homens não falam realmente um ao outro, mas cada um, embora esteja voltado para o outro, fala na verdade a uma instância fictícia, cuja existência se reduz ao fato de escutá-lo.⁸²

Mesmo no que respeita à política, Dallari nos lembra da importância de permitir a todos a participação na política,

enquanto um fenômeno de experiência social e comunicacional.⁸³

A crítica a partir da comunicação e, em especial, da Literatura, foi longamente tratada por Walter Benjamin e, na mesma época, por Antonio Gramsci, bem como críticos brasileiros, entre os quais, Manuel Bandeira (com seu livro *História Universal da Literatura*), Mário de Andrade, Ferreira Gullar e Alfredo Bosi. Infelizmente (ao menos, momentaneamente), não é possível retomar os textos destes autores para identificar a chave crítica (da teoria crítica e, sobretudo, da crítica a partir de um ângulo marxista) neste presente texto. Retomá-los-ei adiante.

Não obstante, destaco, por ser recente, um trabalho de Alfredo Bosi, no qual trata da questão comunicacional, bem como do Direito, em especial, das Constituições e a Educação e Cultura, em que faz uma análise crítica da ausência substancial da Educação e Cultura na maioria das Constituições da República, incluindo, também, a primeira, monárquica.⁸⁴

A Literatura tem oferecido um recurso original para as leituras críticas, tendo em vista que os discursos vão se esmaecendo e perdendo, digamos, a força,

⁸¹ Chaim Perelman. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. SP: M. Fontes, 2005, p.15 e s.

⁸² Martin Buber, in Mauro Martins AmatuZZi: *O Resgate da Fala Autêntica: Filosofia da Psicoterapia e da Educação*. SP: Papirus, 1989, p. 41;

⁸³ Dalmo de Abreu Dallari. *Direitos Humanos e Cidadania*. SP: Moderna, 1998, p. 59 e ss.

⁸⁴ Alfredo Bosi: *A Educação e a Cultura nas Constituições Brasileiras*. SP: Ática, 1987, p.208;

mesmo no campo acadêmico, que tinham até os anos 1960 e 1970. Há outras necessidades, outra agenda, outras relações, outras percepções a que poderíamos chamar, junto com Zygmunt Bauman, de pós-moderno. Segundo este sociólogo, a pós-modernidade começou quando alguém (uma mulher) disse em determinado programa, em rede de televisão, sobre sua vida sexual e sobre as relações (orgasmáticas ou não) que mantinha com seu marido. Nessa abertura da intimidade começou a pós-modernidade.⁸⁵ Nesse contexto, há uma revisitação à Literatura, considerando seu texto como “*poiesis*”, capaz de revelar e desvelar a realidade.

Por isso mesmo, críticos literários da qualidade de Alfredo Bosi⁸⁶, Antonio Cândido, Afrânio Peixoto, Osman Lins, Mário de Andrade, Ferreira Gullar, Fidelino de Figueiredo, e mesmo filólogos como Antonio Houaiss, entre outros, transitam pelos estudos da sociedade, do direito e da filosofia, com a mesma desenvoltura com que transitam pela Literatura, oferecendo visões profundamente interessantes.

Por exemplo, Fidelino de Figueiredo, em sua obra “A Luta Pela Expressão”, já nos idos anos de 1944, trabalha o conceito de “*criteriologia*”, uma espécie de estudo dos vários critérios da

⁸⁵ Em um interessante vídeo de entrevista disponível no YouTube concedida por Zygmunt Bauman;

verdade ou epistemológicos que procura enfrentar a questão do senso comum e, em especial, do consenso universal, bem como o do argumento de autoridade.⁸⁷ A *criteriologia* é um movimento que se vale de todos os modelos epistemológicos e críticos para fazer a leitura, neste caso, do fenômeno da verdade.

Mas, a abordagem de Crítica e Literatura⁸⁸ (e, no contexto, Crítica e Arte) não é nova, nem muito menos contemporânea. Autores da Antiguidade já o fizeram, como, por exemplo, Aristóteles em sua Arte Poética, quando afirma:

(...) não é em metrificar ou não que diferem o historiador e o poeta; a obra de Heródoto podia ser metrificada; não seria menos uma história com o metro do que sem ele; a diferença está em que um narra acontecimentos e o outro, fatos quais podiam acontecer. Por isso, a Poesia encerra mais Filosofia e elevação do que a História; aquela enuncia verdades gerais; esta relata fatos particulares.⁸⁹

Assim também, contemporaneamente, Walter Benjamin, Brecht, Gramsci, Adorno,

⁸⁷ Fidelino de Figueiredo. *A Luta Pela Expressão: Prolegômenos para uma Filosofia da Literatura*. SP: Cultrix, 1973 (sobre a 3ª edição original de 1944), p. 109 e s.;

⁸⁸ Desenvolvi este tema com os meus Alunos e Alunas de Direito da UFF, na disciplina Direito e Literatura, durante o segundo semestre de 2014. Também o desenvolvi na USP, colaborando com a Cadeira de História do Direito e ministrando estudos de Literatura e Direito Hebraico (FADUSP, 2010, 2011, 2012 e 2013);

⁸⁹ Aristóteles. *Poética*, in *Aristóteles, Horácio, Longino. A Poética Clássica*. SP: Cultrix, 1992, p. 28;

Horkheimer, além dos já citados críticos literários brasileiros.

servono sempre a coprire l'ignoranza – cioè l'investigazione incompiuta – o, il che è peggio, la superstizione. (...)91

c. Movimento crítico moderno e contemporâneo⁹⁰

A Crítica, Teoria Crítica ou, simplesmente e mais expressivamente, o Movimento Crítico, é multifacetado, questionador, tendo em vista uma constatação de luta contra a dogmatização (parece mesmo ser esta a tendência de caráter opressor) e a positivação (com obstáculo atrofiante), bem como contra os mitos políticos e religiosos e, destarte, contra a superstição.

Neste sentido, encontro muito mais profundidade na crítica anarquista do que em qualquer outra corrente filosófica. Reproduzo, aqui, a fala de Kropotkin, em defesa do método anárquico de pensamento, ação e interpretação:

(...) Gli anarchici non subiscono il fascino delle «parole altisonanti» poiché sanno che queste parole

Por outro lado, Proudhon (que deve ser visto como filósofo) oferece todo um trabalho crítico, especialmente sobre a propriedade e suas muitas facetas e, portanto, sobre o instituto da propriedade pública, particular e solidária. É a obra, em português, “*O que é a Propriedade*”.⁹² E, mesmo a obra inteira sendo uma análise crítica, denomina quatro dos capítulos como “crítica”, sucessivamente, “*Crítica da Propriedade, Crítica do Estado e Crítica do Comunismo*”⁹³. Em especial:

(...) Che cosa è la proprietà? da dove viene la proprietà? che vuole la proprietà? Ecco il problema che interessa al più alto grado la filosofia; il problema logico per eccellenza, il problema dalla cui soluzione dipendono l'uomo, la società, il mondo. Il problema della proprietà è, sotto altra forma, il problema della certezza; la proprietà è l'uomo; la proprietà è Dio; la proprietà è tutto.⁹⁴

⁹⁰ Não desenvolverei aqui, mas seria possível identificarmos um “tal” movimento crítico em toda a história da humanidade se como movimento crítico entendemos qualquer questionamento, especialmente de caráter emancipatório. Mas, em especial, na modernidade (ou que enxergamos como modernidade) podemos citar, por exemplo, todos os movimentos antropocêntricos em contraposição ao teocêntrico; o renascimento; o canzonerie do sul italiano em contraposição à cultura do norte italiano; a reforma protestante em face do catolicismo (e os movimentos internos ao protestantismo); como dito alhures, a própria obra “meditações” de René Descartes; a obra de Emmanuel Kant etc.

⁹¹ Petr Kropotkin. *Scienza e Anarchia*. A cura di Giampietro N. Berti. Milano: Elèuthera, 1998, p. 67;

⁹² Devemos levar em conta, além da obra *O que é a Propriedade*, também *Filosofia da Miséria e Teoria da Propriedade*. Sua teoria só pode ser compreendida com a leitura das três obras que se completam, pois sua crítica não se refere à propriedade em si, mas ao mau uso da propriedade (droit d'aubane) e, por isso mesmo, acaba por fazer defesa da propriedade com sua função emancipadora, muito próxima do que prevê o Art. 5º, XXII, XXIII c. c/ Artigo 170, da CF/88;

⁹³ Pierre-Joseph Proudhon. *Critica della Proprietà*. Edizione a cura di Giampietro N. Berti. Milano: Elètheura, 2009, p. 41-101;

⁹⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Op. Cit.*, p. 50;

Bem como Malatesta, em análise crítica do sistema que serve a uma parcela da sociedade:

(...)Vorrà il governo, vorranno i magistrati dare a noi un argomento di più contro la legge, che si applica o non si applica secondo gli interessi ed i capricci dei dominatori?⁹⁵

No que respeita à desconfiança e ao direito de análise crítica e verificação social, já que se impõe um comportamento analítico e interpretativo, defende Bakunin:

(...) Respingo forse ogni autorità? Lungi da me questo pensiero. Allorché si tratta di stivali, ricorro all'autorità del calzolaio; se si tratta di una casa, di un canale o di una ferrovia, consulto quella dell'architetto o dell'ingegnere. Per ogni scienza particolare mi rivolgo a chi ne è cultore. Ma non mi lascio imporre né il calzolaio, né l'architetto, né il sapiente. Li ascolto liberamente e con tutto il rispetto che meritano le loro intelligenze, il loro carattere, il loro sapere, riservandomi nondimeno il mio diritto incontestabile di critica e di controllo. Non mi accontento di consultare una sola autorità specializzata, ma ne consulto parecchie; confronto le loro opinioni e scelgo quella che mi pare la più giusta. Ma non riconosco alcuna autorità infallibile, neppure per le questioni del tutto specialistiche; di conseguenza, per quanto rispetto possa avere per l'onestà e la sincerità del tale o del tal altro individuo, non ho fede assoluta in alcuno (...)⁹⁶

⁹⁵ Errico Malatesta. *Il Buon Senso della Rivoluzione*. Edizione a cura di Giampietro N. Berti. Milano. Elèuthera, 1999, p. 39;

⁹⁶ Michael Bakunin. "Scienza e Scientismo", in *La Libertà degli Uguali*. Edizione a cura di Giampietro N. Berti. Milano: Elèuthera, 2009, p.135

De qualquer forma, creio que os autores todos concordam que o movimento crítico, isto é, a crítica ou, se quisermos, a Teoria Crítica, começou, de forma um pouco mais elaborada, em Marx – e Engels (elaborada ou, talvez, mais estudada, já que o próprio Marx afasta a análise anarquista), se estivermos falando de um ponto de vista teórico que repercutiu muito durante todo o século XX e, por que não dizer, também neste início de século XXI.

Mas, não obstante, poderíamos apresentar um sem número de autores libertários contemporâneos de Marx que, igualmente (ou até mais), deram uma grande contribuição – e continuam a dá-la, ao pensamento crítico. Neste caso, bastaria citar, mais extensamente, Kropotkin, Proudhon, Bakunin, Malatesta, entre outros.

Porém, após a Revolução Russa de 1917, houve uma fecunda produção de caráter crítico, não no sentido stalinista, mas, ainda leninista e marxista. Não seria necessário, mas citemos todo o trabalho da Escola de Frankfurt e sua enorme – e, quiçá, ainda não totalmente vasculhada produção crítica. Atesta-o com autoridade o trabalho de Barbara Freitag. ⁹⁷

De qualquer forma, o embate com o mundo capitalista e seu positivismo, sentido após a Revolução Russa de 1917, mas experienciado bem antes, com o trabalho

⁹⁷ Barbara Freitag. *A Teoria Crítica: Ontem e Hoje*. SP: Brasiliense, 1986, p. 8 e s.;

marxista, legitima a obra de Marx como uma das mais críticas. Talvez, não dê para falar em Teoria Crítica (de Marx), mas de Teoria Crítica a partir de Marx. Poderíamos dizer (embora não queira, nesta oportunidade, falar nos anarquistas e, obviamente, se falasse, concluiria de modo diferente) que em Marx o mundo aprendeu – e aprendeu – pensar, com discernimento. Sim, Marx bebe em Kant e em Hegel, mas a obra marxista (há quem, com razão, prefira o termo marxiana) arejou o mundo, sacudiu as estruturas, fez os intelectuais pensarem, debaterem, enfim, deu terra, ar, fogo e água para a recriação do mundo.

No desenvolvimento do campo intelectual e artístico, como dito acima, com o aparecimento de figuras como Brecht, o marxismo ganha o fôlego da leitura estética, na dramaturgia, na poesia e na música, entre outras manifestações culturais. O marxismo mantém seu foco econômico e político, mas, lembrando que sua leitura fica adstrita especialmente à União Soviética. Porém, além do foco econômico, serve de lastro, de base e material para a leitura crítica e estética do mundo.

Neste contexto surge Walter Benjamin, um intelectual judeu-alemão que não tinha uma formação marxista, mas que desenvolveu uma obra crítica em relação ao marxismo (e a partir dele). Para ele, Benjamin, a revolução não contrapõe

capitalismo e cultura, mas capitalismo e proletariado. Por isso mesmo, um autor deve conceber-se como um produtor, tendo como luta primeira a mudança dos meios de produção cultural, sem jamais se esquecer que uma postura revolucionária de caráter político inovador deve, sem nenhuma dúvida, coincidir com uma produção artística que inove, que transforme e atue sobre o social.

Benjamin, embora relacionado à cultura e literatura, produz, em meio às perseguições contra os judeus, sendo ele próprio, como dito acima, um judeu, um trabalho específico e crítico chamado Teses de Filosofia da História, em 1940, sobre o encontro (e a semelhança) entre o espírito revolucionário do materialismo e o judaísmo.

No mesmo período, como lembrado acima, surgem muitos intelectuais, entre os quais o já mencionado Trotskij que, assim como Benjamin, era judeu. Vale mencionar algumas de suas obras, dado o caráter crítico, inclusive no que respeita ao stalinismo, à história e, também, à política: A Revolução Permanente (1931); História da Revolução Russa (1932); O que é o nacional-socialismo? (1933) e A Revolução Traída (1936).

Enquanto o stalinismo mantém o marxismo, relido e “reescrito” no campo da política e do Estado, impondo-se fortemente,

surgem os intelectuais aproximando o marxismo de uma leitura filosófica e cultural, atualizando-o ou dele fazendo uso para interpretar a cultura contemporânea.

Surge, então, o grupo que será conhecido como Escola de Frankfurt, com sua contribuição inestimável. São vários os intelectuais, entre os quais Max Horkheimer, Herbert Marcuse e Theodor W. Adorno que, aliás, fundam e dirigem um instituto na cidade de Frankfurt (daí seu nome): Instituto de Pesquisas Sociais, de caráter multifacetado.

A chamada Escola de Frankfurt, conforme explica Barbara Freitag, refere-se a um grupo de intelectuais (ainda que fora de Frankfurt) e a uma teoria social.⁹⁸ Mas podemos dizer que é mais que um grupo de intelectuais, ou seja, mais que os intelectuais que dirigem o instituto (ligado à Universidade), pois funcionou como um captador de outros tantos intelectuais, de diversas áreas, incluindo Walter Benjamin, com produção nas áreas da psicologia, economia, política e direito. É, de qualquer modo, uma Escola crítica.

Seus líderes (melhor dizendo, dirigentes) mudam-se de Frankfurt em face da perseguição nazista e acabam se instalando nos Estados Unidos. Não é necessário muito para entender a experiência deste grupo com o capitalismo

⁹⁸ Barbara Freitag. *A TEORIA CRÍTICA: ONTEM E HOJE*. SP: Brasiliense, 1986, p. 9;

estadunidense ou, melhor, a expressão máxima do capitalismo de então.

Se Stalin reinventa o marxismo (adulterando-o), dando-lhe um poder de ferro político e partidário, os intelectuais da Escola de Frankfurt o reinventam, ou dele se aproveitam, a partir do senso crítico que, em Marx, tem contornos fortíssimos, mas ampliam sua área de atenção, especialmente na sociologia e na psicologia. Aí aparece o encontro entre marxismo e psicologia na obra dos intelectuais Reich e Erich Fromm, e mesmo em Marcuse, com uma obra chamada *Eros e Civilização*, de 1955.

Como uma, digamos, coroa para o pensamento frankfortiano, Adorno e Horkheimer escrevem “*Dialektik der Aufklärung*”, *Dialética do Esclarecimento* (mal traduzida por “*Dialética do Iluminismo*”, conforme explica Guido Antonio de Almeida, professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro⁹⁹), de 1947, de senso profundamente crítico, como esclarecem os autores:

“Quando começamos o trabalho (...) o que nos propuseramos era, de fato, nada menos do que descobrir por que a humanidade, em vez de entrar em um estado verdadeiramente humano, está

⁹⁹ Guido Antonio de Almeida, in “*nota preliminar*” à *DIALÉTICA DO ESCLARECIMENTO* de M. Horkheimer e T. W. Adorno. RJ: Zahar, 1985, p. 7;

se afundando em uma nova espécie de barbárie” 100

Adorno e Horkheimer escrevem, também, em conjunto, a sua *Dialética Negativa*, de 1966.

Embora, os intelectuais, especialmente, os da Escola de Frankfurt, tenham um encontro com o marxismo, sua teoria crítica e negativa da sociedade afasta desta o marxismo (talvez pela experiência estadunidense). Por outro lado, também, este distanciamento, ao menos no que pertence ao marxismo soviético, se expressa pelo seu caráter coletivista, unificador e universalista do movimento proletário internacional, tendo, então, o proletário como sujeito central, contra a busca da individualidade e da intelectualidade que marca a filosofia crítica (da mesma sociedade).

Horkheimer e Adorno, especialmente este último, veem a sociedade com um pessimismo e negativismo total, como dito acima no trecho “... está se afundando em um novo gênero de barbárie” e que, sobretudo, se vale da técnica e da ciência para cada vez mais explorar a pessoa humana, enquanto os seres humanos, segundo eles, estão inclinados ao conformismo e ao coletivismo, levando à negação de cada pessoa singularmente considerada com tal igualdade repressiva e a

¹⁰⁰ Max Horkheimer e Theodor W. Adorno. *DIALÉTICA DO ESCLARECIMENTO*. RJ: Zahar, 1985, p. 11;

quantidade desqualificada.¹⁰¹ Há na modernidade uma submissão sem confrontação e, no mais das vezes, ocorre apenas a repetição, levando a um estado de burrice coletiva.¹⁰²

Para eles, a humanidade, presa a uma ciência positivista, recusando-se ao pensamento, à reflexão crítica, mais que reificando-se (coisificando-se), desfaz-se! A humanidade, nesse sentido, desfaz-se enquanto sujeito, aceitando o imediatismo não substancial (ou aderindo a ele simplesmente).

Existe um espírito do mundo, mas que não é espírito. Segundo Adorno, a única possibilidade de salvação do mundo é por via da negação absoluta, da consciência crítica, da resistência contra tudo o que se impõe, tudo o que é imposto. Neste sentido o pensamento deveria resistir a tudo aquilo que aparece como aceitável ou contra tudo aquilo que se bate contra a liberdade do indivíduo.¹⁰³

A negação absoluta é crítica e é filosófica. Aliás, se retomássemos o estudo dos primeiros filósofos (impropriamente chamados pré-socráticos), poderíamos afirmar, sem receio, que a própria filosofia é crítica, mesmo desde um inicial “*tudo é*

¹⁰¹ *Idem.*, p. 15;

¹⁰² *Op. Cit.*, p. 210

¹⁰³ Fiz esta abordagem no Núcleo de Pesquisa “A Teoria Crítica a partir de Frankfurt”, na Faculdade de Direito FDDJ, em São Paulo e, também, no PPGSD da Universidade Federal Fluminense.

água” de Tales de Mileto. A filosofia surge fortemente como crítica de um mundo, a um só tempo mimético e mitológico. Assim como era necessária na Antiguidade é, sem sombra de dúvidas, nos dias atuais, pois que aquela mesma mitologia renova-se e aparece de forma multifacetada. Podemos dizer, com o mesmo Adorno:

(...) si la Filosofía es necesaria todavía, lo es entonces más que nunca como crítica (...)104

2. Movimento Crítico e o Direito

a. Movimento Crítico e os Núcleos Familiares

Desde a CF/88, determinados núcleos familiares vêm sendo reconhecidos. Não estão sendo formados, mas reconhecidos! Não há necessidade de especificar Artigos da CF/88, além dos primeiros que a norteiam e estabelecem os fundamentos do assim chamado Estado Democrático de Direito ¹⁰⁵ e,

¹⁰⁴ Theodor W. Adorno. Justificación de la Filosofía. Version castellana de Jesús Aguirre. Madrid: Taurus, 1964, p. 16 apud op. Gregório Peces Barba. Introducción a la filosofía del Derecho. Madrid: Editorial Debate, 1983, p.193

¹⁰⁵ *Repito aqui a crítica que fiz – e faço – comumente em relação ao preâmbulo da CF/88 que sugere a invocação de “Deus” pelos constituintes. Considero a menção a Deus, independentemente de posições religiosas ou irreligiosas, teológicas ou ateológicas, uma afronta à ideia de Estado Democrático de Direito, que tem, entre outros, como fundamento principiológico, o pluralismo. Se se invoca Deus, parece-me que houve uma exclusão – ou desprezo – pelos ateus, além de*

principalmente, os direitos e garantias individuais e coletivos.

Entre estes, lembramos o princípio da dignidade humana, pluralismo, não preconceito ou discriminação por raça, cor e sexo, da igualdade, da inviolabilidade da vida íntima. Sabemos que são, em linhas gerais, mais princípios e características do “direito formal”, sem que se encontre concretização, ou “direito real”. São textos bons de ler e, comumente, fazem parte de um processo de “fakerização” social, em que a imagem (texto) vale mais que a realidade.

Como disse, bastariam os primeiros Artigos, caso se quisesse, sinceramente, reconhecer direitos a tantos, em um senso de inclusão. E salta aos olhos o completo distanciamento entre o formal e o real, entre o “fake” e a pessoa. Há um cidadão “virtual” na Constituição que todos gostariam de ser, mas que, assim como a imagem “fakerizada”, é inatingível! Em outras palavras, há uma distância (bem grandinha) entre Themis e Dikè, respectivamente, entre o Direito que põe e se anuncia (o cetro) e o direito que se reconhece e se efetiva (cotidiano). No processo de “fakerização” todos os atores vão alimentando aquela mesma imagem, em certa comunhão umbilical, centrifugados, para logo se

não se revelar (embora se saiba, obviamente, tratar-se do Deus católico) a qual Deus se refere o texto constitucional: Allah? Javé? Jesus Cristo? Tupã? Zeus? Júpiter? Enfim, a qual Deus se refere?

tornarem, também, “fakes” (mais atores que trabalhadores), com exceção, pontual, daqueles que resolvem, de forma emancipatória (quase libertária) encontrar – e reconhecer – um direito para além do formal e do “fake”, ou seja, um direito Dikè, um direito achado na rua!¹⁰⁶

Esta distância entre o “fake”, isto é, a Themis, o direito formal, e o “real” (Dikè, direito real, substancial) é visível em várias situações, por exemplo, *a de moradia* (considerando ser a moradia um direito “formalmente” fundamental e quase metade da população vivendo em regime de locação); *a de educação* (considerando a maldição do “X”, ou seja, alunos egressos das escolas públicas devem se perder na graduação particular, enquanto alunos egressos das escolas particulares são beneficiados com o ingresso em universidades públicas); *a da segurança* (em que se troca o conceito de segurança social por aquela militarizada, truculenta e punitiva – dos pobres); *a do salário mínimo* (considerando que todo e qualquer salário mínimo aprovado em termos numerários é inconstitucional, bastando ler aquele dispositivo!); *a da função social da terra* (refiro-me à terra para produzir alimentos que deveria ter tal e qual função, mas, não tem e, pior, atende apenas à excitação e

ganância destrutiva do agronegócio); *a da família* (melhor é dizer “núcleo familiar”), que encontra, ainda, obstáculos para concretização da “dignidade humana”, com repercussões terríveis na construção do homem integral (corpo/emocional/intelectual/social). Há tantos outros exemplos destas situações contraditórias e reveladoras do abismo entre Themis e Dikè!

Fiquemos um pouco mais no núcleo familiar e na inclusão (inclusão é, sobretudo, barrar, desfazer e impedir a exclusão). Além dos preceitos iniciais, concluíamos com o Artigo 226, contorno jurídico para o reconhecimento dos vários núcleos familiares. Tal Artigo traz em si um dispositivo “aberto”, para reconhecer, como o faz, alguns dos núcleos familiares.

Neste caso, o Casamento, a União Estável e a Família Monoparental. Ela não cria, mas reconhece alguns dos vários núcleos familiares. Não reconhece, mas deixa a porta judicial aberta (Dikè aos conscientes), para a união homoafetiva, poliafetiva (aqui, o sexo não nos interessa, já que a intimidade é inviolável). Há núcleos familiares que existem e não encontraram no direito formal a sua expressão enunciativa, mas encontram tutela expressa no direito real, na decisão de alguns “trabalhadores” do Judiciário, diante do direito achado na rua,

¹⁰⁶ Themis aparece na obra do aristocrata Homero, enquanto Dikè, na obra do poeta camponês Hesíodo;

na Dikè, bastando um pequeno exercício humanista e crítico!¹⁰⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ensino Jurídico,¹⁰⁸ no Brasil, não foi concebido pela ótica educacional. (Ensino Jurídico é uma coisa, Educação jurídica, outra.) Aliás, sendo ele a primeira escola do Ensino Superior, arrogou-se o direito de manter-se à parte, isolado, com a aura “sagrada” de mantenedor do sistema, no caso, positivo, branco e latifundiário.

Seu corpo docente, formado por Operadores do Direito e especialistas em áreas disciplinares, tinha – e tem – como “missão” formar Juízes, Advogados e Promotores e, também, Delegados de Polícia, bem como Diplomatas. Formados, os mesmos dariam continuidade à “missão”

¹⁰⁷ De uma abordagem e, também, um debate que fiz junto à AJD – Associação Juízes para Democracia, tanto na ALL-TV/AJD como na Revista da AJD (respectivamente, nos anos 2011 e 2012). Tratei do mesmo tema no Congresso Nacional de Direito Contemporâneo, promovido pela Universidade Federal Fluminense, em maio de 2013, Curitiba, bem como no VI Congresso de Direito do Sudoeste da Bahia, Fanoir, setembro de 2013

¹⁰⁸ O Ensino Jurídico é elemento sine qua non no debate sobre o Movimento Crítico, especialmente nos dias de hoje, em que, de certa forma, a dogmática, primeiramente combatida pela Teoria Crítica, esfacelou-se e cedeu espaço a um tipo de curso ou de ensino a que tenho chamado, em debates ou em textos, de advocacialização do ensino jurídico. Tanto esse tema quanto o dos núcleos familiares encontraram eco nos meus trabalhos, em texto ou em sala de aula, pois os considero centrais para um viés crítico ou de abordagem crítica;

do Ensino Jurídico, formando o trinômio Sistema, Ensino e Prática.

Mas além de reforçar o tecnicismo e o distanciamento da Educação, os Cursos de Direito criaram categorias de egressos. Primeira e segunda categorias são os técnicos para áreas públicas e advocacia liberal. Terceira e quarta categorias são os “não técnicos”, com saberes deformados ou incompletos para uma advocacia precária e insustentável: são meros índices de não inscritos na OAB e cursos preparatórios.

Urge, portanto, conduzir o Ensino Jurídico, ou propor caminhos, para a dimensão da Educação, bem como estabelecer contextos para seu desenvolvimento enquanto fenômeno educacional e não simplesmente de formação técnica.

Há no universo jurídico o objetivo da manutenção ou ascensão social, situações que não devem se confundir com “Educação”. Por isso mesmo, o título “Professor”, no caso do Ensino Jurídico, não tem o mesmo significado para a Educação. No Ensino Jurídico a expressão “Professor” significa apenas um “Especialista” dentro do Currículo proposto, sem nenhum compromisso ou responsabilidade na formação cidadã – papel especial do “Educador”.

Mesmo quando a expressão “Educador” é, atualmente, utilizada, em

muitos (não todos) Cursos de Direito (particulares e privados) serve para ocultar o processo de mercantilização e coisificação, quando não o da pulverização do Ensino Jurídico.

O Ensino Jurídico foi e é estruturado para manter o Poder, com destaque para o “poder” de Propriedade. A estreita relação, diríamos umbilical, entre o Ensino Jurídico e o Sistema Jurídico impõe a formação de “operadores” disciplinados ou direcionados para determinado fim, ou seja, um processo de formação retilínea. Em amálgama, Sistema, Ensino e Prática e, via de consequência, Professor, Aluno, Operador, sempre repercutindo na manutenção do *status quo*.

Então, o trinômio: *Sistema de Direito, Ensino Jurídico e Prática Jurídica*, fecha-se em função de um Poder, seja ele o do Chefe tribal, do Imperador, do Latifundiário, do Capitalista ou, mais atualmente, do Banqueiro, nacional ou internacional. Por isso mesmo, o Ensino Jurídico se circunscreve em torno de seus pressupostos horizontais, e não dos da Educação geral. O Ensino Jurídico é horizontal; a Educação Jurídica, vertical! Na maioria dos Cursos de Direito, não há *Educação Jurídica*, mas Cursos de Direito com maior, menor ou nenhum sucesso na formação de meros técnicos. E o técnico,

quando formado com sucesso, infelizmente enxerga apenas a ponta dos sapatos!¹⁰⁹

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA E AFIM

AMATUZZI, Mauro Martins. O RESGATE DA FALA AUTÊNTICA: FILOSOFIA DA PSICOTERAPIA E DA EDUCAÇÃO. SP: Papyrus, 1989;

ARISTÓTELES, HORÁCIO, LONGINO. A POÉTICA CLÁSSICA. Introdução de Roberto de Oliveira Brandão. Tradução de Jaime Bruna (diretamente do grego e latim). SP: Cultrix, 1992;

BAKUNIN. LA LIBERTÀ DEGLI UGUALI. Edizione a cura di Giampietro N. Berti. Milano: Elèthera, 2009;

BOSI, Alfredo. (org.). A CULTURA BRASILEIRA: TEMAS E SITUAÇÕES. SP: Ática, 1987;

BUBER, Martin. IMAGENS DO BEM E DO MAL. Trad. brasileira. RJ: Vozes, 1984;

CARVALHO, Amilton Bueno. MAGISTRATURA E DIREITO ALTERNATIVO. RJ: Luam, 1996;

DALLARI, Dalmo de Abreu. DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA. SP: Moderna, 1998.

DESCARTES, René. MEDITAÇÕES. Coleção Os Pensadores. SP: Abril, 1973;

¹⁰⁹ O tema com este conteúdo foi tratado por mim em quatro oportunidades. Uma delas, em 2011, no Congresso Internacional de Direito Alternativo e Direitos Humanos, no Cesusc/UFSC, Florianópolis, e, também, em maio de 2011, na AJD – Associação Juizes para Democracia (ALL-TV/AJD), em programa da TV AJD; depois, em 2014, na EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e, novamente, em 2014, na AJD – Associação Juizes para Democracia, em São Paulo.

- FIGUEIREDO, Fidelino de. A LUTA PELA EXPRESSÃO: PROLEGÔMENOS PARA UMA FILOSOFIA DA LITERATURA. SP: Cultrix, 1973;
- FREITAG, Barbara. A TEORIA CRÍTICA: ONTEM E HOJE. SP: Brasiliense, 1986;
- KROPOTKIN, Petr. SCIENZA E ANARCHIA. A cura di Giampietro N. Berti. Milano: Elèuthera, 1998;
- LYRA FILHO, Roberto. PARA UM DIREITO SEM DOGMAS. POA: Fabris Editor, 1980;
- LYRA FILHO, Roberto. POR QUE ESTUDAR DIREITO, HOJE? Brasília: Nair Ed., 1984;
- MALATESTA, Errico. IL BUON SENSO DELLA RIVOLUZIONE. Edizione a cura di Giampietro N. Berti. Milano. Elèuthera, 1999;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro; *et al.* ANTROPOLOGIA JURÍDICA: UMA CONTRIBUIÇÃO SOB MÚLTIPLOS OLHARES. 2ª ed., Scortecci, 2018;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro; (et. al). DIREITO, MITO E SOCIEDADE: ESTUDOS ANTROPOLÓGICOS E SOCIOLÓGICOS DO FENÔMENO JURÍDICO. São Paulo: Editora Scortecci, 2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. A MORTE DO POETA NOS PENHASCOS E OUTROS MONÓLOGOS/DIÁLOGOS. SP: Scortecci Ed., 2009;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. PIERRE PROUDHON E SUA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL. São Paulo: Editora Scortecci, 2021;
- PERELMAN, Chaïm. TRATADO DA ARGUMENTAÇÃO: A NOVA RETÓRICA. SP: Martins Fontes, 2005;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. CRITICA DELLA PROPRIETÀ. Edizione a cura di Giampietro N. Berti. Milano: Elètheura, 2009;
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo (org.) INTRODUÇÃO CRÍTICA AO DIREITO. Série O Direito Achado Na Rua. V. 1. 4ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1993;
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. PARA UMA CRÍTICA DA EFICÁCIA DO DIREITO: ANOMIA E OUTROS ASPECTOS FUNDAMENTAIS. Porto Alegre: Fabris Editor, 1984;
- WOLKMER, Antonio Carlos. INTRODUÇÃO AO PENSAMENTO JURÍDICO CRÍTICO. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1991.

DA HOMOSSEXUALIDADE À HOMOAFETIVIDADE. DOS GREGOS À CONTEMPORANEIDADE

Paulo Iotti¹¹⁰

RESUMO

O presente artigo visa trazer uma breve explicação da compreensão da homossexualidade ao longo da História, mesmo nos períodos históricos anteriores ao final do século XIX, no qual as pessoas passaram a ser identificadas em termos do que entendemos, atualmente, como sua *orientação sexual* (identidade sexual) e, por igualdade de razões, de sua identidade de gênero no final do século XX. Explica-se, assim, a forma como as diversas sociedades humanas entenderam a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo gênero, passando pelo entendimento de sua patologização (paradigma do “homossexualismo”) e culminando com a valorização das relações afetivas entre pessoas do mesmo gênero com igual respeito e consideração relativamente às uniões heteroafetivas, a saber, as relações afetivas entre pessoas de gêneros opostos (paradigma da homoafetividade).

PALAVRAS-CHAVE.

Homossexualidade; homoafetividade; uniões homoafetivas.

¹¹⁰ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista autodidata em Direito da Diversidade Sexual e de Gênero e em Direito Homoafetivo. Bacharel em Direito pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie. Professor Universitário e Advogado (OAB/SP 242.668). Diretor-Presidente do GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero. Integrante da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/SP.

ABSTRACT

This article aims to provide a brief explanation of the understanding of homosexuality throughout history, even in the historical periods before the end of the 19th century, in which people started to be identified in terms of what we understand, today, as their sexual orientation (identity sexual) and, for equal reasons, their gender identity in the end of the 20th century. This explains the way in which different human societies understood the erotic-affective attraction for people of the same gender, passing through the understanding of their pathologization (“homosexuality” paradigm) and culminating in the appreciation of affective relationships between people of the same gender. gender with equal respect and consideration in relation to hetero-affective unions, namely, the affective relationships between people of opposite genders (paradigm of homoaffection).

KEYWORDS. Homosexuality; homoaffectivity; homoaffective unions.

1. O amor masculino na Antiguidade Clássica.¹¹¹

A homossexualidade e a bissexualidade sempre existiram, sendo tão antigas quanto a heterossexualidade, sendo a única variação o tratamento dispensado pelas diferentes culturas¹¹². A Grécia Antiga é usualmente citada como uma sociedade

¹¹¹ Este tópico e todas as suas citações constitui uma versão condensada de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3^a Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 01, item 2.1.

¹¹² SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p. 33.

que aceitava tranquilamente a homossexualidade, mas é preciso entender que os gregos tinham uma compreensão distinta da atual, formada no século XIX, sobre a sexualidade, não diferenciando as pessoas em distintas *identidades sexuais* decorrentes do que entendemos hoje como *orientação sexual*. A *orientação sexual* refere-se à atração erótico-afetiva que se sente por pessoas de determinado gênero (masculino ou feminino, se focarmos no *binarismo de gêneros* socialmente hegemônico).

A *identidade sexual* refere-se ao conjunto de características atribuídas à pessoa em razão de sua orientação sexual (heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, pansexualidade¹¹³ ou assexualidade). Mas o povo grego (e outros povos, da Antiguidade até o século XIX) não separava as pessoas em distintas categorias em razão da forma como exercitavam sua sexualidade: entendia a sexualidade como *masculina* ou *feminina*, de acordo com o *papel sexual* exercido pela pessoa: se sexualmente ativa (*aquele que realiza a penetração sexual*), a pessoa assumia um papel masculino; se sexualmente passiva, um papel feminino.

Segundo Colin Spencer, nas

¹¹³ Nos movimentos sociais, fala-se em *pansexualidade*, no sentido de atração erótico-afetiva *independentemente* do gênero. Outros(as) contestam, afirmando que isso estaria abarcado pela própria *bissexualidade*.

sociedades primitivas, o *amor entre homens* era prática constante e aceita, institucionalizada na cultura, mas apenas na forma de uma relação entre um homem mais velho e um adolescente, em que aquele seria necessariamente o sexualmente ativo e este, o passivo¹¹⁴. As práticas sexuais entre um homem mais velho e outro mais jovem estavam comumente relacionadas aos mitos e às lendas das tribos em questão. As culturas primitivas viam nesse tipo de relacionamento a forma pela qual o menino alcançaria a masculinidade, por meio da exclusão do contato dele com a mãe, para que aprendesse os costumes masculinos de seu povo. Algumas dessas práticas ritualizadas baseavam-se, inclusive, na crença de que somente com a sua realização é que os jovens alcançariam a fertilidade necessária a uma futura procriação.¹¹⁵ Contudo, por mais que a cultura dessas tribos estimulasse, como se percebe, uma *pseudobissexualidade ritual* de seus membros, no sentido da iniciação masculina dos jovens rapazes, para que, em obtendo a fertilidade, pudessem futuramente procriar

¹¹⁴ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 20. *Cita o caso das tribos Marind e Kiman, que, na adolescência, retiravam os meninos do contato com as mães, iniciados sexualmente por seus tios, não interrompendo as relações homossexuais quando se casavam, exercendo o mesmo papel com seus sobrinhos.*

¹¹⁵ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 20-22, que relata que determinados valores tribais colocavam a homossexualidade acima da heterossexualidade, inclusive acreditando no aumento do órgão genital pelas práticas homossexuais.

(o que se repetirá mais adiante na história, em especial na Grécia Clássica e em Roma), existiam muitos que, efetivamente, eram homens *homossexuais* (na acepção que damos hoje ao termo), no sentido de sentirem-se atraídos exclusivamente por pessoas do mesmo sexo, embora tivessem a obrigação social de manter alguma espécie de relacionamento com pessoas do gênero oposto para fins de procriação¹¹⁶.

Na Grécia, a cultura da pederastia institucionalizada seguiu o modelo existente nas tribos primitivas anteriores à sua época. Contudo, a peculiaridade grega encontra-se no fato de ter ganhado ênfase a ideia de *transmissão de conhecimento* através do ato sexual, de um homem mais velho para outro mais novo, além de ter sido consagrada em sua célebre mitologia (no que foi seguida, posteriormente, pelos romanos, na mitologia greco-romana), na qual diversos deuses a praticavam.¹¹⁷ Assim, era comum em Atenas, notória pelo seu alto grau de desenvolvimento cultural, que os efebos (adolescentes-aprendizes) prestassem

favores sexuais aos preceptores (tutores) em busca de sabedoria e conhecimento.

Ou seja, curiosamente, acreditava-se que *o ato sexual era uma forma de transmissão de conhecimento*, entre os preceptores/erastes, na qualidade de tutores, aos efebos/eromenos, nas quais estes eram, necessariamente, sexualmente passivos àqueles. Já em Esparta, cuja sociedade dava mais ênfase ao desenvolvimento militar do que ao cultural, a visão do *amor entre homens* tinha um enfoque um pouco diferenciado. Era ela estimulada dentro do exército espartano, para torná-lo ainda mais eficiente. Isso se explica por um simples fato: com a existência constante de relacionamentos homoafetivos dentro do exército, quando este ia para a guerra, o soldado estaria lutando não apenas por sua cidade-estado, mas igualmente para proteger a vida de seu amado, o que, obviamente, aumentaria o grau de dedicação e empenho do combatente¹¹⁸. A notória eficiência do

¹¹⁶ “*Todo chefe tem um certo número de meninos-amantes e comenta-se que alguns homens são tão completamente homossexuais nos seus afetos que raramente têm relações com suas esposas, preferindo seus rapazes*” (DEACON *apud* SPENCER, *Op. Cit.*, p. 22).

¹¹⁷ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 28-29, cita os casos de Zeus e Ganimedes, Apolo e seus efebos e Hércules e seus amantes. Cita, ainda, que as mães desses jovens rapazes isto aceitavam, enquanto papel deles no ritual sagrado da estrutura social.

¹¹⁸ LASSO, Pablo (Antropologia cultural e homossexualidade..., *Homossexualidade – Ciência e consciência*, p. 31-43) *apud* BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**, São Paulo: RT, 2002, p. 32. Segundo Lasso: “*Em Esparta, a relação homossexual era prescrita pelo governo, a ponto de se castigar o jovem que não tivesse amante ou multá-lo se preferisse um rico a um pobre. A homossexualidade espartana era um resultado lógico da supervalorização do mundo masculino, de guerra, das relações entre homens etc. Como exemplo da solidariedade e agressividade que a homossexualidade é capaz de produzir no grupo militar que a pratica, convém não esquecer o destacamento homossexual que tinha Felipe de Macedônia e*

exército espartano torna, no mínimo, curioso o preconceito contemporâneo contra a presença de homossexuais nas Forças Armadas, como se não fossem capazes de exercer a função militar tão bem quanto os heterossexuais.¹¹⁹

A sexualidade em *Roma* manteve, a princípio, o mesmo modelo de *pseudobissexualidade ritualizada* anterior, no sentido de ser comum o amor de homens mais velhos por rapazes-adolescentes, mas com uma diferença, ao mesmo tempo sutil e perceptível: o extremo valor dado pelos romanos à virilidade masculina e àquilo que entendiam eles por virilidade. O homem romano se via como um dominador agressivo e acreditava que, quando forçava outros a se submeterem, estava lhes proporcionando prazer,¹²⁰ algo que, em Atenas, seria intolerável. Ali, o preceptor deveria cortejar o efebo, que deveria admirar aquele para quem prestaria seus favores sexuais, em troca de amizade e conhecimento.

Eis, assim, uma *diferença fundamental entre gregos e romanos*: os

que morreram todos na batalha de Queroneia, assombrando a quantos os viram lutar. Evidentemente, cada um deles, ao lutar contra o inimigo, defendia seu par, sua própria vida, a de seu amado e seu prestígio social ante os olhos daquele com quem, efetivamente, compartilhava seus sentimentos. Não é necessário destacar a agressividade de quem trata de vingar a morte do amante nas mãos do inimigo no momento em que ocorria isso”.

¹¹⁹ VECCHIATTI, *Op. Cit.*, *Loc. Cit.*

¹²⁰ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 73.

homens gregos cortejavam os rapazes de seu interesse, com agrados que visavam persuadi-los a reconhecer sua honra e suas boas intenções; entre os romanos, o amor por rapazes livres era proibido, uma vez que a sexualidade desse povo estava intimamente ligada à dominação. Assim, era-lhes permitido apenas o amor por rapazes escravos. Essa visão foi bem representada pela frase de *Sêneca, o Velho* (sic), segundo a qual “serviços sexuais constituem um crime para os nascidos livres, uma necessidade para os escravos e um dever para os libertos”.¹²¹

Mas com a conquista da Grécia Antiga pelo Império Romano e a formação da *cultura helênica*, passou este último a ter suavizada aquela ideia de virilidade baseada na dominação, tornando-se prática comum (embora legalmente vedada) o amor por rapazes livres (nos moldes gregos). O desprezo mantinha-se apenas com relação ao homem adulto que permanecesse como passivo na relação sexual: novamente, *não se condenava o amor masculino, apenas a sexualidade passiva*. Nunca é demais lembrar que esta era tida como uma conduta feminina, e o homem que assim agisse era visto como alguém que abria mão de sua masculinidade, sendo assim equiparado às mulheres como um “*cidadão de segunda classe*”. *Não era relevante se*

¹²¹ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 68.

*alguém se relacionava com homens ou mulheres, mas o que alguém fazia sexualmente era altamente significativo*¹²².

Peculiaridades culturais à parte, fica claro que o *amor entre homens*¹²³ era amplamente aceito entre os povos antigos, sendo, contudo, valorizado apenas o “polo ativo” da relação. Isso se explica porque o *machismo*, já naquela época, vislumbrava o ato sexual ativo como a postura masculina, sendo o ato sexual passivo tido como uma postura feminina. Em outras palavras, *não era o gênero (masculino) da pessoa para a qual o homem direcionava seu amor que importava, mas o papel sexual que ele desempenhava*.

Um homem que mantivesse uma relação sexual passiva era colocado no mesmo patamar que uma mulher, que era socialmente desprezada pelo machismo estrutural da camada dominante da população, composta por homens. Dita *passividade sexual* somente era aceitável em

homens adolescentes, justamente por ser vista como a forma de eles alcançarem a masculinidade, como uma espécie de rito de passagem, visando atingirem o ideal culturalmente imposto para *tornarem-se homens*, embora sempre com o risco de deixarem de ser considerados como tais se passassem a deixar de atender às expectativas sociais culturalmente impostas para alguém ser considerado um “homem de verdade”,¹²⁴ algo de todo arbitrário e

¹²⁴ Explicando os diversos ritos de passagem, de diferentes culturas, para que o rapaz fosse considerado como alguém que tivesse atingido a masculinidade, embora como algo frágil, porque poderia ser perdida a qualquer momento se não cumprisse as expectativas sociais que se têm do homem, vide TREVISAN, João Silvério. **Seis balas num buraco só: a crise do masculino**, Rio de Janeiro: Ed. Record, 1998. V.g.: “A partir da década de 70, vários estudos vêm apontando muitas evidências de que o pesado fardo do ‘ideal de masculinidade’ acabou sendo, na verdade, o responsável pela fragilização masculina. [...] A virilidade, segundo Badinter, não é um dom. Ao contrário, deve ser ‘fabricada’ de acordo com um referencial: o ‘verdadeiro homem’ – uma figura ilusória e utópica que o macho precisa alcançar através de deveres e provações, para mostrar que também é um. Em outras palavras, o varão é ‘uma espécie de artefato e, como tal, corre sempre o risco de apresentar defeito’. Isso torna a virilidade uma carga pesada, desde muito cedo. O macho dominante tem que estar sempre pronto a comprovar sua força. [...] Tais ritos iniciáticos masculinos presentes em dezenas de culturas arcaicas indicam que, diferentemente das mulheres, para ‘ser homem’ é preciso tornar-se homem. Em outras palavras, ‘o caminho para a masculinidade precisa ser conquistado’, ao mesmo tempo que permanece sempre possível o risco de perdê-la, nas palavras do psicanalista Paulo Roberto Cecarelli. [...] Quando se trata do falo, tudo é minuciosamente considerado, em suas conseqüências positivas ou negativas, de modo que os problemas que o afetam acabam sendo cruciais no universo masculino. [...] De fato, o universo masculino rejeita tudo o que pode

¹²² SPENCER, *Op. Cit.*, p. 71.

¹²³ Leitoras e leitores podem estranhar o fato da referência apenas ao *amor entre homens*, nada tendo sido citado em relação ao *amor entre mulheres*. Isso decorre do fato de existirem poucas referências históricas relativas ao *amor lésbico*, o que, por sua vez, foi ocasionado pelo entendimento dominante (e machista) entre os homens da época de que não se poderia falar em relação *sexual* sem a presença de um homem (de um pênis). Assim, tudo o que ocorria “entre quatro paredes” entre duas mulheres era, na maioria das vezes, ignorado, o que ensejou pouca formalização escrita desses relacionamentos. Não obstante, o amor entre mulheres sempre existiu, assim como o *amor masculino*. Cf. SPENCER, *Op. Cit.*

sugerir dano ou perda do pênis, metaforizados em dano ou perda da própria identidade. Daí resulta a já mencionada ‘angústia da castração’, fenômeno recorrente nos mais banais movimentos do cotidiano do homem, com suas várias manifestações metafóricas ou não (e adiante abordaremos o horror à homossexualidade como uma dessas metáforas de emasculação). [...] Segundo Eugene Monick, muitas das atividades masculinas ‘típicas’ são maneiras de ocultar o tesouro do falo para só exibi-lo metaforicamente – seja através da autoridade familiar, da superioridade profissional, da formação de instituições e domínio sobre as mulheres, seja nos atos heróicos, na busca de riqueza intelectual e na atividade política ou intelectual. [...] De fato, as mais inesperadas formas inconscientes de priapismo psicológico pululam na idade moderna, para ostentar virilidade, pontilhando todos os setores da vida e da sociedade. Ou seria por mero acaso que os canhões, desde os mais primitivos até os mais modernos, ostentam aquela forma longa e entesada, e ecoceiam ao cuspir fogo? Não seriam eles verdadeiros ícones de civilizações patriarcais afirmando-se falicamente por medo à castração? A inflação masculina atingiu a própria linguagem cotidiana. Assim, apesar de todos os precoces encargos femininos, não se diz às meninas ‘seja mulher’, com a mesma ênfase compulsória da famosa exortação feita aos meninos: ‘seja homem!’. Além disso, ‘ter a palavra de homem’ é culturalmente um ponto de honra que equivale a um juramento divino. Claro, ‘palavra de mulher’ seria apenas o oposto disso: não oferece qualquer garantia. [...] A arrogância autoritária dos policiais com seus cassetetes oferece uma mensagem irresistível: esses guardiães da ‘ordem’ desfilam exibindo quase literalmente o pau na mão. [...] A inflação doentia do falo às vezes aparece apenas como sintoma, outras vezes se atualiza como tragédia, quando explode em fúria fálica. De fato, sempre que o fantasma da castração se manifesta, esse terror tipicamente masculino responde com fúria desmesurada, típica reação de defesa [disfarçada] em ataque. Na fúria fálica, a tempestade emocional ‘nasce da necessidade urgente que o homem experimenta de proteger e salvar a sua identidade, o seu próprio ser’, segundo Eugene Monick. [...] a violência masculina contra a mulher pode ser vista sob a ótica da inflação fálica, enquanto tentativas irracionais de afirmação da virilidade ameaçada. Em outras palavras, processa-se um deslocamento emocional visando defender, através do ataque, a própria identidade masculina prestes a se romper, quando o

descabido, mas que corresponde ao que é culturalmente imposto pela *ideologia de gênero machista* de nossa sociedade. Mesmo no *Egito Antigo*, onde ainda há dúvidas se eram contrários ou favoráveis às relações amorosas entre homens, a homoafetividade era frequente, ainda que sob a forma *pseudobissexual*, tradicional no mundo antigo.¹²⁵

Ressalte-se que o conceito atual de *identidade homossexual* é diverso daquele que existia nas épocas aqui narradas – não obstante a *homossexualidade*, no sentido de atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo gênero, obviamente sempre tenha existido. Em verdade, naquela época as pessoas nem sequer se preocupavam com isso: tudo fazia parte do mesmo patamar de sexualidade.¹²⁶

homem sente que não pode cumprir as hercúleas tarefas impostas à sua virilidade – a de ser sempre forte e durão, por exemplo. É claro que o feminino torna-se o alvo predileto, porque oposto. [...] O macho humano, que sonha ser Rambo, é na verdade um anti-herói incapaz de realizar o titânico projeto de apaziguar seu medo à castração, ou seja, manter a ficção do falo intacto. Sua sensação de derrota pode ser incontrolável: afinal, ‘é horrendo o desespero que o homem sente quando o senso de si mesmo é arrancado’, como diz Monick”. (Ibidem, p. 23, 40-41, 73, 75 e 79-81).

¹²⁵ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 34.

¹²⁶ “É como se, em não havendo uma palavra para designar a homossexualidade ou a pessoa homossexual, tais categorias não existissem como ideia. Igualmente, não havia um conceito, devo ressaltar, de uma pessoa bissexual – existia apenas a sexualidade masculina (duvido que houvesse um conceito de sexualidade feminina; somente a fertilidade, geração e maternidade femininas)”. SPENCER, *Op. Cit.*, p. 36).

2. A História da Sexualidade, segundo Michel Foucault.¹²⁷

Ainda sobre a sexualidade no mundo antigo, vale explicitar as lições de Michel Foucault. O autor inicia o volume II de sua *História da Sexualidade* explicitando que seu interesse foi realizar um trabalho histórico-crítico da experiência da sexualidade, desde a *hermenêutica do desejo* (a *hermenêutica de si*), existente durante a Antiguidade Clássica, para compreender a experiência da sexualidade, cuja tradição se iniciou a partir do século XVIII, e que funda a preocupação moral do pensamento contemporâneo¹²⁸ com o comportamento sexual e os prazeres respectivos. Foucault o fez a partir da análise de um conjunto de práticas relativas às então chamadas *artes da existência* (*tecnologias de si*) para mostrar de que maneira, na Antiguidade, a atividade e os prazeres sexuais foram problematizados através de *práticas de si* e de uma *estética da existência*, fazendo-o através da análise de

textos prescritivos, que são aqueles que estabelecem regras de conduta.¹²⁹

Parte da noção corrente no pensamento grego clássico de *uso dos prazeres* (*chresis aphrodision*) para distinguir os modos de subjetivação aos quais esta moral se refere: *substância ética, tipos de sujeição, formas de elaboração de si e de teleologia moral*¹³⁰. Aponta que o pensamento antigo era pautado por uma reflexão moral baseada na *austeridade sexual*, em torno e a propósito da vida do corpo, do casamento, das relações entre homens e da existência da sabedoria.

Por outro lado, destaca que apesar das mulheres terem sido adstritas a obrigações extremamente estritas, não era a elas que a moral grega era endereçada, por se tratar de uma *moral de homens livres*, pensada, escrita, ensinada por e para homens livres.¹³¹ Explica que os gregos não tinham uma noção semelhante à nossa de *sexualidade*, entendida como uma entidade única que permite agrupar fenômenos diversos como sensações, imagens, desejos, instintos e paixões; eles utilizam um adjetivo substantivado: *ta aphrodisia* (em latim: *venerea*), entendido por vezes como *coisas, prazeres do amor, relações sexuais, atos da carne e volúpias*, mas sem uma noção equivalente em seu idioma [o francês].

¹²⁷ Este tópico e todas as suas citações constitui uma versão condensada de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 01, itens 2.1.1 e 2.5.1.

¹²⁸ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade. O uso dos prazeres**, Vol. II, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 12ª Edição, São Paulo: Editora Graal, 2007, pp. 10-12.

¹²⁹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 14-16.

¹³⁰ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 31.

¹³¹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 23-24 e 26-28.

Assim, pretende se ocupar com a forma geral de preocupação dos gregos a propósito dos *aphrodisia*, como campo de cuidado moral, através da *Dietética* (cuidado com o corpo), da *Econômica* (relativa ao casamento), da *Erótica* (a propósito dos rapazes; o *amor masculino*) e da *Filosofia* (quanto à verdade). Isso com base nas noções de *aphrodisia* (substância ética do comportamento sexual), de uso de *chresis* (sujeição à qual a prática dos prazeres deveria submeter-se para ser moralmente valorizada), de *enkrateia* (respeito de si mesmo como sujeito moral) e de *sophrosune* (temperança e sabedoria do sujeito moral em sua realização)¹³².

Foucault afirma que essa preocupação grega com a temperança no ato sexual decorre da *reflexão médica e filosófica*, que o via como capaz de ameaçar, por sua violência, o controle e o domínio de si, além de minar a força do indivíduo, pelo esgotamento que provoca. Isso por pensarem os gregos que a perda do sêmen durante o ato sexual privaria o homem de elementos de grande valia para a sua existência, donde a temperança sexual serviria para garantir o homem contra os males de sua prática excessiva.¹³³

Visava-se, assim, uma *formação ética do sujeito*, que devia se caracterizar por

sua capacidade de dominar as forças que nele se desencadeiam, de guardar a livre disposição de sua energia e de fazer sua vida uma obra que sobreviverá sua existência passageira (pela filiação)¹³⁴. Nesse sentido, a *Erótica* era a arte da conduta recíproca entre o homem e o rapaz na relação de amor.¹³⁵ Entende Foucault que não seria adequado utilizarmos a noção de *homossexualidade* para nos referirmos à Grécia Clássica, porque os gregos não opunham, como excludentes, dois tipos de comportamentos diferentes relativamente ao amor ao seu próprio sexo se comparado ao amor pelo sexo [*rectius*: gênero] oposto, não se estabelecendo assim uma distinção entre um amor heterossexual e um amor homossexual – importavam-se os gregos apenas com a *temperança do amor praticado*, fosse com mulheres ou rapazes, sem que este último fosse mais grave que o outro.

Aponta, ainda, que não cabe falar sequer em “tolerância”, pois o *amor por rapazes* era permitido/admitido pela opinião pública. Aponta que o amor por rapazes era uma *questão moral* investida por valores, imperativos, exigências, regras, conselhos e exortações, cujo ponto essencial seria uma relação *privilegiada* entre parceiros com uma diferença de idade e, relativamente a esta, uma diferença de *status*, não se

¹³² FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 35-37.

¹³³ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 115 e 118-121.

¹³⁴ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 126.

¹³⁵ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 86.

interessando (os gregos) pelas relações entre dois homens já amadurecidos, embora houvesse reprovação social a tal relação. As relações objeto de preocupação eram aquelas entre um homem mais velho, que terminou sua formação ('erasta') – do qual se esperava o papel social, moral e sexualmente ativo – e um homem mais jovem ('eromeno'), que não atingiu seu *status* e que tem necessidade de ajuda, conselhos e apoio para chegar a tanto (diferença esta que tornava válida e pensável essa relação)¹³⁶.

Discordo parcialmente de Foucault sobre a questão da homossexualidade na Antiguidade Clássica. Entendendo-se a *homossexualidade* como a atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo gênero, então podemos falar em *homossexuais* antes do final do século XIX (quando o termo foi criado) no contexto específico de pessoas que sentiam uma tal atração apenas por pessoas do mesmo gênero (o mesmo se podendo dizer sobre a *bissexualidade*, relativamente a ambos os gêneros do binarismo socialmente hegemônico, e a *pansexualidade*, independentemente de gêneros).

Realmente não se identificavam as pessoas como "homossexuais/heterossexuais/bissexuais/pansexuais" na época, mas o fato de haver homens adultos que desejavam relação

afetivo-sexual com pessoa do mesmo gênero mostra que a homossexualidade, a bissexualidade e a pansexualidade existiam já naquela época. É uma questão terminológica, embora, claro, o uso da terminologia contemporânea suponha essa contextualização. Mas o simples fato de se condenar a existência de atos sexuais e relações conjugais entre dois homens adultos prova que havia homens que desejavam se relacionar conjugalmente com outros homens, em relações que hoje denominamos como *homoafetivas*, pois, se estas não existissem (ou seja, se não houvesse homens adultos que desejassem manter relações afetivo-sexuais duradouras com outros homens adultos), tais condenações não existiriam. O fato de haver a condenação a tal situação prova que ela existia, pois a condenação não surgiria de uma elucubração cerebrina desprovida de embasamento empírico que apontasse a existência daquilo que se estava a condenar.

Foucault destaca que as preocupações morais fixavam os papéis de *erasta* (ou *preceptor*) e *eromeno* (ou *efebo*): do primeiro espera-se uma moderada iniciativa de *corte*, dando presentes e prestando serviços que lhe permitissem esperar a *justa recompensa* do amado; deste, por sua vez, esperava-se que não cedesse com facilidade, não aceitasse favores às cegas, apenas por dinheiro, e que

¹³⁶ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 167-174.

manifestasse seu reconhecimento pelo que o amante fez por ele.

Dava-se muita ênfase à questão da *honra do rapaz*, que dependia da maneira como ele se conduzia pela cidade nesta sua *idade de transição*, entre a adolescência e a vida adulta, relativamente à postura do corpo, seus olhares, sua forma de falar, a qualidade das pessoas que frequentava e, evidentemente, sua conduta sexual.¹³⁷ De qualquer forma, o rapaz era livre para decidir o que aceitava ou recusava e sobre quem não se detinha nenhum poder estatutário, donde, para obter dele *o que sempre tinha direito de não conceder*, era preciso ser capaz de convencê-lo. Dessa forma, segundo Foucault, ainda que tido como natural o amor por rapazes, havia uma *dificuldade moral* relativamente à sexualidade passiva que o rapaz precisava assumir, pois, apesar de inferior ao homem adulto, ainda assim não se admitia que ele se assumisse de bom grado como *objeto* do *erasta* (pois a passividade era vista como uma situação de dominação), porque sua juventude deveria lhe levar à condição de *homem*. Inclusive, de forma absurda e curiosa, não se admitia que o rapaz, necessariamente passivo na relação sexual, sentisse prazer por ela, por esta questão de masculinidade viril tão valorizada pelos gregos, donde, sem ter uma postura fria, deveria ter uma postura de

¹³⁷ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 184-185.

reconhecimento, admiração ou afeição, mas nunca sentir prazer por isso, sob pena de repreensão moral.¹³⁸

Mas, ao final, segundo Platão, quando o rapaz ultrapassava a idade máxima tida como admissível para tal relação, esperava-se que deixasse de se relacionar sexualmente com o *erasta* e com ele mantivesse uma relação de pura amizade (*philia*), sem nenhum cunho sexual, tida como a única relação verdadeiramente duradoura, o que é representado por Sócrates quando fala que o mestre deve ensinar ao amado a maneira de triunfar sobre seus desejos e *tornar-se mais forte do que a si próprio*, sendo que o mestre, pelo domínio completo que exerce sobre si próprio, transforma os papéis para estabelecer uma renúncia aos *aphrodisia* e ser o objeto de amor dos jovens ávidos de verdade (*inversão de papéis* porque, normalmente, eram os jovens os objetos de amor dos mestres), para que eles sejam levados apenas ao tesouro de sua sabedoria.¹³⁹

Contudo, e já no volume III de sua *História da Sexualidade*, Foucault relata que já nos dois primeiros séculos de nossa era houve uma progressiva desconfiança face aos prazeres, insistência sobre os efeitos de seu abuso para o corpo e a alma, uma valorização do casamento e das obrigações

¹³⁸ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 196-198.

¹³⁹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 174-180 e 206-214.

conjugais e uma desafeição às significações espirituais atribuídas ao amor pelos rapazes, embora raramente tenha se encontrado nos pensamentos filosóficos de então uma legislação coercitiva e geral de comportamentos sexuais, mas apenas a incitação da austeridade nestas práticas, para um maior *cuidado de si* e *respeito para consigo mesmo* enquanto ser racional, controlador de seus próprios atos.¹⁴⁰ Incentivou-se ainda mais a *cultura de si*, entendida como uma *arte da existência*, pautada pelos cuidados consigo mesmo, para poder *governar a si próprio*. Tal *princípio do cuidado de si* adquiriu alcance geral, pelo qual ocupar-se consigo mesmo era um imperativo que devia reger as atitudes das pessoas¹⁴¹, pois é na medida em que o homem é livre e racional que ele foi encarregado de cuidar de si próprio, nunca sendo demasiado cedo ou tarde para ocupar-se com a própria alma, conforme dizia Epicuro, complementado por Sêneca, no sentido de que se deve transformar a existência num exercício permanente de *cuidado de si*¹⁴², no *domínio de suas paixões*. Estabelecia-se, portanto, uma problematização mais geral, que dizia respeito à maneira pela qual o sujeito devia

se constituir enquanto *sujeito moral* no conjunto das atividades sociais, cívicas e políticas¹⁴³.

Nesse sentido, relata Foucault, o *cuidado de si* se correlaciona estreitamente com o *pensamento e a prática médica*, ligando-se Medicina e Filosofia em um mesmo campo (Plutarco), relativamente ao conceito de ‘patos’, aplicado tanto para as paixões quanto para as doenças físicas, perturbações do corpo e movimentos involuntários da alma, referindo-se, em todos os casos, a um estado de passividade que, para o corpo, toma a forma de uma afecção que perturba o equilíbrio entre corpo e alma¹⁴⁴. Buscava-se uma soberania sobre si (Sêneca)¹⁴⁵.

Assim, sob a forma de *Dietética*, a Medicina passou a ser concebida não apenas como uma técnica de intervenção em casos de doenças, para empregar remédios e operações, mas também como um *corpus* de saber e de regras, definidores de uma maneira de viver consigo mesmo: com o próprio corpo, com os alimentos, com a vigília, com o sono, com as diferentes atividades e com o meio, responsável por propor, *sob a forma de um regime*, uma *estrutura voluntária e racional de conduta*, por entender-se que uma existência racional não poderia desenrolar-se sem uma *prática*

¹⁴⁰ FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade. O cuidado de si**, Vol. III, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 9ª Edição, São Paulo: Editora Graal, 2007, pp. 45-47.

¹⁴¹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 49-50.

¹⁴² FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 53-54.

¹⁴³ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 100.

¹⁴⁴ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁴⁵ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 64-65.

de saúde (hugieine pragmateia ou techne). Isso ensejou críticas sobre a maneira pela qual os médicos passaram a se apoderar da existência de seus pacientes, para regê-la nos mínimos detalhes, inclusive na questão dos prazeres sexuais, relativamente à sua natureza, o seu mecanismo, o seu valor positivo ou negativo para o organismo e ao regime a que conviria submetê-los¹⁴⁶.

Note-se, ainda, que este regime era também direcionado à *alma racional*, que deveria prestar atenção apenas ao necessário ao corpo [combatendo os excessos], mediante práticas de economia estrita contra o desregramento, um domínio rigoroso dos desejos, luta contra imagens tentadoras e uma anulação do prazer como fim das relações sexuais¹⁴⁷. De qualquer forma, foi nesse momento que **começou a surgir certa patologização do ato sexual**, embora ainda de forma distinta da futura patologização das identidades sexuais homo e bissexuais [e das identidades de gênero transgêneras], pois ainda não se via o ato sexual como um *mal em si*, mas como *núcleo permanente de males possíveis*¹⁴⁸.

Ressalta Foucault que há uma ambivalência nos textos médicos dos dois primeiros séculos da *era cristã* relativamente aos prazeres sexuais, por apresentarem um

entrecruzamento de valorações antitéticas: *valorações positivas*, vendo no sêmen o que haveria de mais potente na vida e valorizando-se a procriação como algo indispensável à espécie humana; e *valorações negativas*, por se entender que, quando o sêmen se produz, ele seria, intrinsecamente, perigoso, pois o seu desperdício faria escapar toda a *força de vida* que nele se concentra.

Isso ensejou um *paradoxo dos prazeres sexuais*, ante a alta função que a natureza lhes confiou e o valor da substância que eles teriam de transmitir e, portanto, perder, de sorte a se fazerem analogias entre o exercício inadequado da sexualidade com determinadas doenças, especialmente quando o homem tinha uma relação sexual julgada como ensejadora do mero desperdício do sêmen (Galeno chega a fazer uma analogia entre o ato sexual e a convulsão e chega a destacar o caráter fatigante do ato sexual para o peito, o pulmão, a cabeça e os nervos, o que parece ter sido feito para justificar a temperança nos atos sexuais)¹⁴⁹.

A *abstenção sexual* não era considerada como um dever, nem o *ato sexual* representado como um mal, mas tais temas ganharam maior atenção no pensamento médico e filosófico de então,

¹⁴⁶ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 106-109.

¹⁴⁷ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 136-139 e 142-145.

¹⁴⁸ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 144-145.

¹⁴⁹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 116-120.

com recomendações diversas¹⁵⁰ sobre o momento adequado do ato sexual para a procriação para se obter uma descendência de melhor qualidade, sobre a idade do praticante do ato sexual, o momento adequado e até as temperaturas individuais adequadas.

Foucault destaca que, **diferentemente da futura moral da pastoral cristã**, não se tratava de interrogar-se sobre a origem profunda das ideias que surgem para tentar decifrar um sentido oculto sob a representação aparente, mas aferir a relação entre si mesmo e o que é representado, a fim de só aceitar na relação consigo aquilo que pode depender da escolha livre e racional do sujeito, em uma **ética do domínio**, como em uma relação jurídica de posse: pertencer *a si*, ser *seu*, no sentido de domínio de si mesmo¹⁵¹ [sem ser escravo daquilo que lhe dá prazer]. Por se destacar cada vez mais a fraqueza do indivíduo, a *moral sexual* de então exigia que ele se sujeitasse a certa *arte de viver*, com critérios estéticos e éticos da existência, mediante exercícios de abstinência e de domínio de si, para atingir plena soberania sobre si próprio. Contudo, esta *Dietética de abstinência sexual* dava menor atenção às mulheres, por serem elas consideradas como

social e fisiologicamente destinadas ao casamento e à procriação¹⁵².

3. A Sexualidade a partir da Idade Média. A influência do fundamentalismo cristão. O nascimento do *Estado Homofóbico*.¹⁵³

Como relata Colin Spencer¹⁵⁴, esse entendimento da Antiguidade sobre a sexualidade passou a mudar a partir de 600 a.C. Isso porque, a partir de alguns séculos anteriores a Cristo, História e Religião passaram a se entrelaçar, pela inegável influência das religiões na vida humana, em especial as crenças judaica e cristã no que tange ao mundo ocidental. No início, eram em geral ignoradas as **pregações homofóbicas**, no sentido de intolerantes a qualquer ato sexual (e, principalmente, conjugal) entre pessoas do mesmo gênero, pois as culturas de então tinham em si cristalizado o modelo de sexualidade explicitado até aqui.

Mas, após séculos de ideológica pregação homofóbica, as novas gerações passaram a repudiar os atos sexuais entre

¹⁵² FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 125.

¹⁵³ Este tópico e todas as suas citações constitui uma versão condensada de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 01, item 2.1

¹⁵⁴ SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999, p. 39.

¹⁵⁰ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 125-126 e 129-135

¹⁵¹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 69-70.

peças do mesmo gênero. A contínua pregação religiosa no sentido de que *o Messias* voltaria à Terra a qualquer momento, e que somente aqueles tidos como “bons” iriam para o reino de Deus, fez que a Igreja Católica Apostólica Romana passasse a obter valiosos aliados, temerosos de não conseguirem chegar ao Paraíso: os reis/imperadores. Isso fez que diversos monarcas, quando convertidos, passassem a editar leis contrárias às práticas homossexuais – *ante a ideologia religiosa da procriação como única finalidade “legítima” do ato sexual.*

Assim, com o passar do tempo, houve um significativo aumento da legislação que criminalizava a homossexualidade, embora, como dito, a condenação inicial (mesmo legislativa) não incomodou efetivamente aqueles que amavam pessoas do mesmo gênero. Mas, uma vez institucionalizada socialmente a *moral homofóbica*, contrária a qualquer espécie de ato sexual entre pessoas do mesmo gênero, a homossexualidade foi levada à clandestinidade. Na *Idade Média*, o preconceito contra qualquer ato sexual que não fosse aquele praticado dentro do casamento, na posição mais ortodoxa e com a finalidade exclusiva da procriação, aumentou em grandes proporções, pois a sociedade humana já estava *doutrinada* pelos dogmas arbitrários e preconceituosos

da Igreja Católica contra tudo aquilo que esta não julgava correto. *Mesmo a redescoberta dos valores da cultura grega, no Humanismo italiano do século XV, e a defesa do antigo “amor masculino” por filósofos (que o praticavam¹⁵⁵), não fez arrefecer o contínuo crescimento da perseguição homofóbica, mediante leis que aplicavam penas bárbaras àqueles que praticassem atos hoje classificados como homossexuais¹⁵⁶.*

No século XVII, o modelo econômico capitalista começou a ganhar força, com o estímulo da competitividade entre os homens, o que passou a inibir qualquer contato mais amistoso, especialmente amoroso, entre eles. Passou-se a estimular o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais consumista, o que fez que o amor homoafetivo fosse visto como um entrave ao consumismo desejado pelas elites, por se acreditar que a família heteroafetiva teria uma potencialidade consumista maior, ante a incapacidade da homoafetiva gerar descendentes.

Assim, além do já consagrado medo de extinção da humanidade se a homossexualidade fosse aceita (como se

¹⁵⁵ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 130 e 132.

¹⁵⁶ Chamados de *sodomitas*, termo pejorativo, com alta carga de reprovação moral-religiosa – contudo, vale destacar que *sodomia* é um termo que originalmente designava qualquer ato sexual não procriativo, não necessariamente entre homens, embora tenha se disseminado apenas nesse último sentido.

heterossexuais fossem simplesmente, em um passe de mágica, se “transformar” em homossexuais ou então “desaparecer” pela simples aceitação do relacionamento homoafetivo), passou-se a considerar o *amor entre iguais* inconveniente, pelo fato de não gerar futuros consumidores e nem mesmo ensejar o consumo dos produtos voltados ao público infantil.¹⁵⁷

Esse tipo de visão fez que os Estados passassem a estimular o comportamento heterossexual a todo custo, mesmo que o preço disso fosse ignorar outros comportamentos também condenados, como a prostituição. Como os homens só se casavam aproximadamente aos 30 anos, e considerando que, em tese, o ato sexual só podia ocorrer dentro do casamento, temia-se que eles pudessem utilizar-se de homens prostitutos para satisfazerem seus desejos sexuais. Assim, relata Colin Spencer, com o intuito de evitar o “crescimento da homossexualidade”, condenava-se a prostituição masculina e estimulava-se a feminina. As meretrizes

¹⁵⁷ É curioso notar como, atualmente, a situação se inverteu: há inúmeros ramos do mercado consumidor voltados ao público homossexual em razão de se presumir que estes não teriam filhos e, portanto, teriam mais dinheiro para gastar consigo (o chamado *pink money*). Em inglês, cunhou-se uma expressão nominada *Dual Income, no Kids* (em tradução livre: “Dupla Receita, nenhuma Criança”) – embora, atualmente, cada vez mais casais homoafetivos estejam adotando crianças e adolescentes ou tendo filhos oriundos de inseminação artificial e, portanto, estejam desmistificando essa compreensão.

eram então uma válvula de escape necessária à sociedade,¹⁵⁸ inobstante a clara hipocrisia dessa situação, considerando que a prostituição também era um pecado.

4. A liberdade sexual no contexto do Iluminismo.¹⁵⁹

Mesmo a **visão iluminista**, que via na liberdade sexual uma forma de atingir o progresso, a ordem e a felicidade, condenou com veemência o amor homoafetivo. Contraditoriamente, continuava-se condenando o ato sexual entre homens como algo contrário à moral, mesmo sem serem trazidos novos argumentos para isso. Ao que parece, partiu-se do pressuposto de que seria ela “errada” pelo simples fato de dita condenação já estar historicamente consagrada, como se a institucionalização do preconceito tivesse o condão de torná-lo jurídica e eticamente válido.

Contudo, relata Colin Spencer que é provável que a visão iluminista não tenha ajudado no aumento da tolerância ao *amor entre homens* devido ao fato de ter tido sua maior ênfase no século XVIII, período no qual se passou a acreditar que o vigor

¹⁵⁸ SPENCER, *Op. Cit.*, p. 205.

¹⁵⁹ Este tópico e todas as suas citações constitui uma versão condensada de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 01, item 2.4.

masculino, tido como necessário à acumulação de riqueza, estaria inerentemente ligado à quantidade de sêmen que o homem tivesse dentro de si. Ou seja: acreditava-se que os homens tinham apenas uma limitada quantidade de sêmen em seu corpo, gerando maior condenação à sexualidade não heterossexual, pois se entendia que ela “gastava” a semente da vida de forma inútil (não procriativa). Com a evolução do pensamento humano, passou-se a valorizar a racionalidade em detrimento da religiosidade no que tange à explicação dos fenômenos humanos e naturais. Deixou-se, gradativamente, de acreditar nos dogmas religiosos para buscar uma explicação científica, racional para as questões da vida humana. Isso levou a que, a partir do século XIX, ganhasse força a posição de que a homossexualidade não deveria ser vista como um pecado contra Deus, mas como uma doença a ser tratada.

É sempre citada a defesa de Karoly Maria Benkert, perante o Ministério da Justiça alemão, em favor da descriminalização das práticas homossexuais. Contudo, prevaleceu o entendimento da atração erótico-afetiva por pessoas do mesmo sexo enquanto *homossexualismo* (o sufixo “ismo”, ligado a condutas humanas, significa “doença”). Dessa forma, pouco a pouco, a classe médica foi desenvolvendo teorias para tentar

enquadrar a **homossexualidade como uma “patologia”**. As pessoas, simplesmente, passaram a aceitar essa visão, em virtude de ser a heterossexualidade a expressão sexual mais comum nas sociedades humanas. Todavia, é interessante notar que nunca houve uma comprovação acerca do que enquadraria a homossexualidade como uma “doença” – nunca se provou que uma pessoa teria sua saúde prejudicada pelo simples fato de ser homossexual. Muito embora tenham existido (e ainda existam) aqueles que defendiam que as pessoas homossexuais seriam mais retraídas, propensas à depressão e inibidas do que as heterossexuais (o que não pode ser generalizado, visto existirem muitos homossexuais que não o são), essas características não são inerentes à homossexualidade.

Muitos heterossexuais também são retraídos, depressivos e inibidos, e ninguém atribui tais sintomas à sua heterossexualidade. Em verdade, o que ocorre é que *o alto grau de preconceito homofóbico faz que os homossexuais, em geral, sintam a necessidade de se retrair* (ainda que não durante toda a sua vida), de esconder sua verdadeira sexualidade para não sofrerem agressões físicas e psicológicas que o *machismo heterossexista (e cissexista)*, vigente no mundo atual, impõe cotidianamente ao cidadão homossexual. Isso acaba levando à depressão e à inibição,

pois ditas pessoas têm que esconder sua verdadeira identidade por meio da criação de um “personagem” heterossexual, para que este viva a vida em seu lugar.

A **posição de Freud**, que muito influenciou as concepções sobre a homossexualidade, é confusa em decorrência de uma contradição entre o início e o final de sua obra. A princípio, através de seu “complexo de Édipo”, Freud classificou o amor por pessoas do mesmo gênero como uma *desordem* no desenvolvimento da sexualidade humana, no sentido de que a ausência paterna durante a infância e a violência repressiva do pai ensejariam, respectivamente, as homossexualidades masculina e feminina. Disso se vê de onde surgiu a ideia de que todo ser humano nasceria bissexual e com o tempo teria sua sexualidade definida (ainda que permanecesse bissexual), sendo socialmente aceita apenas a variação heterossexual. A ambiguidade apontada na visão de Freud decorre da sua notória “*Carta a uma mãe americana*”, na qual expressou uma atitude positiva e não patológica sobre a homossexualidade.¹⁶⁰

¹⁶⁰ “Entendi, pela sua carta, que seu filho é homossexual. Estou muito impressionado pelo fato da senhora não mencionar este termo nas informações sobre ele. Posso perguntar-lhe por que o evita? A homossexualidade não traz com certeza qualquer benefício, mas *não é nada que deva ser classificado como uma doença*; consideramos que seja uma variação do desenvolvimento sexual” (FREUD *apud*: SPENCER, *Op. Cit.*, p. 302. Grifo nosso).

Mas, apesar de alguns médicos terem seguido esse exemplo, defendendo, assim, que o amor por pessoas do mesmo gênero não deveria ser criminalizado, a classe médica em geral difundiu a ideia da homossexualidade como “*degeneração*”, por vislumbrarem nela um suposto conteúdo patológico, o que aumentou a concepção social condenatória do comportamento homoafetivo. Posicionamentos esdrúxulos, como o de que a masturbação levaria à homossexualidade e que uma pessoa homossexual jamais poderia alcançar a felicidade (pois tida como “*perturbada*”), aumentaram esse estigma. Em decorrência dessa visão patologizante, temia-se que a homossexualidade pudesse se “*espalhar*” pela sociedade se não fosse duramente reprimida, o que contribuiu para o **aumento da homofobia social**. Sempre que existia uma crise em determinada nação, a culpa era colocada exclusivamente naqueles que não se enquadravam no conceito predominante da sociedade.

Segundo Colin Spencer, criou-se uma *moralidade esquizoide*, pela qual os parlamentares e estadistas em geral passaram a afirmar que os valores da sociedade estavam sendo *degenerados* (teoria da degeneração) por uma série de condutas tidas como inaceitáveis, aumentando assim a perseguição aos ditos “*transgressores*” – em geral, homossexuais e

mulheres (o movimento feminista começava a engatinhar)¹⁶¹.

Sobre o tema, contestando a crença generalizada de que, em meados do século XVIII, a sociedade teria parado de falar sobre a sexualidade, Foucault destaca que houve, na verdade, uma *explosão discursiva* sobre ela, mas de forma hipócrita. Embora impondo o silêncio às pessoas em geral, as autoridades públicas e religiosas passaram a falar *prolixamente* desse silêncio, mediante uma depuração bastante rigorosa do vocabulário autorizado, com novas regras de decência que filtraram as palavras (uma *polícia dos enunciados*), estabelecendo regiões de silêncio absoluto ou de discrição, mas, em compensação, multiplicando os discursos sobre o sexo no campo do exercício do poder, mediante uma incitação institucional a falar dele cada vez mais, ante a obstinação das instâncias do poder a ouvir falar e fazê-lo falar ele próprio sob a forma da articulação explícita e detalhada.¹⁶²

Embora conceda que seja verdade que desapareceu a liberdade de linguagem entre crianças e adultos ou alunos e professores sobre o tema, afirma Foucault que isso não significa puro e simples silenciar – *não se fala menos do sexo, fala-se*

*dele de outra maneira;*¹⁶³ *são outras pessoas que falam, a partir de outros pontos de vista e buscando outros efeitos.* Passou-se a falar da maneira mais prolixa possível, em termos prescritivos, acerca da sexualidade das crianças e da sexualidade em geral.¹⁶⁴ Nesse sentido, *a lei matrimonial era saturada de prescrições*, sobrecarregando o sexo dos cônjuges de regras e recomendações, e essa explosão discursiva, dos séculos XVIII e XIX, gerou um movimento centrífugo *em direção à monogamia heteroaferiva*, garantindo-se ao “casal legítimo” um direito à maior discrição, ao passo em que se passou a interrogar com maior atenção a sexualidade daqueles que não se enquadravam nesta norma, a saber, a sexualidade das crianças, dos “loucos”, dos criminosos e em relação ao *prazer dos que não amam o outro sexo* [*rectius*: gênero], pessoas estas que, sem serem menos condenadas, passaram a ser escutadas para que assim fosse possível melhor regular a (única) sexualidade (tida como) legítima.¹⁶⁵

¹⁶³ FOUCAULT, *Op. Cit.*, p. 52-53 e 56.

¹⁶⁴ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 33-39. Ademais: “O que é próprio das sociedades modernas não é o terem condenado, o sexo, a permanecer na obscuridade, mas sim o terem-se devotado a falar dele sempre, valorizando-o como *o segredo*” (*Ibidem*, p. 42).

¹⁶⁵ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 45-46 e 128: “[houve] uma transformação capital: a tecnologia do sexo, basicamente, vai-se ordenar a partir desse momento, em torno da instituição médica, da exigência de normalidade, ao invés da questão da morte e do castigo eterno, do

Ademais, destaca Foucault, a ciência passou a ser utilizada para justificar estes discursos do sexo supostamente a partir de um ponto de vista autoproclamado como “purificado” e “neutro”, mas se tratava de uma ciência essencialmente subordinada aos imperativos de uma moral, transformando normas morais em *normas médicas*, provocando medos a pretexto de dizer a *verdade*.¹⁶⁶ Em contraposição a uma arte erótica (*ars erotica*), que extrai a verdade do próprio prazer, desenvolveu-se uma ciência sexual (*scientia sexualis*), que estabelece procedimentos que se ordenam, essencialmente, em função de uma forma de poder-saber destinada a obter a [suposta] *verdade sobre o sexo*, a saber, a confissão (total, meticulosa e constante), que se inscreveu no cerne dos procedimentos de individualização do poder¹⁶⁷ e passou a ser, no Ocidente, uma das técnicas mais altamente valorizadas para produzir a verdade.

E isso fosse ela produzida espontaneamente ou de forma forçada, pela tortura, visto que a sexualidade foi definida como algo obscuro ao próprio sujeito, donde este deveria revelá-la para que ela fosse devidamente interpretada por aquele que

problema da vida e da doença. A ‘carne’ é transferida para o organismo”.

¹⁶⁶ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 61-62: “Em nome de uma urgência biológica e histórica, justificava os racismos oficiais, então iminentes. E os fundamentava como ‘verdade’”.

¹⁶⁷ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 100-103 e 114.

ouve a confissão,¹⁶⁸ especialmente por força da **medicalização e, portanto, da patologização da sexualidade**, que demandaria intervenções terapêuticas ou de normalizações dentro deste campo de significações a decifrar.¹⁶⁹

5. O Relatório Kinsey e a despatologização das identidades não-heterossexuais e não-cisgêneras.¹⁷⁰

Até meados do século XX, não houve significativa evolução no entendimento sobre a homossexualidade. Tragicamente, isso fez que milhares de homossexuais fossem assassinados nos campos de concentração nazistas (ao lado de judeus e ciganos). O grande marco deste século foi, certamente, o famoso *Relatório Kinsey*, de 1945. Nele, Alfred Kinsey, em uma pesquisa inédita, estudou o *comportamento sexual do macho humano* (em seguida, fez um estudo similar voltado às mulheres), onde classificou o homem

¹⁶⁸ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 65-68, 75-78 e 158-159. *O autor relata a transformação do sexo como pano de fundo de disputa política, para adestramento da sociedade à única sexualidade tida como “legítima” – para disciplina do corpo e regulação de populações.*

¹⁶⁹ FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 65-68 e 75-78.

¹⁷⁰ Este tópico e todas as suas citações constitui uma versão condensada de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 01, item 2.6.

como “heterossexual exclusivo”, “incidentalmente homossexual”, “mais do que incidentalmente homossexual”, “igualmente hétero ou homossexual”, “mais do que incidentalmente heterossexual”, “incidentalmente heterossexual” e “homossexual exclusivo” (além de “indiferente sexualmente”).¹⁷¹

A crítica que se pode fazer ao *Relatório Kinsey* é com relação ao método por ele utilizado para classificar as pessoas. Isso porque Kinsey baseou-se no ato sexual, e não no desejo sexual, para classificar as pessoas em homo, hétero ou bissexuais. Afinal, para que uma pessoa possa ser classificada como homossexual, deve se sentir genuinamente atraída amorosa e sexualmente por pessoas do mesmo sexo – por outro lado, o mero ato sexual não supõe esse desejo genuíno. Kinsey, ao revés, considerou que o simples fato de a pessoa ter tido uma relação sexual isolada com alguém do mesmo sexo, ainda que fosse a única em sua vida, a classificava como “incidentalmente homossexual”. Não obstante, o *Relatório Kinsey* foi

importantíssimo, na medida em que foi o primeiro estudo científico que não se deixou influenciar por preconceitos: para aquilo a que se destinou, que era saber que tipos de atos sexuais realizavam as pessoas (o que é diverso de um estudo sobre a sexualidade humana, que seria mais abrangente), o *Relatório Kinsey* ajudou a mostrar ao mundo que a homossexualidade e a bissexualidade efetivamente existem.

Em 1973, a Associação Americana de Psiquiatria afirmou que a homossexualidade *per se* não é uma perturbação mental. Em 1990, a Organização Mundial de Saúde fez o mesmo, excluindo-a de sua Classificação Internacional de Doenças (CID 10). Passou-se a falar, assim, em *homossexualidade* (o sufixo “dade” significa “modo de ser”). No Brasil, em 1985 o Conselho Federal de Medicina despatologizou a homossexualidade, e o Conselho Federal de Psicologia, em 1999, foi ainda mais preciso, afirmando não ser ela uma doença, um desvio psicológico nem uma perversão (Resolução 01/1999).

Como se vê, foi apenas no final do século XX que a ciência médica mundial deixou de ver na homossexualidade uma patologia. Nesse sentido, se não é uma doença, é ela tão normal quanto a heterossexualidade, ou, com muito mais razão, sendo homossexuais e bissexuais

¹⁷¹ “Os valores sexuais ortodoxos se escandalizaram com os dados sobre a incidência de comportamento homossexual. Cinquenta por cento dos homens admitiram responder eroticamente ao seu próprio sexo, e um terço deles tivera uma experiência pós-adolescência; quatro por cento tornaram-se exclusivamente homossexuais, quando adultos; e um em cada oito homens tinha sido predominantemente homossexual por um período de pelo menos três anos” (SPENCER, *Op. Cit.*, p. 337).

peças tão dignas quanto os heterossexuais, merecem o mesmo tratamento dispensado a heterossexuais (o mesmo quanto a pessoas transgêneras relativamente às cisgêneras, evidentemente). Em 2018, o Conselho Federal de Psicologia aprovou a Resolução n.º 01/2018, também afirmando o caráter natural e não-patológico das identidades transgêneras (travestis e transexuais), criticando o cissexismo, sendo que no mesmo ano a Organização Mundial de Saúde efetivou a despatologização das identidades trans com a aprovação da CID 11, que entrará em vigor em 2022.

6. O paradigma da homoafetividade e o descabimento das críticas de espantinho ao termo.¹⁷²

Por fim, vale explicar a origem do termo *homoafetividade*, no Brasil. Utilizado pela primeira vez na doutrina de Maria Berenice Dias, o termo visa combater o preconceito social segundo o qual casais formados por pessoas do mesmo gênero seriam pautados *sempre e necessariamente* por sentimento de mera luxúria sexual,

¹⁷² Este tópico e todas as suas citações constitui uma versão condensada de VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 3ª Ed., Bauru: Ed. Spessoto, 2019, cap. 02, item 1.1.

jamais por um *vínculo* de afeto voltado a uma comunhão plena de vida.¹⁷³

Com o termo, visou-se destacar que o *vínculo* que une casais do mesmo gênero é pautado no mesmo afeto (conjugal) que une pessoas de gêneros opostos. Trata-se de termo criado no contexto do Direito das Famílias, analisando as uniões públicas, contínuas e duradouras, em comunhão plena de vida (intuito de constituir família). Não limita direitos humanos a afeto nem significa que homossexuais só poderiam exercer sua sexualidade em relações afetivas, ao contrário do que alguns usualmente afirmam, em interpretação flagrantemente equivocada do termo.

No Brasil, Roger Raupp Rios lidera a crítica ao termo *homoafetividade*. Embora reconhecendo as boas intenções do termo, teme que ele consagre o que chama de *incorporacionismo familista*, ou seja, o risco de só se reconheça como sexualidade digna de ser vivida aquela desenvolvida em relações familiares.¹⁷⁴ Ratificando esse

¹⁷³ Explicando a origem do termo, Maria Berenice Dias afirma que, nos idos do ano 2000, “buscando a inserção de seus vínculos afetivos no âmbito do Direito das Famílias, os nomei de ‘uniões homoafetivas’. A razão de cunhar o neologismo foi retirar o peso do preconceito que sempre marcou a natureza sexual do relacionamento, sem atentar à sua origem afetiva, que em nada se diferencia das demais entidades familiares” (DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**, 7ª Ed., São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 20).

¹⁷⁴ RIOS, Roger Raupp. **As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de**

temor, Thiago Coacci entende que o *discurso da homoafetividade* seria *perigoso*.¹⁷⁵

Todavia, o termo nunca foi usado da forma *higienista e discriminatória* temida pelos autores. Raupp Rios criou um verdadeiro *espantalho moral* em sua crítica: criou um monstro, nunca antes visto sob o rótulo de *homoafetividade*, e combate esse monstro em suas críticas ao termo. Obviamente que se concorda com o(s) autor(es) no sentido de que o livre exercício da sexualidade humana transcende as relações afetivo-conjugais. Mas a crítica erra o alvo: com a aparente intenção, louvável, de atacar o conservadorismo social, que repreende moralmente práticas sexuais minoritárias (como relacionamentos abertos ou poliafetivos), atacam doutrina e jurisprudência que usam o termo homoafetividade, que jamais o usaram de tal forma higienista e discriminatória (sendo que a homoafetividade/heteroafetividade não se encontra limitada à monogamia: o termo

adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. In: Revista Eletrônica de Direito Civil: *civilistica.com*, ano 2, n.º 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>.

¹⁷⁵ COACCI, Thiago. **Do Homossexualismo à Homoafetividade: Discursos Judiciais Brasileiros sobre Homossexualidades, 1989-2012.** In: Revista Sexualidad, Salud y Sociedad, n.º 21, Rio de Janeiro, Sept./Dec. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artext&pid=S1984-64872015000300053>.

poliafetividade o prova). Aliás, a crítica dos autores, ambos juristas, faz tabula rasa de uma peculiaridade do processo civil.

A decisão judicial fica vinculada ao pedido formulado, e os processos em que debatida a questão da *homoafetividade* eram processos que pediam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidades familiares: como *união estável* ou como merecedoras de acesso ao *casamento civil*. Logo, o contexto fático dos debates era o da *união duradoura, pública e contínua* entre pessoas do mesmo gênero, para usar a linguagem da parte dispositiva (a conclusão, que vincula, com força de lei) da decisão do STF que as reconheceu como entidades familiares (STF, ADPF 132/ADI 4277): não por ele valorizar “apenas” esse tipo de união, em detrimento de outras ou de formas distintas de exercício legítimo da sexualidade, mas porque o que se pedia na ação julgada era o reconhecimento de que casais do mesmo gênero podiam ser enquadrados no regime jurídico da união estável – a qual a *lei* define como união pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família (CC, 1.723). O mesmo vale para as decisões do STJ (REsp 1.183.278/RS) e do CNJ (Res. 175/2013), sobre o casamento civil. Não há nenhum “incorporacionismo familista” (compulsório) porque os debates judiciais eram adstritos à discussão sobre se casais do

mesmo gênero podiam, ou não, ser entendidos como uma família conjugal (esclareça-se, Raupp Rios reconhece essa “moldura limitadora do direito de família *a partir do qual, por razões de técnica processual, se desenrolou o julgamento*”, mas teme que uma “leitura mais apressada ou conservadora condicion[e] a compreensão do conteúdo jurídico dos direitos sexuais à convivência familiar” – como se vê, não é algo afirmado por doutrina ou jurisprudência, mas meramente temido pelo autor).

Ou seja, nenhuma decisão judicial (sobre homoafetividade) jamais disse que homossexuais só seriam dignos ou merecedores de proteção em relações afetivas – é indefensável dizer que o tom das decisões teria sido esse, ante o citado contexto discursivo/argumentativo. Por outro lado, os críticos também ignoram que a decisão judicial não tem a mesma amplitude que a legislativa: embora o juiz contemporâneo possa muito, pela concretização argumentativa de princípios jurídicos, não pode tudo. Hoje, a lei fala em *casamento civil* e *união estável* como paradigmas das uniões interpessoais familiares.

O discurso de Raupp Rios, que apoio, de serem reconhecidos outros modelos interpessoais de comunhão de vida, que não aquele dos estritos contornos da

atual regulamentação do casamento civil, precisa ser feito no Legislativo – pois não me parece que o Judiciário possa inventar, *do zero*, um regime jurídico totalmente novo (ele pode fazer o que tem feito: aplicar o regime jurídico que a letra da lei destina a casais heteroafetivos para casais homoafetivos – e mesmo os poliafetivos, como já defendi em sede doutrinária).

Lembre-se que homossexuais que foram ao Judiciário pleitearam o direito à união estável ou ao casamento civil, nada diferente disso. Não se aplica, portanto, a questão das pessoas terem direito a reger suas vidas de forma autônoma, distinta daquela constante em uma legislação específica: desde que não prejudiquem terceiros, já têm esse direito, a partir do direito fundamental à liberdade. Em suma, falar que o discurso atual dos Tribunais sobre a *homoafetividade* seria “perigoso” e/ou, pior, *violador dos princípios da liberdade, igualdade e liberdade* (como faz Raupp Rios) é absurdo, pois o termo *nunca* foi usado nesse sentido.

O direito à liberdade, que garante a faculdade de se fazer o que se quiser, desde que não se prejudiquem terceiros, garante plenamente o direito ao ato sexual casual, sem uma relação afetiva subjacente. O termo ganhou a doutrina jurídica, a jurisprudência e até mesmo mídia. Foi reconhecido pelo Dicionário Aurélio.

Alcançou a finalidade de reconhecer que homossexuais também visam constituir famílias pautadas no afeto conjugal e não mera luxúria sexual – ao menos perante o público esclarecido, não enviesado por dogmas religiosos. Não há razão alguma para ser abandonado, como defendem alguns, ao menos no âmbito do Direito e da Filosofia das Famílias. Afinal, o afeto é um dos elementos constitutivos de uma família (embora não o único). Então, a expressão *casal homoafetivo/heteroafetivo* tem grande pertinência. Ao passo que, da mesma forma que os termos *homossexual/heterossexual/bissexual* não afastam a potencialidade da pessoa manter relações afetivas (conjugais), os termos *homoafetivo/heteroafetivo/biafetivo* não condicionam o reconhecimento da sexualidade da pessoa apenas em relações afetivas.

CONCLUSÃO

Como se vê, dos gregos à atualidade, alterou-se profundamente a compreensão da sexualidade humana. De mera conduta sexual, trabalhada enquanto *dietética do cuidado de si*, em regime de temperança e moderação, passou a ser entendida como caracterizadora de *identidades sociais (identidades sexuais)*, a partir do século XIX. E, mesmo daí em

diante, alterou-se a compreensão sobre o tema, deixando de ser vista como “doença” para ser compreendida como livre manifestação da sexualidade humana – *do homossexualismo à homossexualidade*. Bem como, em momento seguinte, *da homossexualidade à homoafetividade*, no sentido do reconhecimento que a conjugalidade homoafetiva é equivalente à heteroafetiva, de sorte a merecer a mesma *especial proteção do Estado*, que a Constituição impõe às famílias em geral (CF, 226).

BIBLIOGRAFIA

- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Parcerias homossexuais – aspectos jurídicos**, São Paulo: Ed. RT, 2002.
- COACCI, Thiago. **Do Homossexualismo à Homoafetividade: Discursos Judiciais Brasileiros sobre Homossexualidades, 1989-2012**. In: Revista Sexualidad, Salud y Sociedad, n.º 21, Rio de Janeiro, Sept./Dec. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872015000300053>.
- DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os Direitos LGBTI**, 7ª Ed., SP: RT, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade. A vontade de saber**, Vol. I, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque, 18ª Ed., São Paulo: Editora Graal, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade. O uso dos prazeres**, Vol. II,

Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 12ª Ed., São Paulo: Editora Graal, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade. O cuidado de si**, Vol. III, Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque, 9ª Ed., São Paulo: Ed. Graal, 2007.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro;
VECCHIATTI, Paulo R. Iotti *et alii*.
Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares. 2ª ed., Scortecci, 2018;

RIOS, Roger Raupp. **As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação**. In: Revista Eletrônica de Direito Civil: civilistica.com, ano 2, n.º 2, 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/>>.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. 2. ed. RJ: Ed. Record, 1999.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 6.ed. RJ: Ed. Record, 2004.

TREVISAN, João Silvério. **Seis balas num buraco só: a crise do masculino**, Rio de Janeiro: Ed. Record, 1998.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti.
Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 2ª Ed., SP: Ed. Método, 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3395, 17 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22830>>.

O DIREITO CIVIL E A COLONIZAÇÃO DO NOVO MUNDO: UMA INTRODUÇÃO

*Pedro Dalla Bernardina Brocco*¹⁷⁶

*Marcus Fabiano Gonçalves*¹⁷⁷

RESUMO

Os institutos do Direito Civil foram largamente utilizados para fundamentar o projeto colonizador europeu no Novo Mundo. Este estudo tem como objetivo geral apresentar alguns pontos considerados relevantes para o entendimento acerca da centralidade da doutrina civilista como fiadora da construção de um enquadramento institucional da colonização – seja do ponto de vista da invasão das terras americanas, seja daquele de uma maior racionalização da colonização com alguma assimilação do modo de vida nativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; colonização; Novo Mundo

¹⁷⁶ Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Advogado. Psicanalista. Associado ao Corpo Freudiano Escola de Psicanálise Seção Rio de Janeiro. Associado ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro da Associação Universitária de Pesquisa em Psicopatologia Fundamental (AUPPF).

¹⁷⁷ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD-UFF) e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF) da Universidade Federal Fluminense. Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela UFSC.

ABSTRACT

Civil law institutes were widely used to support the European colonizer project in the New World. This study has as general objective to present some points considered relevant for the understanding about the centrality of the civilist doctrine as guarantor of the construction of an institutional framework of colonization - whether from the point of view of the invasion of American lands, or that of a greater rationalization of colonization with some assimilation of the native way of life.

KEYWORDS: Civil Law; colonization; New World

INTRODUÇÃO

A doutrina civilista foi o conhecimento social aplicado mais relevante nos primeiros contatos entre europeus e nativos americanos. A partir da aplicação do saber decantado de milênios de formação e transmissão do Direito Civil, via Direito Canônico, a Europa conferiu sentido e legitimidade à colonização das terras do Novo Mundo. O Direito Civil tornou possível, em suma, que se nomeasse e se procedesse à tomada violenta do território americano, a partir das *bulas alexandrinas*. É falso, portanto, que se separe a violência colonizadora de um enquadramento jurídico, como se pode depreender do exame das inúmeras bulas pontifícias que conferiram legitimidade às Coroas ibéricas (sobretudo a

Coroa castelhana) em sua atividade colonizadora que se desenvolveu com um nível inaudito de violência, como também é possível se depreender com a leitura dos relatos de Bartolomé de Las Casas e outros cronistas da época.

As Índias de Castela tiveram como início colonizador, após a chegada da armada de Colombo, a fundamentação do domínio real consubstanciada nas *bulas alexandrinas* e com a posterior utilização destas como instrumento legal de domínio com as leituras dos *Requerimientos*.

Há no embasamento de tal forma de colonizar uma visão específica sobre a alteridade nativa. Seja pela via do bárbaro, seja pela via do escravo por natureza, a visão espanhola sobre aqueles que já ocupavam o solo americano apresenta contornos condizentes com o projeto colonizador que se escolhe implementar. Entretanto, a visão que dá embasamento ao início da colonização é criticada e sofre tentativas de reforma. Os reformadores serão, principalmente, alguns frades dominicanos que atuaram nas Américas e que ficaram na Espanha ligados às Universidades: acadêmicos, itinerantes, professores, bispos, cuja figura mais proeminente será a de Francisco de Vitoria.

1. Direito Civil e Poder Civil: Francisco de Vitoria e o debate sobre o poder civil no Novo Mundo

A primeira grande exposição de Vitoria na Universidade de Salamanca foi a aula sobre o poder civil, em 1528. Ainda levará onze anos até a aula sobre os índios, pavimentadora da ética colonial espanhola e talvez sua mais famosa exposição, em 1539; porém, esse primeiro esforço será importante para a correta compreensão das sociedades autóctones americanas pela teoria vitoriana. Ainda não há aqui uma preocupação por parte de Vitoria de interpolar os argumentos sobre o poder civil com considerações a respeito das colonizações. Arriscaremos uma hipótese sobre o *De potestate civili*: além de configurar um autêntico tratado sobre as leis, é também uma obra que aponta sua artilharia para as *Bulas alexandrinas* e para o *Requerimiento*, até então os dois documentos evocados para embasar a colonização espanhola enquanto “justos títulos”.

As *Bulas alexandrinas*, cujo nome deriva do papa que as concedeu, Alexandre VI, foram os primeiros documentos jurídicos aplicados na América. A Bula *Inter Coetera*, de 4 de maio de 1493¹⁷⁸, assegurou a posse das terras descobertas e

¹⁷⁸ Há duas Bulas *Inter Coetera*, uma de 3 de maio e outra de 4 de maio de 1493.

por descobrir à Coroa de Castela e Leão. No entanto, houve no total cinco documentos relativos às Índias expedidos e assinados pelo papa Alexandre VI, todos favoráveis à Coroa castelhana.

Entre o retorno de Cristóvão Colombo de sua primeira navegação à América (15 de março de 1493) e sua segunda viagem (25 de setembro de 1493), o corpo diplomático espanhol agiu rapidamente junto à Santa Sé para que fosse assegurada, juridicamente, a posse das terras recém-descobertas. No breve período, portanto, que antecedeu a segunda ida de Colombo às terras americanas, Alexandre VI assina os seguintes documentos: a) primeira Bula *Inter Coetera*, 3 de maio de 1493; b) a *Eximiae devotionis*¹⁷⁹, 3 de maio de 1493; c) a segunda *Inter Coetera*¹⁸⁰, 4 de maio de 1493; d) a *Piis fidelium*¹⁸¹, 25 de

junho de 1493; e) a *Dudum siquidem*¹⁸², 25 de junho de 1493.

Diante da empresa orquestrada que aliou um corpo diplomático célere e a expedição de cinco documentos eclesiásticos, cuja eficácia temporal é incontestável, em um período de pouco mais de um mês, não há que se negar o valor jurídico-político de tais documentos, ainda que oriundos de uma autoridade eclesiástica. Antes de se retirar a característica eminentemente jurídica de tais documentos, é preciso examinar os fundamentos sobre os quais se construíram o sentimento de validade e eficácia dos mesmos, e em que medida a teoria de Vitoria aponta para uma fundamentação distinta, pois o jurista da Corte de Castela, no limiar do século XVI, diante da situação inusitada e desconhecida da descoberta do Novo Mundo tinha duas alternativas para responder às questões levantadas pela descoberta: utilizar os modelos e instrumentos que o mundo jurídico medieval oferecia ou trilhar um novo caminho (RUIZ, 2002, p. 45).

¹⁷⁹ Trata-se de um documento que basicamente repete o conteúdo da Bula *Inter Coetera*, reiterando, porém, que se outorgava a Castela os privilégios, graças, liberdades, imunidades e faculdades que se havia outorgado anteriormente a Portugal. Essa Bula surge com vistas a amainar os previsíveis protestos portugueses à *Inter Coetera*.

¹⁸⁰ A segunda *Inter Coetera* ampliava as doações contidas na *Inter Coetera* do dia anterior: atribuía à Coroa espanhola o domínio integral e exclusivo sobre as terras e povos revelados por Cristóvão Colombo.

¹⁸¹ Trata-se de Bula que concede amplas faculdades em matéria espiritual ao frade Bernardo Boyl, religioso e diplomata aragonês. Aqui podemos ver que, muito antes de Antonio Vieira, as Coroas ibéricas já se valiam de religiosos com habilidades diplomáticas enviados em missões secretas. Boyl, com efeito, ao final de 1476, era secretário do futuro rei aragonês Fernando II (Fernando V de Castela e Leão), o Católico, que o envia para negociar

com os franceses. Boyl acompanha Colombo em sua segunda viagem à América, em 1493, como missionário e Vicário Apostólico nas Índias Ocidentais, título outorgado pelo papa Alexandre VI. Regressa à Espanha em 1494 ante a dificuldade de não conseguir se comunicar com os indígenas. Cf. Boyl, Bernardo, na *Gran Enciclopedia Aragonesa*.

¹⁸² Bula que reafirmava o direito castelhano às ilhas e terras firmes achadas e por achar, descobertas e por descobrir, as quais, navegando ou caminhando para o Ocidente ou Meio-dia, estejam quer nas partes ocidentais, meridionais e da Índia. Cf. ANDRADE DA SILVA, 2000.

O modelo jurídico medieval ao qual nos referimos tem como fundamento a teoria dos dois poderes ou das duas espadas, cuja raiz remonta a Santo Agostinho. Em *De Civitate Dei*, Agostinho cria a distinção entre os dois amores e as duas cidades, de acordo com a qual a cidade terrena é um tirocínio para a cidade celeste. A comunidade dos fiéis, assim, seria a representante da cidade de Deus que está nos céus. Até o período das Cruzadas, o conceito de Cristandade possuía carga majoritariamente espiritual, designando o conjunto daqueles que se consideravam cristãos e professavam a fé cristã. A partir de determinado momento, quando a Europa se vê ameaçada pelos sarracenos, o papa João VIII pede ajuda a Bizâncio para a defesa da Cristandade, dando-lhe uma característica mais mundana e secular, ao invés da carga exclusivamente espiritual. Neste sentido, e já dando continuidade à sobreposição entre o poder temporal e o poder espiritual que acontece durante o reinado de Carlos Magno, a *Ecclesia* acaba por se confundir, paulatinamente, com a Cristandade e com os poderes seculares, fazendo-se um autêntico Estado, com todos os poderes civis daí derivados, inclusive enfrentando militarmente potências terrenas. Daí derivará uma extensa história, que não será aqui abordada, onde se encontrarão, em uma Itália dividida, os guelfos, partidários do

papa, e os gibelinos, partidários do Imperador do Sacro Império, em uma guerra de sucessão secularíssima, entre os séculos XII e início do XIV, na qual estará envolvido ninguém menos que Dante Alighieri.

Dante Alighieri traz, aliás, em seus escritos políticos como a *Monarchia*, a formulação da teoria dos dois poderes: o poder temporal-secular é um desdobramento de uma autoridade universal celeste, que desce sobre o imperador temporal sem qualquer mediação. Tais teses, aceitas e ventiladas no medievo, seguirão dois caminhos mais ou menos simultâneos: sofrerão uma hipertrofia com a utilização, por parte da Igreja e dos Pontífices, da fundamentação segundo a qual estes seriam, enquanto vicários de Cristo e herdeiros do trono de Pedro, os representantes máximos do poder da Cristandade e, neste sentido, estariam acima dos reis e imperadores; o outro caminho começa a ser trilhado com a crítica da teoria dos dois poderes e a limitação do poder soberano do Pontífice por autores como Marsílio de Pádua e Guilherme de Ockham. Entre os pensadores medievais que se vincularam à cosmovisão segundo a qual o Pontífice teria tanto autoridade espiritual quanto secular, sendo quanto a esta a autoridade máxima, podemos citar o agostiniano Egídio Romano e Henrique de Susa, apelidado *o Ostiense*,

autor do século XIII para quem Cristo, ao assumir a natureza humana, fora constituído rei do universo. Assim, os príncipes então existentes haviam perdido seus direitos e os transferiram para o próprio Cristo. Constituído São Pedro como chefe da Igreja, ocorre a intermediação entre o próprio Cristo e os sucessores de Pedro, os papas (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 28).

A literatura examinada nos autoriza, portanto, a reconhecer que o episódio das *Bulas alexandrinas* e a fundamentação jurídica da tomada das terras americanas por parte de Castela deita raízes muito mais no movimento medieval da teoria dos dois poderes e em sua leitura hipertrofiada, ao ponto de o papa realizar uma doação, um instituto de direito civil, de partes do globo terrestre para os reis de Castela, mediante documentos utilizados durante décadas como “justos títulos” da posse das terras americanas por parte dos castelhanos. Daí podemos traçar uma genealogia da cosmovisão que forma a eficácia desses justos títulos perante os próprios espanhóis e terceiros: é muito mais familiar à teoria política agostiniana do que ao tomismo-aristotélico e à teoria de Marsílio de Pádua e dos nominalistas.

A Bula *Inter Coetera* utiliza ao menos dois institutos do direito civil, além de um mandato missional com exclusividade para Castela. Valendo-nos do

trabalho de Rafael Ruiz, analisaremos em separado o aparecimento desses três tópicos no texto da Bula.

No que diz respeito à doação, podemos ler:

Todas e cada uma das terras preditas com a autoridade de Deus onipotente, concedida a Nós por São Pedro, como Vigário de Jesus Cristo, com todos os domínios das mesmas, com suas cidades, acampamentos militares, lugares e vilas, com todos os seus direitos e jurisdições, doamos, concedemos e damos a Vós, e a vossos herdeiros e sucessores dos Reinos de Castela e de Leão, para sempre, e com a mesma autoridade apostólica investimo-vos a Vós e a vossos herdeiros e sucessores como senhores das mesmas com plena, livre e absoluta autoridade.¹⁸³

Além do instituto da doação, há também, animando a Bula, o do encargo, isto é, o papa, como condição da doação, estabelece para a Coroa espanhola o encargo da missão espiritual (RUIZ, *idem*, p. 75):

Nós, louvando muito ao Senhor por esse vosso santo e louvável propósito, encorajamo-vos e requerimo-vos para que esses povos recebam a Religião Católica Cristã. E, além disso, mandamo-vos em virtude da santa obediência que (...) procureis enviar às mesmas terras firmes e ilhas homens bons, temerosos de Deus, doutos, sábios e experientes para que instruem os naturais na Fé Católica e lhes ensinem bons costumes, pondo nisso toda a diligência que convier.

¹⁸³ RUIZ, Rafael, *op. cit.*, p. 74. Rafael Ruiz utiliza, como referência para o estudo das Bulas, a obra de Venancio D. Carro, OP.

Ainda há que ser citada a exclusividade da missão: o papa confere exclusividade aos Reis de Castela e Leão para o recebimento do encargo da empresa de evangelização, proibindo quaisquer outros reinos de se aventurarem na empresa sem a autorização dos reis castelhanos, inclusive para a prática de atividades econômicas (RUIZ, idem):

E absolutamente proibimos quaisquer pessoas de qualquer dignidade, mesmo que seja Real ou Imperial, estado, grau, ordem ou condição, sob pena de excomunhão latae sententiae, de irem por causa das mercadorias ou por outra qualquer causa sem especial licença vossa ou de vossos herdeiros ou sucessores às ilhas e terras firmes descobertas ou por descobrir.

Há nesses trechos selecionados três pontos principais que formarão a base dos questionamentos e problematizações da doutrina vitoriana a respeito da validade, da legitimidade e da ética da colonização espanhola. Tomando a Bula *Inter Coetera* como pano de fundo, podemos destacar então os três pontos basilares para toda a teoria de Vitoria: i) o fundamento de autoridade apto a sustentar a doação perpétua feita pelo papa aos Reis de Castela e Leão; ii) se a evangelização pode ser feita com quaisquer meios, mesmo contra a vontade dos índios; iii) se o papa tem autoridade para proibir os outros reis até

mesmo de comerciarem nas novas terras descobertas.

Há também outro documento de fundamental importância para a ética colonial espanhola antes de Francisco de Vitoria: O *Requerimiento*, redigido pelo jurista Juan López de Palacios Rubios, em 1513, vinte anos após as *Bulas alexandrinas*, que deveria ser lido para os índios antes de terem suas terras tomadas pelos *conquistadores* espanhóis.

O teor do documento, apesar de longo, merece ser transcrito, pois veremos novamente o fundamento medieval da teoria dos dois poderes, com um agravante adendo: este documento passa a ser lido para sujeitos que nada compreendiam da língua e cultura castelhanas (RUIZ, idem, pp. 76-77):

Deus, o Senhor, entregou a um homem chamado São Pedro o poder sobre todos os povos da terra, a fim de que ele fosse senhor e dominador sobre todos os homens do mundo (...) Todos lhe devem obediência, pois ele devia ser a cabeça do gênero humano inteiro, onde quer que vissemos ou morassem os homens, sob qualquer espécie de lei, em qualquer sorte de seita ou fé. Ele entregou-lhe o mundo como reino e domínio seu (...) [devendo] julgar e governar todas as nações cristãs, aos mouros, judeus, pagãos, e aos demais povos de qualquer seita ou fé. Chamaram-no de Papa, i.e., admirável e grande pai e dominador de todos os homens. A esse São Pedro obedeciam e honravam como senhor e rei e dominador do universo aqueles que viveram em seu tempo e, do mesmo modo, procedeu-se para com todos os que foram eleitos para o Pontificado depois dele. Ora, acontece (...) que um desses Papas doou aos reis espanhóis as ilhas e terras

recém-descobertas, de modo que Suas Majestades, por força daquela doação, são reis e senhores das ditas ilhas e terras. Até agora, quase todos os aborígenes a quem foi explicada essa situação reconheceram a autoridade dos reis espanhóis e aceitaram a verdadeira fé. Suas Majestades acolheram-nos com paz e mansidão e ordenaram que fossem tratados como súditos e vassallos seus. Agora também vós sois convidados a reconhecer a Santa Igreja como senhora e dominadora do mundo inteiro e a prestar a vossa homenagem ao Rei espanhol, como a Senhor vosso. Se assim não acontecer, agiremos violentamente contra vós e obrigá-vos-emos a dobrar a cerviz sob o jugo da Igreja e do Rei, como convém a vassallos rebeldes, com a ajuda de Deus. Privar-vos-emos das posses e reduzir-vos-emos a vós, vossas mulheres e filhos à escravidão. E, desde já, queremos declarar que só vós sereis culpados pelo sangue derramado e pela desgraça que cair sobre vós, não porém Suas Majestades nem estes cavaleiros que conosco vieram.¹⁸⁴

Percebe-se, assim, as profundas raízes medievais da teoria dos dois poderes a animarem a tessitura do *Requerimiento*, aplicado e lido na América durante os primeiros anos da colonização espanhola.

A inovação que representou a Escola de Salamanca e a doutrina de Vitoria pode ser entendida partindo desses dois documentos expostos, a Bula *Inter Coetera* e o *Requerimiento*. Com efeito, o que opera Vitoria e seus seguidores será o questionamento do fundamento dos dois

documentos, qual seja, a premissa principal de que Cristo e, conseqüentemente, o papa, não eram senhores do universo. Assim, os documentos jurídicos construídos a partir desse fundamento seriam eivados de vícios de validade e legitimidade. Ao longo do século XVI, em decorrência da ampla aceitação das teses de Vitoria, ver-se-á que os até então justos títulos perderão sua eficácia. Os marcadores eficaciais das teses de Vitoria e de seus discípulos da Escola de Salamanca vão sendo aferidos com base no teor das legislações que a Coroa promulga em meados do século XVI, sobretudo com as *Leyes Nuevas*. Os relatórios dos frades, sobretudo os que Las Casas elabora então para o imperador Carlos V, foram tão vivos que o fizeram decidir retirar seu governo das Índias e devolver o domínio aos indígenas, mas a pedido de alguns teólogos, entre eles Vitoria, o monarca não colocou em prática a ideia da restituição e o abandono das províncias indianas, pois isto prejudicaria a cristianização dos nativos. Carlos V não se retirou e decidiu elaborar uma nova legislação para as Índias denominada de *Leyes Nuevas*, promulgadas em 1542, contendo a aplicação das teses vitorianas transformadas em doutrina legal (RUIZ, 2002).

Nesse momento podemos voltar à análise da *relección* de Vitoria de 1528, *De potestate civili*. É possível remontar os

¹⁸⁴ A obra utilizada por Ruiz para o exame do *Requerimiento* é o livro clássico de Joseph Hoffner, *A Ética colonial espanhola do Século de Ouro. Cristianismo e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Presença, 1977, p. 206.

argumentos vitorianos à doutrina de Aristóteles, para quem o ser humano é um *zoôn politikón* e, neste sentido, se Vitoria se desvincula da tradição jurídica medieval, se coloca, por outro lado, sob a influência do humanismo renascentista.

Logo na introdução, Vitoria fará a famosa observação acerca do ofício do teólogo, para o qual nenhum tema ou discussão lhe são alheios ou irrelevantes. Ademais, demarcará a sua *relección* sobre os poderes público e privado e de sua origem, tendo como base o conhecido trecho de São Paulo, “não há poder que não venha de Deus”¹⁸⁵. Esse trecho que durante anos, na Idade Média, serviu para fundamentar a primazia pontifícia e a submissão dos poderes seculares ao papa, será o ponto de partida das *relecciones* de cariz político de Vitoria.

Vitoria inicia sua aula¹⁸⁶, após a introdução, com a investigação das causas do poder civil ou laico, fazendo referência à *Física* de Aristóteles, para o qual pensamos que conhecemos algo quando conhecemos suas causas. Novamente citando a *Física*, dirá que há que se considerar as atividades humanas, ao lado das coisas a serem conhecidas através das causas, em relação

ao fim, que é a primeira e principal das causas.

Após discorrer sobre os filósofos antigos e suas considerações sobre a matéria e a noção de necessidade e finalidade, passando por Epicuro e Lucrecio, refutará o aspecto indeterminista e contingencial da teoria do último, para defender uma verdade suprema: a de que tudo o que existe no universo foi criado para algum fim e utilidade, e que tudo o que foi feito é necessário que tenha sido feito. Assim, Vitoria parte para a investigação do fim pelo qual o poder que se está analisando na *relección* foi constituído, elaborando uma narrativa acerca dos aspectos distintivos do ser humano face aos outros animais. Articulará a razão, a virtude e a palavra como fatores distintivos de um ser racional e virtuoso, mas, por outro lado, débil, pobre, desprovido de todo auxílio, indigente, desnudo e implume (VITORIA, 2012, p. 10).

Para socorrê-lo contra as necessidades e intempéries da existência, segundo Vitoria, era necessário que os homens não andassem errantes e vagando pelos desertos como feras, mas que vivessem em sociedade e se prestassem mútuo auxílio. Nesse momento, Vitoria desloca seu argumento novamente para a obra de Aristóteles, para quem sem doutrina e experiência não pode o homem perseguir a

¹⁸⁵ *Non est potestas nisi a Deo*, segundo a Vulgata citada por Vitoria.

¹⁸⁶ É pertinente recordarmos que Vitoria jamais entregou algum material para ser impresso e divulgado. Todo o material de sua autoria ao qual temos acesso hoje são fruto de anotações de seus alunos e ouvintes em Salamanca.

perfeição de entendimento, e que isto não se consegue de maneira alguma na solidão¹⁸⁷. Em seguida Vitoria traz um interessante argumento que se soma ao trecho aristotélico: mais ainda, neste aspecto parece que somos inferiores aos brutos animais, porque eles podem conhecer por si mesmos as coisas que lhes são necessárias, mas os homens não podem em absoluto conhecê-las. Parece dizer Vitoria que somente um esforço coletivo pode trazer à vida o homem tal qual o concebemos. Para isso, aliás, foi o homem dotado de palavra: Aristóteles aparece novamente para fundamentar o argumento de que a palavra é a “mensageira do entendimento”, e que só para esse uso nos foi dada e só por isso o homem é superior aos animais; contudo “a palavra seria inútil se o homem não vivesse em sociedade” e, se fosse possível que a sabedoria pudesse existir sem a palavra, ela seria desagradável e insociável (VITORIA, *idem*, p. 11). Em um movimento do qual participam a citação ao Eclesiastes¹⁸⁸ e à *Política*¹⁸⁹ de Aristóteles, Vitoria reconhecerá que o homem é por natureza civil e social.

A vontade, cujos ornamentos são a justiça e a amizade, seria “deformada e manca” fora das sociedades humanas. Assim também a justiça só pode exercer-se

¹⁸⁷ Vitoria cita a *Ética a Nicômaco*, II, 1, 1103a.

¹⁸⁸ 20, 32: “Sabedoria oculta e tesouro escondido, de que servem uma e outro?”.

¹⁸⁹ *Política*, I, 2, 1253a.

em uma comunidade humana. Novamente citando a *Política*, dirá Vitoria que na natureza nenhuma coisa ama a solidão e que somos todos levados pela natureza à comunicação¹⁹⁰. Esse será um aspecto importante para o restante da teoria vitoriana, pois veremos que um dos fundamentos de sua revolução copernicana do direito será o chamado direito de comunicação ou *ius communicationis*, que será sustentado em sua *relección De indis*.

O tema da aula de Vitoria é bastante ambicioso e, quiçá, só poderia mesmo ser empreendido por um teólogo. A origem das cidades e das repúblicas não seria, para ele, uma invenção dos homens e, conseqüentemente, não é algo a ser considerado artificial¹⁹¹, mas brota da própria natureza, que sugeriu aos mortais humanos tal modo de vida para sua defesa e conservação. Neste sentido, se não houvesse alguém para mirar e se preocupar com o bem comum, as comunidades seriam aniquiladas e desapareceriam¹⁹².

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ Não se pode aqui dizer que Vitoria dialoga com Maquiavel, pois a primeira edição de *Il Principe* é publicada em 1532; porém já podemos vislumbrar uma leitura do poder civil radicalmente imbricada à moral e ao eixo do “bem comum”, de antemão denegando a separação entre moral e política que seria então promovida por Maquiavel, que aqui pode aparecer como uma espécie de símbolo de uma tendência mais alinhada aos intelectuais das potências seculares que então se desenvolviam na Europa.

¹⁹² Aqui Vitoria cita Mateus, Mt 12, 25; e Lucas, Lc 11, 17: “Todo reino em si dividido será desolado”.

Podemos deprender logo em seguida o paradigma organicista da doutrina de Vitoria: se não há quem governe e, por conseguinte, quem obedeça, se dissolverá o povo. A utilização da metáfora do corpo humano é neste sentido reveladora (VITORIA, idem, p. 14):

Do mesmo modo que o corpo humano não pode conservar-se em sua integridade se não há uma força ordenada que organize todos e cada um dos membros para a utilidade dos demais, e sobretudo para o proveito de todos os homens, isso ocorreria [a dissolução do povo], sem dúvidas, também na cidade se cada um se preocupasse só com seu próprio proveito e se despreocupasse com o bem público.

Vitoria conclui, após este trecho, que a causa final e principalíssima do poder civil e secular é a utilidade, ou uma grande necessidade à qual ninguém pode se opor, “a não ser os deuses”¹⁹³.

A concepção de Vitoria acerca da causa eficiente da potestade civil – e aqui percebemos a influência de Tomás de Aquino – é a de que essa causa seria o próprio Deus, uma vez que o poder público se constitui pelo direito natural e o autor do direito natural, por sua vez, não é outro senão Deus. Isso o permite fazer uma urdidura entre o âmbito civil e o divino ou religioso muito diferente do que até então era feito pelas correntes agostinianas e pelos partidários da teoria dos dois poderes e da

soberania pontifícia, pois, aqui, ainda que a causa eficiente do poder civil seja Deus, como lá, há uma rigorosa separação entre direito divino e direito natural.

Não obstante, Vitoria é muito claro também em relação à sua preferência pela monarquia enquanto forma ideal de estruturação do poder público. Para ele, não haveria menos liberdade no principado régio do que no aristocrático e no democrático, pois, sendo um só o poder, é melhor estar submetido a um indivíduo do que a muitos, pois quando há muitos que dominam, muitos também ambicionam o poder. É forçoso reconhecer, portanto, as raízes monárquicas das formulações de Vitoria.

Ao final da primeira parte da aula, cremos que vale mencionar também um parágrafo da teoria de Vitoria sobre a guerra justa, o que ele desenvolverá melhor anos depois em sua *relectio De iure belli*, de 1539. A guerra jamais seria justa se cometida em detrimento do proveito e utilidade para a república, ainda que houvesse títulos e razões para uma guerra justa. Há uma motivação não exposta à primeira vista que nos leva a entender nessa formulação o início do que séculos depois se sedimentou sob a forma dos direitos humanos supraestatais. Pois, com efeito, Vitoria está sustentando que, sendo uma república parte do orbe terrestre, ainda que uma guerra seja útil para a mesma, mas

¹⁹³ Idem, ibidem.

nociva para o restante do orbe “ou para a cristandade”, tal guerra deve ser considerada injusta. O conceito de cristandade já funciona como um fiador do reconhecimento de “algo a mais” em cada sujeito para além de seu pertencimento a cidades, reinos e províncias específicas. Esse “algo a mais”, supraestatal e criador de uma identidade que, na época de Vitoria, espalhava-se por todo o mundo, acaba sendo absorvido pela formulação anterior, mais universalista, ou seja, a de que cada república faz parte do orbe terrestre. Entendemos aqui que Vitoria se refere não apenas às repúblicas que compõem a cristandade, mas refere-se também às outras religiões e povos, sobretudo os índios americanos.

Podemos notar, nessa formulação de Vitoria, a urdidura de duas linhas que formam sua doutrina: a ética cristã, que enxerga uma comunidade para além dos Estados e províncias, a Cristandade ou *Respublica Christiana*; a causa eficiente do poder civil residindo em Deus, continuando a tradição tomista; e, também, a profunda influência do humanismo que a florava no Renascimento, num resgate de pensamentos e obras de importantes autores clássicos greco-romanos, como Aristóteles e Cícero, só para citar duas das suas principais influências. Aristóteles e Cícero que, em suas obras, sustentam uma teoria sobre o ser

social universal, pois ambos compartilham da mesma cosmovisão de Vitoria, isto é, a de que a razão advém da natureza e, daí, também a inclinação humana a viver em comunidade. Vejamos um extrato de Cícero, quando afirma, no *De legibus*, que a justiça advém da natureza (CICERO, 1928, p. 10):

Mas de todo o material das discussões filosóficas, certamente nada há de mais valioso do que a plena realização de que nós nascemos para a Justiça, e esse direito está baseado, não sobre as opiniões humanas, mas sobre a Natureza. Este fato ficará imediatamente compreensível se houver uma clara concepção da amizade humana e união entre os homens. Nada é tão comum, tão exatamente assemelhado, como todos nós somos uns com os outros (...). Assim, qualquer que seja a definição do que seja o homem, uma só vale para todos.

Com isso, Vitoria procura marcar que o Estado é uma comunidade derivada da sociabilidade natural humana, cujo fundamento é a natureza. Essa formulação, apesar de simples e ter sido já exposta por Aristóteles há muito tempo, foi uma revolução copernicana para a teologia política e para o direito no limiar da Modernidade pois, assim, Vitoria rompeu com as teses do Império pontifício da Igreja de então, além de delimitar o poder indireto da potestade eclesiástica. Em seu comentário crítico às *relecciones* vitorianas, Martínez-Cardós Ruiz afirma ter Vitoria

chamado a tese do domínio temporal do papa sobre o mundo e os príncipes de “mera invenção para adular e lisonjear aos pontífices” (MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, p. XLI)¹⁹⁴.

Sustentou Vitoria que o Estado, enquanto derivado de uma sociabilidade humana natural e *somente enquanto tal*, seria o centro irradiador do poder, e não *diretamente* em Deus ou nas vontades individuais (tese do contratualismo). Há na teoria de Vitoria sutis contornos que a diferenciam tanto de uma teoria teocrática quanto do futuro contratualismo iluminista. Assim, a interpretação da origem do poder defendida por Vitoria orientou eticamente os processos políticos, além de prevenir riscos de despotismo e ainda conferia uma participação do povo no governo. Interessante notarmos que essa teoria surge quase simultaneamente com o Estado moderno de feições absolutistas – pouco depois Jean Bodin sustentaria novamente a tese da fundamentação divina no poder. Mas atentemos para o fato de que a teoria de Vitoria possuiu o condão de pavimentar o caminho para, partindo de uma base teórico-ontológica segura sobre o ser humano, facilitar o desenvolvimento da ciência jurídica e dos ordenamentos jurídicos modernos. Neste sentido, podemos ver nos desenvolvimentos doutrinários posteriores

¹⁹⁴ MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, José-Leandro
In: VITORIA, op. cit., p. LXI.

da *relectio* uma série de proto-questões de suma relevância para o direito moderno, como, por exemplo, se as leis civis obrigam os legisladores, ao que Vitoria responde positivamente, e questões envolvendo direito e moral ou autonomia e heteronomia, quando se perguntará se as leis e constituições obrigam somente no foro contencioso ou no da consciência. Em resumo: há uma série de desdobramentos que põem em jogo sutilezas a respeito das filigranas dessa comunidade de animais políticos, cujos efeitos, por sua vez, se desdobrarão sobre a modernidade. E assim, ao iniciar um movimento intelectual rumo a uma teologia moral e política em prol de Aristóteles e contra Alexandre VI, podemos passar ao exame dos desdobramentos posteriores.

2. De Bartolomé de Las Casas a Marcel Mauss: a *pessoa humana*

De acordo com o testemunho presente em sua *Historia de las Indias*, foi em 1514, aos trinta anos, que começou Las Casas a ter uma postura de reação contra os abusos cometidos pelos espanhóis em relação aos índios. Havia já no Novo Mundo um movimento de crítica da colonização espanhola tal qual vinha se desenrolando, e é provável que Las Casas tenha assistido ou tomado conhecimento das então recentes

pregações de Montesinos em La Hispaniola, em sua luta por justiça em face da situação de exploração dos nativos indígenas.

Essas primeiras experiências darão a Las Casas embasamento para toda a sua atuação posterior como missionário e bispo, além de escritor de uma série de relatos e de sua monumental *História das Índias*. Seus escritos perfaziam-se dentro de uma concepção moral e teológica, não podendo ser lidos como peças de denúncia nos moldes da militância política moderna.

Las Casas fez parte de um extenso debate acerca do estatuto dos nativos americanos que envolveu a teologia moral, a psicologia e a antropologia a partir da obra de Aristóteles. Com base nas discussões nas quais Las Casas teve engajamento, podemos ler uma posição teológica e moral a respeito das teses aristotélicas. Assim podemos compreender as disputas de Valladolid de 1550. Antes de falarmos sobre elas, no entanto, cabe uma pequena digressão sobre um dos escritos lascasianos mais famosos e, seguramente, o que teve maior circulação.

Engajando-se no movimento de discussão da “questão indígena” espanhola, a partir das denúncias do Frei Antônio de Montesinos e, de forma geral, da atuação de toda a Ordem dos dominicanos, Bartolomé de Las Casas inicia seu percurso já após o ano de 1511. Participa de algumas discussões e juntas e, após voltar para a

Espanha em 1540 com o objetivo de melhor atuar junto à corte sobre assuntos relativos à colonização espanhola, participa da Junta de 1542, quando pedem-lhe que escreva sua prolixa exposição. Las Casas termina então de redigir a *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* em 8 de dezembro de 1542, e dedica a obra aos círculos políticos, em primeiro lugar ao príncipe, a quem foi apresentada. Somente dez anos depois a obra passa a circular e a se difundir entre um público mais amplo.

O corpo da obra se constitui basicamente por uma série de descrições e relatos ininterruptos sobre matanças, destruições e outras barbaridades cometidas pelos espanhóis durante cinquenta anos de colonização no Novo Mundo. Las Casas aparece como testemunha ocular da maior parte dos fatos relatados, de modo que a esse respeito quase não cita fontes e outras obras.

Assim, Las Casas pretende informar e denunciar matanças sistemáticas da população nativa do Novo Mundo pelos espanhóis, buscando com isso promover uma crítica dos costumes até então adotados pelos colonizadores e uma reforma política acerca das estruturas fundamentais da colonização e da relação da Coroa com os índios, que neste sentido estariam submetidos a ela na condição de vassalos e, por isso, assim deveriam ser respeitados.

Tais questões colocadas por Las Casas em pleno século XVI se por um lado antecipam a moderna noção de pessoa humana dos Direitos Humanos, por outro lado retomam e desenvolvem uma antiga tradição cristã acerca do conceito de pessoa humana, depurada de forma sistemática desde o Concílio de Niceia, em 325.

A moderna noção de pessoa humana é, segundo Mauss (1974), a noção de pessoa cristã, quando houve a passagem da noção de *persona*, isto é, *homem revestido de um estado*, à noção de homem simplesmente, pessoa humana, homem não mais puramente adstrito a papéis sociais, nacionais e estamentais, mas homem que é capaz de pensamento, planejamento e individualidade num mundo aberto. O Direito moderno convive ainda com a bifurcação deste corte conceitual: ao mesmo tempo conservando a noção basilar de pessoa do direito civil romano, abarca também como um de seus fundamentos a noção de pessoa dos direitos humanos.

Neste percurso, os contatos europeus e especificamente jesuíticos com o Novo Mundo e o Extremo Oriente fornecem relevantes fontes de pesquisa sobre o tema (BROCCO, 2020). O relato sobre a zona de contato põe em cena a pessoa ou o “eu” daquele que enuncia o discurso e o material descrito, a alteridade e a “pessoa suposta” do outro. No primeiro momento deste estudo,

estas questões foram apresentadas e desenvolvidas já pelas primeiras formulações da Escola de Salamanca, principalmente com Francisco de Vitoria, que procurou incluir os índios americanos na sociedade civil espanhola reconhecendo neles a capacidade civil para o domínio (PICH, 2012)¹⁹⁵ e, logo, uma importante faculdade exercida pelas *personae* desde o clássico direito romano. Ao mesmo tempo, o encontro com o nativo americano, principalmente os silvícolas da parte meridional da América, e especificamente da costa brasileira, colocou para o cronista e o missionário uma alteridade radical com respeito às categorias sociais e de pensamento construídas e vividas até aquele momento: houve dificuldades para inserir os índios brasileiros, muitos nômades, nos conceitos latinos de *persona* enquanto *homem revestido de um estado*, para usar uma fórmula de Mauss, com suas propriedades e sua personalidade civil.

Ademais, o poder sobre a consciência acaba fundando uma instância importante do psiquismo humano, numa evolução perceptível ao menos de maneira

¹⁹⁵ Roberto Hoffmeister Pich, em trabalho sobre o tema, faz interessante observação da qual podemos extrair formulações sobre a noção de pessoa: “Tem domínio quem possui potências racionais e é nessa medida mesma imagem de Deus, de tal forma que é ou pode, em algum momento, ser dono de si – em última análise, ser sujeito ou pessoa na relação com Deus. A posse legítima de qualquer outra coisa tem parte nessa posse fundamental” (PICH, 2012, p. 399).

sistematizada desde a psicologia aristotélica, que dará origem à entrada da noção de consciência no direito, sobretudo no direito civil e penal (noções como culpabilidade, dolo, etc.), até a fundação da moderna disciplina da psicologia. Vitoria aqui já trabalha com esquemas hermenêuticos característicos da teologia, mas claramente observáveis posteriormente no direito, como as noções de ignorância vencível e invencível e pecado mortal e venial. Haveria, portanto, uma gradação das ações com base em esquemas hermenêuticos segundo os quais, aqui, pecar mortalmente seria mais grave do que venialmente, e cuja eficácia e funcionamento ficaria a cargo dos ditos expertos.

Neste momento, ainda não se fala em segurança jurídica, mas em segurança de consciência. Segundo Vitoria, em matéria duvidosa há obrigação de consulta àqueles aos quais corresponde o exame do caso. Se, uma vez consultada a dúvida, houvesse parecer de ilicitude por parte dos doutos, era obrigatório seguir o parecer, mesmo que na realidade a matéria posta em exame fosse lícita. Em contrário, uma vez consultada a dúvida houvesse sentença de que fosse lícito, quem segue a opinião dos sábios obraria com segurança, inclusive no caso de ilicitude real da matéria. A importância e o peso dos pareceres dos doutores teólogos era, portanto, total. Após fazermos essas

colocações podemos voltar, com Vitoria, ao exame da problemática dos índios. Se, para Vitoria, aquele assunto era tratado em grande parte por homens doutos e honestos, era crível que o exame se fizesse com retidão e justiça. Há um trecho que não pode deixar de lembrar da obra de Las Casas (VITORIA, op. cit., p. 65):

Como, por outro lado, ouvimos falar de tantas matanças e espoliações de homens inofensivos, de tantos senhores despojados de suas posses e domínios particulares, se pode duvidar com razão se tudo isso foi feito com direito ou com injustiça. Assim, pois, essa discussão não parece de todo inútil (...).

Vitoria, a seguir, procura construir um entendimento de uma espécie de monopólio da teologia para o exame e julgamento das questões envolvendo os índios, visto que eles não seriam um assunto para os juristas pois, não estando submetidos ao direito humano, seus assuntos não poderiam ser analisados pelas leis humanas, mas pelas divinas. Por isso os juristas não seriam suficientemente competentes para examinar essas questões, em detrimento dos teólogos. Além disso, como a maioria dos assuntos trata do foro da consciência, corresponde dar a palavra aos sacerdotes, isto é, à Igreja. Por isso, diz Vitoria, “se manda no Deuteronomio que o rei receba das mãos do sacerdote um exemplar da lei” (VITORIA, idem, p. 66).

Uma das grandes questões sobre a colonização do Novo Mundo, todavia, dizia respeito à escravidão natural dos índios. A famosa *controvérsia de Valladolid*, envolvendo Las Casas e Sepúlveda, teve como um dos principais pontos de debate o tema da escravidão natural na *Política* de Aristóteles.

A Escola de Salamanca, com Francisco de Vitoria e Domingo de Soto, apresentou um entendimento segundo o qual a escravidão haveria de ser lida como “servidão natural”, orientada por uma tutela dos índios em uma espécie de “tutoria paternal” (PICH, 2012). Tal entendimento possui suas ambiguidades e eufemismos em relação à escravidão, sobretudo quando analisamos a dinâmica da escravidão no Brasil.

É neste sentido que podemos mencionar a presença do termo *amo* em fontes históricas luso-brasileiras do período colonial. Em constante oposição aos jesuítas, que se opunham à escravização dos nativos brasileiros, os sertanistas utilizavam eufemisticamente a palavra “amo”, e não “senhores”, para ter os índios como “criados” e “administrados”, e não escravos (SOARES, 1889).

A utilização do eufemismo “amo” para situações em que na realidade havia relações de senhores e escravos não impediu que os índios fossem colocados na perversa

engrenagem na qual eram reduzidos à condição de coisa, que se vendia, trocava, alugava, doava e se legava por testamento, conforme fonte histórica de 1645 citada por Macedo Soares (1889, p. 40).

O eufemismo que trocava o significante *senhor* por *amo* também dissimulava a *redução ao cativo* em *resgate*, e ainda é possível observar o aparecimento do termo *forros* substituindo *escravos*, como no testamento acima mencionado (SOARES, 1889, pp. 40-41):

Declaro que tenho em meo poder alguma gente do Brazil *forros*, e por taes os deixo, e estejam com as pessoas que m'os derão, como foi o meo neto. E assim nos mais netos que me derão sua gente, de que me sirvo até o presente, e se lhes entregarão os que forem vivos por minha morte; e sendo viva uma moça por nome Paula, se entregará a minha filha Luiza Leme, por lhe pertencer. Declaro que tenho mais algumas *peessoas forras* que me couberão por morte de meo irmão Braz Esteves, as quaes peço estejam com meos herdeiros, e elles as tractem bem, e as doutrinem, e lhes dêem o necessario, e as não vendão; no que desencarrego minha consciencia.

O testamento de Lucrecia Leme fornece uma valiosa fonte de pesquisa para o estudo do direito civil no período colonial. Tratando-se de 1645, o testamento dá testemunho e fornece uma poderosa imagem das relações sociais no Brasil colonial.

3. O Brasil de Nóbrega

Os jesuítas são tributários de uma longa tradição orientada pela tecnologia da escrita que vai desde a dimensão religiosa, sob o registro do hebraico, até o grego dos evangelhos sinóticos, e também pela grande tradição greco-romana, em seu aspecto filosófico e jurídico que informou as principais estruturas de poder e de sociedade, como, por exemplo, todo o saber que envolveu o direito civil romano, direito influenciador do direito canônico, do qual se falou acima. As lutas que envolveram a evangelização e conversão de tradições orais no Brasil, neste sentido, seriam as mesmas em relação àquelas que ocorreram depois do fim do Império romano do Ocidente, levadas adiante pela Igreja primitiva, em vias de se tornar um grande poder hegemônico capaz de mobilizar o saber e a tradição ocidentais.

Ao chegar à Bahia, Nóbrega ficou impressionado com o costume generalizado de os colonos possuírem escravos nativos. Tal fato afrontaria a bula papal de 1537 *Veritas Ipsa*, de Paulo III, que condenou a escravização dos nativos da América e da África e estava alinhada com os debates ocorridos no Novo Mundo, mediados pela Escola de Salamanca. Para a bula, os nativos, tendo alma humana, não deveriam ser maltratados e tratados como escravos.

Assim, haveria que se dar à colonização do Brasil um fundamento religioso para que se adaptasse a uma “guerra justa”, exercendo sobre o nativo o “suave jugo de Cristo”, através da conversão ao catolicismo, estipulando como inaceitáveis os costumes autóctones da antropofagia, poligamia e a atuação dos pajés (OLIVEIRA, 2018, p. 186).

A última carta da edição consultada das cartas de Nóbrega (NÓBREGA, 1988; BROCCO, 2020) é endereçada ao infante cardeal D. Henrique, em 1560. Nela se pode ler uma repetição acerca dos tópicos da conversão e da contradição dos colonos, mas grande parte dela se concentra em relatos sobre a região na qual seria fundada a cidade do Rio de Janeiro.

No início da carta, Nóbrega afirma ter Mem de Sá vencido as contradições dos colonos (NÓBREGA, 1988, p. 221):

(...) pôde vencer Mem de Sá a contradição de todos os Christãos desta terra, que era quererem que os Indios se comessem, porque nisso punham a segurança da terra, e quererem que os Indios se furtassem uns aos outros, para elles terem escravos, e quererem tomar as terras aos Indios contra razão e justiça, e tyrannisarem-nos por todas vias, e não quererem que se ajuntem para serem doutrinados (...)¹⁹⁶

Há um incontornável elemento jurídico neste argumento de Nóbrega e de seus companheiros jesuítas, que vem de

¹⁹⁶ Carta ao Infante Cardeal D. Henrique, São Vicente, 1560.

modo sistematizado ao menos desde Francisco de Vitoria: o de que as terras dos índios não poderiam ser turbadas e retiradas de seu domínio sem justa razão. Em outras palavras, tratava-se de incluir o indígena sob o mesmo sistema jurídico de organização social, com as garantias e proteções do direito civil. Na prática, a presença jesuíta operou um embate entre colonos e jesuítas pelos corpos dos nativos brasileiros, incluídas aí, sobretudo, suas forças de trabalho. Tal desdobramento social e político pode ser lido a partir dos eufemismos observados no Dicionário de Macedo Soares (1889): entre *senhor* e *amo*, *escravos* e *forros*, *cativeiro* e *resgate*.

A atuação dos jesuítas representou ainda uma tensão entre a ideologia do humanismo renascentista e o costume indígena da antropofagia. Diziam os inicianos ser a antropofagia um costume contra a natureza e indigno da pessoa humana (NÓBREGA, *idem*, p. 169). De um ponto de vista diretamente teológico, sustentavam que o costume era contra a caridade, amor de Deus e do próximo. No que toca ao Direito, cumpre destacar que a normatividade embutida nos sacramentos, sobretudo aqui o da eucaristia, liga-se ao conceito de pessoa humana para formar uma teoria a respeito da formação do conceito de pessoa humana no direito civil, vinculada a um conceito de poder civil no âmbito do

direito público. Tais conceitos desdobram-se na atuação coercitiva do direito penal colonial, ao prever a pena de morte aos praticantes da antropofagia. Do lado do poder punitivo, foi com Mem de Sá que se construíram pelourinhos nas praças centrais das principais cidades da colônia, como Salvador.

Não por acaso, escreveu Nóbrega um *Tratado de Direito contra a antropofagia e contra os cristãos, seculares e eclesiásticos que a fomentam ou consentem*, material lamentavelmente perdido, mas de grande importância para o Direito brasileiro, e que trouxe alguns problemas para Nóbrega por se tratar de escrito polêmico em que faz acusações a figuras importantes da sociedade colonial da época. O tratado lhe rendeu críticas e admoestações vindas desde Lisboa, mediante missiva do Provincial Miguel de Torres (WETZEL, 1972, p. 169):

Aqui veio a São Roque um frade que diz que V. Rev. fez um libelo contra ele. Não deixaria de haver alguns bons respeitos que movessem a isso, mas ainda que os houvesse, é muito contra o modo de proceder da Companhia e causa algum escândalo. Tenha V. Rev. conta, por amor de Deus, que não use de suas letras senão no foro interno, pois o foro externo não é nosso.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Carta do padre Miguel de Torres ao padre Manuel da Nóbrega, Lisboa, 12 de maio de 1559.

Da repreensão que sofre Nóbrega aparecem alguns indícios ao intérprete: os jesuítas enxergavam-se como ordem com autoridade para vislumbrar no frade queixoso e quejandos debilidades morais suscetíveis de reforma (“não deixaria de haver alguns bons respeitos que movessem a isso...”). Nóbrega assim procede desde o *Diálogo sobre a conversão do gentio*, que não se trata propriamente de uma carta, e passa a se colocar em um foro externo, que define Miguel de Torres como não fazendo parte da alçada da Companhia.

No entanto, um tratado de Direito escrito para circular publicamente faz de Nóbrega um filósofo do Direito do jaez de Francisco de Vitoria: ainda que não possuísse espaço na cátedra, como havia sido seu desejo de juventude, pôs-se a escrever um tratado jurídico de tal relevância crítica para o campo político de sua época que acabou, quiçá por isto, suprimido e perdido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se concentrou na elaboração introdutória acerca de alguns recortes e algumas linhas de leitura da entrada do Direito Civil no planejamento institucional da colonização do Novo Mundo e nos debates que resultaram na reforma da administração colonial.

Além disso, é importante também destacar a grande envergadura de conceitos que se decantam do direito civil romano, passando pelos debates teológicos, como o conceito de pessoa humana, que foi fundamental para o pensamento do século XVI ao questionar os excessos e as violências cometidas contra os nativos americanos e chegando, no limite, ao século XX com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Por este motivo, é possível também compreendermos o reaparecimento da figura de Francisco de Vitoria no período entreguerras no século XX e o fato da Sala do Conselho da sede da ONU em Genebra, antiga sede da Liga das Nações, ter-lhe sido dedicada, sendo hoje conhecida como *Sala Francisco de Vitoria*.

Ainda que se possa ter reservas quanto ao sistema de crenças, de raiz religiosa, que embasa o conceito de direitos humanos, se quisermos compreender a gênese e função do Direito de um ponto de vista laico e atravessado pela ciência moderna, é inegável que tal tradição religiosa muito antiga mobilizou e vetorizou conceitos e institutos de direito civil, lidos ou não pelas lentes do direito canônico, e os operacionalizou para abordar problemas e questões do cotidiano colonial envolvendo doações, encargos, propriedade, contratos de empréstimo, responsabilidade civil, teoria do dano, dolo, culpa, capacidade civil,

casamento, entre outros institutos abordados ao longo deste estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE DA SILVA, Dinair. Tensões entre Castela e Portugal a propósito dos descobrimentos atlânticos: um estudo das bulas alexandrinas. **Anais Eletrônicos do IV Encontro da ANPHLAC**. Salvador, 2000.

BROCCO, Pedro. **Linguagem e colonização: análise comparada das missões jesuítas no Brasil e no Japão (1549-1587)**. 2 volumes. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

CICERO, Marcus Tullius. **De Legibus**. Cambridge: Harvard University Press, 1928.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. **Manual de Historia del Derecho Indiano**. México, D.F.: UNAM, 1994.

HOFFNER, Joseph. **A Ética colonial espanhola do Século de Ouro. Cristianismo e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Presença, 1977.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. Volume I. SP: EPU/EDUSP, 1974.

NÓBREGA, Manoel da. **Cartas do Brasil**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da USP, 1988.

OLIVEIRA, João Pacheco de. “Os indígenas na fundação da colônia: uma abordagem crítica”, *In*: FRAGOSO, João Luís Ribeiro; GOUVÊA, Maria de Fátima (Orgs.). **O Brasil Colonial: volume 1 (ca. 1443 – ca. 1580)**. RJ: Civilização Brasileira, 2018.

PICH, “Dominium e ius: sobre a fundamentação dos direitos humanos

segundo Francisco de Vitoria (1483-1546)”. **Teocomunicação**, v. 42, n. 2. Porto Alegre, 2012, pp. 376-401.

RUIZ, Rafael. **Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SOARES, Antonio Joaquim de Macedo. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Bibliotheca Nacional, 1889.

VITORIA, Francisco de. **Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra**. Madrid: Tecnos, 2012.

WETZEL, Herbert Ewald. **Mem de Sá: terceiro Governador Geral (1557-1572)**. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1972.

**A APLICAÇÃO DO ENUNCIADO n°
532 NO CONTEXTO DA PANDEMIA
DA COVID-19: O AVANÇO DA
VACINA FRENTE AOS ATOS DE
DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO**

*Ana Paula de Moraes Pissaldo*¹⁹⁸

*Barbara Revelles Santos*¹⁹⁹

RESUMO

No início do ano de 2020 o mundo foi surpreendido com um perigo que se tornou constante: a COVID-19, causada pelo vírus SARS-COV-2, nunca antes detectado em seres humanos. Em razão dela, novos protocolos de saúde foram estabelecidos à população e diversas discussões voltaram à tona, como, por exemplo, a possibilidade de realização de testes de novos medicamentos e imunizantes em pessoas vivas. Inicialmente considerado como impossível levando em consideração apenas a disposição do Código Civil, os estudos voltados à cura de doenças feitas em seres humanos vivos se tornam uma possibilidade quando analisamos, de maneira atenta, o contexto histórico ao qual estamos submetidos, as resoluções expedidas por Conselhos competentes e, ainda, Enunciados estabelecidos em sede de Jornada de Direito Civil, capazes de renovar e inovar

¹⁹⁸ Mestre em Direito. Professora de Direito. Advogada. Pesquisadora na área Empresas, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, especialmente da dinâmica das Empresas Transnacionais como elemento de modificação dos direitos humanos/fundamentais.

¹⁹⁹ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNIDERP. Advogada. Professora assistente. Pesquisadora na área de Direitos Fundamentais.

entendimentos e dispositivos de lei que antes imperavam.

PALAVRAS-CHAVE: disposição do próprio corpo, covid-19, vacina, testes em seres humanos, direitos de personalidade.

ABSTRACT

At the beginning of the year 2020, the world was surprised by a danger that became constant: COVID-19, caused by the SARS-COV-2 virus, never detected in humans before. As a result, new health protocols have been established for the population and several discussions have surfaced, such as the possibility of testing new drugs and immunizers on living humans. Initially considered as impossible considering only the provision of the "Código Civil", studies aimed at curing diseases, carried out in living human beings, become a possibility when we carefully analyze the historical context to which we are submitted, the resolutions issued by competent Councils and also Statements established at the "Jornadas de Direito Civil", capable to create and innovate understandings and provisions of law that previously prevailed.

KEYWORDS: disposal of own body, covid-19, vaccine, tests on living humans, personality rights.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por azo analisar a possibilidade da realização de testes de medicamentos e imunizantes em humanos por meio da análise dos dispositivos legais e constitucionais vigentes no Brasil.

Utilizando o estudo de caso como metodologia de pesquisa, o estudo, que analisará o atual contexto de pandemia causado pela COVID-19, se inicia na análise da proteção da integridade do corpo humano como maneira de garantir que a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, seja resguardada. Sua instrumentalização, cabe dizer, se dá pelo direito à vida (dividido no direito de viver e no direito de viver com dignidade) que, ainda que recheado de importância, não é absoluto.

Após, no item 2, analisará a possibilidade (ou impossibilidade) dos chamados pelo Código Civil como “atos de disposição do próprio corpo”, considerados como direitos de personalidade inerentes aos seres humanos.

Superadas as questões terminológicas e conceituais, o estudo se dedicará a pormenorizar o contexto histórico e político hoje vivido no Brasil: o advento da doença e as discussões acerca da possibilidade de realização de testes sobre a eficácia da vacina, produzida em conjunto com a China (cuja imagem foi ordinariamente e sorrateiramente desgastada pelo mais alto escalão das autoridades brasileiras).

Tratará, então, no item que encerra a pesquisa, de resolver a problemática anteriormente levantada por meio da observação da Resolução nº 196 de 1996

que, ainda que expedida antes da promulgação do Código Civil, merece estudo, e pela reflexão acerca do Enunciado nº 532, que visou discutir, na IV Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, as disposições dos artigos 11 e 13 do Código Civil.

1. A proteção à incolumidade do corpo como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, tamanha a sua importância, se encontra insculpida já no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, reconhecida como um Estado Democrático de Direito, que dita que, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana encontra espaço especial, logo após a soberania e a cidadania.

Sua localização no inciso terceiro não é por acaso. Está ali por lógica, visto que não há que se falar em dignidade quando não existe soberania (liberdade de exercício de direito por parte do Estado) ou cidadania (capacidade de exercício da soberania pelo povo – não relacionada, necessariamente, com a ideia de cidadania levantada pela Constituição ao mencionar os direitos políticos e com a imagem suscitada pelas normas de Direito Eleitoral). É tarefa do julgador utilizar o princípio da dignidade da

pessoa humana na condução de suas decisões quando exista, na lide, conflito entre direitos fundamentais. Ives Gandra da Silva Martins complementa a ideia no sentido de que

Todo direito é voltado para a dignidade da pessoa humana. O Direito Natural, que é aquele direito que o Estado só pode reconhecer, mas não pode criar, existe por força dessa dignidade da pessoa humana. O Estado pode criar diversos institutos, mas não pode criar aquilo que diz respeito ao ser humano, à sua vida, à sua dignidade. Afinal, a função do Estado, nesse caso, é apenas a de reconhecer e respeitar. E o nosso constituinte colocou a dignidade da pessoa humana como terceiro inciso, para, já na enunciação dos princípios fundamentais, deixar claro que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito.²⁰⁰

A instrumentalização de tal comando constitucional pode ser encontrada na proteção ao direito fundamental da vida, considerada como um dos bens jurídicos mais importantes dentre todos os outros (isso porque através dela é possível gozá-los da maneira mais efetiva possível). Gilmar Mendes, nesse sentido, destaca em sua obra que o direito à vida é o ponto de partida dos demais direitos proclamados pelo Constituinte Originário²⁰¹. Isso porque não

²⁰⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição Brasileira**. Barueri: Manole, 2005. P. 19-20. (Conheça a Constituição).

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 441

faria sentido proclamar qualquer outro se antes não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. A vida humana, então, é compreendida como “máximo bem”, pretérita ao direito como conhecemos, pois é através dela que os direitos serão exercidos.

Divide-se o direito à vida, então, em duas vertentes: (i) o direito de estar vivo e assim continuar e; (ii) o direito de viver com dignidade. Nos interessa, neste trabalho, a vertente (ii), expandida para aquilo que se assume como o direito de viver para além de sua sobrevivência física, para além daquilo que se entende como não ser morto.

O Código Civil de 2002, nessa lógica, apresenta dispositivos no sentido de proteção à vida digna: o artigo 2º do diploma legal estabelece, desde logo, que os direitos do nascituro estarão garantidos desde o momento de sua concepção²⁰² (de maneira que seu nascimento com vida apenas consolidará os direitos a ele garantidos, como sucessórios, por exemplo), estendidos até sua morte.

Além do artigo deste, a Lei Civil ostenta dispositivo responsável por impedir os atos de disposição do próprio corpo. Será tratado oportunamente, mas cabe destacar que se trata daquele no qual o legislador,

²⁰² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

expressamente, dispõe que serão vedadas as realizações de atos de disposição do próprio corpo quando tais atos sejam capazes de diminuir a integridade física daquele que o realize ou que possam contrariar os bons costumes médios da sociedade.

2. Os atos de disposição do próprio corpo no Código Civil Brasileiro enquanto direito de personalidade

Como bem dito, o Código Civil Brasileiro (Lei 10.406 de 2002), assim como a Constituição, protege a vida e as maneiras de exercê-la com dignidade por meio das disposições afetas aos direitos de personalidade, assim entendidos como aqueles ligados, de maneira permanente, ao indivíduo. Silvio Rodrigues, em sua obra, os conceitua brilhantemente, ao realizar uma comparação com os chamados “direitos destacáveis”:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constituem direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra". Estes

são os chamados direitos da personalidade.²⁰³

Caio Mário completa a ideia quando aduz que os direitos de personalidade são ligados à pessoa de maneira íntima, uma vez que, através deles, é possível adquirir direitos e contrair deveres. É direito existente independentemente da vontade do indivíduo, com ele nascendo e morrendo (ressalvadas as hipóteses da ação de reparação à mácula ao direito de personalidade promovidas pela família do morto, nos termos da lei). No mesmo sentido, aponta que

A concepção dos “direitos da personalidade” sustenta que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos, mercedores de amparo e proteção da ordem jurídica. Admite a existência de um ideal de justiça, sobreposto à expressão caprichosa de um legislador eventual. Atinentes à própria natureza humana, ocupam eles posição supraestatal, já tendo encontrado nos sistemas jurídicos a objetividade que os ordena, como poder de ação, judicialmente exigíveis.²⁰⁴

A importância de sua existência surge em razão do contexto criado pela Segunda Guerra Mundial, apresentando-se, então, como a maneira mais efetiva de reparar os danos causados por aquele período. Foram resguardados, de início, na

²⁰³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53

²⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Forense, 2019. p. 214

Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas firmado posteriormente.

A preocupação da pessoa humana contra as agressões do Poder Público é antigüíssima e, apenas para nos circunscrevermos aos tempos modernos, ela se reflete na Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, como no texto de igual nome das Nações Unidas de 1948. Referido anseio de preservar a vida, a liberdade e a dignidade humanas se manifesta por toda parte e com a mais assinalada veemência. Encarados desse ponto de vista, os direitos do homem se situam no campo do direito público, pois o que se almeja, no caso, é defendê-lo contra a arbitrariedade do Estado. Poder-se-ia dar a esses direitos a denominação de Direitos dos Homens. O reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.²⁰⁵

Passado esse momento, o destaque dado aos direitos de personalidade foi realizado de maneira significativa quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos que, já em seu preâmbulo, menciona que o texto tem o condão de evitar que novos atos como aqueles praticados durante as Guerras

sejam praticados, maculando a consciência da humanidade.²⁰⁶

Na contemporaneidade, o artigo 11 do Código Civil Brasileiro, entendendo a importância alcançada pelos direitos de personalidade, estabelece que, em regra, tais direitos são intransmissíveis, irrenunciáveis e não ostentam a possibilidade de sofrerem limitação voluntária, excluídos, assim, da seara patrimonial. A codificação, no mesmo capítulo, apresenta mecanismos de proteção a tais direitos, de modo que será possível reclamar perdas e danos quando a ameaça ou a lesão ao direito de personalidade sejam aperfeiçoadas (sem o prejuízo, inclusive, de que o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta ou colateral até quarto grau apresentem o pedido de reparação em nome do morto), de acordo com as disposições do artigo 12, *caput* c/c parágrafo único.

A problemática referente ao tema deste estudo é encontrada nas interpretações dadas no artigo 13 do diploma legal em face ao contexto histórico e às necessidades da sociedade. O item é responsável por ditar que é vedada a disposição do próprio corpo, o ato, quando for capaz de diminuir, de forma permanente ou substancial, a

²⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53

²⁰⁶ **Declaração Universal de Direitos Humanos.** Assembleia Geral das Nações Unidas, Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jan. 2021.

integridade física do indivíduo ou que, então, seja contrária aos bons costumes, como já mencionamos.

A título de exemplo, isso quer dizer que, em regra, Raul, em uma reunião com os seus amigos, por mais absurdo que isso possa parecer, não poderá decepar seu próprio pé esquerdo após perder uma aposta. O texto do artigo, entretanto, faz importante exceção: os atos de disposição serão permitidos quando exista exigência médica. Deste modo, fazendo uso do mesmo exemplo de Raul, seria válido o ato de autorização de amputação de seu próprio pé quando, após um acidente automobilístico, retirá-lo fosse o único meio hábil de frear uma hemorragia que poderia levá-lo à morte.

Há que se falar, ainda, na mitigação aos termos do artigo 13 diante da possibilidade da disposição do próprio corpo para fins de transplante, na forma estabelecida pela lei especial (Lei 9.434/97, responsável por tratar sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano). Desta feita, Raul poderia, desde que isso não lhe causasse nenhum malefício que o impedisse de viver normalmente, doar seu rim a José Luís, seu irmão hospitalizado com falência renal.

Caio Mário da Silva, nesse sentido, resume:

Entendemos que o poder do indivíduo sobre si mesmo se exprime nos direitos

inerentes à própria personalidade, direito à vida, à honra, ao respeito, à integridade física e moral, ao nome etc., direitos que se projetam sobre as manifestações desta personalidade, como o trabalho físico ou mental. O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas só pode ser exercido no limite da manutenção da sua integridade. Todo ato que implique atentado contra esta integridade é repellido por injurídico. Daí a legitimidade da repressão ao uso de estupefacientes, a iliceidade dos atos que possam importar em mutilação etc. Não pode ter valor o contrato de venda de um dedo sequer. Mas é válido o negócio jurídico que tenha por objeto a alienação de uma parte do corpo suscetível de regeneração, como a venda dos cabelos ou a doação de sangue. Pode igualmente o indivíduo dispor de seu cadáver, determinando o seu destino, como no caso de sua utilização para estudos anatômicos, ou a retirada de uma parte dele para fins humanitários, como a extração de um rim para ser usado em um parente ou amigo.²⁰⁷

Sendo assim, como seria possível que, considerando a existência das disposições apresentadas pelo Código Civil e os ensinamentos perpetrados pela doutrina moderna, pautados na proteção da dignidade da pessoa humana, testes científicos fossem realizados em seres humanos para garantir a eficácia de medicamentos, vacinas e tratamentos médicos que ainda não possuam qualquer eficácia comprovada e ainda estejam sob estudos recentes?

²⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Forense, 2019. P. 61

3. A COVID-19: da doença à vacina

Antes de adentrar, de fato, à resolução da problemática, se faz crucial destacar o contexto histórico atual:

A Organização Mundial da Saúde (World Health Organization) recebeu, no final do ano de 2019, alerta emitido de uma das províncias localizadas na República Popular da China mencionando casos de pneumonia, causada por um novo tipo de coronavírus que nunca antes havia sido identificado em humanos, em Hubei, na cidade de Wuhan. Em rapidez e alcance impossíveis de prever (justificados pelas festas de final e início do ano celebradas no mundo), a doença, que até o momento era desconhecida e sem qualquer possibilidade de tratamento, recebeu o nome de COVID-19 e espalhou-se pelo globo, causando medo e diversas mortes em países europeus e asiáticos ainda no início do ano de 2020.

Por tais motivos, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, entendeu por bem declarar situação de emergência de saúde pública de interesse internacional, ainda quando os casos estavam restritos à China e a pandemia ainda não estava configurada.

Cabe parênteses sobre o fato de que, ainda que a OMS seja órgão internacional, a agência especializada em saúde não tem poder de ação forte como o que possuem os órgãos internos dos países.

O alerta para o SARS-COV-2, então, serviu para que os países já afetados seguissem as recomendações, visando evitar a maior disseminação do vírus.

Em seguida ao anúncio feito, a Itália decretou estado de emergência após a confirmação dos primeiros casos no território do país. Posteriormente, a Espanha e os Estados Unidos da América tomaram medidas nesse sentido.²⁰⁸

Em 26 de fevereiro do mesmo ano, o primeiro caso no Brasil foi confirmado. Tratava-se de um homem, de 61 anos, recém-chegado da Itália. Não demorou para que os casos confirmados (e as consequentes mortes) começassem a formar curva ascendente no país, forçando a atuação de Chefes dos Poderes Executivos, em todas as esferas federativas, no sentido de estabelecer condutas e ações na intenção de frear a contaminação.

Ainda em fevereiro de 2020, no Instituto Adolfo Lutz, em parceria com a Universidade de Oxford, pesquisadores brasileiros foram responsáveis por realizar o primeiro sequenciamento genético do coronavírus, levando, apenas, 48 (quarenta e

²⁰⁸ ROUBICEK, Marcelo. Calamidade pública: o que é e quais suas implicações. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/03/18/Calamidade-p%C3%BAblica-o-que-%C3%A9-e-quais-suas-implica%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 25 jan. 2021.

oito) horas. Era o primeiro passo para que a vacina fosse criada.

Durante o ano, diversos projetos de vacina foram apresentados e, ainda que poucos deles se apresentassem promissores, foi possível a realização de testes de dois deles em solo brasileiro: CoronaVac e AstraZeneca.

Para que fosse possível provar a sua segurança, foi necessária, então, a realização de teste dividido em quatro fases, todas realizadas em humanos.

De acordo com as informações levantadas no sítio eletrônico do Instituto Butantan (responsável pelos testes realizados com a CoronaVac, feita a partir da cepa inativa do vírus e considerada como uma das vacinas mais promissoras), o processo para a pesquisa e desenvolvimento da vacina é formado por diversas etapas. A primeira corresponde à pesquisa básica e proposta, ao passo que a segunda tem por azo garantir a realização de testes pré-clínicos *in vitro* ou *in vivo* (aqui, pretende-se demonstrar a segurança e o potencial da vacina).²⁰⁹

Na terceira etapa, são realizados ensaios clínicos, divididos, segundo a página do Instituto, em quatro fases, todas realizadas em seres humanos e coordenadas pela Divisão de Ensaios Clínicos e

Farmacovigilância do Instituto Butantan (IB):

- Fase I: demonstra a segurança;
- Fase II: estabelece o potencial imunológico;
- Fase III: tem por fim demonstrar a eficácia. Precede a obtenção do registro sanitário na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);
- Fase IV: disponibilização para a população.

Em se tratando da CoronaVac, as duas primeiras fases dos ensaios clínicos foram realizadas na China que, antes, aplicou o modelo experimental em símios, alcançando resultados expressivos. Por óbvio, para o estudo do tema, não nos interessa a realização de testes em humanos no país asiático que, soberano, tem a capacidade de intervir em tais questões.

Findas as duas primeiras etapas, a farmacêutica responsável ofereceu ao Instituto Butantan as doses de vacina necessárias para a realização dos testes clínicos oriundos da Fase 3 em voluntários brasileiros, escolhidos dentre profissionais de saúde que trabalham na linha de frente de hospitais e que encontram risco grande de contrair a doença.

Foram escolhidos como voluntários médicos, enfermeiros e outros profissionais de saúde que ainda não tinham

²⁰⁹ INSTITUTO BUTANTAN (São Paulo). **Ensaio Clínicos**. 2021. Disponível em: <https://butantan.gov.br/pesquisa/ensaios-clinicos?r=pesquisa/ensaios-clinicos>. Acesso em: 26 jan. 2021.

contraído a doença. Além do mais, os candidatos aos testes não poderiam estar inscritos como voluntários em testes de outros estudos e, em se tratando de voluntárias mulheres cisgêneras (ou seja, mulheres nascidas em corpos femininos) ou voluntários homens transexuais (homens nascidos em corpos femininos e que contam com útero), a exigência é a de que não estejam gestando ou planejando gestação para os próximos 3 (três) meses.

Impediu-se, ainda, a participação daqueles possíveis voluntários portadores de doenças instáveis ou que necessitem de medicações capazes de alterar a resposta imunológica.

O estudo, então, foi desenvolvido da seguinte maneira: metade do grupo de voluntários recebeu a dose da vacina, ao passo que a outra metade recebeu injeção com efeito placebo (ou seja, sem a vacina), visando mapear a sua eficácia.

Desta forma, após a autorização dada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), foi possível o início dos testes no Brasil, mais precisamente em São Paulo, em 20 de julho. A data foi marcada por “protestos”, ainda que pulverizados, na internet, onde se discutia sobre a possibilidade (ou impossibilidade) de que tais pessoas fossem submetidas enquanto, de maneira extremamente

preconceituosa e errônea, “cobaias da China”.

4. A POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE TESTES DA CORONAVAC EM HUMANOS

4.1. A relativização do direito à vida

A proteção ao direito à vida (que alcança o direito de não ser morto e o de viver com dignidade) é encontrada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que garante aos brasileiros e estrangeiros (residentes no país ou não, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal) que seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são invioláveis. A inviolabilidade suscitada pelo artigo 5º não se refere, apenas, a atos de terceiros que atentem contra esses direitos, mas também a atos do próprio titular.

Em se tratando do direito à vida, o amparo conferido foi a maneira encontrada pelo Constituinte Originário para dar instrumentalidade à dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Pode-se dizer, ainda, que tal proteção é a base que sustenta a impossibilidade de disposição do próprio corpo levantada pelos artigos 13 e 14 do Código Civil.

Insta destacar, entretanto, que os direitos fundamentais inseridos no arcabouço jurídico brasileiro são agasalhados pela característica da relatividade. Isto é, por mais fundamentais que sejam, não podem (e nem devem) ser considerados como absolutos, inalcançáveis ou inatingíveis, vez que é possível que sofram limitações por parte do Estado, ainda que a sua existência se justifique em rechaçar a atuação do ente político na sociedade. Isso porque grande parte de seu rol está compreendida no que se entende como “normas princípios”, aquelas que, segundo Robert Alexy, estabelecem a realização de algo na maior medida possível, dentre as condições jurídicas e fáticas existentes, se apresentando, então, como mandamentos de otimização.²¹⁰ Quando em conflito, as chamadas “normas princípios” devem ser ponderadas:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer

²¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & Direito Público). Tradução: Virgílio Afonso da Silva. p. 90

dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.²¹¹

Samuel Sales Fontes, em sua obra, resume as lições de Alexy, levantando que:

Os direitos fundamentais não são absolutos porque estão usualmente abrigados em normas princípios, categoria que admite ponderação. Esta é a justificativa mais moderna, baseada na doutrina de Robert Alexy.²¹²

É clássico exemplo de conflito de direitos fundamentais, que fomentam a ideia de relatividade, a hipótese de recusa, por parte de testemunhas de Jeová, em receber transfusão de sangue. De um lado, temos o direito à vida (cuja manutenção depende da realização do procedimento no paciente necessitado), de outro, temos a liberdade religiosa, considerada igualmente como um direito fundamental de grande valia. Diante desse caso, é crucial uma criteriosa análise.

Levando, então, a discussão para os temas que interessam ao nosso estudo, temos, assim: o direito à vida guardado à humanidade, que poderia ser beneficiada pela vacina produzida; e o direito à vida dos voluntários envolvidos em testes que, ainda que sob certo risco, seriam beneficiados com a possível aprovação do fármaco. Cabe ao

²¹¹ Ibid. p. 93-94

²¹² FONTES. Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. p. 26

Estado, desta maneira, realizar a ponderação necessária.

4.2. A Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e o Enunciado nº 532 da VI Jornada de Direito Civil

O temor de ver repetidas as atrocidades causadas durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas naquele contexto pela necessidade do avanço da medicina, fez com que diversos países criassem mecanismos de proteção capazes de garantir a incolumidade física dos seres humanos e, ao mesmo tempo, possibilitar a realização de testes capazes de revolucionar tratamentos terapêuticos.

No Brasil, o tema foi tratado de maneira mais efetiva pela Resolução nº 196, do ano de 1996, expedida pelo Conselho Nacional de Saúde e fundamentada na ideia de que era necessário assegurar os direitos e deveres da comunidade científica, dos sujeitos da pesquisa e do Estado.²¹³ Aduz, ainda, que uma pesquisa somente poderia ser considerada ética se respeitasse aos princípios da autonomia, beneficência, não

maleficência, justiça e equidade. Foi o primeiro passo dado no sentido de que, sim, era possível a disposição do corpo humano para a realização de testes científicos.

Anos depois, em 2013, portanto após a promulgação da Lei Civil que hoje nos rege, durante a VI Jornada de Direito Civil, os artigos 13 e 14 tiveram a sua redação debatida. Esperava-se, naquele momento, que a disposição gratuita do próprio corpo, desde que para fins exclusivamente científicos, tivesse, por fim, base jurídica para a sua permissão sem que existisse a necessidade de atuação ativa do Poder Judiciário.

A justificativa era encontrada no fato de que as pesquisas feitas com seres humanos vivos já são realizadas, dependendo do parecer do Judiciário com base no caso concreto (o que tardava o início dos testes), e no fato de que tais atos se firmaram como de grande importância para o desenvolvimento da medicina e áreas ligadas à farmacologia. Levantou-se, ainda, que o Conselho Nacional de Saúde, por meio da resolução anteriormente citada, já tratou do tema em sintonia com o Código de Nuremberg (escrito justamente para evitar que os horrores causados nos campos de concentração nazistas se repetissem).

Deste modo, erigiu-se a ideia de que as pesquisas envolvendo seres humanos poderiam ser realizadas, dependendo,

²¹³ MANSO, Maria Elisa Gonzalez. **A Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e o princípalismo bioético**. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5781/a-resolucao-n-196-96-do-conselho-nacional-de-saude-e-o-princípalismo-bioetico#:~:text=A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20196%2F96%20do,benefic%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%A3o%20malefic%C3%A7%C3%A3o%20e%20justi%C3%A7a>. Acesso em: 25 jan. 2021.

entretanto, de certos requisitos como: aprovação prévia de Comitê de Ética e Pesquisa e da assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, onde constem aos participantes todas as informações, riscos, benefícios, possibilidade de retirada independentemente de motivação e a possibilidade de reparação de danos causados.

Aprovou-se, então, o Enunciado nº 532 que, *in verbis*, dita que é permitida a disposição gratuita do próprio corpo, com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos artigos 11 e 13 do Código Civil. Em vista disso, o enunciado se firma como referência que poderá ser utilizada como base para decisão em possíveis lides e como referência para possíveis reformas feitas no próprio texto do Código Civil.

Relativiza-se, então, o direito à vida nos termos mencionados no item anterior: colocando no atual cenário, temos, de um lado, a vida dos voluntários que, sabendo dos possíveis riscos ao se submeterem ao teste, entendem a necessidade e a importância para o avanço do combate à pandemia; do outro, a vida de milhões que poderão se beneficiar da vacina caso esta se mostre eficiente na prevenção da COVID-19.

É crucial destacar que a disposição para a realização dos estudos, nesses casos, deverá ser gratuita. Trata-se de tentativa de

impedir a mercantilização do próprio corpo, vez que, se assim não fosse, seria comum que pessoas como Raul (utilizado anteriormente como nosso exemplo) se colocassem em situações de testes médicos e farmacológicos apenas por dinheiro, sem ponderar, de fato, se aquilo seria ou não benéfico para a sua saúde e para a comunidade científica.

A proibição da realização de pagamentos não se confunde com a possibilidade de reparação de danos na esfera cível, através de indenização, caso haja algum prejuízo causado e que não tenha sido previsto em estudos preliminares.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada teve por azo analisar a possibilidade de realização de testes de remédios e fármacos em seres humanos vivos, utilizando, como ponto de partida, a pandemia da COVID-19 (causada pelo vírus Sars-Cov-2) e os estudos para o desenvolvimento da vacina que servirá para a sua prevenção.

Inicialmente, foi colocada à mesa a proteção à incolumidade do corpo humano como uma das maneiras de se garantir a dignidade da pessoa humana (protegida e alçada a fundamento no artigo 1º, III da Constituição Federal), instrumentalizada pelo comando constitucional que estabelece

a proteção ao direito fundamental à vida e, ainda, no Código Civil de 2002, que abraça a proteção ao direito à vida gozada com dignidade.

Superadas as questões conceituais, estudou-se a vedação de atos de disposição do próprio corpo no Código Civil enquanto um direito de personalidade (assim compreendido como uma maneira de exercer o direito à vida com dignidade), ligados, de maneira intrínseca, ao indivíduo. Aqui, a problemática foi levantada: uma vez que, analisando as normas civis vigentes, ceder o corpo físico é, em regra, impossível, como seria possível a realização de testes em humanos vivos para a produção de medicamentos e tratamentos?

Realizando, então, um estudo de caso levando em consideração a atual pandemia vivida, foi possível resolver a problemática levantada da seguinte maneira: direitos fundamentais, considerados em grande parte como “normas-princípios”, não são absolutos e podem ser mitigados. Ou seja, por mais importantes e fundamentais que sejam, como o direito à vida, responsável por instrumentalizar o fundamento da dignidade da pessoa humana, não há que se falar em sua intangibilidade, sendo alcançados por outras normas ou atuações do Estado. Assim, de um lado encontramos a proteção à incolumidade do direito à vida dos voluntários em testes; de

outro, temos a proteção da vida de todos os seres humanos, incluindo os voluntários, que serão beneficiados caso os testes sejam promissores.

Fazendo uso da premissa de que os testes já eram realizados ainda que não existisse nenhum comando nesse sentido (após atuação do Poder Judiciário nesse sentido), aprovou-se, após análise de resolução expedida pelo Conselho Nacional de Medicina, o Enunciado nº 532 da VI Jornada de Direito Civil, que dita ser permitida a disposição gratuita do próprio corpo quando existam objetivos puramente científicos.

Assim, fez-se possível que, hoje, pessoas da área de saúde, atuantes na linha de frente ao combate à COVID-19, se tornassem voluntários (e não cobaias!) para a realização de estudos acerca da eficácia da vacina, levando por terra os discursos e argumentos levantados pela desonestidade daqueles que desejam invalidar a importância do imunizante nesse momento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas, Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 jan. 2021.

LIMA, Bruna. **Voluntários para testar vacina contra covid-19 poderão se inscrever por app:** ao todo, 9 mil profissionais da saúde participarão dos testes, de maneira voluntária. o Instituto Butantan lançará, ainda esta semana, aplicativo de smartphone para inscrição. 2021. Disponível em:
<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/07/07/internabrazil,869926/voluntarios-para-testar-vacina-contracovid-19-poderao-se-inscrever-po.shtml>. Acesso em: 26 jan. 2021.

MANSO, Maria Elisa Gonzalez. **A Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e o principlialismo bioético.** 2004. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/5781/a-resolucao-n-196-96-do-conselho-nacional-de-saude-e-o-principlialismo-bioetico#:~:text=A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20196%2F96%20do,benefic%C3%A7%C3%A3o%20n%C3%A3o%20malefic%C3%A7%C3%A3o%20e%20justi%C3%A7a>. Acesso em: 25 jan. 2021.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição Brasileira.** Barueri: Manole, 2005. 133 p. (Conheça a Constituição).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional,** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 1.576 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:**

introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Forense, 2019. 640 p.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. 34. ed. SP: Saraiva, 2005. 368 p.

SOUZA, Ludmilla. **Estudo confirma eficácia da Coronavac na fase 2 dos testes clínicos:** Vacina é desenvolvida em parceria com o Instituto Butantan. 2021. Disponível em:
<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-08/estudos-confirmam-eficacia-da-coronavac-na-fase-2-dos-testes-clinicos>. Acesso em: 26 jan. 2021.

MEMORICIDIO, NEGAZIONISMO DELLE ÉLITES

Massimiliano Verde²¹⁴

RIASSUNTO

In questo lavoro ci occuperemo del tema del Negazionismo e del Memoricidio, ovverosia dell'assassinio della memoria, come azione ideologica e politica delle élites, esaminando sommariamente il caso italiano. Un excursus storico delle origini della scuola razzistica di stampo positivista prima ed eugenetica italiana, con le sue azioni di supporto al mito del Risorgimento ed alla costruzione dell'inferiorità meridionale, problemi che ancora oggi incidono sul progresso morale, sociale, culturale ed economico della nazione italiana. La scuola eugenetica italiana e lo scientismo o fideismo della scienza, da Lombroso a Niceforo fino ai prodromi del fascismo italiano. Il Negazionismo come denigrazione

²¹⁴ Dottore Magistrale in Scienze Politiche, formatore esperto del patrimonio linguistico storico-culturale della Campania; Presidente del gruppo scientifico internazionale "Accademia Napoletana" per la tutela e promozione della cultura e lingua napoletana. Interlocutore UNESCO per l'IYIL 2019 (International Year of Indigenous Language) e l'International Mother Language Day 2018, 2019 e 2020 per la lingua napoletana; Membro ed amministratore del gruppo "Language Rights, Derechos Lingüísticos, Lenguas y Comunidades de Hablantes en riesgo"; membro del comitato editoriale e redattore de "Lenguas Radicales, revista de lingüística", pubblicazione della Vicerrectoría de Investigación y Posgrado (VRIP) della Universidad de Atacama (Chile); autore del primo corso di lingua e cultura napoletana realizzato secondo il QCER (CEFR riconosciuto dal Comune di Napoli; collabora con l'AIAE (Association of Italian American Educators), l'Italian Community of Westbury (NY), la Real Academia de Cultura Valenciana, l'Institut d'Estudis Valencians, l'Università Capodistriana di Atene, la Universidad URCA do Cariri.

unilaterale da parte delle élites accademiche di ogni ipotesi documentale o richiesta di accesso ad atti e fonti documentarie alternative od integrative rispetto alle ricostruzioni storiche "ufficiali", una problematica anti-democratica imperante in Italia.

PAROLE CHIAVE: Memoricidio, Negazionismo, Eugenetica, Lombroso, Sud Italia.

ABSTRACT

In this work we will deal with the theme of Denial and Memoricide, that is the murder of memory, as an ideological and political action of the elites, by briefly examining the Italian case. A historical excursus of the origins of the Italian positivist and eugenic school of racism, with its actions in support of the myth of the Risorgimento and the construction of southern inferiority, problems that still affect the moral, social, cultural and economic progress of the nation Italian. The Italian eugenics school and the scientism or fideism of science, from Lombroso to Niceforo to the harbingers of Italian fascism. Denial as a unilateral denigration by the academic elites of any documentary hypothesis or request for access to alternative or supplementary documents and documents with respect to "official" historical reconstructions, an anti-democratic problem prevailing in Italy.

KEYWORDS: Memoricide, Denial, Eugenics, Lombroso, Southern Italy

INTRODUZIONE

La definizione del termine "Negazionismo" intende questo come forma estrema di "revisionismo" storico che, per finalità politico-ideologiche nega l'esistenza o la storicità di determinati fenomeni della

storia moderna con conseguenze letali per la memoria di una comunità, di una nazione o di un popolo. Si consideri tra le più mortifere, in primis, il Memoricidio, ovvero l'assassinio, attraverso la scientifica manipolazione dei fatti, della memoria storica. Facciamo nostro in questo senso il pensiero di R. Sécher, storico, docteur d'État alla Sorbonne, Paris IV, allievo e ricercatore per le vicende della Vandea francese di P. Chaunou, presidente dell'Académie des sciences morales et politiques di Francia. Sécher (Vendée, du Génocide au Mémoricide), sottolinea per l'appunto, che oltre alla tragicità di alcuni fatti, per ragioni diverse, ma sostanzialmente politiche e ideologiche, si può essere portati a relativizzare, a truccare, a negare, oppure, per lo meno, a non parlare più di un avvenimento di primaria importanza – nel caso in ispecie – gli eccidi giacobini sulle popolazioni della Vandea, durante il terrore rivoluzionario francese. In Italia una forma molto grave di negazionismo-memoricidio riguarda molti aspetti tuttora silenziati del cosiddetto Risorgimento e le sue conseguenze per le popolazioni meridionali.

Per comprendere l'ambito in cui questo modello ideologico agisce in Italia è doveroso ed imprescindibile una sintetica panoramica storica sulle caratteristiche positivistiche ed eugenetiche della scuola (allora) scientifica lombrosiana a supporto

della costruzione dell'italiano nuovo che pose le basi di conseguenza dell'inferiorità - regressione- per atavismo delle popolazioni meridionali, piattaforma di dominio delle classi politiche risorgimentali in Italia. Un rapido tragitto storico ci fornirà la chiave interpretativa per meglio comprendere il fenomeno politico del Negazionismo delle élites italiane verso fatti storici puntualmente documentati da ricercatori indipendenti o la chiusura delle prime circa la richiesta di atti e documenti a tutt'oggi secretati, sul Risorgimento.

Si porrà l'accento sui riflessi potentemente anti democratici di un simile atteggiamento egemonico che ricopre tutti gli aspetti della società italiana a partire dagli storici (per dirla con Gramsci) salariati per protendersi al mondo dell'istruzione e della comunicazione italiane.

PROBLEMATICA

In Italia l'espressione Negazionismo è stata recentemente oggetto dell'istituzione di una speciale Commissione senatoriale, (c.d. Segre, dal nome della sua Presidente) la quale monitora sull' l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio, quale che sia la forma di diffusione: scritti, immagini o altro materiale e, l'apologia o la negazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e di quelli di guerra, con esplicito

riferimento in primis a quelli relativi alla Shoah.

Anche in Italia il 27 gennaio di ogni anno si celebra il Giorno della Memoria come ricordo del 27 gennaio 1945 quando le truppe sovietiche dell'Armata Rossa arrivarono ad Auschwitz, ogni forma di pubblicizzazione è realizzata dai mass media, a livello istituzionale, scolastico, com'è giusto che sia. Più in generale si vorrebbe così favorire una Memoria storica *collettiva* e condivisa, partendo dal lavoro con gli studenti. Proprio perché è tra i banchi di scuola che le coscienze iniziano a formarsi in maniera consapevole e che i ragazzi cominciano a relazionarsi a culture differenti ed al mondo pluralista che li circonda, è necessario coinvolgere studenti di ogni livello per lavorare su quello che viene definito patto inter-generazionale della Memoria.

Iniziative più che lodevoli di certo e che andrebbero ancor più rafforzate, in nome di una società libera da pregiudizi, discriminazioni, oblii della memoria di una comunità che si vuole davvero ed autenticamente democratica e solidale, scevra da nebbie storiche e da scheletri negli armadi, una società dove la verità, anche la più devastante non sia né un tabù né affumicata dalle nebbie del potere, delle élites. Contro ogni forma di *memoricidio*. È questo il caso del negazionismo delle élites

circa i crimini e le discriminazioni patite dalle popolazioni del meridione per opera politica (domicilio coatto, concentramento, relegazione) concetti discussi in Parlamento del Regno d'Italia e successivamente codificati con la legge Pica (1863) e suoi regolamenti di attuazione. Questa parte della storia d'Italia è a tutt'oggi completamente assente dai programmi scolastici, né alcun dibattito a largo carattere accademico è affrontato. Su questi atti di polizia politica verso civili siamo in presenza di un vero e proprio negazionismo e memoricidio di Stato.

Grazie a ricercatori indipendenti e non agli storici di professione sappiamo che furono preordinati atti di epurazione verso civili.

Tre gli strumenti utilizzati: 1) tre decreti regi emanati tra il 15 e il 25 agosto 1863. 2) un ufficio con pieni poteri presso il ministero dell'Interno del Regno: Ufficio *domiciliati coatti* div. 1^a sez. 1^a. 3) numerosi luoghi di relegazione sparsi al sud al centro e nord Italia. Gli arcipelaghi della penisola e molte località della terraferma furono destinati ad ospitare migliaia di uomini e donne con bambini inviati al *domicilio coatto*.

La enorme macchina di *deportazione al domicilio coatto* attivata dopo la dichiarazione del Regno d'Italia da Silvio Spaventa ebbe l'effetto immediato di

riempire tutti i luoghi di *concentramento* per i *domiciliati coatti* e di reclusione esistenti di ogni ordine e grado fino all'inverosimile tanto da doverne cercare dei nuovi.

Alla fine del 1863 i numerosi *luoghi di relegazione* dei *coatti* approntati sulle isole Tremiti, Eolie, Pontine, Toscane, Sarde e Liguri: la Palmaria e la terraferma, inclusa Finalmarina, oltre a numerosi altri luoghi quale Andora, Porto Maurizio, queste le località (a ricerca aperta), dove furono stipati i *domiciliati coatti*.

Civili mai condannati da alcun tribunale i *coatti*, inviati al *domicilio coatto* con determina ministeriale del ministero Interni, furono reclusi anche nei bagni penali, carceri giudiziarie, lazzaretti, locali e case locate a privati; negli atti parlamentari dell'epoca si parla di più di 70 luoghi di relegazione. Stando ai documenti dell'allora ministero dell'Interno la quantità è *Imponente*.

Il numero di deportati oggi sarebbe rintracciabile nei documenti che furono inviati al ministero degli Interni (quindi negli archivi) dove, per Regio decreto n. 2918 del 21.05.1866 fu proseguita la misura di polizia dell'assegnazione del *domicilio coatto*. La *deportazione* era stata messa in atto a partire dal 15.08.1863 con l'art. 5 della cosiddetta legge Pica, fu proseguita con decreto n. 2918, nell' art. 2 è sancito: *Presso il Ministero dell'Interno è*

istituita una Giunta consultiva composta di tre magistrati per rivedere i pareri emessi dalle Giunte consultive provinciali.

TOPOS

Le radici del razzismo storicamente noto hanno origini nell'Europa di fine '800; arrivato in Italia con la pseudoscienza lombrosiana e la sua forte implicazione eugenetica, latente in tutta la società, strumentale ai contrasti sociali. L'aver rinchiuso l'eugenetica nel baule delle vergogne, dimenticando le manifestazioni più problematiche di quell'idea, ha rischiato di favorire chi ha cercato in seguito di seguirne le tracce sotto le mentite spoglie della genetica. (Oddone Camerana, La Stampa, 12 Settembre 2012)

L'Europa del '700 e dell'800 era intenta a studiare il comportamento umano con la frenologia, il cervello divenne l'organo a cui il progresso delle scienze mediche del '700 aveva già attribuito le facoltà cognitive. Si inventarono teorie fantasiose e strampalate al di fuori della stretta disciplina anatomica e medica: si agì indiscriminatamente con ogni tipo di esperimento su individui che la società aveva già marginalizzato rinchiodendoli nei manicomi. L'affannosa ricerca nell'encefalo portò a metodi estremi come la pratica delle torture degli internati con diversi tipi di

strumenti di costrizione (ferri, stringhe di cuoio, camice di forza) fino all'elettroshock.

La febbrile ricerca dei comportamenti umani esasperò i metodi di indagine e i principi scientifici fino alla formulazione di teorie errate, teorizzando il collegamento fra la biologia umana e il comportamento violento del delinquere.

L'aberrazione ideologica dell'uomo delinquente per minorazione biologica fu una delle infondate e deviate idee di Marco Ezechia Lombroso e fornì una facile motivazione alla nuova classe dominante. Idee che si fondavano sul principio della degenerazione derivate dall'ex putri (generazione per decomposizione). Lombroso usò questo principio per giustificare le nefaste conseguenze della pellagra senza alcun fondamento medico, scientifico e clinico.

Lombroso, insieme ad altri, mutuò in Italia la frenologia nella versione anglosassone della scuola di Edimburgo che, studiando il cranio umano cercava sotto l'influsso del darwinismo sociale di attribuire il concetto di razza a seconda della forma del cranio (dolicocefalo o brachicefalo). La frenologia partendo dal medico tedesco Franz Joseph Gall (Tiefenbrunn, Baden, 1758 – Montrouge, 1828), suo ideatore, trovò numerosi praticanti nella città scozzese di Edimburgo. Tra i maggiori esponenti: John Abernethy (1764 – 1831) Londra,

Regno Unito, Johann Gaspar Spurzheim (Longwich, 1776 – Boston, 1832), George Combe (Edimburgo, 1788 – 1858), Andrew Combe (Edinburgh, 1797 – 1847) tutti della Università scozzese. Nell'800 la frenologia, intesa come ricerca antropometrica, inizia un lento declino, in Europa ma non in Italia, con la pubblicazione di *L'origine delle specie*, di Charles Darwin.

Correva l'anno 1858 Lombroso si laureò nel Ticino, poiché a Pavia gli fu impedito di laurearsi perché polemico e stizzoso con l'ambiente universitario. Due anni dopo, la guerra civile di conquista del Regno delle due Sicilie, gli offrì l'opportunità di entrare nell'esercito italiano e aderì alla corrente ideologica detta positivismo che il regime sabauda adottò come propria: il patto faustiano tra scienza medica e regime totalitario, la prima bisognosa di autorità e potere per affermarsi, il secondo pronto a offrirlo in cambio di legittimità scientifica. Il patto che Oddone Bruno attribuisce al nazismo, era già avvenuto settanta anni prima.

Un numero cospicuo di soggetti mediocri nelle scienze, trovò largo impiego nel positivismo del regime sabauda. La pseudoscienza portò alla deriva la cultura di fine secolo, barcollante tra spiritismo e occultismo, una cultura in cui la frenologia di Lombroso e pratiche come il magnetismo

e l'ipnotismo convivevano strettamente legate tra loro.

Lombroso, come molti in Europa, fu continuatore dell'ossessiva, affannosa ricerca nel cranio umano di differenze che giustificassero l'inferiorità degli individui per conformazione cranica, per comportamento, per classi sociali e aree geografiche.

Con strampalate teorie pretese di individuare il pazzo morale o il criminale biologico e l'atavismo nelle classi povere. Questi rudimentali concetti senza alcun fondamento scientifico furono funzionali e strumentali alla nuova classe egemone post unitaria del nord. Dopo l'Unità le nuove classi governanti riversarono con cinica spregiudicatezza sui neo italiani del Sud questi falsi concetti della razza. Ottennero la sudditanza coloniale universalmente conosciuta come darwinismo sociale, potente motore dell'eugenetica.

A fine ottocento avevano a disposizione una massa immensa di colonizzati come forza lavoro per l'emigrazione o l'industrializzazione interna. Da quel momento storico non si è mai smesso di applicare ai meridionali italiani l'atavismo e il discrimine dell'inferiorità propagate nelle teorie criminologiche e razziali di Lombroso. Con Lombroso nasce in Italia l'uso politico dell'eugenetica, applicato essenzialmente alla neo colonia del sud, alle sue classi sociali subalterne. In

questo quadro è interessante la relazione tra letteratura e scienza antropologica: laddove la "letteratura intuisce, la fisiognomica definisce, la scienza antropologica precisa e spiega con la forza dei dati oggettivi". Molto interessante è infatti l'attenzione di Lombroso per Dante e Manzoni, autorità da lui più apprezzate in quanto scrittori attenti alle sfumature psicologiche dei personaggi: «E qui mi farò forte della opinione di Dante: Che dove l'argomento della mente/s'aggiunge al mal voler ed alla possa/ nessun riparo vi può far la gente. Inf. XXXI». Il destino di questi autori prediletti dal Lombroso seguì anche quello dei lombrosiani come Niceforo per il quale Dante nel suo "Inferno" anticipava la stessa teoria lombrosiana.

Pertanto, seguendo il pensiero di Lombroso: se l'atavismo è correlato al tipo criminale (individuato fisicamente nella famosa fossetta occipitale del "brigante" Vilella, prova dell'insanità morale del meridionale, verrebbe da dire "costitutivamente" degradato) e questo ha la meglio sull'educazione e, se lo scopo di Lombroso è quello di contribuire alla formazione di un'identità italiana sana nel corpo e nella mente, vien da sé che i meridionali, in quanto atavicamente criminali sono socialmente irrecuperabili ed irredimibili, costituendo indi un corpo estraneo alla società italiana (si ricordi la

vignetta post-unitaria dove l'Italia, rappresentata da una giovane donna, indica ai briganti, rappresentati come deformati nani, di andare via, perché per loro non c'è posto in Patria).

Nella costruzione del pensiero lombrosiano occorre menzionare Paolo Marzolo e Carlo Cattaneo. Da Paolo Marzolo, fisiologo e cultore di lingue, Lombroso apprende infatti a ragionare all'indietro nel tempo alla ricerca di elementi arcaici, l'idea che il passato arcaico fornisca la chiave per comprendere non solo la natura umana in generale, ma anche il presente, nelle sue modalità di funzionamento e disfunzione secondo quel metodo indiziario, studiato da Carlo Ginzburg a proposito della fisiognomica, che Marzolo applica appunto alla linguistica e Lombroso estende all'antropologia.

Marzolo, collaboratore del "Politecnico" di Carlo Cattaneo, vi pubblicò diversi saggi: fu infatti costui ad avvicinare Lombroso a Cattaneo, dal quale Lombroso assume un precoce interesse per l'antropologia criminale, l'importanza del metodo sperimentale e dello studio dei fatti nel campo della scienza criminale, nonché l'idea che negli errori, nelle superstizioni, nelle imposture, nei delitti, nelle violenze dei tiranni, degli inquisitori e dei selvaggi, stanno scritti molti arcani della natura umana

(Sulla pazzia di Cardano, 1855, in Id., *Delitto, genio, follia*, cit., p. 340).

Occorre anche evidenziare l'accoglimento nel "Politecnico" di C. Cattaneo di contributi relativi all'eugenetica verso la cui lo stesso Cattaneo mostrò un certo interesse. Marzolo applicò alla ricerca linguistica i suoi concetti mettendo in parallelo le trasformazioni della lingua con gli stadi evolutivi di ogni popolo e, in sequenza, cercando di ricostruire la mutazione psicologica dell'intera umanità. Nell'opera di Marzolo è ben radicato un principio di separazione tra lingue, e quindi popoli secondo il paradigma evolucionistico e che separa all'interno di un popolo, una classe sociale da un'altra. Trattasi della teoria ottocentesca sull'evoluzione del linguaggio e la ricostruzione dei rapporti storici tra le diverse lingue; tale teoria era funzionale al riconoscimento di identità nazionale di popolo perché forniva conferma scientifica alla ricerca di un ceppo originario storicamente identificabile in ogni nazione, secondo, appunto l'interpretazione storico-evolutiva e culturale del Darwinismo.

Si consideri in questo senso la pietistica osservazione dei dialetti come "rugginose reliquie" (Cattaneo).

Per Marzolo i rapporti fra lingue sono il risultato di processi evolutivi naturali all'interno di un quadro concettuale che salda le diverse lingue con le caratteristiche

culturali e razziali delle popolazioni. Egli mette in luce “l'elemento automatico”, secondo il quale il linguaggio deriverebbe da una reazione fisiologica spontanea, provocando suoni che diverrebbero razionali, solo successivamente.

Questo elemento tocca Lombroso per la continuità tra il processo fisiologico e storico, tra le leggi biologiche e quelle che governano lo sviluppo di un intero popolo; costituisce insomma un anello indissolubile tra la storia umana e quella della natura. È da questo legame tra corpo e mente che Lombroso, formerà la sua teoria razzista, teoria peraltro tipica del suo tempo, e di cui non è certo l'inventore ma sicuramente un punto di riferimento di tanti, ancora oggi, in Italia.

Vagabondi, oziosi e mendicanti, secondo una prospettiva ideologica calvinista andavano relegati ai margini della società, con una vera e propria deportazione (domicilio coatto), insieme ai “briganti” ovvero ai resistenti all'invasione del Regno delle Due Sicilie all'invasione piemontese ed ai loro manutengoli (inclusi mogli e lattanti) ai sensi della legge Pica del 1863, come puntualmente avvenne nelle isole del centro-nord Italia.

La Deportazione dal sud Italia fu avviata dal ministero dell'Interno del Regno d'Italia il 25 agosto 1863, con la pubblicazione del Regolamento d'attuazione

della legge Pica, il governo Minghetti I e il ministro dell'Interno Ubaldino Peruzzi nominarono Silvio Spaventa segretario generale e iniziarono la deportazione di civili dalle province del Meridione.

Nel 1912, con la partecipazione di una folta e autorevole delegazione italiana al I Congresso Internazionale di Eugenic, convocato a Londra dalla britannica Eugenics Education Society, la scuola positivista italiana si presenta al gran completo, con Sergi, Morselli, Marro, Niceforo, Michel, Loria, Gini. Secondo Sergi alla selezione naturale deve affiancarsi, «selezione artificiale», finalizzata alla «rigenerazione» della stirpe e caratterizzata da un duplice obiettivo: «impedire l'aumento dei degenerati», da un lato, e «diminuire e far sparire i degenerati esistenti». Per quanto riguarda la diminuzione dei degenerati esistenti Sergi chiede l'abolizione degli asili notturni e delle case di maternità, condanna al lavoro sotto forma di *deportazione* in isole deserte, proibizione del matrimonio e impedimento a una progenie illegittima. Inoltre, perché biologicamente i deficienti sono destituiti di quel che si richiede allo sviluppo normale e completo, e la discendenza loro non può non essere inferiore e perché i deficienti sono la semenza da cui nascono i criminali, le prostitute, gli squilibrati, i pazzi e i pazzeschi, i vagabondi e i mendicanti.

Lo statista Alfredo Niceforo a Londra ribadisce le sue interpretazioni sul nesso tra inferiorità socioeconomica e inferiorità biologica: Sono le caratteristiche biopsichiche degli individui il motore del ricambio sociale: gli individui più dotati tendono a concentrarsi nelle classi superiori, mentre quelli deboli o tarati inevitabilmente discendono nella scala sociale. Intesa come «antropologia delle classi sociali», l'eugenica, secondo Niceforo, deve, dunque, contribuire a facilitare il naturale movimento delle «molecole» sociali: verso l'alto per quelle superiori, verso il basso per quelle inferiori dove in Italia etnicamente sono rappresentati dai meridionali. Dal ventre della Società Romana di Antropologia, presieduta da Giuseppe Sergi, nasce il Comitato Italiano per gli Studi di Eugenia, nel cui è Corrado Gini ad animare l'azione del neonato istituto, da un lato mantenendo una fitta rete di contatti internazionali e, dall'altro, promuovendo l'unica ricerca scientifica del giovane Comitato. Gini approderà alla tesi del fascismo come compimento biologico del Risorgimento. Intere generazioni di pseudo intellettuali, personale educativo, psichiatri, antropologi in Italia si sono imbevuti di queste teorie razziali e le hanno pervase a tutti i livelli: culturali, scolastici, massmediali, ecc.

Le impostazioni discriminatorie e razzistiche antimeridionali servirono quindi

al capitalismo italiano per quell'opera di colonizzazione economica così bene descritta da Gramsci nelle sue riflessioni sulla questione meridionale, un'egemonia di classe sostenuta dalle élites intellettuali nazionali che nega ogni dignità d'esistenza ad una ricerca storica (tradendo in tal modo se stesse) aperta, democratica che porti alla luce ed evidenzi una storia e fenomeni quali le discriminazioni anti meridionali come il domicilio coatto e la deportazione di civili durante il Risorgimento e di tipo sociale, culturale ed economica ancora oggi, stante il Mezzogiorno d'Italia come la più vasta area sottosviluppata in Europa.

CONCLUSIONI

Il Memoricidio, Negazionismo della memoria.

In questo modo, quindi “Negazionismo” da facile accusa verso bizzarri, revanscisti, pseudo fascisti od antisemiti tout-court (o strampalati assertori di regni oramai estinti), quale quella mossa genericamente da certi accademici di professione o da certi mass-media ad essi asserviti, verso chi s'interroghi democraticamente su fatti e vicende o ponga sul tavolo certe tematiche, riconosciute e combattute all'estero (razzismo, discriminazione anti-meridionale, p.e.) ma silenziate in Italia, assume invece la forma di uno strumento anti-democratico di

oppressione, ideologica, politica e culturale, ad opera di certe élites, incluse accademiche, di una nazione, negatrici di certi fatti, documentati o richieste di accertamento documentale, verso cui occorre invece, secondo le stesse élites, opporre il “diritto all’oblio” che, in un Paese che non ha mai fatto i conti con la propria storia come l’Italia, degrada in “omertà di Stato”.

Il professore Giuseppe Galasso, (Nient' altro che storia), asseriva che la storia è memoria e interpretazione della biografia individuale e collettiva; la condizione stessa di possibilità della loro identità e che la vita fosse maestra di storia e non il contrario, in quanto non è il passato che illumina il presente, ma è il presente a chiarire il passato, a proiettare su di esso la propria luce. Allora perché moltissimi documenti sono ancora coperti da segreto di Stato, e quali efferatezze e crimini sono stati secretati? Ad esempio perché *__si nega* risposta addirittura all’Interrogazione Reg. Gen. n.78/4 del 12.04.2011 per la “Rimozione del “Segreto di Stato” sui documenti relativi al Mezzogiorno d’Italia nel periodo fra il 1860 e il 1870” a firma del Consigliere Gennaro Salvatore ed altri (Approvato C.R. 11.04.2011). Inoltre è storica e rimasta senza alcun effettivo riscontro l’interpellanza n. 2-01134 al Ministero della difesa italiano dell’allora onorevole Angelo Manna circa il libero

accesso agli archivi dello stato maggiore dell’esercito italiano.

Come Accademia Napoletana siamo impegnati in una opera spasmodica contro ogni negazionismo, in Italia e fuori, nella difesa dei diritti umani e civili soprattutto verso ogni forma di potete negazionista, proprio poiché il peggior negazionismo è quello di Stato, che in quanto tale, negando la ricerca della verità e la giustizia per la memoria di ieri e dell’oggi, nega semplicemente se stesso e si fa complice.

Il silenzio e la negazione verso fatti così drammatici spregiativamente bollati come pazzie e ridicolaggini di ciarlatani da parte delle élites accademiche, dei programmi ministeriali dell’istruzione, universitari e scolastici, la negazione e l’assurdo silenzio verso le discriminazioni culturali, linguistiche, sociali, che risentono potentemente ancor oggi dell’ideologia lombrosiana ed eugenetica, verso gli italiani del Sud della penisola, già denunciati anche in questa pregiata Rivista, si pongono in contrasto con la democrazia, il libero sviluppo delle nuove generazioni e minano dalle fondamenta ogni possibilità di pacifico e dignitoso percorso nel presente e nel futuro della comunità nazionale italiana. Sentiamo il dovere pertanto di seguire questa battaglia contro un vero e proprio muro di gomma perché l’indifferenza è la madre di ogni crimine contro l’uomo e la sua dignità.

BIBLIOGRAFIA

- GIOVANNONE L., Compagnino M. **Italiani deportati 1863: Risorgimento. Deportazione di civili meridionali in campi di concentramento**, 2019;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro; VERDE, Massimiliano, *et al.* **Antropologia Jurídica: uma contribuição sob múltiplos olhares**. 2ª ed. Scortecci Ed., 2018;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro; *et. al.* **Direito, Mito e Sociedade: Estudos Antropológicos e Sociológicos do Fenômeno Jurídico**. São Paulo: Editora Scortecci, 2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **A Morte do Poeta nos Penhascos e Outros Monólogos/Diálogos**. SP: Scortecci Ed., 2009;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e Sua Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Editora Scortecci, 2021;
- VERDE, Massimiliano: **difendere la lingua napoletana è un diritto dell'umanità**, in La Voce di New York, 17 maggio 2019;
- SÉCHER R. Vendée: **Du génocide au mémoricide**, 2011;
- MANNA A. **Interpellanza Parlamentare** n. 2-01134.,1991;
- VERDE M.; GIOVANNONE L. **Dalla Frenologia al Razzismo, in Sovranità Popolare**, 2020.

**JOÃO DO RIO: TATUAGEM,
ESTIGMA E SANITARISMO NA
REPÚBLICA VELHA**

*Marcus Fabiano Gonçalves*²¹⁵

*Matheus Guimarães Silva de Souza*²¹⁶

*Palloma Borges Guimarães de Souza*²¹⁷

RESUMO

O presente trabalho pretende, a partir da produção literária de Paulo Barreto, mais conhecido como João do Rio, sobretudo suas crônicas, identificar a proximidade entre tatuagem e estigma, dentro ainda de

²¹⁵ Marcus Fabiano Gonçalves possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (1996), Mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Conclui atualmente Doutorado em Antropologia Social pela École des Hautes Études en Sciences Sociales, EHESS - Paris. Foi (2009) Professor Adjunto I de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, onde também integrou o Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado). Atualmente é Professor Adjunto I da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), integrando também o Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Sociologia e Direito da mesma instituição. É também colaborador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da Universidade Nova de Lisboa. Desenvolve pesquisas em filosofia moral, sociologia da eficácia jurídica, hermenêutica e teoria da argumentação e antropologia jurídica. É membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFF.

²¹⁶ Matheus Guimarães Silva de Souza é mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

²¹⁷ Palloma Borges Guimarães de Souza é mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

uma perspectiva sanitaria e criminológica, especialmente durante a República Velha. Objetiva-se assim destacar a relevância de Paulo Barreto para a construção de uma narrativa urbana que consegue dar certa visibilidade aos marginalizados da cidade do Rio de Janeiro, durante a primeira década do século XX. Almeja-se, ainda, refletir sobre a repercussão do sanitarismo e das teorias deterministas à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: João do Rio. Estigma. Sanitarismo.

ABSTRACT

The present work intends, from the literary production of Paulo Barreto, better known as João do Rio, especially his chronicles, to identify the proximity between tattoo and stigma, within a sanitary and criminological perspective, especially during the Old Republic. Thus, the objective is to highlight the relevance of Paulo Barreto for the construction of an urban narrative that can give some visibility to the marginalized of Rio de Janeiro, during the first decade of the twentieth century. It is also intended to reflect on the repercussion of sanitarian and deterministic theories in light of the constitutional principle of human dignity.

KEYWORDS: João do Rio. Stigma. Sanitarianism.

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe, a partir da crônica de João do Rio (pseudônimo literário de Paulo Barreto – 1881 a 1921), identificar a tatuagem como estigma, sobretudo dentro da perspectiva de que havia uma mentalidade sanitaria na República Velha,

especialmente durante a virada do século XIX para o início do século XX, na cidade do Rio de Janeiro.

Sobretudo a partir da obra *A alma encantadora das ruas*, buscar-se-á analisar a influência das teorias deterministas que enxergavam a tatuagem como marca identificadora de grave degenerescência, estigmatizando indivíduos que as traziam em seus corpos e pelas quais contavam suas histórias. Em contraponto, objetiva-se recuperar o protagonismo desses mesmos subalternizados, os quais podem ser encontrados nas crônicas de João do Rio, especialmente naquelas intituladas “Os tatuadores”, “As quatro idéias capitais dos presos” e “Mulheres detentas”. De outro lado, a eleição da crônica dá-se por ser ela um gênero literário autenticamente brasileiro, que permite dar voz à cidade na medida em que se origina da atividade do jornalista de reportagem, o *flâneur* que se funde ao *reporteur* nas investigações do curioso e do bizarro de uma sociedade desigual e ainda de forte tradição portuária.

Para alcançar tais objetivos, utilizar-se-á revisão bibliográfica, tendo enquanto referenciais autores como Erving Goffman e Nicolau Sevcenko, além de alguns textos de Cesare Lombroso, analisados criticamente. As fontes secundárias serão as obras dos demais autores que desenvolveram estudos

acerca destes que constituem o principal referencial teórico deste trabalho.

Na primeira parte deste artigo, pretende-se contextualizar a narrativa de João do Rio, buscando destacar a influência de acontecimentos como a Reforma Urbanística de Pereira Passos em 1903, a Revolta da Vacina de 1904, e a própria mentalidade sanitarista para a imposição de uma noção europeizada de “civildade”, capaz de disciplinar corpos e formas gerais de sociabilidade, que implicavam coisas como as demolições do “bota-abaixo” de cortiços, como o célebre “Cabeça de Porco”, que colocavam ainda mais à margem da sociedade aqueles que não se adequavam a esse modelo de habitante ideal da urbe modernizada, cujas elites enxergavam os mocambos e as futuras “favelas” como zonas de crime e uma “degeneração” encarada por fatores raciais.

Em um segundo momento, almeja-se traçar uma breve biografia de Paulo Barreto, e chegar ao seu pseudônimo literário, João do Rio, e à sua obra *A alma encantadora das ruas*, aqui compreendida como narrativa que consegue dar visibilidade à diversidade cosmopolita da cidade do Rio de Janeiro, especialmente durante a primeira década do século XX. Nessa perspectiva, pretende-se identificar, dentro das crônicas de João do Rio, os tatuados que eram vistos nas ruas da cidade,

e, sobretudo, os que estavam detidos em estabelecimentos prisionais, ambos estigmatizados.

Por derradeiro, objetiva-se refletir, a partir das noções de estigma e tatuagem, acerca da permanência do pensamento sanitaria, bem como sobre a repercussão das teorias deterministas nos terrenos psiquiátrico e penal, dentro da sociedade brasileira do século XXI, sob a ótica de um princípio constitucional fundamental para a nossa ordem normativa: a dignidade da pessoa humana.

O SANITARISMO NA SOCIEDADE CARIOCA DA REPÚBLICA VELHA

Da segunda metade do século XIX em diante, o poder público passou a interferir na organização das cidades, através de um processo de urbanização que culminou em um planejamento urbano cujo intuito era combater doenças contagiosas como a varíola e a influenza, disseminadas pela precariedade das condições de higiene e pelas moradias precárias cuja insalubridade demandava intervenções urbanísticas a fim de “erradicar” esses “focos” de contaminação.

No Rio de Janeiro, capital do Brasil de 1763 até 1960, o investimento público na organização da sede do governo e maior cidade do país ocorreu a partir de 1850,

quando após a primeira grande epidemia de febre amarela, as autoridades imperiais passaram a se preocupar imensamente com a defesa sanitária.

Nessa época, foram criadas a Junta de Higiene Pública (logo extinta em 1859), responsável por propor e executar as medidas necessárias para preservar a saúde pública, e a Comissão de Engenheiros, encarregada dos melhoramentos urbanos necessários ao saneamento da cidade. Em 1874 foi constituída a Comissão de Melhoramentos da Cidade do Rio de Janeiro, da qual Francisco Franco Pereira Passos fazia parte, e que resultou no primeiro plano urbanístico da cidade. Esse plano foi impulsionado pelo debate sobre saúde pública, após o início da década de 1870, quando a febre amarela voltou a vergastar a cidade.²¹⁸ Dom Pedro II, então imperador, alcançou respeito e admiração de estudiosos da época, como Louis Pasteur, justamente por ter sido um grande patrocinador do conhecimento, da cultura e da ciência.

Durante as décadas seguintes, se agravou o quadro sanitário do Rio de Janeiro, e a República teria uma capital com grandes problemas de saúde pública. A febre

²¹⁸ Cf. Alzira Alves de ABREU et al. (coords.). Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <<https://atlas.fgv.br/verbetes/pereira-passos>>. Acesso em: 16/01/2021.

amarela, a malária, a influenza e a varíola tornariam a cidade do Rio de Janeiro temida internacionalmente por essas epidemias, que aumentavam os índices de mortalidade e afastavam visitantes estrangeiros, motivo pelo qual o comércio externo do país foi afetado e até corpos diplomáticos recusavam postos e/ou exigiam adicionais de risco por insalubridade. Francisco de Paula Rodrigues Alves, candidato à presidência da República, trazia em sua plataforma eleitoral projetos de remodelação e saneamento do Distrito Federal. Destaca-se, nesse contexto, a proposta de modernização do porto do Rio de Janeiro, principal rota de entrada dos produtos que o Brasil importava.

A Reforma Urbanística de Pereira Passos

No final do ano de 1902, escolhido o presidente Rodrigues Alves, que havia sido recém-empossado, este convidou Pereira Passos para assumir a prefeitura do Rio de Janeiro, lhe atribuindo o encargo de consertar “os defeitos da capital”²¹⁹, que na visão do então presidente, afetariam e perturbariam todo o desenvolvimento nacional, conforme consta na mensagem de Rodrigues Alves remetida em maio de 1903 ao Congresso Nacional.

²¹⁹ Cf. Mensagem do Presidente Francisco de Paula Rodrigues Alves apresentada ao Congresso Nacional na abertura da 1ª sessão da 5ª legislatura, 1903, p. 10.

Pereira Passos foi escolhido para essa missão devido à sua experiência na esfera pública e na iniciativa privada, o que fez com que ele construísse uma rede de relações propícia à conciliação de interesses públicos e privados. O prefeito do Rio de Janeiro representava, ainda, uma geração de engenheiros que, da segunda metade do século XIX em diante, recebeu a incumbência de construir uma cidade “moderna”, a partir de um conhecimento tido como técnico.

A Reforma Urbanística de Pereira Passos, inspirava-se no plano de remodelação da cidade de Paris, executado pelo barão Georges-Eugène Haussmann (ainda no século XIX), o qual transformou a fisionomia da principal capital da Europa e inspirou as mudanças drásticas no centro do Rio de Janeiro. Nas avenidas, surgiam edifícios suntuosos e de arquitetura eclética. Novas linhas de bonde foram construídas e eletrificadas, assim como foram construídas novas redes de esgoto e de abastecimento de água. Hábitos que eram considerados como não condizentes com as determinações de higiene pública foram proibidos. A iluminação pública, que antes era fornecida por lampiões a gás, foi aos poucos sendo substituída por postes de eletricidade. Com todas essas mudanças, o tráfego estava desafogando-se, sobretudo pela redução do tráfego de carroças e a implantação de trilhos

de bondes (primeiro puxados por asnos, depois de propulsão elétrica). A cidade realmente passava por uma remodelação drástica.

Entretanto, durante a Reforma, muitos cortiços²²⁰ e casebres foram demolidos, fazendo com que as pessoas que não tinham alguma fonte de renda mais segura se deslocassem do centro para o subúrbio, e com que os mais pobres fossem para as encostas dos morros, adensando assim a população das favelas, que estavam começando a surgir. Utilizando uma expressão de Olavo Bilac, “o furor das picaretas regeneradoras”²²¹, tal movimento recebeu o apelido de “Bota-Abaixo” por parte desta população marginalizada.

A Reforma do “Bota-Abaixo” começou em 1903 e não ambicionava apenas remodelar e sanear o Distrito Federal. Com o intuito de aumentar a circulação de ar no centro da cidade, por exemplo, se desmanchou o histórico Morro do Castelo,

onde Mem de Sá, em 1567, havia refundado a cidade. Os decretos e posturas municipais que passaram a vigor manifestavam a intenção de introduzir novos hábitos e costumes, modificando também o modo de vida da população carioca. O comportamento dos cidadãos nos espaços públicos era cada vez mais restringido pelas medidas de Pereira Passos: pessoas descalças eram proibidas de trafegar nas modernas calçadas. E tornou-se proibido o exercício de qualquer forma de comércio ambulante; a venda de bilhetes de loteria; a ordenha de vacas leiteiras pelas ruas; a prática da medicina pública de benzedeiras e aplicadores de ventosas; os atos de urinar fora de mictórios, de cuspir nas ruas, de soltar fogos de artifício e até mesmo a existência de cães soltos pela cidade foi coibida com coleta e abate. Em termos sintéticos, a inserção do Brasil no mundo do progresso passava por esse esforço de tornar a capital da República uma “cidade civilizada”.²²²

Acerca dessa busca por “ordem e progresso”, João do Rio retrata a função intimidadora da polícia:

Qual deve ser o papel da polícia numa cidade civilizada? [...] A polícia é uma

²²⁰ A pretensão de cientificidade do naturalismo europeu encontrou recepção na obra *O cortiço* (1890), de Aluísio Azevedo, romance integrado ao pensamento positivista, como também às teorias raciais que foram adotadas pelo Brasil, durante a República Velha. Destaca-se, nessa obra, a tipificação racial dos personagens, dentro de uma narrativa voltada à comprovação de teses racialistas, que permaneceram vigorando no Brasil, e em especial na sociedade carioca, no contexto da Reforma Pereira Passos.

²²¹ Cf. Acervo Casa de Oswaldo Cruz. Disponível em: <<http://oswaldocruz.fiocruz.br/index.php/biografia/trajetoria-cientifica/na-diretoria-geral-de-saude-publica/reforma-pereira-passos>>. Acesso em: 18/01/2021.

²²² Cf. Alzira Alves de ABREU et al. (coords.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <<https://atlas.fgv.br/verbetes/pereira-passos>>. Acesso em: 16/01/2021.

instituição preventiva, agindo com o seu poder de intimidação, e o Dr. Guillaume e o Dr. Baker chegaram, em Estocolmo, às conclusões de que uma boa polícia tem mais força que o código penal e mais influência que a prisão (RIO, 1995, p. 148).

A Revolta da Vacina

De acordo com Nicolau Sevcenko em seu livro *A Revolta da Vacina*, o fator imediatamente deflagrador da Revolta foi a publicação, no dia 9 de novembro de 1904, do plano de regulamentação da aplicação da vacina obrigatória contra a varíola. O projeto de lei que instituía a obrigatoriedade da vacinação, e que tinha sido apresentado cerca de quatro meses antes no Congresso, pelo senador alagoano Manuel José Duarte, impulsionou um debate exaltado que não só esteve no âmbito do Legislativo, como ganhou espaço na imprensa e entre a população da Capital Federal. O governo, que tinha ampla maioria no Congresso, utilizou, em sua defesa, todos os seus recursos técnicos e burocráticos. Havia, entretanto, uma pequena oposição parlamentar, uma imprensa não governista e uma população da cidade que resistiam irreduzivelmente à implantação da lei de vacinação (SEVCENKO, 1984, p. 6).

O temor era grande por parte da sociedade pobre habitante das zonas portuárias, trabalhadores da estiva, em especial. De outro lado, o discurso do governo sustentava que a vacinação era

imprescindível para a saúde coletiva. De fato, existiam inúmeros focos endêmicos da varíola no Brasil, sendo o maior deles a cidade do Rio de Janeiro. No ano de 1904 se constatou um grande surto epidêmico: até o mês de junho haviam sido contabilizados oficialmente mais de 1.800 casos de internações no Distrito Federal, no Hospital de São Sebastião, e um total anual de 4.201 óbitos devidos à varíola. Nas palavras do Ministro da Justiça e do Interior, José Joaquim Seabra, a “humana lei”, como era chamada pelo governo, pretendia conciliar “os altos e importantes interesses da saúde pública, que é a saúde do povo, com as garantias que as leis e a Constituição liberalizam a quantos habitam a nossa pátria” (SEVCENKO, 1984, p. 6-7).

A oposição permanecia contestando os métodos de aplicação do decreto de vacinação, os quais seriam truculentos, com soros, e principalmente com aplicadores pouco confiáveis, além de funcionários, enfermeiros, fiscais e policiais, manifestando instintos brutais e moralidade discutível. Os maus exemplos já teriam sido notados na campanha anterior, pela extinção da febre amarela, por toda a população. Para os opositores, se o governo acreditava nas qualidades e na necessidade da vacina, deveria deixar à consciência de cada um a liberdade de decidir pela sua aplicação ou não, podendo, inclusive, escolher as

condições mais convenientes para recebê-la. O que se questionava, portanto, não era a utilidade da vacina, a qual era reconhecida, mas as suas condições de aplicação, e, sobretudo, o seu caráter compulsório (SEVCENKO, 1984, p. 7). E mesmo intelectuais, como Rui Barbosa, engajaram-se contra a obrigatoriedade da vacinação.

Após uma série de revoltas populares e militares, que já vinham sendo articuladas desde 5 de novembro de 1904, e depois de muitas mortes durante essas sublevações, o governo revoga, em 16 de novembro de 1904, a obrigatoriedade da vacina antivariólica. Tendo sido extinta a causa deflagrada do movimento, e dada a repressão sistemática pelo seu término, o movimento retrocede, até se extinguir completamente. Contudo, o levante militar teve repercussão na Bahia, onde, entretanto, foi rapidamente neutralizado. No Recife, a movimentação da imprensa favorável à revolta provocou algumas passeatas pela cidade, que, todavia, foram infrutíferas (SEVCENKO, 1984, p. 25).

Diante desse cenário, o governo pôde exercer toda a sua repressão. Os militares acusados da insurreição foram presos, líderes civis foram encarcerados e processados por tribunais militares, e os populares foram igualmente perseguidos e aprisionados. De acordo com Nicolau Sevcenko:

Nunca se contaram os mortos da Revolta da Vacina. Nem seria possível, pois muitos, [...] foram morrer bem longe do palco dos acontecimentos. Seriam inúmeros, centenas, milhares, mas é impossível avaliar quantos. Os massacres em geral não manifestam rigor pela precisão. Sabe-se quantos morreram em Canudos, no Contestado ou na Revolução Federalista – para só ficarmos nas grandes chacinas da Primeira República? A matança coletiva dirige-se, via de regra, contra um objeto unificado por algum padrão abstrato, que retira a humanidade das vítimas: uma seita, uma comunidade peculiar, uma facção política, uma cultura, uma etnia (SEVCENKO, 1984, p. 3).

JOÃO DO RIO: A VOZ DA CIDADE

A primeira imagem que se apresenta a quem tenta compreender a figura de João do Rio é a de um homem de muitos nomes. João do Rio era, na verdade, um dos pseudônimos do autor que assinava nos contratos editoriais, João Paulo Alberto Coelho Barreto (1881-1921). De acordo com algumas fontes, João Paulo Emílio Cristóvão dos Santos Barreto. E até mesmo para os biógrafos, se tornou problemática a verificação do seu nome. Um homem de muitos nomes, que utilizava vários pseudônimos: Claude, João de Oliveira e José Antônio José, entre outros.

Neste artigo, será destacado o pseudônimo João do Rio. João de um Rio de Janeiro que se modernizava e é exposto sob vários ângulos pelo primeiro grande repórter brasileiro. Através da narrativa de João do Rio, a cidade se mostra em palavras, por

meio de um procedimento incomum operado pelo autor, transformando em crônica a matéria real. João do Rio era o cronista que saía às ruas, procurando o fato diverso, que parecia esperá-lo para ser retratado sob um ponto de vista diferenciado. Seus textos comentam fatos e pessoas que antes eram meramente transplantados para o jornal. Posteriormente, seus escritos tornaram-se livros, como aconteceu com o primeiro volume publicado pelo autor, *Religiões do Rio*, reunindo textos divulgados em 1904, na *Gazeta de Notícias* (RIO, 1995, p. IX).

Após duas tentativas frustradas, foi eleito para a Academia Brasileira de Letras, antes de completar vinte e nove anos, com quatro volumes já publicados. Mais tarde, tornou-se membro correspondente da Academia de Ciências de Lisboa. Gradativamente, João do Rio foi-se tornando mais cronista e menos repórter. Autor de obras de muito valor, especialmente como cronista, Paulo Barreto é considerado o criador da crônica social moderna. E atribuiu-se a João do Rio ter sido o primeiro autor a utilizar o termo “favela”.

A história da favela se entrecruza com a história de Paulo Barreto. Após a primeira campanha frustrada para derrubar Canudos, muitos negros pobres foram morar no Rio de Janeiro, no final do século XIX, habitando o então Morro da Providência ou

Morro da Favela, local que ficava atrás da sede do Ministério da Guerra, à época. A tropa, que aguardava a sua desmobilização, ficou ali por não ter para onde ir, de modo que a ocupação do morro foi se dando com a formação de famílias, nas quais, frequentemente, havia integrantes do Exército brasileiro.

Desse modo, as tropas do Exército, durante a Guerra de Canudos, ocuparam o morro dominante sobre o reduto dos revoltosos, que se chamava “Favella” (ainda gravada com “ll”), nome de uma planta favosa presente na região que daria origem à primeira ocupação de morro na cidade, morro este, portanto, denominado pelos moradores de “Favela” (ANTUNES, s.d., p. 100-101). Esse termo viria a ser usado como topônimo para designar qualquer ocupação de morros no Rio de Janeiro, assumindo um sentido mais pejorativo.

Na reportagem “*Os livres acampamentos da miséria*” (*Gazeta de Notícias*, 03/11/1908), João do Rio retrata esse processo de ocupação, ao falar das habitações do morro de Santo Antônio. E em “*A morada dos gatunos e desordeiros*”, o cronista retrata a população do Morro da Providência, que como já ressaltado, foi a primeira favela do Brasil. Desse modo, haveria uma ligação histórica direta entre a imagem de João do Rio e o próprio surgimento do objeto da matéria em questão,

os “acampamentos da miséria” dos morros cariocas. Tais acampamentos, na verdade, não eram próprios para moradia, sendo destituídos das mínimas condições de saúde pública.

“*Os livres acampamentos da miséria*”, primeiro texto conhecido sobre favela numa perspectiva mais próxima de como a entendemos hoje, traz a perspectiva dos trabalhadores que, excluídos da ordem produtiva convencional, encontram nos “bicos” um meio de sobrevivência, dentro de uma legalidade mínima, em sua “cidade dentro da grande cidade”, marcada pelo abandono do Estado. A favela enquanto espaço de marginalidade, como era vista ao longo do século XX, reflete uma complexa mistura entre questões étnicas e de classe. Infelizmente, a realidade das favelas cariocas do século XXI não é diferente.

Ao final da crônica, João do Rio chega ao alto do morro e contempla a cidade, que dormia iluminada: “imaginei chegar de uma longa viagem a um outro ponto da terra, de uma corrida pelo arraial da sordidez alegre” (RIO, 1911, p. 152). Nesse ponto, o autor evidencia o quanto esteve imerso em uma outra ordem simbólica completamente distinta da zona de inclusão social. Nessa reportagem, vemos, ainda, uma clara referência à tatuagem atrelada à população marginalizada: “João Rainha, com os braços muito tatuados, começou a

cantar” (RIO, 1911, p. 151). De igual modo, a mentalidade sanitarista da época também pode ser verificada: “De repente, lembrei-me que a varíola cairia ali ferozmente, que talvez eu tivesse passado pela toca dos variolosos” (RIO, 1911, p. 152).

Esse último parágrafo exprime o tempo e espaço nos quais se assenta a tradição à qual João do Rio estava vinculado. Ele se formou como um peculiar *dandy* carioca, sob a matriz textual de um Oscar Wilde dos trópicos. É possível afirmar que o dandismo no Brasil, misturando-se à elegância das correntes parnasianas e românticas, teria vários seguidores, tais como: Olavo Bilac, Guilherme de Almeida e Elycio de Carvalho, também escritores e jornalistas (FARIA, 1988, p. 183). Tal matriz trouxe uma série de características que demarcam bem o tempo como uma memória textual em João do Rio.

A alma encantadora das ruas

Reunindo textos da *Gazeta de notícias* e da revista *Kosmos*, *A alma encantadora das ruas* foi publicada em 1908. Olavo Bilac, na condição de editor da revista *Kosmos*, registrou a necessidade de mudança quanto aos temas que seriam abordados e à linguagem utilizada na Revista: “A crônica de *Kosmos* deve fixar o estado moral, a 'crise' da existência carioca, e seria insensato que, num momento em que

toda a cidade sofre, agoniza ou convalesce - só aparecessem nestas páginas suspiros de poetas egoístas, devaneios de lirismo abstrato." (Olavo Bilac, nov. 1904).

O Rio de Janeiro do início do século XX era o centro político, comercial e populacional do país. A cidade, imensamente influenciada pela Europa e pelos Estados Unidos, intensificou suas atividades de importação, assumindo um perfil consumista, em torno da última moda. O Rio, que respirava modernidade, também era uma cidade que parou em si mesma no tempo. Sua estrutura urbana, velha e ultrapassada, enfrentava vários problemas de desenvolvimento. O sanitarismo provocou a derrubada de velhos prédios e igrejas históricas, abertura de novas avenidas, e também buscou silenciar revoltas. O Rio de Janeiro "civiliza-se" em alguns pontos de sua superfície, entretanto, a miséria continua.

A grande personagem em *A alma encantadora das ruas* é a cidade, que se desdobra em várias nuances, a partir das quais pode ser compreendida. Em um primeiro momento, o narrador-repórter retrata a rua como imagem, sendo ela um espaço possível de dimensionamento do mundo. O leitor, que já não é o mesmo do jornal, é convidado a percorrer a cidade sentimentalmente.

A rua, associada ao homem até mesmo em sua etimologia (do latim "ruga",

"sulco"), nasce, como ele, do espasmo, do soluço. Nas palavras de João do Rio: "Há suor humano na argamassa do seu calçamento". E é essa mesma rua "a mais igualitária, a mais socialista, a mais niveladora das obras humanas" (RIO, 1995, p. 4).

João do Rio conduz o seu leitor a um movimento de abrangência, ao trabalhar com o seu inverso: a visão fragmentada do universo das ruas. A maneira de expor a cidade ao conhecimento é fragmentando-a, na esfera da modernidade. A ótica do *flâneur* deixa entrever um foco móvel, que não se fixa em nenhum espaço, permitindo uma visão de passagem. Circulando entre ruas e becos, o *flâneur* observa e entrevista tipos humanos, contudo, não se mistura, permanecendo como o comentarista distanciado que sabe se disfarçar entre as camadas populares: sabe desfrutar do anonimato que as ruas proporcionam (RIO, 1995, p. XI).

Durante esse passeio, o cronista revela por fragmentos o perfil do Rio de Janeiro e de seus habitantes, não daqueles que frequentam os salões de Botafogo, mas daqueles que se configuravam como povo. Dessa forma, o cenário urbano dará relevo à caracterização do humano, que preenche o espaço da referencialidade.

A tatuagem e os detentos nas crônicas de João do Rio

Em *A alma encantadora das ruas*, a crônica “Os tatuadores” começa retratando uma cena frequente na capital da República Velha: um menino de 12 anos, oferecendo seu serviço para um rapaz, pergunta se este queria “marcar” a sua pele. Tal acontecimento era muito comum nas ruas do centro do Rio de Janeiro, sobretudo perto do cais, durante o século XX (RIO, 1995, p. 29).

Nessa crônica, João do Rio relata que a palavra tatuagem é relativamente recente. Tendo sido introduzida pelo navegador Loochs no ocidente, esse a escrevia *tattou*, termo da Polinésia de *tatou* ou *to tahou*, desenho. Alguns ainda acreditam que a palavra tenha surgido do ruído perceptível da agulha sobre a pele: tac, tac. Porém, a crônica remonta a origens mais antigas. O primeiro homem, ao perder o pelo, teria descoberto a tatuagem. O cronista continua em seu retrospecto:

Desde os mais remotos tempos vêmo-la a transformar-se: distintivo honorífico entre uns homens, ferrete de ignomínia entre outros, meio de assustar o adversário para os bretões, marca de uma classe para selvagens das ilhas Marquesas, vestimenta moralizadora para os íncolas da Oceania, sinal de amor, de desprezo, de ódio, bárbara tortura do Oriente, baixa usança do Ocidente. Na Nova Zelândia é um enfeite; a Inglaterra universaliza o adorno dos selvagens que colhem o phormium tenax para

lhe aumentar a renda, e Eduardo com a âncora e o dragão no braço esquerdo é só por si um problema de psicologia e de atavismo. (RIO, 1995, p. 29-30)

É Cesare Lombroso, psiquiatra, cirurgião, criminologista, antropólogo e higienista italiano, quem pretende explicar a associação entre tatuagem e atavismo, a partir de um determinismo biológico que encontrou recepção na sociedade carioca da República Velha:

A primeira, a primeiríssima causa da difusão do uso da tatuagem, entre nós, creio que seja o atavismo (hereditariedade); ou a espécie de atavismo-histórico, que é a tradição, como se a tatuagem fosse um dos caracteres especiais do homem primitivo e do homem em estado de selvageria. (LOMBROSO, 2007, p. 43)

De acordo com a crônica “Os tatuadores”, da tatuagem do Rio é possível fazer o estudo mais variado da credence. A vida amorosa e social de toda a classe humilde, as vidas da classe dos ganhadores, dos viciados, podem ser reconstruídas através das tatuagens. Nesse sentido, a tatuagem seria a inviolabilidade do corpo e a história das paixões. Não seriam apenas riscos nas peles dos homens e das mulheres, mas algo que diz respeito às suas aspirações, horas de ócio, fantasia da sua arte, e crença na eternidade dos sentimentos. Em suma, as tatuagens são a exteriorização da alma de quem as traz (RIO, 1995, p. 30).

Nesse momento, o cronista toma como exemplo da versatilidade e da significação da tatuagem um personagem que atende pela alcunha de “Madrugada”, chefe das crianças marcadoras, bem como dos marcadores ambulantes. Esse, que teria estado na cadeia várias vezes, como o cronista descreve, vive nas Ruas da Conceição e São Jorge, tem amantes, compõe modinhas satíricas e é poeta. João do Rio prossegue com a sua descrição:

Homem tão interessante guarda no corpo a síntese dos emblemas das marcações – um Cristo no peito, uma cobra na perna, o signo de Salomão, as cinco chagas, a sereia, e no braço esquerdo o campo das próprias conquistas. Esse braço é o prolongamento ideográfico do seu monte de Vênus onde a quiromancia vê as batalhas do amor. Quando a mulher lhe desagrada e acaba com a chelpa, Madruga emprega leite de mulher e sal de azedas, fura de novo a pele, fica com o braço inchado, mas arranca de lá a cor do nome (RIO, 1995, p. 31).

Quanto às técnicas de tatuagem existentes na época, o cronista retrata que os tatuadores adotavam várias maneiras de tatuar: por picadas, por incisão, por queimadura subepidérmica. João do Rio conta que as técnicas mais conhecidas entre nós eram a incisiva, tradição trazida da África pelos negros, e a por picadas, que se fazem com três agulhas amarradas e embebidas em graxa, anil ou fuligem, tinta, pólvora, acompanhando o desenho prévio.

De acordo com João do Rio, o marcador trabalha como as senhoras bordam.

O cronista resgata a afirmação de Cesare Lombroso, de acordo com a qual a religião, a imitação, o ócio, a vontade, o espírito de corpo ou de seita, as paixões nobres, as paixões eróticas e o atavismo são as causas mantenedoras dessa usança. Uma outra explicação para esse costume é o ambiente. E nesse aspecto, vemos uma clara influência do lombrosianismo sobre o pensamento de João do Rio:

Hoje toda a classe baixa da cidade é tatuada – tatuam-se marinheiros, e em alguns corpos há o romance imageográfico de inversões dramáticas; tatuam-se soldados, vagabundos, criminosos, barregãs, mas também portugueses chegados da aldeia com a pele sem mancha, que a influência do meio obriga a incrustar no braço coroas do seu país (RIO, 1995, p. 32).

Observe-se, ainda, que João do Rio era eminente representante da comunidade lusitana no Rio de Janeiro, tendo feito viagens a Portugal e mantido estrito contato com a comunidade de imigrantes daquele país. E essa sua visão de cronista encontra correspondência direta na obra *O Homem delinquente*, de Cesare Lombroso:

Também na Itália esta prática se encontra difundida sob o nome de marca, sinal, mas só nas ínfimas classes sociais; nos camponeses, marinheiros, operários, pastores, soldados, e mais ainda entre os delinquentes (LOMBROSO, 2007, p. 30).

Ao final da crônica, João do Rio destaca a figura das meretrizes e a dos criminosos. As mulheres mandavam marcar corações com o nome dos amantes, e após algumas brigas, desmanchavam a tatuagem “pelo processo do Madruga”, e ainda marcavam o mesmo nome no pé, no calcanhar, como demonstração de que já haviam superado seu antigo *affair*. “As meretrizes e os criminosos nesse meio de becos e de facadas têm indelévels idéias de perversidade e de amor. Um corpo desses, nu, é um estudo social” (RIO, 1995, p. 33).

Em outras duas crônicas de *A alma encantadora das ruas*, “As quatro idéias capitais dos presos” e “Mulheres detentas”, são retomadas as ideias deterministas, e, de certo modo, a mentalidade sanitária que podem ser observadas em “Os tatuadores”: a higiene da cidade deveria refletir-se em uma higiene dos corpos que ia além do simples asseio; envolvia também um regime de disciplina e maneiras.

“As quatro idéias capitais dos presos” começa relatando que na Detenção há casos de reincidências exemplares e casos de psicologia curiosíssimos. A título de exemplo, João do Rio traz o caso do Sargento da Meia-Noite: na opinião do cronista, aparentemente regenerado, mas propenso a cometer um novo crime quando posto em liberdade.

Para evitar tal reincidência, João do Rio defende que é necessário aplicar o método inglês, as sentenças cumulativas, sistema de penas progressivas, cuja duração é calculada justamente pelo quociente de reincidências. De acordo com o cronista, a lógica deveria ser a seguinte: “um preso condenado por ladroeira, se entrar outra vez pelo mesmo crime, tem a pena duplicada; se entrar terceira, triplicada, e assim por diante”. Segundo ele, isso “acabaria com a falha do código, o broquel de defesa dos gatunos, que nos seus artigos admiráveis tem a generalidade da pena para toda a sorte de escapatórias” (RIO, 1995, p. 160). Ou seja: a higiene social também se dava pelo recolhimento dos criminosos reincidentes.

Acerca da tatuagem, segundo João do Rio, o fato curioso é que “pra esta gente, de outro lado da sociedade, não basta pensar, é preciso trazer a marca das próprias opiniões no lombo”. O cronista afirma que são muito raros os presos que na Detenção não são tatuados. Inclusive, são raros aqueles que não trazem no peito ou no braço uma coroa imperial. Em geral, pode-se dizer que os detentos eram monarquistas (RIO, 1995, p. 160).

Entretanto, em que pese simpatizarem com os ideais monárquicos, de acordo com João do Rio, nenhum deles se regenera:

Deus é apenas a salvação das suas patifarias na terra, e tanto é assim que não há desordeiro assassino em cuja mão direita não apontem, tatuadas, as cinco chagas de Cristo. Sabem a interpretação dada a este sinal? A piedosa interpretação de que com a mão, ajudada por tão grande símbolo, não se atira à cara de um sujeito uma taponada sem que o contendor não caia ao chão! (RIO, 1995, p. 161)

Ao final dessa crônica, João do Rio afirma que a religião, que dá esperança aos aprisionados, e o jornal, que os faz lembrar a rua, aludem à ideia de liberdade, capaz de modificar o humor dos presos, e “que faz frequentadas as solitárias, que os torna ora alegres, de uma extrema bondade, ora agitados e terrivelmente maus” (RIO, 1995, p. 162).

Em “Mulheres detentas”, ao final de *A alma encantadora das ruas*, também é possível perceber a influência das teorias deterministas sobre a sociedade brasileira, durante a Primeira República, especialmente na capital do país:

É possível? Haverá loucas na Detenção como há agitados e imbecis? O Dr. Afrânio Peixoto, o psiquiatra eminente, dissera-me uma vez, apontando o pátio do Hospício, onde, presas de agitação, as negras corriam clamando horrores aos céus: — Há algumas que têm quatro e cinco entradas aqui. Saem, tomam a beber e voltam fatalmente (RIO, 1995, p. 165).

O cronista nos permite compreender que essas mulheres estão na Detenção por coisas fúteis, coisas que cometem diariamente, até que a ira dos inspetores se acenda contra elas, ou sofram a vingança de

algum soldado que por estas mulheres esteja apaixonado.

Como ponderou em relação aos presos, João do Rio ressalta que todas essas mulheres detentas estão tatuadas; quer seja nas pernas, nos braços, nas mãos, no ventre, e algumas até na testa. A tatuagem, para esses pobres corações, seria como a exteriorização da saudade. Espadas, cristos, sereias, peixes, coroas imperiais, o nome dos que lhes deram a vida, o nome dos irmãos, o dos amantes e dos filhos perdidos: na hora de solidão, muitas têm nessa recordação a eterna dor.

Cavallhada da Luxúria, correndo nos recantos da cidade ao lado da morte e do assassinato, destinada aos fins trágicos da miséria, da sífilis ou do ciúme feroz, os seus próprios corpos são como o perpétuo símbolo das suas adorações, os altares onde se confundem todos os sentimentos (RIO, 1995, p. 167).

ESTIGMA E TATUAGEM À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana tem sido um dos princípios constitucionais mais utilizados, contudo, um dos menos compreendidos nos últimos anos. Escolher trabalhar com esse princípio imprescindível à nossa ordem normativa envolve compreendê-lo na concretude dos direitos à não discriminação e, no seu limite, à igualdade. Por haver um núcleo comum de

dignidade, inerente a todo e qualquer ser humano, é preciso superar o problema das diferenças criadas por atribuições simbólicas imbuídas de preconceitos e até interpretações errôneas, e nos atermos às causas da desigualdade que obstaculizam a efetivação desse princípio, matriz de direitos e garantias fundamentais em nosso ordenamento jurídico.

De igual modo, elencar o sanitarismo como pano de fundo de um contexto histórico específico, a partir do qual é possível analisar as noções de estigma e de tatuagem, enxergando nessas ideias, inclusive, correspondência com as teorias deterministas, não tem como objetivo uma prolixidade retórica, antes, o propósito é compreender mais a fundo quais as características dessa desigualdade primária, que não se reduz a não aceitação da alteridade, mas, para muito além disso, diz respeito ao que atinge o interesse público do bem comum. Partindo dessas premissas, é possível estudar as categorias tatuagem e estigma, sem incorrer em reducionismos que se contraponham ao objetivo geral desta pesquisa.

Estigma segundo Erving Goffman

De acordo com Erving Goffman, em seu livro *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*, os gregos criaram o termo estigma para se

referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem os apresentava. Feitos com cortes ou fogo no corpo, os sinais avisavam que o portador era um escravo, um traidor ou criminoso, uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada; sobretudo em locais públicos. Na era Cristã, foram acrescentados ao termo dois níveis metafóricos: um que se referia a sinais corporais de graça divina, os quais assumiam a forma de flores sanguíneas em erupção sobre a pele, e o outro, uma alusão médica a essa conotação religiosa: nesse sentido, estigma referia-se a sinais corporais de distúrbios físicos (GOFFMAN, 1980, p. 5).

Dessa forma, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos que nele identificamos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua “identidade social”. Nós transformamos essas pré-concepções em expectativas normativas e comportamentais, em exigências apresentadas de modo mais rigorosamente vinculado a um determinado conteúdo, suprimindo, portanto, o espaço de liberdade e indefinição daquele que conosco partilha a existência. Contudo, durante todo esse tempo, estivemos, na verdade, fazendo algumas afirmativas em relação àquilo que o indivíduo que está na nossa frente deveria ser. Desse modo, as exigências que fazemos

podem ser vistas como demandas feitas "efetivamente", e o caráter que imputamos ao indivíduo poderia ser enxergado como uma caracterização "efetiva", contudo, uma identidade social virtual. Assim, a categoria e os atributos que ele, na realidade, prova possuir serão considerados a sua identidade social real.

O termo estigma será utilizado para se referir a um atributo que se considera profundamente depreciativo. Um estigma é um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo, embora haja importantes atributos, que, de modo geral, em nossa sociedade, não são valorizados (GOFFMAN, 1980, p. 6-7).

Goffman se preocupa especialmente com o encontro entre "normais" e estigmatizados, momento no qual realmente se encontram na presença imediata uns dos outros, sobretudo quando tentam manter uma conversação. Nesse instante, ocorre uma das cenas fundamentais da sociologia, pois essa será a ocasião na qual, muitas das vezes, ambos os lados enfrentarão as causas e os efeitos do estigma (GOFFMAN, 1980, p. 15).

O autor identifica duas possíveis reações dos normais quanto aos estigmatizados, quando ambos se introduzem em situações sociais mistas. Aqueles tentarão proceder como se, de fato, estes corresponderem a um dos tipos de

pessoas que lhes são naturalmente acessíveis em tal situação, seja tratando o estigmatizado como se ele fosse alguém melhor do que achamos que seja, ou pior do que achamos que provavelmente é. Quando nenhuma dessas situações for possível, o "normal" tentará agir como se o estigmatizado fosse "não-pessoa", e não existisse como um indivíduo singular digno de atenção ritual (GOFFMAN, 1980, p. 19).

É, especialmente, essa redução do outro a uma "não-pessoa" que este trabalho procura analisar, a fim de compreender, sem cometer anacronismos, a violação do núcleo de dignidade comum pelo resíduo da mentalidade sanitarista e das teorias deterministas que ferem o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente aquelas que compreendem a tatuagem como uma marca corporal identificadora da degenerescência.

Mais adiante, Goffman conclui que não é para o diferente que se deve olhar em busca da compreensão da diferença, mas sim para o comum. Segundo o autor, devemos nos preocupar menos com os desvios pouco habituais que se afastam do comum (estes, que se constituem como a grande preocupação das teorias deterministas) do que com os desvios habituais que se afastam do comum (GOFFMAN, 1980, p. 109). Essa concepção coaduna com a perspectiva segundo a qual o estereótipo do psicopata

não é a chave de compreensão da criminalidade brasileira, antes, é preciso olhar para as causas da nossa desigualdade, que é estrutural, e dizem respeito ao que mitiga as nossas possibilidades reais de estabelecer uma igualdade primária.

4.2. O estigma da tatuagem na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal

O estigma que gira em torno da tatuagem foi objeto de reflexão no Supremo Tribunal Federal (STF), o órgão jurisdicional mais elevado do nosso ordenamento jurídico. A decisão colegiada foi proferida em 17 de agosto de 2016 durante o julgamento do Recurso Extraordinário 898.450/SP. Nesta ação judicial se discutia a possibilidade de os editais de concurso público proibirem o ingresso de candidatos que tenham tatuagens em cargo, emprego ou função pública²²³.

Segundo o relatório produzido pelo Ministro Luiz Fux, o caso começa quando Henrique Silveira impetra um mandado de segurança contra o diretor do Centro de Seleção, Alistamento e Estudos de Pessoal

da Polícia Militar do Estado de São Paulo por ter sido excluído de um concurso público para soldado da PM de 2ª Classe. O motivo da sua eliminação decorreria do fato de Henrique possuir uma tatuagem na perna esquerda que contrariava as regras do edital do concurso que este prestava.

Sem embargo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso interposto pela Fazenda, confirmando a ideia consagrada no direito administrativo de que “o edital é a lei do concurso”, e que o candidato que participa do certame aceita as suas disposições, inclusive as que estabelecem restrições à tatuagem. Conforme o edital analisado, as tatuagens deveriam ser discretas e não poderiam ser visíveis ao se usar o uniforme de treinamento físico.

Diante dessas afirmações, Henrique interpôs o Recurso Extraordinário, alegando a inconstitucionalidade da norma contida no edital, em virtude de ofensa aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade. Quando o recurso chega ao STF, acaba sendo reconhecida a existência de repercussão geral, o que demonstra que aquele tema era frequentemente discutido em âmbito judicial.

A fim de construir um voto contextualizado, o ministro Fux realiza uma breve análise histórica e sociológica da tatuagem que reforça as ideias expostas neste

²²³ Todas as informações referentes ao Recurso Extraordinário 898.450/SP podem ser encontradas na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4804268&numeroProcesso=898450&classeProcesso=RE&numeroTema=838>>. Acesso em: 29/01/2021.

trabalho. Para ele, a pigmentação definitiva no corpo humano foi introduzida por viajantes e marinheiros no século XVIII, porém foi associada aos setores marginalizados da sociedade no século posterior, subsistindo alguns resquícios desse imaginário até os dias atuais²²⁴:

Arte corporal milenar, a tatuagem, introduzida por viajantes e marinheiros no século XVIII, foi associada, no século XIX, a setores “marginais” da sociedade, como prostitutas e prisioneiros, sendo conhecida, por estes últimos, como a “flor do presídio” [...] Sua associação à prática de ilícitos e a setores marginais da sociedade não é, assim, fenômeno recente. Deveras no século XX, a tatuagem teve seu significado expandido, porém sem ser timbrada exclusivamente pelo estigma social de marginalidade.

Consciente desse passado, Fux acredita que em pleno século XXI não haveria quaisquer justificativas para que a sociedade ou o Estado “visualizem, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade e de inaptidão física para exercer determinado cargo público”,²²⁵ estigmatizando tais indivíduos. Logo, o ministro considera inconstitucional a previsão em editais de concurso público de eliminação de candidatos que possuam tatuagens, excepcionando-se aquelas que sejam “inaceitáveis sob uma ótica plural e

republicana”²²⁶. Essa foi a conclusão adotada pela maioria do Supremo.

Por fim, cabe ressaltar que essas restrições quanto ao uso da tatuagem não são um problema a ser enfrentado atualmente apenas pela justiça brasileira, haja vista que o estigma da tatuagem se manifesta ainda em outros países. A título de exemplo, os magistrados americanos discutiram recentemente a política implementada em 2015 pelo ex-superintendente da polícia que obrigava os agentes a cobrirem qualquer tatuagem visível durante o serviço²²⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se verifica dentro da mentalidade sanitarista e determinista que prevaleceu durante a República Velha é a inconsistência do discurso pautado em um modernismo que produzia a sua própria antítese: crescimento urbano desordenado, exclusão, atraso. Anos mais tarde, o Plano Agache foi a primeira proposta de intervenção urbanística na cidade do Rio de Janeiro com preocupações genuinamente modernas, introduzindo no cenário nacional

²²⁶ Idem.

²²⁷ Diversas notícias foram divulgadas sobre o caso em páginas eletrônicas de conteúdo jurídico como a “Courthouse News Service”. Disponível em: <<https://www.courthousenews.com/appeals-court-hears-first-amendment-tattoo-case/>>. Acesso em: 29/01/2021.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 898.450. Relator Ministro Luiz Fux, 17 de agosto de 2016, p. 7.

²²⁵ Ibidem, p. 17.

algumas questões típicas da cidade industrial, como o abastecimento de águas e o planejamento do transporte de massas, o crescimento das favelas e a habitação operária. Ademais, com debates que iam desde a necessidade de um zoneamento para a cidade até a delimitação de áreas verdes, o Plano Agache ultrapassou os limites do idealismo otimista das intervenções predecessoras de Pereira Passos.

O objetivo deste trabalho, ao contextualizar o período histórico de João do Rio e trazê-lo como principal referencial teórico, não foi o de colocar o autor como a voz dos pobres e marginalizados do século XX, e nem poderia ser: Paulo Barreto, como um homem de seu tempo, e frequentador dos círculos mais restritos da alta sociedade carioca, refletia a mentalidade sanitarista e o determinismo que eram considerados modernos à época. Entretanto, é inegável o fato de que as crônicas de João do Rio nos permitem pensar acerca dos modos de vida e da marginalização de categorias excluídas historicamente: os detentos, as mulheres, os trabalhadores de estiva e da região portuária, os tatuados, as pequenas profissões, etc. Essa preocupação em relatar o ângulo diverso sobre temas acerca dos quais poucos jornalistas de sua época escreviam o levou a se tornar cada vez menos repórter e mais cronista, até chegar ao status de criador da

crônica social moderna, além de ser o primeiro grande repórter brasileiro.

Para além desse estudo biográfico, este artigo buscou enxergar a repercussão do sanitarismo e das teorias deterministas no universo fragmento que João do Rio expõe: os becos e vielas da sociedade carioca da Primeira República. A tatuagem como estigma e o estigma como um reflexo da mentalidade sanitarista são escolhidos enquanto os principais temas, por retratarem as ambiguidades de uma capital que respirava ares modernos. Remodelação da cidade e exclusão social, ordem e progresso e determinismo biológico deveriam ser vistos como antagônicos, mas revelam-se como duas faces complementares de uma mesma dinâmica social: o problema da desigualdade no Brasil é muito anterior ao contexto de nascimento da República, remontando a diversas heranças da escravidão e a fluxos migratórios. Do renascimento dos apelos monarquistas, contemporâneos, à desigualdade estrutural primária, que afeta o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, talvez o que nos falte seja, justamente, um espírito republicano que possa se inspirar na atividade de um jornalismo que, observando a realidade, a trate com tons menos impressionistas que os de João do Rio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alzira Alves de et al. (coords.). *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br>>. Acesso em: 16/01/2021.

ANTUNES, Paranhos. “O topônimo ‘favela’ e sua origem”. *Estudos de História Carioca*. Rio de Janeiro: Prefeitura do Distrito Federal, s.d.

FARIA, Gentil de. *A presença de Oscar Wilde na “Belle Époque” literária brasileira*. São Paulo: Pannartz, 1988.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Fundação do Desenvolvimento da Educação. Editora da Universidade de São Paulo, 2. ed. São Paulo, 1995.

GOFFMAN, E. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1974.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução Sebastião José Roque, Editora Ícone – São Paulo, 2007.

RIO, João do. *A alma encantadora das ruas*. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Dep. Geral de Doc. e Inf. Cultural, Divisão de Editoração, 1995.

_____. *Vida vertiginosa*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1911.

RODRIGUES, R. N. *Mestiçagem, Degenerescência e Crime*. *História, Ciência e Saúde Manguinhos*, 15, 1151-1180, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v15n4/14.pdf>>. Acesso em: 29/01/2021.

SEVCENKO, Nicolau. *A literatura como missão: tensões sociais e criação cultural na*

Primeira República. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.

_____. *A revolta da vacina - mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

**AS TRAGÉDIAS AMBIENTAIS E A
CRISE DE REPRESENTATIVIDADE
DO ESTADO BRASILEIRO NA
GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA**

*Ana Paula de Moraes Pissaldo*²²⁸

*Eliete Doretto Dominiquini*²²⁹

RESUMO

A sociedade civil espera em plena pós-modernidade o cumprimento do necessário capitalismo a fim de distribuição de riqueza e justiça social. Desde o século XVIII a relação entre direitos humanos, livre mercado e força do capital na globalização é questionada pelos países em desenvolvimento, que não se beneficiam dos frutos da globalização econômica, mas participam do esgotamento do planeta para um consumo sem freios, para a segregação cada vez maior entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, entre ricos cada vez mais ricos e pobres cada vez mais pobres. O comportamento do Estado do Brasil, em detrimento dos direitos fundamentais, vem demonstrando que o desenvolvimento humano é inalcançável e privilégios elitizados são prioridades, a exemplo de obras megalomânicas

²²⁸ Mestre em Direito. Professora de Direito. Advogada. Pesquisadora na área Empresas, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, especialmente da dinâmica das Empresas Transnacionais como elemento de modificação dos direitos humanos/fundamentais.

²²⁹ Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Bacharel em Direito pela Universidade de São Caetano do Sul (USCS). Professora da graduação em Direito na Universidade Nove de Julho. Advogada. Sua área de atuação na pesquisa é Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito, com ênfase na relação não equânime entre Direitos Humanos e Globalização Econômica e agentes protagonistas no cenário governamental como Empresas Transnacionais. Organizadora de projeto aprovado e fomentado em 2016 pelo CNPQ, cujo tema central de pesquisa foi “A Relação Sustentável entre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais”.

e tragédias ambientais que esmagam a sociedade civil.

PALAVRAS-CHAVE: consumo, globalização, capitalismo avançado, relativização dos direitos fundamentais; tragédias ambientais.

ABSTRACT

Civil society expects in full postmodernity to fulfill the necessary capitalism in order to distribute wealth and social justice. Since the 18th century, the relationship between human rights, free market and the strength of capital in globalization has been questioned by developing countries that do not benefit from the fruits of economic globalization but participate in the depletion of the planet for unbridled consumption, for increasingly segregation greater between developed and developing countries, between rich people getting richer and poor people getting poorer. The behavior of the State of Brazil to the detriment of fundamental rights, has shown that human development is unattainable and elite privileges are priorities, such as megalomaniac works and environmental tragedies that crush civil society.

KEYWORDS: consumption, globalization, advanced capitalism, relativization of fundamental rights; environmental tragedies.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a relação entre o livre mercado e direitos fundamentais de país em desenvolvimento como o Brasil e a crise de representatividade do estado-nação diante do capitalismo avançado na globalização econômica.

O primeiro capítulo demonstra o desenvolvimento dos direitos humanos e da economia, chegando na globalização econômica no capitalismo avançado.

A crise de representatividade é elucidada no segundo capítulo, demonstrando que na corrida do capital, os países antes ricos, mas pioneiros na dinâmica econômica, estão à frente no crescimento econômico global, e por isso os Estados em desenvolvimento encontram um abismo a superar para igualar a capacidade econômica. Também descreve a segregação mundial pela má distribuição de riqueza, contendo o capital em cofres privados de empresas transnacionais que determinam a condição do país em desenvolvimento como fonte de exploração de matéria-prima, e tais governos relativizam a legislação nacional em nome do capital, e os direitos humanos/fundamentais são suprimidos com facilitação pública.

No terceiro capítulo far-se-á a análise de tragédias e obras de proporções vultosas no Brasil ao longo das últimas décadas até o momento pandêmico em detrimento da democracia, mas a favor do livre mercado, por estratégias caóticas que detonam um posicionamento favorável para o Brasil na comunidade internacional.

O estudo analisa elementos que circundam a relação ácida e desarmoniosa entre Direitos Humanos/Fundamentais e

Direito Econômico e as estratégias de governos para atender as duas demandas, ambas imprescindíveis à Dignidade da Pessoa Humana e que não podem se antagonizar; assim, diante da problematização, pretende-se responder às seguintes perguntas: os direitos fundamentais são suprimidos em nome do livre mercado no Brasil? Como é o trato do meio ambiente para facilitação do avanço econômico no Brasil? As respostas anteriores demonstram crise de representatividade do governo brasileiro?

Para atender à pesquisa, a metodologia utilizada é dedutiva, bibliográfica documental, e o referencial teórico é Zygmunt Bauman.

Direitos Humanos na Globalização Econômica e Capitalismo Avançado

Historicamente, as gerações/dimensões de direitos humanos foram nascendo de forma repressiva ao movimento do capital.

Pela perspectiva europeia, a primeira geração, no fabuloso e emblemático século XVIII, se deu em decorrência da luta setorial do artesão marginalizado da baixa idade média, que cresceu na atividade da mercancia sob a égide da *Lex Mercatória* (lei do Mercador) que acabou lhe gerando poder bastante para

lutar contra um Estado Absoluto pelo direito de liberdade, de propriedade, e de garantias públicas para o mercantilismo (raiz do capitalismo) como proposta do Estado Liberal não interventivo.

Abre-se o século XIX com a segunda geração/dimensão de direitos humanos, justamente pela ascensão burgo/industrial ao explorar indiscriminada, embora legalmente, todo o restante da sociedade pobre, rural e marginalizada, em contratações subumanas no setor manufatureiro, haja vista que o objetivo da lucratividade se lastreava na produção em massa, na matéria-prima e mão de obra baratas e no consumo em grande escala.

O embrião do trabalho escravo encontra-se nesse momento, conforme Pissaldo e Sanches:

Necessário pontuar que nesta fase é possível caracterizar o trabalho forçado como trabalho escravo. A busca pelo lucro era o seu fim maior em detrimento do respeito à dignidade individual do ser, de modo que já pode ser vislumbrado o desrespeito aos Direitos Humanos, talvez em seu modo mais embrionário que pode ser o desencadeante das atrocidades pós-modernas vivenciadas pela atual sociedade, como a dita escravidão pós-moderna.²³⁰

Como consequência da exploração econômica e corrida pelo capital, vem a

²³⁰ PISSALDO, Ana Paula Moraes; SANCHES, Samyra Napolini. Direito Humano ao Meio Ambiente Sustentável na Pós-Modernidade. V. 16. São Paulo: Revista Argumentum, 2015. p. 102.

reação da classe proletariada no importante confronto de movimentos sociais contra a união de política e economia²³¹, que exige o direito de igualdade – segunda geração/dimensão de Direitos Humanos – inaugurando, assim, o Estado Social interventivo nas relações privadas para a proteção do oprimido pelo capital, equacionando o contrato de trabalho com a tentativa de moralizar o legislativo e afastá-lo de pressão setorial, afastando o positivismo arraigado²³²⁻²³³.

Até então o tal capitalismo não havia cumprido sua promessa, ao contrário, a busca pelo capital fomentou a segregação em desfavor da maioria e não proporcionou desenvolvimento humano, exceto aos países ricos que se adiantaram e promoveram a

²³¹ SILVEIRA, Valdmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. Os direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 173/174.

²³² DOMINIQUINI, Eliete Doretto. A relação entre Direitos Humanos e a Economia Corporativa Global: caminhos jurídicos e perspectivas. São Paulo: TEDE Uninove, 2016. pp. 18-20.

²³³ “Após o advento da segunda geração/dimensão dos Direitos Humanos homenageados nas Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919) que especialmente configurou a Alemanha em República, a igualdade social fora clamada e para tanto afastado o positivismo arraigado do movimento liberal, dando início à Conferência de Versailhes (1919) com a assinatura do Tratado que reorganizava a Europa a partir da perspectiva dos “vencedores” e, ao passo que encerrava oficialmente a Guerra, dramaticamente veio a ser o estopim para a deflagração da segunda Guerra, pois impunha responsabilidades à Alemanha que, por sua perspectiva, eram humilhantes demais para uma nação”. Ibidem, p. 23.

dinâmica capitalista daquele século porque tinham poder para isso, como os Estados Unidos, por exemplo.²³⁴

Amadurecido, o capitalismo vencedor na batalha com dois antagonistas, comunismo e socialismo, empoderando ainda mais o burguês industrial, supera duas guerras mundiais do século XX, promovendo ainda revoluções industriais: a primeira com a máquina a vapor e produção têxtil (sec. XVIII); a segunda com a utilização da energia elétrica e derivados do petróleo, motorização da locomotiva a vapor e utilização do aço (sec. XIX); a terceira com a tecnologia da informação (sec. XX).

É mister ressaltar que as duas guerras mundiais se deram devido à dinâmica econômica: a primeira guerra para eliminar a concorrência entre países como também na segunda, porém agravada pelo ideal de extermínio dos marginalizados a essa dinâmica.²³⁵ No pós-segunda guerra, o mundo tratou de se organizar por um bem maior: a solidariedade entre os povos e a proteção dos mais fracos, se dando, portanto, a terceira geração/dimensão dos direitos humanos com a criação da ONU.

Os contornos capitalistas trilhados pelas revoluções industriais demonstram a ascendência burguesa de industrial para transnacional; eis que a tecnologia da informação, com o uso de computadores,

celulares etc., reestruturara o mundo todo com o propósito de volatilizar o capital e o consumo em massa de forma instantânea e sem percalços. Inaugura-se a globalização que é, portanto, econômica, já que eliminou o tempo e o espaço.

A mudança foi radical, o capitalismo passa a ser avançado a partir de 1990, e patrocinador do mercado financeiro; para cumprir sua antiga promessa, foi criada a OMC (Organização Mundial do Comércio), a fim de equilibrar as relações entre os países ricos que movimentaram toda essa dinâmica econômica no decorrer dos séculos, e os países em desenvolvimento, que se beneficiavam da rebarba do capital mundial. Mais uma vez não foi cumprida a promessa do bem-estar social, distribuição de riquezas e prosperidade a todos, pois o objetivo real dos protagonistas do capitalismo era tão somente alargar a margem de lucro e não a igualdade:

De forma geral e de outra feita, é necessário enfatizar que o desenho da globalização não é a segregação ou discriminação de nações, mas tal fenômeno acaba sucedendo uma vez que o escopo é o custo-benefício (matéria-prima farta, mão de obra barata, locais de instalação de manufatureiras de baixo custo) para hiper valorização e consumo da produção. Para obtenção do custo-benefício as empresas transnacionais acabam por impor uma série de exigências aos países nos quais irão se situar e nessas condições de exigências, muitas nações se excluem e muitas não servem sequer para serem exploradas (África ou Ásia do Sul).

²³⁴ Ibidem, pp. 23-24.

²³⁵ Ibidem, p. 27.

Assim, torna-se muito relevante o fato de que o ritmo de crescimento de um país acaba por gerar um abismo entre níveis de riqueza, tornando o desenvolvimento inalcançável aos países em desenvolvimento.²³⁶

Nesse tocante, segundo Zygmunt Bauman, descortina-se a pós-modernidade, que é líquida (instantânea e descartável)²³⁷, propondo um número de alternativas infindáveis, mas também um mercado que aliena sob pressão de forças privadas que vão afastando o formato público, fomentando o individualismo e a incapacidade de escolher entre as alternativas, apesar de muitas. Isso não é senão um sintoma antidemocrático, sem ideal, sem reflexão, com antipatia política, restando somente o consumo como prática visceral de cada indivíduo, o que fortalece ainda mais o movimento do capital forçando ao mercado segregativo, encabeçado pela inteligência privada das empresas que modernamente são consideradas transnacionais²³⁸, as grandes vencedoras do século XXI.²³⁹ Todavia o saldo não é prospero:

²³⁶ BENACCHIO, Marcelo; DOMINQUINI, Eliete Doretto; VAILATTI, Diogo Basilio. A sustentabilidade da relação entre Empresas Transnacionais e Direitos Humanos. Curitiba: CRV, 2016. p. 211.

²³⁷ Modernidade Líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

²³⁸ BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na pós-modernidade. São Paulo: Forense, 2009. p. 29.

²³⁹ NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 297.

Com a dissolução da modernidade, cai por terra a aliança entre economia de mercado, Estado do bem-estar social e a democracia, destacando que a Globalização é como um processo que vincula e cria espaços transnacionais sem “Estado Mundial” – no sentido de governança mundial –, sem poder hegemônico nem regime internacional, mas com a crescente difusão do capitalismo globalmente desorganizado do ponto de vista civil e não do econômico.²⁴⁰

A problemática é que essa fortaleza influencia sobremaneira no social e político²⁴¹, e os países em desenvolvimento, como o Brasil, acabam por se submeter aos anseios setoriais econômicos como no século XVIII, e não para a população, e como consequência imediata ocorre a relativização da legislação doméstica no tocante aos direitos protetivos dos mais frágeis no mercado: o trabalhador e o consumidor, peças importantes para a dinâmica econômica diante de um mercado bastante questionável no tocante à justiça e precificação de tudo, até do homem.²⁴²

Não é só; com a globalização, que é essencialmente econômica, no pós-segunda guerra mundial, restou determinado pelos

²⁴⁰ DOMINQUINI, Eliete Doretto. A relação entre Direitos Humanos e a Economia Corporativa Global: caminhos jurídicos e perspectivas. São Paulo: TEDE Uninove, 2015. p. 45.

²⁴¹ BECK, Ulrich. O que é globalização? Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 14.

²⁴² SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 99.

países ricos quais seriam as funções dos países em desenvolvimento na roda do capitalismo avançado do mercado financeiro: “fornecedores de bens primários de origem mineral (notadamente minério de ferro, bauxita, manganês, zinco, cobre e chumbo), exportados na forma bruta ou transformados em metais primários (lingotes de alumínio, ligas de ferro e aço), produtos de alto conteúdo energético, baixo valor agregado e degradadores do meio ambiente”²⁴³, recebendo investimentos para a nova configuração econômico/industrial de empresas que passam, então, a ser transnacionais, pelo efeito da operação em rede digital e mercado financeiro, interessadas em matéria-prima dos países em desenvolvimento, substituindo, assim, as importações, o que barateia o custo final da produção.

A crise de representatividade dos Estados em desenvolvimento na globalização econômica

O estudo da crise de representatividade dos Estados em desenvolvimento se inicia pelo entendimento do neoliberalismo.

²⁴³ BERMANN, Celio. O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma. V. 15. Pará: Periódicos UFPA, 2012. p. 7.

Como já mencionado, as forças privadas do mercado influenciam sobremaneira as decisões políticas dos Estados-Nações que necessitam entrar na roda do capitalismo. Não é difícil entender que na globalização econômica do capitalismo avançado, o poder concentra-se nas mãos de quem detém mais capital. Os países em desenvolvimento não conseguem negociar de igual para igual com os países ricos, e menos ainda com o poder privado das excepcionais empresas transnacionais, e nessa relação desigual, os países mais pobres, na prática os marginais da dinâmica econômica, se submetem ao jugo do capital, sofrendo influências políticas e relativizando a legislação doméstica, ou seja, a influência do capitalismo selvagem produz o neoliberalismo: liberdade de mercado ao preço do burguês transnacional, protagonista da globalização econômica, como também as privatizações (exploração do bem público como a perspicácia e poder do ente privado para seu próprio lucro), sem intervenção do Estado.²⁴⁴

O propósito do neoliberalismo é “expurgar as imperfeições nele inseridas: o subsídio de desemprego, a garantia do

²⁴⁴ DOMINIQUINI, Eliete Doretto; SANCHES, Samyra Napolini. *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos*. In: *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos*. BENACCHIO, Marcelo (coordenador); VAILATTI, Diogo Basilio; DOMINIQUINI, Eliete Doretto (organizadores). Curitiba: CRV, 2016. pp. 34-35.

salário mínimo, os direitos decorrentes da existência de um sistema público de segurança social”²⁴⁵, transferindo a solução dos problemas resultantes à representação sindical, que luta contra o desemprego sacrificando salários como garantia e, assim, cuida também da roda inescrupulosa de multiplicação do lucro como jamais vimos em tempo algum do passado.

O tom crítico da pesquisa encontra campo na proteção dos direitos humanos, uma vez que, se a promessa do capitalismo sempre foi a melhor forma de distribuição de riqueza, se o estado democrático de direito dos países capitalistas se funda no pacto social, se esse país é membro da ONU e ratificou Convenções e Tratados Internacionais de toda ordem e tema, é óbvio que tal modelo serve para o bem-estar social e busca da igualdade. Essas formam a estrutura desses países. Não é difícil concluir que o livre mercado, sendo também considerado um direito fundamental, está a serviço do desenvolvimento humano, e não o contrário, ressaltando que direitos humanos são *jus cogens*, ou seja, integram a

ordem pública internacional e não são simplesmente carta de orientação.²⁴⁶

É justamente nesse ponto que há a crise de representatividade político/social do estado-nação em desenvolvimento: querendo entrar na roda da fortuna volátil, fia o desejo dos países ricos e da economia privada, relativizando os direitos do cidadão que espera o cumprimento do pacto social.

Na teoria, a soberania popular declina ao Estado o poder interno perfeito e perfeita independência externa para regulamentar relações, organizar a sociedade, punir, tudo para construir a paz e a ordem, que na teoria clássica é um poder exercido de forma absoluta, incondicional e indivisa e sobre o qual não pode haver ingerência de outro Estado²⁴⁷, para cumprir o papel de defensor e não de violador dos direitos.

Ocorre que, sem poder econômico e político, se subjugua à dominação de estruturas econômicas, “já que a globalização tem causado, sob a batuta do neoliberalismo, uma clara diminuição dos espaços políticos, substituindo-os por outro pretensamente técnico e neutro com o objetivo de excluir do debate político as

²⁴⁵ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo: 2003. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67596/70206>>. Acesso em: 19 dez. 2019. p. 435.

²⁴⁶ DOMINQUINI, Eliete Doretto. A relação entre Direitos Humanos e a Economia Corporativa Global: caminhos jurídicos e perspectivas. São Paulo: TEDE Uninove, 2015. pp. 34-37.

²⁴⁷ SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e ROCASOLANO, Maria Mendez. **Os Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 68- 82.

decisões econômicas”.²⁴⁸ Disso se depreende que essa relação é no mínimo insustentável.

No *triple bottom line*²⁴⁹ da sustentabilidade, para promover desenvolvimento humano deve atender integral e sopesadamente todos os seus aspectos: econômico, social e ambiental, e jamais privilegiando apenas um ponto do tripé. O que ocorre é que a economia, que hoje é global, se importa principalmente com o enfoque econômico, provoca descuido e vulnerabilidade ao social e ao ambiental, promovendo, assim, no máximo, crescimento econômico, o que tem sido segregativo.²⁵⁰

Deparamo-nos, portanto, com a representatividade do Estado Nação em crise com seu administrado, que sobrevive sem os direitos mínimos fundamentais, pois o país em desenvolvimento não consegue ter cofre suficiente para promover essa obrigação, sofrendo inclusive com a relativização dos direitos fundamentais que custam caro, por exemplo, o direito ao mercado por meio da oferta de mão de obra em troca de salário, e na roda do capitalismo avançado, relativizar, por exemplo, os direitos trabalhistas, é uma forma de atrair as grandes empresas para o

país em desenvolvimento, sendo claro para esses que ao instalar seu setor manufatureiro em solo ainda que pobre, a margem de lucro será maior, haja vista essa relativização de direitos.

Isso se reflete no padrão de vida do trabalhador, que não poderá custear, por exemplo, sua escolaridade e dos seus, já que os países em desenvolvimento não conseguem custear tais direitos e, em regra, são de baixa qualidade quando prestados de forma pública. Além disso, não promoverá diversão e entretenimento, não poderá custear saúde privada, visto que a saúde pública é negligenciada, pois também custa caro aos cofres públicos.

No tocante ao meio ambiente, é dele que se extrai matéria-prima, é nele que se instala o setor manufatureiro, o que envolve terra, mar, ar, fauna, flora e homem. O planeta é esgotável, mas a atividade econômica é brutal, como também é extraordinária, o que fomenta um ciclo vicioso e infundável; eis que não dá para coadunar a cultura do consumo exacerbado com o espaço planetário bioprodutivo (12 mil hectares úteis do planeta), do qual a cada habitante da Terra caberia 1,8 hectare para a durabilidade do homem no planeta; no entanto, em países ricos como Estados Unidos, França, Itália, entre outros, a extensão varia entre 3,8 e 9,6 hectares por habitante, do que se conclui que já estamos

²⁴⁸ Ibidem. pp. 84-85.

²⁴⁹ Tripé da sustentabilidade: econômico, social e ambiental.

²⁵⁰ STIGLITZ, Joseph E. Globalização: como dar certo. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

em débito com a biosfera em nome do consumo, pois a matéria-prima esgotável é morosa para ser recomposta pela natureza.²⁵¹

Percebe-se claramente a dificuldade dos Estados-Nações, tanto os desenvolvidos como os em desenvolvimento, em equilibrar não só o tripé da sustentabilidade como também em coadunar a ordem doméstica com a ordem internacional, que se desenvolve num ritmo sem precedentes; porém, pior é especialmente para o país em desenvolvimento, tanto para participar do capitalismo avançado como para fazer valer os preceitos democráticos de direitos, os direitos humanos/fundamentais, o que detona a crise de representatividade do Estado-Nação ao qual há imposição de afastamento por forças do capital privado, quando, na verdade, é de extrema importância e urgência essa representação para a promoção da justiça social. Quanto mais cruel é o movimento da economia, mais distante se torna a democracia.²⁵²

Nesta pesquisa, diante da insustentabilidade do capitalismo avançado para os países em desenvolvimento, e diante da crise de representatividade desses, far-se-

ão análises de danos ao meio ambiente que ocorreram justamente pela desídia do Estado-Nação brasileiro desde 2005, em busca do capital global.

Confronto entre o direito ao meio ambiente e direito ao livre mercado diante da crise da representatividade do Brasil – Drama jurídico desde 2005

No conflito entre meio ambiente e livre mercado, o Brasil, Estado-Nação em desenvolvimento, vem demonstrando sua total incapacidade de proteção de direitos fundamentais do cidadão, homenageando a dinâmica do capital que está orquestrada pelos entes particulares que comandam todo o planeta juntamente com os estados ricos.

No tocante à legislação doméstica, o artigo 23 da Constituição Federal é claro quanto à competência comum de todos os entes federativos na proteção do meio ambiente e todos os bens listados nos seus incisos, como acompanhamento e fiscalização das concessões de recursos hídricos e de mineração. Todos os entes federativos devem cooperar e auxiliar uns aos outros para evitar a exoneração de responsabilidades: todos são!²⁵³

Por outro lado, o livre mercado, direito de sagração constitucional no artigo 170 da CFRFB/88, entende imprescindível a

²⁵¹ LATOUCHE, Serge. Pequeno tratado do decrescimento sereno. Lisboa: Edições 70, 2012. pp. 38-39.

²⁵² DOMINIQUINI, Eliete Doretto. A relação entre Direitos Humanos e a Economia Corporativa Global: caminhos jurídicos e perspectivas. São Paulo: TEDE Uninove, 2015. p. 39.

²⁵³ Lei Complementar 140/2011.

dinâmica da economia para a promoção da justiça social, e não o contrário. Ao observar seus incisos, a ordem econômica tem como um de seus princípios a defesa do meio ambiente de toda forma mediante o impacto ambiental para sua dinâmica (inciso VI) com a fiscalização do Estado (artigo 174 da CFRFB/88).

O artigo 225 da Constituição de 1988 prevê o dever do poder público de proteger e fiscalizar toda e qualquer atividade que venha a explorar o meio ambiente, e ao contrário do seu péssimo desempenho, não promove políticas de proteção ao meio ambiente quando no mesmo cenário há interesse econômico envolvido.

Não há nenhuma permissão sem limites à atividade econômica, à livre iniciativa; ao contrário, deve servir esse direito à justiça social, portanto, à dignidade da pessoa humana, corolário da Carta Constitucional.

Qual foi a dúvida de nossos governantes para errarem tanto nas tragédias que analisaremos a seguir? Está tão obscura a legislação que o Brasil não soube aplicá-la? Por que o Brasil está em crise de representatividade diante do capital e permite a relativização da legislação que protege os brasileiros, por forças privadas? As tragédias nos contam quão dolosa é a crise de representatividade do Brasil.

Hidrelétrica de Belo Monte – Megaobra de interesse particular na região amazônica e a negligência com a dignidade da pessoa humana

Primeiramente é interessante destacar que a construção da usina se iniciou em 2011; todavia, ao longo de ao menos quase duas décadas, os interesses envolvidos em uma megaobra como essa são precipuamente particulares, de grandes empresas em busca de matéria-prima, e, no caso, especialmente energia elétrica da bacia hidrográfica amazônica, pois foi esse o cenário determinado pelos grandes investidores para que os países em desenvolvimento participassem ao menos como “fiadores finais”²⁵⁴ do capitalismo avançado.

Nessa análise, a usina de Belo Monte, situada no estado do Pará, no rio Xingu, deixa dúvida sobre seu resultado: i) se benéfico ao cidadão, à sustentabilidade no seu tripé, e à economia do Brasil, para assim fundear a democracia e soberania do Estado-Nação; ou ii) se subjugado ao capital, desmonta a democracia e, portanto, o meio ambiente e cidadão paraense, priorizando interesses particulares de grandes empresas.

É importante ressaltar que o potencial de energia hidrelétrica amazônica

²⁵⁴ SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

vem sofrendo pressão do capital global desde ao menos 2005, principalmente Belo Monte que, apesar da rejeição do projeto apresentado, acabou por ser deferido devido à diminuição da área de inundação, preservando as terras indígenas, sendo a consulta pública aos povos atingidos mera ficção, pois cientistas nacionais e internacionais demonstraram que o EIA apresentado estava aquém dos impactos que a usina ocasionaria²⁵⁵:

[...] a) Subdimensionamento da população atingida e área afetada; b) Risco de proliferação de doenças endêmicas; c) Ausência de estudo sobre índios isolados; d) Hidrograma ecológico não baseado nas necessidades dos ecossistemas; e) Subdimensionamento das emissões de metano; f) Ameaça de extinção de espécies endêmicas, no Trecho de Vazão Reduzida; g) Ausência de análise de impacto de eclusas; h) Perda irreversível de biodiversidade; i) Ausência de análise de impactos a jusante da usina; j) Análise insuficiente sobre impacto da migração sobre desmatamento e terras indígenas; k) Ausência de análise sobre impactos associados ao assoreamento no reservatório principal.²⁵⁶

Questiona-se: o projeto prosseguiu com a abstração do debate necessário e desconsiderações dos impactos acima, em desobediência ao artigo 231 da Constituição Federal em todos os seus parágrafos? O Estado Brasileiro, desejando participar do

²⁵⁵ BERMANN, Celio. O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma. V. 15. Pará: Periódicos UFPA. pp. 10-11.

²⁵⁶ Ibidem. p. 11.

capital global, abre a Amazônia em detrimento dos direitos fundamentais dos povos indígenas e do meio ambiente, relativizando claramente a legislação nacional em benefício de interesses particulares, e detona a crise de representatividade no Brasil; assim, em 2010 foi concedida a Licença Ambiental para a obra, ao arripio da legislação da época, a Resolução 6/87 do CONAMA.

Importante ressaltar o fundamento constitucional do artigo citado que protege o meio ambiente e as reservas indígenas: i) as terras indígenas são intocáveis, principalmente as cultiváveis segundo usos e tradições indígenas; ii) A esse povo pertence a posse e usufruto de riquezas de toda ordem; iii) **recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, conforme a lei²⁵⁷**; iv) As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. v) é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, **em caso de catástrofe ou**

²⁵⁷ Destaque nosso, tendo em vista a supressão dessa ordem constitucional no caso de Belo Monte.

epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.²⁵⁸ vi) são nulos e extintos a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, exceto devido a relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

No caso de Belo Monte, não foi respeitado o preceito constitucional, pois não se trata de caso de catástrofe ou epidemia, e tampouco relevante interesse da União, pois tal interesse é público, e não privado, como ocorreu. Também não houve audiências públicas e oitiva do povo interessado na forma da lei, tampouco deliberação do Congresso Nacional. O que houve foi uma conduta arbitrária e antidemocrática do Estado-Nação em desenvolvimento que não aguentou a pressão do capital que insistiu em explorar o Brasil.

Segundo Bermann, vindo ao encontro do estudo sobre a perversidade da

globalização econômica segregativa, houve um aglomerado de nove empresas em consórcio que se potencializaram primeiramente para a execução de Belo Monte, formando a Norte Energia (NESSA)²⁵⁹⁻²⁶⁰, e logo após em 2010 foi criada a SPE²⁶¹, como condição de concessão e possibilidade de financiamento junto ao BNDS, aglomerando 18 empresas²⁶², algumas das quais deixaram logo depois a sociedade; em 2011 a Vale adquiriu a Gaia, e mantiveram-se as empresas de energia Cemig e Light (9,77%) e a empresa Neoenergia, através da Belo Monte Participações, com 10%; no mesmo ano, houve a contratação de um consórcio construtor Belo Monte (CCBM), liderado por nada menos que a muito conhecida empreiteira Andrade Gutierrez, bem como

²⁵⁹ (Chesf (49,98%), Queiroz Galvão (10,02%), Galvão Engenharia (3,75%), Mendes Jr. (3,75%), Serveng-Civilsan (3,75%), J. Malucelli (9,98%), Contem Const. (3,75%), Cetenco (5%) e Gaia Energia (10,02%).

²⁶⁰ BERMANN, Celio. O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma. V. 15. Pará: Periódicos UFPA. pp. 12-13.

²⁶¹ Sociedade de Propósito Específico.

²⁶² Empresas públicas: Eletrobrás (15%); Chesf (15%) e Eletronorte (19,98%); o Fundo de Pensão da Petrobrás-Petros (10%); o Fundo de Pensão da Caixa Econômica Federal-Funcef (2,5%); os Fundos de Investimento Caixa FI Cevix (parceria da Funcef com a empresa de engenharia Engevix, com 5%); e a empresa Bolzano Participações (formada pelo Fundo de Pensão Previ-Banco do Brasil e a empresa Iberdrola, com 10%); além da J. Malucelli Energia (0,25%) e das empresas autoprodutoras de energia Gaia (9%) e Sinobrás (1%); e com participações menores das empresas de construção – Queiroz Galvão, OAS, Contern, Cetenco, J. Malucelli, Mendes Júnior e Serveng.

²⁵⁸ Destaque nosso; foram removidos muitos grupos indígenas de suas terras, e o motivo não obedece à previsão constitucional.

por duas grandes e famigeradas empreiteiras – Camargo Correa e Norberto Odebrecht, e outras oito empresas de construção, muitas delas participantes da SPE, cuja contratação com a NESSA foi de R\$ 13,8 bilhões para um curto espaço de tempo, menos de cinco anos, o que é verdadeiramente a volatilidade do capital para as empresas envolvidas, pois o propósito delas, principalmente as privadas, não é senão o lucro.²⁶³

Apenas a título de curiosidade, muitas dessas empresas foram as principais contribuintes para o fundo de campanha da então candidata à Presidência da República, Dilma Rousseff,²⁶⁴ e “sob o ponto de vista socioambiental, o governo brasileiro atropela a tudo e a todos, utilizando métodos que lembram a época da ditadura militar, que acreditávamos, não teria mais retorno.”²⁶⁵

Se por um lado foram gerados energia elétrica e empregos, por outro foram causados danos ao meio ambiente e não só à população da região atingida de Volta Grande, mas também, segundo Bermann:

[...] os povos indígenas Juruna do Paquiçamba, Arara da Volta Grande e as famílias indígenas Xipaya, Kuruaya, Juruna, Arara, Kayapó etc., como também a população ribeirinha em geral, que habita em localidades diversas (Garimpo do Galo, Ilha da

Fazenda, Ressaca etc.), não são consideradas como diretamente afetadas, mas apenas localizadas na Área de Influência Direta. 266-267

Tanto é que em 2019, depois de gastos R\$ 40 bilhões, a **Norte Energia**, que prometeu ser tal atividade a mais pura em termos de produção de energia, “quer agora autorização para construir usinas térmicas – mais caras e poluentes – nos arredores da hidrelétrica, para complementar sua geração de energia”.²⁶⁸ Isso comprova que a área atingida diretamente se tornou ínfima perto do que realmente se atingiu e se pretende atingir.

Não é só; juntamente com o início das obras, toda a dinâmica da população atingida mudou para pior, segundo os indicadores do município de Altamira, cidade-polo da obra, pois entre 2011 e 2012 a apreensão de crack pela Polícia Federal aumentou em 900%, e a quantidade de cocaína foi ainda maior, sendo que a

²⁶⁶ Apud MAGALHÃES, A. C. UHE Belo Monte - Análise do Estudo de Impacto Ambiental: Povos Indígenas, 2009. BERMANN, Celio. O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma. V. 15. Pará: Periódicos UFPA. pp. 11.

²⁶⁷ FLEURY, Lorena Candido. Conflito ambiental e cosmopolíticas na Amazônia brasileira: a construção da Usina hidrelétrica de Belo Monte em perspectiva. Tese de doutorado em Sociologia do Programa de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. pp. 29-31.

²⁶⁸ BORGES, André. Depois de pronta, Belo Monte quer erguer usina térmica para compensar baixa produção de energia. Economia e Negócio. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 2019.

²⁶³ BERMANN, Celio. O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma. V. 15. Pará: Periódicos UFPA. pp. 12-13.

²⁶⁴ Ibidem, p. 14.

²⁶⁵ Ibidem. p. 15.

prostituição se alastrou sobremaneira, coincidindo com o início das obras; a exploração dessas mulheres era análoga à escravidão. Não é demais ressaltar que a população cresceu em quase 50% nesses dois anos.²⁶⁹

Apesar do alto investimento, a usina é desligada cinco meses ao ano devido à baixa da vazão das águas do rio Xingu, o que diminui o aproveitamento da potência em menos da metade do que pode oferecer a hidrelétrica.²⁷⁰

Constata-se pela análise da megaobra de Belo Monte, que a grande lucratividade se direcionou às empresas que construíram e financiaram a obra, diante da representação estatal totalmente minguada e à mercê do capital. O resultado é o conflito entre direitos fundamentais e livre mercado.

Rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho pela negligência pública em proteção ao lucro

²⁶⁹ FLEURY, Lorena Candido. Conflito ambiental e cosmopolíticas na amazônia brasileira: a construção da usina hidrelétrica de Belo Monte em perspectiva. Tese de doutorado em Sociologia do Programa de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 32.

²⁷⁰ BORGES, André. Depois de pronta, Belo Monte quer erguer usina térmica para compensar baixa produção de energia. Economia e Negócio. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 2019.

Antes de analisarmos as tragédias, é importante identificar a Vale do Rio Doce: “uma das maiores mineradoras do mundo que transforma recursos naturais em prosperidade e desenvolvimento” é o que consta no site da própria empresa ao se apresentar²⁷¹. Sua apresentação já confirma a determinação pós-segunda guerra mundial sobre a posição de exploração dos países em desenvolvimento, no caso o Brasil.

A Companhia Vale do Rio Doce, potência mundial em termos de extração de minério, é acionista majoritária da empresa *joint venture*²⁷² Samarco S/A, juntamente com a anglo-australiana BHP Billinton. A Samarco, por sua vez, era a exploradora dos minérios, e para tanto construiu a represa que servia de depósito dos rejeitos da

²⁷¹ Site Vale.

²⁷² “Empresas que unidas por recursos, ações, técnicas e tecnologias, e criar uma Joint Venture apenas por um período limitado ou para a execução de um determinado projeto, mantendo os demais negócios separados (empresas envolvidas não perdem suas personalidades jurídicas). Assim, criam um novo empreendimento, formal ou informal, sendo o primeiro caso mais indicado já que empresas compartilham não só lucros e benefícios, como também prejuízos, custos e riscos (Joint significa junto, Venture significa risco). Quando essa estratégia surgiu, a união se dava entre grandes empresas de diferentes ramos para reduzir custos e aumentar o alcance do produto, porém, hoje já é possível ver empresas do mesmo segmento criando Joint Venture. Tais operações se dão para diversos fins: logísticos, industriais, comerciais, tecnológicos, entre outros. Na maior parte dos casos, as empresas envolvidas estão buscando expansão e/ou penetração em novos mercados.” Site Investor. Disponível em: <<https://investorcp.com/gestao-empresarial/joint-venture/>>. Acesso em 9 jan. 2020.

mineração, estancada pela barragem do Fundão.²⁷³

A tragédia ocorreu em 5 de novembro de 2015. A barragem do Fundão rompeu-se e um tsunami de rejeitos inundou Mariana até o mar do Espírito Santo:

O impacto do desastre foi classificado pela força tarefa do governo do estado de Minas Gerais em duas escalas: A primeira microrregional, relacionada aos impactos com maior efeito destrutivo, por extrapolar a calha dos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce atingindo quatro municípios mineiros: Mariana, Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado em um trecho de aproximadamente 77 km. No município de Rio Doce, a lama foi retida pela barragem da Usina Hidrelétrica de Candonga e, após essa barreira, o material seguiu pela calha do rio Doce. A segunda escala macrorregional relacionada aos impactos nos municípios ao longo de mais de 570 km da calha do rio Doce até a foz no oceano Atlântico, envolvendo comunidades de outros 31 municípios em Minas Gerais e 3 municípios no Espírito Santo, incluindo uma reserva indígena de etnia Krenak.²⁷⁴

²⁷³ LOPES, Luciano M. N. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. V. 5. Sinapse Ambiental. Betim: Sinapse Múltipla, 2016. p. 3.

²⁷⁴ FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O desastre na barragem de mineração da Samarco - fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres. Apud Força-tarefa, Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da barragem de Fundão em Mariana-MG. (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana-Governo de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016). V. 68, n. 3. São Paulo: Ciência e Cultura BVS BR, 2016.

É cediço o resultado e aqui foi citado de forma sucinta; todavia, o cerne da pesquisa é como esse resultado ocorreu em detrimento de valores de sagração constitucional do cidadão que sofreu danos em seus bens mais preciosos, quais sejam, vida, saúde, moradia, saneamento básico e meio ambiente, que foi devastado pela onda de rejeitos; os rios foram contaminados até seu deságue no mar capixaba, tratando-se de uma tragédia que atingiu dois estados brasileiros! O que foi tão importante a ponto de as empresas envolvidas negligenciarem bens tão preciosos e fundamentais?

É nessa resposta que encontramos a subjugação do Estado-Nação brasileiro, tal qual Mariana, cedendo às imposições do capital global; eis que as empresas envolvidas não explorariam os minérios de ferro sem as respectivas licenças concedidas pelo Estado de Minas Gerais, e para tanto é mister o processo de licenciamento, que se iniciou em 2005. Em 2008 foi concedida a licença de operação, e até 2015 muitas alterações foram feitas nas estruturas da barragem e represamento do projeto inicialmente licenciado, o que seria renovado no exato dia da tragédia. Essas alterações na estrutura, de expansão da empresa e novos recuos, existiam e não foram licenciadas, e essas modificações principiaram a ruptura anunciada inclusive pelo engenheiro projetista da barragem, e, mesmo assim,

meses antes do rompimento, a mineradora recebeu as licenças²⁷⁵ respectivas pela Secretaria do Meio Ambiente Estadual.²⁷⁶

Há aqui a patente incapacidade do Brasil, tanto em nível estadual como federal, de impor políticas de redução de risco e ações de proteção devido inclusive à condição socioeconômica no mercado global, descumprindo suas funções básicas em nome do capital e das orientações da política da Samarco:

[...] atendendo as demandas, pressões e variações no mercado global de minérios sem que os diferentes órgãos públicos envolvidos na regulação, controle e prevenção de riscos nos níveis federal e estadual (meio ambiente, recursos minerais, recursos hídricos, só para citar alguns) fossem capazes de cumprir seu papel de regulação. Aos criadores de riscos foi permitido que suas decisões privadas e relacionadas aos seus negócios se sobrepujassem aos interesses e bens públicos, resultando em óbitos, danos e destruição. Investimentos privados que geram riscos para a vida e bens públicos têm de ser efetivamente regulados e controlados pelos órgãos, com permanente transparência e participação da sociedade (principalmente comunidades sob riscos e trabalhadores diretos e

indiretos, principais vítimas fatais).²⁷⁷

“A maior tragédia ambiental da história do Brasil começou a ser desenhada muito antes do dia 05 de novembro de 2015. Sua gênese ocorreu por força de uma legislação opaca e ultrapassada, uma fiscalização deficitária e do absoluto descaso da Samarco com o meio ambiente e vidas humanas”.²⁷⁸ E como se não bastasse, o mesmo *modus operandi* da Vale se deu em Brumadinho, no mesmo estado, o que denuncia o neoliberalismo impondo as regras privadas por força do capital, enrobustecendo a livre iniciativa e o livre mercado sem freios, com o objetivo de lucro e não de justiça social, como quer o pretense Estado Democrático de Direito Brasileiro na sua Constituição de 1988.

A repetição da tragédia em Brumadinho nada mais é do que o desejo dos governantes de serem fiadores finais do capital global pela exploração do minério de ferro, que preferem manter barragens, ainda que inativas, porque recebem pagamento de *royalties*, o que significa que fiscalizar e implementar novas tecnologias para a proteção do meio ambiente encareceria a atividade e, portanto, perde-se o capital de

²⁷⁵ Licenças Prévias (LP) e de Instalação (LI).

²⁷⁶ FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O desastre na barragem de mineração da Samarco - fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres. Apud Força-tarefa, Avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento da barragem de Fundão em Mariana-MG. (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional, Política Urbana e Gestão Metropolitana-Governo de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016). V. 68, n. 3. São Paulo: Ciência e Cultura BVS BR, 2016.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ LOPES, Luciano M. N. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. V. 5. Sinapse Ambiental. Betim: Sinapse Múltipla, 2016. p. 13.

compensação, assim o Estado não interventivo, portanto Estado Liberal, passa a ser o assaltante do meio ambiente e do povo brasileiro:²⁷⁹

A construção da barragem de Brumadinho, assim como de Mariana, foi feita a partir de uma tecnologia de construção denominada alteamento a montante. Iguais a ela, há mais de 80 outras no Brasil, sendo 10 delas da Vale. Segundo os especialistas, essa tecnologia é a mais simples e barata, mas a menos segura ou menos estável e, por isso, a mais propensa a acidentes.²⁸⁰

A globalização é estruturada na tecnologia que se desenvolve dia a dia, sendo cediço que há novas tecnologias menos estáveis e propensas a acidentes, conforme pressupõe citação acima, e, ainda assim, havendo meios de assegurar o meio ambiente e a população atingida, o governo brasileiro negligencia as permissões e concessões, aprovando licenças de forma que a estrutura do capital não se macule. É lamentável um país ter leis e abstrá-las.

3.3. Desmatamento acelerado na Amazônia em 2019

Até 2020 não há indícios de que a representatividade do Brasil tenha saído da

crise; ao contrário, a proposta é muito mais enfatizada em estabelecer um Estado Liberal sem intervenção alguma no livre mercado e livre iniciativa.

O desmatamento da Amazônia sempre chamou atenção; todavia, recentemente o aumento foi assustador, por isso merece ser analisada a representatividade do Estado Brasileiro no desmatamento.

Primeiramente, entendamos a Amazônia:

O BIOMA AMAZÔNIA estende-se do oceano Atlântico às encostas orientais da Cordilheira dos Andes, até aproximadamente 600 m de altitude, contendo parte de nove países da América do Sul, sendo 69% dessa área pertencente ao Brasil (Ab'Saber, 1977). Esse bioma abrange os estados do Pará, Amazonas, Maranhão, Goiás, Mato Grosso, Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, totalizando 4.871.000 km² e uma população em torno de vinte milhões de habitantes, 60% dela vivendo em áreas urbanas (Inpe, 2004).²⁸¹

Em 1995 o desmatamento atingiu 29.059 Km², e em 2005 já se denunciava o aumento de desmatamento do bioma por motivos de aumento da atividade econômica em 23.750 Km². As atividades são de extração de madeiras nobres, e para tanto abrem-se estradas, um dos maiores motivos

²⁷⁹ FABRIZ, Dauri Cesar; SIQUEIRA, Julio P. F. H. de. Brumadinho, ou ecos de uma tragédia anunciada. N. 56. Peru: Derecho y Cambio Social, 2019. p. 539.

²⁸⁰ Ibidem, p. 540.

²⁸¹ FERREIRA, Leandro Valle; VENTINCIQUE, Eduardo; ALMEIDA, Samuel. O Desmatamento da Amazônia e a importância das áreas protegidas. V. 19. N. 56. São Paulo: Scielo, Estudos Avançados, 2005.

de desmatamento, e também se praticam o cultivo familiar para a criação de gado e posteriormente a agricultura mecanizada.²⁸²

Apesar de haver o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)²⁸³, criado no ano de 2000, cujos objetivos são a proteção e a fiscalização do bioma, essa competência não é suficiente para bloquear os desmatamentos.

Em 2012/2013, o INPE divulgou a taxa de desmatamento em 5.891 Km²/ano, cenário esse muito mais controlado que em 2005, isso devido à criação do PPCDam (Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal) em 2004, que veio demonstrando eficácia no combate ao desmatamento em 79%.²⁸⁴ Em 2017/2018 o INPE apresentou o acréscimo para 7.536 Km²/ano²⁸⁵. Em 2018, somente em junho, a área de desmatamento significa 920,21 Km².

Segundo explicação do INPE:

As áreas de desmatamento corte raso nos últimos três meses (abril, maio e

junho/2019) acumulam o total de 1.907,1 km². Em 2018, foram registrados 1.528,2 km² no mesmo período, ou seja, observa-se um crescimento de 24,8%. Já quando analisado o ano calendário do desmatamento – agosto/2018 a junho/2019 – o DETER aponta 4.574,9 km², valor 15,1% superior ao do período de agosto/2017 a junho/2018, que foi de 3.975,5 km².²⁸⁶

Assim, considerando a honestidade e seriedade com que INPE sempre trouxe resultados reais via satélite pelo programa DETER²⁸⁷, a conta fecha dessa forma: em junho de 2019, o desmatamento foi 88% maior do que no mesmo mês de 2018, e o desmatamento na primeira quinzena de julho foi 68% superior ao de todo o mês de julho de 2018, ou seja, um aumento severo.

O desmatamento ocorria no passado, porém a crise de representatividade ainda era velada, apesar de factual; todavia, o atual governo é declaradamente liberal para a atividade econômica sem limites, e o posicionamento do presidente demonstra apoio ao desmatamento, evidente em diversas condutas, como em abril anunciar ao presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, a permissão para exploração da Amazônia, bem como revisão da demarcação das terras indígenas, o que foi declarado pelo próprio numa entrevista à emissora de rádio Jovem Pan: “Quando

²⁸² Ibidem.

²⁸³ “É o conjunto de unidades de conservação (UC) federais, estaduais e municipais. É composto por 12 categorias de UC, cujos objetivos específicos se diferenciam quanto à forma de proteção e usos permitidos: aquelas que precisam de maiores cuidados, pela sua fragilidade e particularidades, e aquelas que podem ser utilizadas de forma sustentável e conservadas ao mesmo tempo”. Site Ministério do Meio Ambiente.

²⁸⁴ Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Site INPE. 2014.

²⁸⁵ Ibidem, Coordenação Geral de Observação da Terra. Site INPE. 2018.

²⁸⁶ Ibidem. 2019.

²⁸⁷ Detecção de Desmatamento em Tempo Real.

estive agora com Trump, conversei com ele que quero abrir para ele explorar a região amazônica em parceria. Como está, nós vamos perder a Amazônia, aquela área é vital para o mundo”.²⁸⁸

Em seguida, declarou sem nenhuma prova ou fundamento seu desrespeito pelo INPE, confirmando convictamente que os dados fornecidos pelo Instituto são mentirosos, acusando ainda estar a serviço de alguma ONG.²⁸⁹ Demitiu o diretor do INPE, Ricardo Galvão, que se recusou a mascarar os resultados desastrosos das pesquisas e que, acima de qualquer suspeita, é uma sumidade e estava no INPE desde 1970.²⁹⁰

A comunidade internacional se indispôs com o presidente devido ao descaso pelo meio ambiente, pauta importantíssima no nível de direitos humanos. Sem perspectivas nos projetos de governo, tentou se desvencilhar da pressão da pauta na 74ª Assembleia Geral das Nações Unidas²⁹¹.

Restou evidenciado no Brasil e à dinâmica econômica que o bioma amazônico está disponível e que a proteção

está vulnerável. As atividades econômicas que desmatavam a Amazônia são as mesmas: agropecuária, hidrelétricas, que voltaram à pauta do atual governo para privatizações²⁹², garimpo, roubo de madeira, as que destroem terras indígenas e UCs (unidades de conservação), e, ainda, segundo Greenpeace, “áreas da floresta estão sendo vendidas via leilão para empresas explorarem petróleo e gás natural”.²⁹³

Sem muitas perspectivas de proteção, mas de prioridade à atividade econômica, os motivos de desmatamento da Amazônia aumentam, e a postura neoliberal extrema do atual governo propicia a exploração do meio ambiente sem precedentes, o que põe muito longe o sonho da democracia pela qual o Brasil, país em desenvolvimento, luta desde 1988.

A Pandemia e a estratégia do caos

No Brasil, o conservadorismo se apoiou no ultraliberalismo para garantir as eleições de 2018, e o governo passou a colonizar os ministérios com indicações do suposto “guru” Olavo de Carvalho, em contraste com o aparelhamento do Estado por militares sem nenhuma afinidade com a

²⁸⁸ Site Poder 360. Deutsche Welle. Bolsonaro quer explorar Amazônia com os Estados Unidos. 2019.

²⁸⁹ GIRARDI, Giovana. Bolsonaro acusa INPE de divulgar resultados mentirosos sobre desmatamento. São Paulo: Estadão, 2019.

²⁹⁰ Site Congresso em foco. Diretor do INPE é demitido após desafiar Bolsonaro. Brasília, 2019.

²⁹¹ PASKOVA, Yana. Bolsonaro discursa na Assembleia da ONU, em NY. São Paulo: Exame, 2019.

²⁹² PEREIRA, Marcos Eduardo. Bolsonaro retoma plano de erguer grandes hidrelétricas na Amazônia. Brasília: Jornal de Brasília, 2019.

²⁹³ Site Greenpeace Salve a Amazônia. Brasil.

pastas, eleitores/seguidores repetitivos à exaustão, admiração incondicional por Donald Trump, derrubado da presidência dos EUA pelos americanos nas eleições de 2020, na tentativa de se afinar com as principais lideranças mundiais de direita e extrema direita, ignorou o tradicional papel do Brasil como mediador de conflitos entre países americanos, bem como tomando partido gratuitamente nas questões Palestina e Irã, além de ter como representante das relações exteriores um ministro ultraliberal, discípulo de Olavo de Carvalho, diretamente influenciado pelo inexperiente filho do presidente nas questões diplomáticas, sendo conhecido como “chanceler informal”, formou-se um grande emaranhado de estratégias no mínimo caóticas, e para controlar esse caos, a pretensão governamental é de reformas radicais em várias pastas e leis para organização de estrutura de gestão de aniquilamento das relações e projetos pretéritos de menção redemocratizadora²⁹⁴.

“No plano das organizações internacionais, ressalta o enfraquecimento de uma política multilateral ativa, expressa por exemplo, na saída do pacto das migrações, abandono das posições

²⁹⁴ LIMA, Maria Regina Soares; ALBUQUERQUE, Marianna. O estilo Bolsonaro de governar e a Política Externa. Em Boletim OPSA. Rio de Janeiro: IESP/UERJ, 2019, pp. 17-20. Disponível em: <http://opsa.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Boletim_OPSA_2019_n1-jan-mar.pdf#page=15>. Acesso em jul. 2020.

prévias de adesão às medidas de mitigação das mudanças climáticas e adesão à tese da seletividade no caso dos direitos humanos”²⁹⁵

Nesse “estica, empurra e atira”, entre tentativas de aniquilar diariamente oposições de esquerda (salutares para o andamento da democracia), intitulando o movimento como “antipetismo” que busca a ruptura, no ímpeto de agradar ultraliberais, conservadores e militares, com apoio das redes bolsonaristas construídas nas eleições por estratégia de marketing digital do então candidato, o terreno vai se tornando muito mais arenoso e de difícil tráfego, encontrando inclusive barreiras imperiosas dos demais Estados-nações.

Essa ginástica política transpassa a ordem para uma rédea de difícil condução, o que reforça a crise de representatividade de qualquer governo em detrimento dos direitos fundamentais/sociais, e de país em desenvolvimento, muito mais. Como já mencionado, os países em desenvolvimento, como o Brasil, na globalização econômica, se subjugam ao capital mundial como fiador final, e acabam por burlar a regras domésticas em proteção ao capital²⁹⁶, regras essas protetivas e de funcionalização dos direitos fundamentais/sociais, e no recorte do tema, o meio ambiente, direito esse de

²⁹⁵ Ibidem, p. 20.

²⁹⁶ SASSEN, Saskia. Sociologia da Globalização. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

interesse global. A proteção do meio ambiente é de interesse mundial, e por óbvio, pela ótica nacional, é interesse primordial manter a saúde dos nossos. Dizer da importância da saúde ambiental individual, nacional, internacional e global é falar de uma coisa só, não há fragmentação de espaço e sequer de tempo!²⁹⁷

Não é demais lembrar a regra básica de sempre, que na pandemia é cabível com perfeição, segundo entrevista de Jürgen Habermas: “Nunca antes tanto se soube sobre o que a gente não sabe”²⁹⁸. É cediço que a crise de representatividade acompanha o Brasil de longa data, mas nunca pudemos imaginar o peso dessa crise na pandemia, pois não tínhamos parâmetro. “A pandemia da COVID-19 se associa à profunda incapacidade da globalização neoliberal e do modo de produção capitalista assimilarem o paradigma biotecnológico emergente e suas implicações sociais e ambientais.”²⁹⁹

²⁹⁷ Interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos.

²⁹⁸ SCHWERING, Marcus. Habermas on the Corona crisis. Frank furter Rundschau: 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340610680_Habermas_on_the_Corona_crisis_-_and_what_his_new_book_has_to_add_to_this_Translation_of_an_interview_-_April_10th_2020. Acesso em 21 jan. 2021.

²⁹⁹ MARTINS, Carlos Eduardo. O BRASIL E A AMÉRICA LATINA NA GEOPOLÍTICA MUNDIAL DA COVID-19 E DO CAOS SISTÊMICO. 1ª ed. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020, p. 28. Disponível em: <<http://www.unicap.br/catedradomhelder/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandemo%CC%82nio-no-Brasil.pdf#page=27>>. Acesso em 12 dez. 2020.

Assim sendo, não é demais ressaltar que o atual governo federal, cujos representantes na verdade eram conservadores e que num dado momento passaram a ser ultraliberais por conveniência, somando ao alinhamento com as políticas dos EUA de Donald Trump, se embrenhou numa confusão de representatividade, submetendo-se a sandices ambientais (entre outras), abstraindo completamente os pilares protetivos da dignidade da pessoa humana quando estilhaça os direitos de sacração constitucional em busca do famigerado capital global detido principalmente pelas empresas transnacionais e países desenvolvidos³⁰⁰.

Diante dessa breve análise da estratégia do caos, não é difícil constatar que o papel do Brasil na comunidade global não tem protagonizado em elogios, mas antagonizado o propósito dos Direitos Humanos, e, portanto, se tornou alvo de críticas internacionais também na pauta do meio ambiente.

Nesse diapasão, dentre pontuais e diárias condutas antiambientais que propiciam condições de desmatamento orquestradas pelo Ministério do Meio Ambiente, ficou evidenciado que nada anteriormente nesse governo fora algo que

³⁰⁰ DOMINQUINI, Eliete Doretto. A relação entre Direitos Humanos e a Economia Corporativa Global: caminhos jurídicos e perspectivas. São Paulo: TEDE Uninove, 2015.

fugisse às rédeas; ao contrário, trata-se de factual plano de governo o desmantelamento das forças protetoras do meio ambiente.

A crise de representatividade desde fevereiro de 2020, com a maior pandemia desde a Gripe Espanhola em 1919, repercute na fragilidade da economia mundial e, especialmente para esta pesquisa, a relação e impactos ao meio ambiente e políticas públicas para a sua proteção, ou a ausência de tais políticas públicas, e no confronto entre a manutenção da economia e a proteção do meio ambiente e da população, o crescimento econômico (ou a tentativa de) tem sido vencedor, quando a soma e harmonia desses direitos e de todos os direitos fundamentais é o real objetivo para a dignidade da pessoa humana.

Em 22 de abril de 2020, quando a curva pandêmica ascendia no Brasil, foi gravada uma reunião da cúpula ministerial com o chefe do executivo, cujas imagens e conteúdo foram divulgados com autorização da Suprema Corte, que demonstraram que o ministro do meio ambiente Ricardo Salles ignorava a importância da pandemia do novo Coronavírus, supervalorizando a ocasião como uma “oportunidade para passar a boiada”, já que o foco da mídia era a pandemia, e passar a boiada significaria relativizar a legislação doméstica, propiciando ainda mais o desmatamento e o

avanço do crescimento da agricultura em detrimento dos santuários ambientais:

Então pra isso precisa ter um esforço nosso aqui enquanto estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de COVID e ir passando a boiada e mudando todo o regramento e simplificando normas. De IPHAN, de ministério da Agricultura, de ministério de Meio Ambiente, de ministério disso, de ministério daquilo. Agora é hora de unir esforços pra dar de baciada a simplificação, é de regulatório que nós precisamos, em todos os aspectos.³⁰¹

E ainda:

Nós temos a possibilidade neste momento, que a atenção da imprensa está voltada quase que exclusivamente para covid-19... A oportunidade que nós temos, que a imprensa está nos dando um pouco de alívio nos outros temas, é passar as reformas infralegais de desregulamentação, simplificação, todas as reformas que o mundo inteiro cobrou.³⁰²

Na ocasião, o que o ministro tratava com “desburocratização e simplificação de normas” era realmente o afastamento do Congresso Nacional e da sociedade civil na discussão das pautas de proteção do meio

³⁰¹Globo.com. G1. Política. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml>>. Acesso em: 12 nov. 20.

³⁰² Trecho da fala do Ministro Ricardo Salles em reunião ministerial ocorrida em 22/04/2020 trazida à público por decisão do Ministro Celso de Mello (STF) em 22/05/2020; disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalle.asp?idConteudo=443959>.

ambiente, como sendo esses entraves para o investimento.

Tal reunião causou repercussão na mídia nacional e internacional. Primeiramente pela falta de decoro dos presentes e o tom informal das tratativas entre os participantes.

Imperativo mencionar que a íntegra da reunião ministerial foi trazida ao público em decorrência do Inquérito 4.831, que visava encontrar fundamentação acerca da acusação do então Ministro da Justiça Sergio Moro sobre a tentativa de interferência política na Polícia Federal por parte do Presidente da República. No entanto, tal publicização acabou por “atirar no que viu e acertar o que não viu”, no tocante às incorreções sugeridas pelo Ministro do Meio Ambiente em relação ao aproveitamento do momento pandêmico para aprovações de cunho predatório em leis ambientais.

Verifica-se que a estratégia do referido Ministro de Estado não atingiu suas expectativas, ou, pelo menos, trouxe ao palco a discussão sobre a gestão mínima ou inexistente em relação às políticas públicas de proteção ao meio ambiente. Com os holofotes apontados para a questão, ficou evidente a prevalência de interesses econômicos de uma “pequena” porção da sociedade capitalista em relação ao principal ofício de tal pasta, a proteção do meio ambiente como Direito Fundamental.

Com as intenções trazidas ao público, Organizações Não Governamentais e entidades ambientalistas internacionais demonstraram seu repúdio à fala e ao comportamento do Ministro de Estado responsável pela pasta, mormente o Greenpeace. Em 23 de maio de 2020, esta entidade publicou em seu site nota de repúdio e solicitação de afastamento do Ministro do cargo, por conta de conflito de interesse e desvio de finalidade entre seu comportamento e seu ofício; veja:

A fala de Ricardo Salles evidencia os perigos que a sociedade vem denunciando desde o primeiro dia de mandato do governo Bolsonaro e cujos resultados já são comprovados no chão da floresta. O desmatamento da Amazônia aumentou 30% em 2019 e, nos primeiros meses de 2020, os alertas já apontam crescimento de 62%. Mas ao invés de proteger a floresta e seus povos, o Ministro sugere usar as mortes provocadas pela pandemia para encobrir o projeto de destruição do governo e avançar com as medidas anti-ambientais, sem diálogo com a sociedade. Salles defendeu de maneira firme o uso do momento crítico que vivemos para beneficiar seus interesses sombrios.³⁰³

Importante fazer constar que esta não foi a primeira vez que entidades ambientalistas se insurgiram contra o referido Ministro e sua atuação desastrosa. Muitas foram as manifestações e comprovações de que as intenções da pasta estavam em desacordo com seu fim maior, a

³⁰³ Site Greenpeace.Org.

proteção do Meio Ambiente. Inclusive com o enfrentamento de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), por conta do vazamento de óleo no Nordeste brasileiro, ocorrido em agosto de 2019, com impacto em mais de três mil quilômetros do litoral, sendo considerada a maior tragédia ambiental por derramamento de petróleo de que já se teve notícias no país. Sabe-se que mais de 877 focos foram detectados, atingindo 127 municípios de 11 Estados.³⁰⁴

A maior crítica se deu em relação à postura inadequada do Ministro de Estado no que se refere às ações para contenção e reparação dos danos ambientais experimentados pelo país e pelas pessoas que tiveram sua renda afetada pela tragédia ambiental, tendo em vista os impactos no turismo, pesca e culinária, atividades nas quais estão fincados os pilares da economia local³⁰⁵. O que se viu foi uma reunião de populares e voluntários que, colocando suas vidas em risco sem os devidos equipamentos de proteção individual e coletiva, se lançaram ao mar e à faixa de areia para tentar salvar o bioma afetado pelo derramamento, literalmente com as próprias mãos, isso porque a autoridade que deveria tomar a frente para tais medidas quedou-se inerte, aproveitando-se de discursos vazios e eivados de *fake news*.

³⁰⁴ Site WWF.

³⁰⁵ Site El País.

Fato é que é péssima a repercussão da omissão do referido Ministro de Estado diante de todas as ocorrências durante sua gestão, inclusive com reiterados apontamentos que demonstram a crise de representatividade deste governo. Em relatórios periódicos do Observatório de Direitos Humanos (*Human Rights Watch*), é recorrente a citação de atitudes catastróficas desse Ministro de Estado, conferindo ao Presidente da República responsabilidade por sua inércia e, de certa forma, ratificação das atitudes do Ministro da pasta ambientalista.

O mais atual relatório disponibilizado no site do Observatório de Direitos Humanos, datado de 13 de janeiro de 2021, aponta críticas duríssimas ao posicionamento do Presidente Jair Bolsonaro durante a pandemia e a necessidade de intervenção de diversas instituições democráticas, em especial o STF, para proteção dos Direitos Humanos em sentido lato, ultrapassando a delimitação dada a esta pesquisa, conforme extração de trecho:

O governo Bolsonaro promoveu políticas que contrariam os direitos das mulheres e os direitos das pessoas com deficiência, atacou a mídia independente e organizações da sociedade civil, e enfraqueceu os mecanismos de fiscalização da legislação ambiental, na prática dando carta branca às redes criminosas envolvidas no desmatamento ilegal na

Amazônia e que ameaçam e atacam os defensores da floresta³⁰⁶.

A despeito da forte atuação das instituições democráticas, incluindo a mídia nacional e internacional, no sentido de forçar a atuação do Brasil na proteção aos Direitos Humanos em sentido amplo, é possível notar que a eficácia de tais medidas foi comprometida pelo comportamento autocrata do chefe do executivo brasileiro, o que se depreende da continuidade do relatório:

No entanto, as instituições democráticas não conseguiram barrar as políticas e a retórica do presidente Bolsonaro contra a proteção do meio ambiente, as quais contribuíram para a destruição de cerca de 11.000 quilômetros quadrados de floresta amazônica entre agosto de 2019 e julho de 2020 – a maior taxa em 12 anos. O número de focos de incêndio na Amazônia aumentou 16 por cento em 2020. A fumaça resulta em níveis prejudiciais de poluição do ar, que causam danos à saúde de milhões de moradores³⁰⁷.

Como se não bastasse toda a repercussão negativa que, trazendo para a análise econômica do Direito, afasta a confiança dos investidores no país, é nítida a intenção predatória da omissão da autoridade responsável pela proteção do bioma; o chefe do executivo se socorre ao discurso vazio e populista, fazendo com que seus apoiadores acreditem que a culpa da

destruição do bioma da Amazônia é de indígenas, organizações não governamentais e moradores da região, escusando-se de sua responsabilidade em tomar medidas efetivas para o cumprimento de seu dever legal de proteção ambiental.

Somadas todas as omissões do atual governo, os desconfortos diplomáticos criados pela falta de traquejo do chefe do executivo com diversos chefes de estado ao longo do globo, como os de França, China, Chile, Índia, Argentina e, recentemente, dos Estados Unidos, Bolsonaro foi o último chefe de Estado a cumprimentar o Presidente Eleito Joe Biden, finalizamos a presente pesquisa unindo voz à incompreensão do The Washington Post no dia 16 de dezembro de 2020: Embora o Brasil tenha o segundo maior número de mortes decorrentes do Coronavírus, Bolsonaro nunca foi tão popular.³⁰⁸

A única resposta possível reside na cegueira deliberada e impossibilidade de reconhecimento de uma escolha equivocada. No entanto, tal ausência de racionalidade custa ao país um preço altíssimo: o maior índice de desmatamento na Amazônia legal, o menor índice de acreditação no Risco-Brasil e, infelizmente, o segundo maior

³⁰⁸ Brazil has the world's second-highest coronavirus death toll. But Bolsonaro is as popular as ever. Washington Post, 2020. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/world/2020/12/16/brazil-coronavirus-bolsonaro-popularity/>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

³⁰⁶ Site HRW.

³⁰⁷ Ibidem.

número de vidas perdidas pela ausência de representatividade e tomada de ação efetiva, somando o inconcebível número de 216.445 vidas perdidas para o coronavírus e um luto interminável para a nação³⁰⁹.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou a governança brasileira diante do confronto patente entre direitos do livre mercado e meio ambiente.

O primeiro capítulo descreve o desenvolvimento dos direitos humanos, bem como da economia, que chega no presente momento configurada em globalização econômica dinamizada por empresas transnacionais e países ricos, ambos operando o mercado financeiro no capitalismo avançado.

Para compreensão da atuação do poder público, no segundo capítulo elucidou-se como se dá a crise de representatividade dos estados-nações em desenvolvimento nesse cenário do capitalismo avançado, evidenciando que o país em desenvolvimento se comporta como fiador final do capital volátil, relativizando sua legislação doméstica e os direitos fundamentais do seu povo, numa clara crise de representatividade na dança do capital, e

se assim não for, esse país fica marginal ao capital, não podendo usufruir, ainda que em pequenas proporções, do capitalismo proposto.

Compreendidos os institutos de globalização econômica, de capitalismo avançado e de crise de representatividade, o terceiro capítulo discorre sobre a crise de representatividade do Brasil desde 2005, pontuando megaobras e desastres ambientais que poderiam ter poupado grande parte do resultado danoso ao meio ambiente e à população brasileira envolvida, se a governança brasileira não se desse à pressão da dinâmica econômica e do livre mercado.

Considera-se, finalmente, que o Brasil só será capaz de defender os direitos se tratar os impactos de forma sistêmica, considerando cada região atingida pelos megaempreendimentos e obras sucateadas ao ponto de causar tragédias. Eles não podem acontecer, e ainda que mínimo o impacto, sua recuperação se replica por muitos anos e gerações. O Congresso Nacional deve debater em audiências públicas e a sociedade civil deve ser ouvida e considerada, caso contrário não temos um governo para o povo. As estruturas devem ser feitas em tecnologia de ponta, bem como os planos emergenciais para cumprir o salvamento de vidas, do meio ambiente, da fauna, da flora.

³⁰⁹ Números atualizados pelo consórcio de imprensa até 24 de janeiro de 2021. Acesso em 24 jan. 2021, 19:14.

O que vem acontecendo com o Brasil é absurdamente inaceitável; o reflexo é imensurável tanto no tempo como no espaço, e a atividade econômica, que deve servir para o desenvolvimento humano, cresce sem freios sob a batuta de países ricos que desejam manter seus impérios e de forças do capital privado que sob o manto do livre mercado objetiva o lucro. Desenvolvimento humano não está incluído nesse projeto, principalmente para os países em desenvolvimento, que não conseguem promover, ao contrário, retiram a dignidade da pessoa humana em homenagem ao capital.

Restou demonstrado pelos fatos narrados e pelas atuações do governo brasileiro que já vinha se desafiando em relação aos direitos fundamentais/sociais, e atualmente, não só não está incluída a proteção dos direitos fundamentais/humanos na pauta de governo como também há em curso estratégias caóticas que confundem a sociedade civil, incomodam a sociedade internacional, e que são de difícil controle pelo próprio governo, que muito mais patina nas suas próprias intempéries do que segue qualquer política nesse sentido; de forma específica, no tocante ao tema delimitado, a crise de representatividade do governo brasileiro não só continua como está agravada e quase medíocre, com objetivo real e explícito de minimizar a proteção do

meio ambiente para o avanço econômico, o que resulta em tragédias nunca antes experimentadas pelo Brasil.

Assim, é considerável que os direitos fundamentais são suprimidos em nome do livre mercado no Brasil e que nos últimos anos não há política protetiva ao meio ambiente quando vem de encontro ao avanço econômico; para trilhar esse rumo, o governo brasileiro não só está em caos estratégico como também está no ápice de uma crise de representatividade nacional e mundial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Combating COVID-19 under Bolsonaro's federalism: a case of intergovernmental incoordination*. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 663-677. Aug. 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122020000400663&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: consequências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. RJ: Zahar, 2001.

_____. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em coisas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. RJ: Zahar, 2001.

BENACCHIO, Marcelo. *A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista*. In: Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBIA, Orides (coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BENACCHIO, Marcelo; **PARREIRA**, Liziane. *Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade*. Prisma jurídico. São Paulo, volume 11, número 1, 2012, p. 179-206.

BERMANN, Celio. *O projeto da Usina Hidrelétrica Belo Monte: a autocracia energética como paradigma*. V. 15. Pará: Periódicos UFPA. Disponível em: <file:///C:/Users/domin/Downloads/895-4186-1-PB.pdf>, Acesso em: 19 dez. 2019.

BORGES, André. *Depois de pronta, Belo Monte quer erguer usina térmica para compensar baixa produção de energia*. Economia e Negócio. São Paulo: O Estado de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,depois-de-100-pronta-belo-monte-quer-erguer-usina-termica-para-compensar-baixa-producao-de-energia,70003124128?utm_source=estadao:twitter&utm_medium=link&mc_cid=54e4ea2c7b&mc_eid=38ddf01f7b>, Acesso em: 9 jan. 2020.

DOMINQUINI, Eliete Doretto; **SANCHES**, Samyra Naspilini. *A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos*. In: A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. **BENACCHIO**, Marcelo (coordenador); **VAILATTI**, Diogo Basilio; **DOMINQUINI**, Eliete Doretto (organizadores). Curitiba: CRV, 2016. Disponível em:

<<http://docs.uninove.br/arte/email/pdf/Livro-CNPQ.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

DOMINQUINI, Eliete Doretto; **SANCHES**, Samyra Haydêe Dal Farra Naspilini. *Sustentabilidade e empresas transnacionais: análise do caso Equador e da empresa petrolífera transnacional Texaco Inc*. In: A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. **BENACCHIO**, Marcelo (coordenador); **VAILATTI**, Diogo Basilio; **DOMINQUINI**, Eliete Doretto (organizadores). Curitiba: CRV, 2016.

DOMINQUINI, Eliete Doretto. *A relação entre Direitos Humanos e a Economia Corporativa Global: caminhos jurídicos e perspectivas*. SP: TEDE Uninove, 2015.

FABRIZ, Daury Cesar; **SIQUEIRA**, Julio P. F. H. de. Brumadinho, ou ecos de uma tragédia anunciada. N. 56. Peru: Derecho y Cambio Social, 2019. Disponível em: <<https://lnx.derechocambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechocambiosocial/article/view/124/84>>, Acesso em: 9 jan. 2020.

FERREIRA, Leandro Valle; **VENTINCIQUE**, Eduardo; **ALMEIDA**, Samuel. *O Desmatamento da Amazônia e a importância das áreas protegidas*. V. 19. N. 56. São Paulo: Scielo, Estudos Avançados, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142005000100010&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 9 jan. 2020.

FLEURY, Lorena Candido. *Conflito ambiental e cosmopolíticas na Amazônia brasileira: a construção da Usina hidrelétrica de Belo Monte em perspectiva*. Tese de doutorado em Sociologia. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <file:///C:/Users/domin/Downloads/000912554.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2019.

GIRARDI, Giovana. *Bolsonaro acusa INPE de divulgar resultados mentirosos sobre desmatamento*. São Paulo: Estadão, 2019. Disponível em: <<https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-acusa-inpe-de-divulgar-dados-mentirosos-sobre-desmatamento,70002929326>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

LIMA, Maria Regina Soares;
ALBUQUERQUE, Marianna. *O estilo Bolsonaro de governar e a Política Externa*. Boletim OPSA. Rio de Janeiro: IESP/UERJ, 2019, pp. 17-20. Disponível em: <http://opsa.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Boletim_OPSA_2019_n1-jan-mar.pdf#page=15>. Acesso em jul. 2020.

LOPES, Luciano M. N. *O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais*. V. 5. Sináapse ambiental. Betim: Sináapse Múltipla, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/domin/Downloads/11377-Texto%20do%20artigo-44451-1-10-20160714.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

MARTINS, Carlos Eduardo. *O BRASIL E A AMÉRICA LATINA NA GEOPOLÍTICA MUNDIAL DA COVID-19 E DO CAOS SISTÊMICO*. Em Pandemias e pandemônio no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Tirant to Blanch, 2020, p. 28. Disponível em: <<http://www.unicap.br/catedradomhelder/wp-content/uploads/2020/05/Pandemias-e-pandemio%CC%82nio-no-Brasil.pdf#page=27>>. Acesso em 12 dez. 2020.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e profissional*. 8ª edição. SP: Revista dos Tribunais, 2011.

PASKOVA, Yana. *Bolsonaro discursa na Assembleia da ONU, em NY*. São Paulo: Exame, 2019. Disponível em: <[https://exame.abril.com.br/brasil/ao-vivo-](https://exame.abril.com.br/brasil/ao-vivo-bolsonaro-faz-discurso-na-assembleia-da-onu-em-ny/)

[bolsonaro-faz-discurso-na-assembleia-da-onu-em-ny/](https://exame.abril.com.br/brasil/ao-vivo-bolsonaro-faz-discurso-na-assembleia-da-onu-em-ny/)>. Acesso em: 9 jan. 2020.

PEREIRA, Marcos Eduardo. *Bolsonaro retoma plano de erguer grandes hidrelétricas na Amazônia*. Brasília: Jornal de Brasília, 2019. Disponível em: <<https://jornaldebrasil.com.br/politica-e-poder/bolsonaro-retoma-plano-de-erguer-grandes-hidreletricas-na-amazonia/>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

PISSALDO, Ana Paula Moraes;
SANCHES, Samyra Napolini. *Direito humano ao Meio Ambiente Sustentável na Pós-Modernidade*. V. 16. São Paulo: Revista Argumentum, 2015. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/205>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2014.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SCHWERING, Marcus. *Habermas on the Corona crisis*. Frank furter Rundschau: 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/n/340610680_Habermas_on_the_Corona_crisis_-_and_what_his_new_book_has_to_add_to_this_Translation_of_an_interview_-_April_10th_2020>. Acesso em 21 jan. 2021.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; e **ROCASOLANO**, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significações e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Site Brasil de Fato. *Em meio à crise ambiental, Ricardo Salles enfrenta CPI, liminares e protesto de rua*. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2019/10/28/em-meio-a-crise-ambiental-ricardo-salles->

enfrenta-cpi-liminares-e-protestos-na-rua>
Acesso em: 18 jan. 2021.

Site Congresso em foco. **Diretor do INPE é demitido após desafiar Bolsonaro. Brasília, 2019.** Disponível em:
<<https://congressoemfoco.uol.com.br/meio-ambiente/diretor-do-inpe-e-demitido-apos-desafiar-bolsonaro/>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Site Deutsche Welle. **Entidades repudiam fala de Ricardo Salles em reunião ministerial.** Disponível em:
<<https://www.dw.com/pt-br/entidades-repudiam-fala-de-ricardo-salles-em-reuni%C3%A3o-ministerial/a-53545877>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

Site El País. **Contaminação por óleo no Nordeste deixará sequelas no ecossistema marinho, na saúde e na economia local.** Disponível em:
https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/25/politica/1571959904_104809.html>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Site El País. **“Isso não é atitude de presidente.”, diz Macron sobre Bolsonaro em vídeo.** Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/09/politica/1568049236_949231.html> .Acesso em: 24 jan. 2021.

Site Google. **Número de Mortes COVID-19.** Disponível em:
<https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>>. Acesso em: 24 jan.2021.

Site Globo.com. **Ministro do Meio Ambiente defende passar a boiada e mudar regras enquanto atenção da mídia está voltada para Covid-19.** Em G1. Política. Disponível em: <
<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/ministro-do-meio-ambiente-defende-passar-a-boiada-e-mudar-regramento-e-simplificar-normas.ghtml>>. Acesso em: 12 nov. 20.

Site Greenpeace. **Ricardo Salles deve ser retirado imediatamente do Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em:
<<https://www.greenpeace.org/brasil/blog/ricardo-salles-deve-ser-retirado-imediatamente-do-ministerio-de-meio-ambiente/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

Site Greenpeace. **Salve a Amazônia.** Disponível em:
<https://doe.greenpeace.org.br/salve-a-amazonia/p?utm_source=adwords&utm_term=+desmatamento%20+amazonia&utm_campaign=lm-doacao-20&utm_medium=ppc>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Site INPE. **INPE divulga resultado final do PRODES 2013.** Disponível em:
<http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=3701>. Acesso em: 9 jan. 2020.

A estimativa da taxa de desmatamento por corte raso para a Amazônia Legal em 2019 é de 9.762 km². Disponível em:
<<http://www.obt.inpe.br/OBT/noticias/inpe-consolida-7-536-km2-de-desmatamento-na-amazonia-em-2018>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Alertas do DETER na Amazônia em junho somam 2.072,03 km². Disponível em:
<http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5147>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Site Human Rights Watch. **Brasil: as instituições afrontam Bolsonaro.** Disponível em:<
<https://www.hrw.org/pt/news/2021/01/13/377542>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

Site Investor. **Joint Venture: o que essa estratégia significa.** Disponível em:
<<https://investorcp.com/gestao-empresarial/joint-venture/>>. Acesso em 9 jan. 2020.

Site Ministério do Meio Ambiente.
Disponível em:
<<https://www.mma.gov.br/areas-protegidas/unidades-de-conservacao/sistema-nacional-de-ucs-snuc.html>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Site Poder 360. **Deutsche Welle. Bolsonaro quer explorar Amazônia com os Estados Unidos.** Disponível em:
<<https://www.poder360.com.br/internacional/bolsonaro-quer-explorar-amazonia-com-os-estados-unidos/>>. Acesso em: 9 jan. 2020.

Site Vale, disponível em:
<<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 9 jan. 2020.

Site Supremo Tribunal Federal. **Ministro Celso de Mello autoriza acesso a vídeo de reunião ministerial.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443959>>. Acesso em 24 jan. 2021.

Site The Washington Post. **Brazil has the world's second-highest coronavirus death toll. But Bolsonaro is as popular as ever.** Disponível em:
<<https://www.washingtonpost.com/world/2020/12/16/brazil-coronavirus-bolsonaro-popularity/>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

Site WWF-Brasil. **O que se sabe até agora sobre o derramamento de óleo no Nordeste.** Disponível em:
<https://www.wwf.org.br/informacoes/noticias_meio_ambiente_e_natureza/?73944/O-que-se-sabe-ate-agora-sobre-o-derramamento-de-oleo-no-Nordeste>. Acesso em: 18 jan. 2021.

STIGLITZ, Joseph E. Globalização: como dar certo. Tradução Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

**FONTES ORIGINÁRIAS DO
DIREITO CIVIL: AFINIDADES
ELETIVAS ENTRE RELIGIÃO E
INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL**

*Pietro Nardella-Dellova*³¹⁰

³¹⁰ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF; é Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP; é Mestre em Ciência da Religião pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciência da Religião da PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de SBC; é Pós-graduado em Literatura pela Faculdade de Letras da UniMarco; é Formado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia da Universidade Franciscana, e é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito SBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores. Em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador e Co-coordenador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado), em Educação da CNPq/USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Direito UNIMEP, EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Romano, Direito Civil e Direito Hebraico Comparados”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos

RESUMO

O estudo das fontes originárias do Direito é indiscutivelmente importante para os dias atuais. O Direito não é de geração espontânea, mas resultado de um longo processo histórico e social. Por isso mesmo, é importante que fontes hebraicas, gregas e romanas sejam revisitadas a fim de permitir um aprofundamento e um conhecimento jurídico substancial.

PALAVRAS-CHAVE: fontes do direito, sistema grego e romano, sistema hebraico.

ABSTRACT

The study of sources originating from law is undoubtedly important for today. Law is not spontaneously generated, but the result of a long historical and social process. For this very reason, it is important that Hebrew, Greek and Roman sources are revisited in order to allow a deepening and substantial legal knowledge.

KEYWORDS: sources of law, Greek and Roman system, Hebrew system.

APRESENTAÇÃO

É bastante evidente que a Religião e o Direito são hoje manifestações culturais em afinidades eletivas,³¹¹ cujas origens se

Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”. Atualmente também desenvolve estudos e pesquisas em *New York, USA*.

³¹¹ Conforme a trabalharam e conceituaram Max Weber e Michael Lowy, cujos parâmetros utilizei na Tese de Doutorado “Judaísmo e Direitos Humanos: uma contribuição judaica para a tessitura dos Direitos Humanos”, devidamente defendida e aprovada com louvor

encontram, conforme Fustel De Coulanges, no mesmo ponto: *família*. É o que se depreende dos estudos realizados por ele nas religiões grega e romana no seu livro *A Cidade Antiga*. A religião e o direito nascem da família e, pouco a pouco, desenvolvem-se ao ponto de parecerem separados e distintos, mas mantendo-se em conexões e vínculos indelévels. Inicialmente, explica De Coulanges, tanto a religião quanto o direito não foram criações das organizações da *polis* – a cidade. Quando as cidades começaram a escrever suas leis, encontraram-nos prontos.³¹²

Durkheim, entretanto, discorda de De Coulanges, pois considera que as sociedades primitivas, fortemente marcadas pela *solidariedade mecânica*³¹³, não têm na família ou em qualquer outra instituição social o fundamento da religião. Durkheim considera exatamente o oposto, ou seja, a religião (e não a família) como o

fundamento social.³¹⁴ Para ele, os “arranjos” sociais explicam a força religiosa, e não o contrário, como sugeriu De Coulanges. Depois da análise crítica do texto de De Coulanges, Durkheim prossegue afirmando que é daquelas sociedades primitivas que vêm, por exemplo, o *comunismo* e a ideia de *propriedade coletiva*. Realmente, Durkheim está tratando da divisão de trabalho e, por isso mesmo, não consegue conceber uma sociedade primitiva que pudesse ser caracterizada pela *solidariedade orgânica*. Segundo ele, é nesta – e não naquela, que se realiza uma organização mais evoluída, consciente e individual, incluindo-se aí o Direito.

Parece-me que ambos estão falando das mesmas coisas. Concordam que direito e religião estão umbilicalmente relacionados, divergindo quanto ao conceito de família e origem do fenômeno religioso. Vincenzo Miceli, contemporâneo de ambos, que lecionou Direito Constitucional na Universidade de Perugia, e Filosofia do Direito em Pisa, considerou que de início as normas jurídicas estão completamente revestidas de crenças e conteúdos religiosos.

Para esse jurista,³¹⁵ o Direito passou a ser *mais específico quando se desfaz a solidariedade mecânica*, cuja base é mesmo

na PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³¹² Fustel De Coulanges (Numa Denis Fustel de Coulanges, 1830-1889). *La Cité Antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. 24^a édition. Paris: Librairie Hachette, 1917, p. 93;

³¹³ Émile Durkheim (1858-1917). *Da Divisão do Trabalho Social* (publicado pela primeira vez em 1893). Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, pp. 81 e 157, respectivamente, solidariedade mecânica é aquela que caracteriza grupos sem qualquer (ou com pouca) consciência individual e, por isso mesmo, a consciência coletiva controla e dá coesão social, enquanto solidariedade orgânica é aquela em que a consciência individual é (mais) desenvolvida;

³¹⁴ Émile Durkheim (1858-1917). *Da Divisão do Trabalho Social*, *Op. cit.*, p. 162;

³¹⁵ Vincenzo Miceli (1858-1932). *Principii di Filosofia del Diritto*. Milano: Società Ed., 1928, pp. 626 e 627;

a *comunhão de crenças comuns*, e começa a se conceber a *possibilidade de uma solidariedade fundamentada na harmonia dos atos, com valores autônomos e independentes de intenções*, isto é, na solidariedade orgânica. Do ponto de vista jurídico contemporâneo, segundo Miceli, não se poderia falar de um conteúdo jurídico específico em relação ao costume primitivo, pois ali havia uma necessidade de comando coletivo, uma voz de coesão que se legitimava apenas no fenômeno religioso.

De qualquer modo, tanto as abordagens De Coulanges, quanto as de Durkheim e Miceli, concordam que aquelas sociedades antigas são religiosas e jurídicas, embora a partir de análise de causa e efeito sejam divergentes. Para Durkheim, a religião é fundamento das instituições sociais, com as quais está intimamente mesclada;³¹⁶ e para De Coulanges, é a família. Relevadas as abordagens de um e outro quanto à anterioridade da religião ou da família, o fato é que, lembra Argüello, a religião exerceu influência profunda, sobretudo, no Direito Romano posterior.³¹⁷ Parece-me que Durkheim,³¹⁸ embora critique a ideia de progresso social de Auguste Comte, leva em conta exatamente o processo de evolução

quando critica De Coulanges, inclusive porque chama as sociedades antigas por ele analisadas de *totalmente inferiores*.

Ao contrário, De Coulanges coloca no mesmo ponto, como faces do mesmo rosto, tanto a religião quanto a família. Em outras palavras, a família, grupo particular com seus cultos domésticos, tem caráter absolutamente diverso da modernidade. Para Miceli, não se trata de direito inferior ou superior, mas de um aspecto temporal e social, sendo certo que, segundo ele, mesmo quando o Direito parece estar completamente distinto da Religião, em tempos posteriores, continua, não obstante, preservando elementos religiosos, tanto no direito material quanto, e, sobretudo, no direito processual, ritualístico.³¹⁹

Mais rigorosamente objetivo e com análise estrita do Direito, Gustav Radbruch, que também foi Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Heidelberg, aborda o Direito e a Religião a partir de uma ótica cristã, e considera não haver qualquer relação entre as duas áreas. Diz que o Cristianismo se baseia em uma ideia de justiça que se confunde com bondade, não com direito, e que mesmo o assim chamado *direito canônico seria um direito anticristão*.

³¹⁶ Émile Durkheim (1858-1917). *Da Divisão do Trabalho Social*. *Op. cit.*, p. 121;

³¹⁷ Luis Rodolfo Argüello. *Manual de Derecho Romano*. 3ª ed. B. Aires; Ed. Astrea, 1997, p. 17;

³¹⁸ Émile Durkheim. *Da Divisão do Trabalho Social*. *Op. cit.*, p. 117;

³¹⁹ Vincenzo Miceli (1858-1932). *Principii di Filosofia del Diritto*. Milano: Società Ed., 1928, p. 628;

Aspectos das fontes gregas e romanas para o Direito

No que respeita às fontes do Direito ou civilizações do Direito, aponta única e exclusivamente o Direito Romano, considerando-o com a menor influência religiosa.³²⁰ Dele discorda Miceli, que afirma que o Direito e a Religião continuaram, em alguma medida, relacionados e com afinidades, materiais e processuais, e que apenas após o Renascimento, e por obra dos filósofos, que se defendeu uma separação entre estas duas áreas.³²¹

Não foi outra a afirmação de Luigi Mattiolo,³²² Professor de Direito da Universidade de Torino, pois, segundo ele, a lei religiosa positiva é a norma jurídica positiva, e não podem advir de uma vontade divina, mas de uma autoridade humana. De qualquer modo, o *direito na sua infância* (ele não chama de inferior), como qualquer outra instituição antiga, se coloca sob a religião e depois no Renascimento, concordando com Miceli, as ideias sobre uma e outra área vão se especificando e se organizando em modos distintos.

³²⁰ Gustav Radbruch (1878-1949). *Propedeutica alla Filosofia del Diritto*. Trad. Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Ed., 1959, p. pp. 130, 131 e 135;

³²¹ Vincenzo Miceli. *Op. cit.*, p. 629;

³²² Luigi Mattiolo (1838-1904). *Principii di Filosofia del Diritto*. Napoli: Soc. L'Unione Tip. Ed., 1871, p. 20;

Vê-se, contudo, que na obra de Radbruch, sua abordagem do Direito Romano tardio, pois ele não menciona o Direito romano primitivo, serve apenas para dar fonte e origem ao próprio Direito Alemão, pois retira dos Direitos antigos aquele sistema que interessa à visão extremamente formal e germânica de mundo, ao menos em sua época. Além disso, o estudo do capítulo que ele chama, em seu livro, *Direito e Religião*, não se realiza, e teria sido melhor escolher *Direito e Cristianismo (alemão)*. Mas não poderíamos nos furtar de mencioná-lo aqui, tendo em vista que seu trabalho marcou os programas dos principais cursos jurídicos, em especial, o do Brasil - que adotou ao longo do século XX um Direito com matriz germânica, aliás, romano-germânica.

Diferentemente de Radbruch, além de Miceli, Clovis Bevilacqua, um dos grandes juristas brasileiros, autor do Código Civil brasileiro de 1916, vê, e de modo transbordante, a íntima relação entre Direito e Religião, em quaisquer das civilizações antigas. Diz ele (em Português de sua época): *a lei primitiva teve de enovelar-se nos torvos mysterios da religião* e, por isso mesmo, não surpreende que os sacerdotes antigos tenham sido os primeiros a dizer o direito. Em especial, Bevilacqua cita tanto a

civilização grega quanto a romana e, em ambas, há religião imiscuída com direito.³²³

E embora haja um processo de laicização ao longo dos milênios, de tal modo a tornar o Direito uma área separada da Religião, esta ainda se encontra naquela. Certamente, como civilista e autor do Código Civil de 1916, Bevilacqua sabe, e com exatidão, a umbilical relação entre Religião e Direito, sobretudo no que respeita à Propriedade e Direito de Família. Antes mesmo de Bevilacqua e de Radbruch, o grande jurista alemão (civilista e romanista), Rudolf von Ihering, já havia considerado o Direito oriental, inclusos os Direitos Mesopotâmicos e Hebraico, como um conjunto de preceitos religiosos e jurídicos.

No caso do Direito ocidental, no qual ele considera o Direito Grego e o Direito Romano, Religião e Direito andam de mãos dadas, com maior distinção entre as esferas jurídica propriamente dita e religiosa. Essas áreas que se relacionam, e têm afinidades, são chamadas de *Fas* e *Ius*.³²⁴

De fato, na sociedade romana antiga, *Domus* e Religião se confundem. E, concordando com De Coulanges, o Professor Juan Iglesias, titular de Direito Romano na Universidade de Barcelona,

³²³ Clovis Bevilacqua (1859-1944). *Juristas Philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897, pp. 1-4;

³²⁴ Rudolf von Ihering (1808-1892). *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*. Trad. Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947, p. 108;

afirma que os antigos não diferenciavam Religião, a que os romanos antigos chamavam de *fas*, do Direito, chamado por eles de *ius*.³²⁵

Fas que representa a *lex divina*, é o direito religioso, sendo palavra originária de *fari*, falar por inspiração a fim de comandar, como, aliás, sucedeu com todas as sociedades primitivas, afirma Adalácio Coelho Nogueira, antigo Professor de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia.³²⁶ *Ius* que significa unir, atar, vincular, ordenar, comandar.³²⁷ Porém, para Miceli, *fas* e *ius* constituíam uma coisa só.³²⁸ Além disso, a relação entre *fas* e *ius*, entre a fala e o comando, continua presente, inclusive na expressão *judiciário* (*ius dicere*, isto é, dizer o direito) e, explica Edmond Picard, antigo Professor da Universidade de Bruxelas, desde os tempos antigos é a noção de direção, do que é direito, do que deve ser feito – ou não feito, sempre com conteúdo imposto,³²⁹ seja pelos deuses ou governantes.

³²⁵ Juan Iglesias (1917-2003). *Instituciones de Derecho Romano*. Vol. I. Barcelona: 1950, p. 10;

³²⁶ Adalácio Coelho Nogueira. *Introdução ao Direito Romano*. Vol I. RJ: Forense, 1966, p. 140;

³²⁷ Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Ed. Debate, 1993, p. 22;

³²⁸ Vincenzo Miceli. *Principii di Filosofia del Diritto*. *Op. cit.*, p. 628;

³²⁹ Edmond Picard (1836-1924). *O Direito Puro*. Trad. portug. Lisboa: Ed. Ibero-Americana, 1942, p. 27;

Segundo Nogueira, religião, moral e direito coexistiam indiscriminadamente.³³⁰ Iglesias diz que as fontes romanas mais antigas demonstram tal uso indiferenciado. Não é outra a afirmação de Max Weber, para quem *toda a vida cotidiana dos romanos e cada um de seus atos eram rodeados por sua “religio” com uma casuística jurídico-sacral que absorvia sua atenção em grau não menor do que faziam as leis rituais dos judeus e do direito sagrado taoista dos chineses.*³³¹

Ademais, não é possível compreender os grupos romanos antigos como uma coletividade em solidariedade mecânica, considerado esse conceito durkheimiano, aliás, nem mesmo os gregos, sequer os hebreus. São grupos familiares com práticas familiares que confundem direito e religião³³² de tal forma a não ser possível identificar, a menos que o façamos anacronicamente. Por último, atesta Cícero que a religião particular (porque havia religião particular!), os deuses particulares, ligados à família, e os cultos

consequentemente particulares, causavam a seu tempo maior confusão.³³³

Família, no sentido que lhe dá De Coulanges, muito diferente da concepção que damos à palavra nos dias de hoje, era considerada o pequeno grupo formado por pai, mãe, filhos, escravos e coisas, e todos e tudo, em torno de um patrimônio (o que pertence ao *pater*) chamado de *familiam*.

A religião, explica Argüello, de caráter familiar, realizava-se na casa, no *domus* (doméstico), lugar onde se mantinha um *fogo sagrado* mantido aceso diuturnamente como culto aos deuses domésticos. Família e o direito que a expressava tinham, portanto, um caráter religioso: *sacra privata*, com um culto próprio.³³⁴ São os elementos ético-religiosos, conforme Iglesias, que ligam família, no sentido romano antigo, e *domus*.³³⁵

Tanto as casas romanas quanto as gregas possuíam um altar para o *fogo sagrado*, especialmente mantido aceso diuturnamente em culto aos deuses domésticos, ou seja, às almas dos seus antepassados e aqui, neste culto aos mortos a

³³⁰ Adalício Coelho Nogueira. *Op. cit.*, p. 140;

³³¹ Max Weber (1864-1920). *Economia y Sociedad*. Trad. José M. Echavarría, Juan M. Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo G. Máñez y José Ferrater Mora. México, 1997, pp. 334, 335;

³³² Rudolf von Ihering (1808-1892). *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*. *Op. cit.*, p. 108;

³³³ Marco Tulio Cícero (106-43 a.e. c.). *Das Leis*. Trad. de Otávio T. Brito. SP: Cultrix, 1967, p. 73;

³³⁴ Luis Rodolfo Argüello. *Manual de Derecho Romano*. *Op. cit.*, pp. 398-400;

³³⁵ Juan Iglesias. *Estudios: Historia de Roma, Derecho Romano e Derecho Moderno*. Madrid: Ediciones Euramerica, 1968, p. 107;

partir do núcleo familiar, teria nascido o sentimento religioso.

Os gregos chamavam este altar de *Vesta* e os romanos, de *Vesta* ou *Focus*,³³⁶ porque lhes eram originalmente comuns, referindo-se à deusa *Estia*, conforme se vê na Eneida de Virgílio.³³⁷

Mesmo em relação às coisas, aos bens (*res*), os romanos faziam uma classificação específica no contexto religioso. Chamavam todas as coisas dedicadas aos seus cultos domésticos ou públicos primeiramente *res extra commercium*, ou seja, não suscetíveis de relações comerciais, e nestas incluíam as *res divini iuris*.

Na amplidão das *res divini iuris* (coisas de direito divino), consideravam as *res sacrae* (coisas sagradas), de caráter mais público ou coletivo, como os templos; as *res sanctae* (coisas santas), que interessavam, inclusive, para a proteção pública, como os muros e as portas da cidade, e, finalmente, as *res religiosae* (coisas religiosas), de caráter mais particular, como os sepulcros que se encontravam no *domus* (casa, espaço doméstico).³³⁸

Nesse sentido identificamos não apenas o nascedouro da religião e do direito, mas de uma religião e de um direito de caráter particular. É a religião privada e o direito privado. Porque o grupo familiar prestava culto aos seus antepassados, aos deuses domésticos, caracterizando um culto singular e secreto, do qual o sacerdote, diz Argüello, era o *paterfamilias* – chefe com poderes absolutos de ordem política, judicial e religiosa. Dessa origem romana vêm as ideias relacionadas aos deuses masculinos e sua autoridade sobre todos os outros.

Mas De Coulanges não considera a autoridade masculina, ou do pai, como superior em si, pois, segundo ele, cada *casa* possuía uma autoridade divina acima da do pai. Os gregos e romanos a chamavam, respectivamente, de *Estia*³³⁹ e de *Lar Familiae Pater*, espécie de divindades internas, às quais se fazia um culto doméstico, celebrado, aí sim, pelo pai.

Em outras palavras, não era ao pai que se prestava culto, mas à divindade à qual o pai servia. Nisso, diz ele, reside o fato de que os gregos e os romanos jamais concederam à mulher qualquer tipo de autoridade, relegada a uma posição inferior.³⁴⁰ Sendo o culto feito às divindades

³³⁶ Fustel De Coulanges. *La Cité Antique*. *Op. cit.*, p. 21;

³³⁷ Virgílio (Publio Virgílio Marone, 70-19 a. e. c.). *Eneida*. Trad. da Annibal Caro (1507-1566) in 2 vol. Milano: Rizzoli Ed., 1960, vol. I, p. 68 (Livro II: v. 490);

³³⁸ Luis Rodolfo Argüello. *Manual de Derecho Romano*. *Op. cit.*, p. 168;

³³⁹ Louis Gernet. *Droit et Institutions en Grèce Antique*. Paris: Flammarion, 1982, pp. 281-293;

³⁴⁰ Hécio Maciel França Madeira (trad.). *Digesto de Justiniano – Livro I*. 2ª ed. SP: RT, 2000, p. 58;

masculinas, a mulher jamais teve um lar para si e nunca pôde ser chefe de um culto.

Semelhantes às leis hindus, os gregos e os romanos não reconheciam qualquer direito à mulher, submetida, respectivamente, ao pai, irmãos, marido e, morto esse, aos familiares de seus maridos ou aos próprios filhos.³⁴¹ Isso ocorria porque o pai era, explica De Coulanges, não apenas o protetor do grupo familiar, mas o continuador dos avoengos, dos homens antepassados, um sacerdote que o ligava a tais deuses, isto é, em outras palavras, o (re)ligava aos mortos.

Aliás, a própria palavra que designa essa força política, jurídica e religiosa é *pater*, que é lida da mesma forma em grego, latim ou sânscrito. *Toute la religion réside en lui*,³⁴² escreve De Coulanges, a fim de dizer que a força tanto religiosa quanto jurídica encontrava-se concentrada e reunida no pai³⁴³ e, por se tratar de crença comum, incluindo a das mulheres, não havia quaisquer necessidades de imposição: é direito que nascia de crenças em forças espirituais que regiam aquele universo familiar, reforçando a ideia de que o *pater* tinha o direito absoluto, inclusive *de vida e*

de morte sobre os membros de sua família (*ius vitae ac necis*).³⁴⁴

Essa superioridade masculina na chefia dos cultos e, assim, na própria organização legal e política, nasceu da religião. A força jurídica residia na natureza religiosa masculina. Assim, o direito nascido na religião conferia ao *pater* um poder ilimitado, que De Coulanges resume da seguinte maneira:

- a. *O pai é o chefe supremo da religião doméstica;*
- b. *Como sacerdote do lar, o pai não reconhece qualquer outro hierarquicamente superior a ele;*
- c. *Porque é o líder supremo da família, todos os direitos lhe são atribuídos;*
- d. *O pai tem o direito de reconhecer o filho ou de repudiá-lo ao nascer, e este direito é coerente com o elemento religioso que criou a família;*
- e. *É o reconhecimento do pai que atribui ao filho o direito de*

³⁴¹ Fustel De Coulanges. *La Cité Antique*. *Op. cit.*, pp. 93-95;

³⁴² Toda religião reside nele, isto é, no *paterfamilias*;

³⁴³ Fustel De Coulanges. *La Cité Antique*. *Op. cit.*, pp. 97 e 103;

³⁴⁴ Caio Mario da S. Pereira. *Inst. de Direito Civil: Direito de Família*. RJ: Gen/Forense, 2016, p. 31;

- pertencer ao círculo sagrado da família e nela encontrar a proteção jurídica que lhe dá o pai;*
- f. *O pai tem o direito de repudiar a mulher caso ela seja adúltera ou não possa engravidar (óbvio que era visto do ponto de vista masculino);*
- g. *O direito de ceder a outro o poder sobre a filha, casando-a, bem como o direito de casar o filho para perpetuidade da família;*
- h. *O direito de emancipar um filho (excluindo-o da família) e o direito de adotar (adoção, sobretudo para dar continuidade no culto do fogo sagrado);*
- i. *O direito de indicar a tutela sobre a mulher e filho;*
- j. *O direito de propriedade indivisível, perpétuo e da família, sendo usufrutuário o próprio pai em benefício do culto doméstico aos antepassados;*
- k. *Todos os rendimentos dos filhos pertenciam ao pai e integravam o patrimônio (conjunto de bens pertencentes ao pater);*
- l. *O filho poderia ser vendido ou cedido em “locatio rei”;*
- m. *O pater poderia também decidir sobre a vida da mulher e dos filhos,³⁴⁵*

Este caráter *sagrado* do direito, tanto grego quanto romano, está intrinsecamente ligado à propriedade, da qual a família é apenas um aspecto. Aliás, mesmo depois da Revolução Francesa de 1789, direito e religião continuaram de mãos dadas no que respeita, sobretudo, à *sacralidade da propriedade*: “sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado...”, conforme o Artigo 17 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

De fato, direito e religião andavam de mãos dadas nas culturas grega e romana.³⁴⁶ E a sacralidade da propriedade (e do direito de propriedade) explica-se porque os deuses domésticos são enterrados no *domus*, instalam-se ali para sempre,

³⁴⁵ Fustel De Coulanges. *La Cité Antique*. *Op. cit.*, pp. 98-103;

³⁴⁶ Clovis Bevilacqua (1859-1944). *Juristas Philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897, p. 6;

enquanto houver culto doméstico e a manutenção do *fogo sagrado*. Religião e Direito, especialmente direito de família e de propriedade, assim como o direito de punir (penal), sempre se mantiveram de mãos dadas de modo inseparável.³⁴⁷ Em síntese, o sinal de propriedade é a marca de consagração.³⁴⁸

Aspectos hebraicos do Direito

Lembra ainda De Coulanges que, entre os vários direitos religiosos das sociedades antigas, na Bíblia Hebraica, por duas vezes, a ideia de propriedade com características religiosas aparece, respectivamente em Abraão e, depois, em Moisés, quando Deus diz àquele que o havia tirado de Ur dos Caldeus a fim de lhe dar as terras, e para este, quando Deus assegura que fará com que os israelitas possuirão, como herança, as terras prometidas aos antigos.

Há quem considere que os direitos grego e romano, assim considerados em ordem cronológica, teriam recebido influência dos direitos da antiguidade, especialmente egípcio, judaico, assírio e babilônico. Outros, como Argüello, veem tal influência com muita reserva, considerando

que não há suficientes estudos com fundamentação sobre o tema.³⁴⁹

Porém, o fato de não haver ainda estudos fundamentados não exclui a possibilidade de influência que é, *a priori*, razoável, sobretudo se considerarmos as grandes movimentações daquelas priscas eras. Não parece haver qualquer dúvida da influência entre direito e cultura judaicas e direitos e culturas mesopotâmicos, em especial babilônico,³⁵⁰ como anotamos. Outrossim, não há qualquer dúvida das afinidades entre gregos e romanos, bem como das influências, recebidas ou inspiradas, da cultura e religião egípcias sobre as civilizações mediterrâneas e do Oriente Médio. Entretanto, tais estudos mais profundos e verticais ainda estão em desenvolvimento.

Antes, porém, cumpre lembrar com Perces-Barba, que seguimos aqui a ideia de *Direito como parte das criações humanas*, como *realidade do mundo cultural* (espiritual e histórico), e como *mundo da cultura* no sentido de *criação humana de caráter normativo para organizar a vida em sociedade*.

Trata-se, assim, da *vida humana em sua dimensão axiológica ou de finalidades*, vida humana social, isto é, do homem entre outros homens, e situada no plano dos

³⁴⁷ Fustel De Coulanges. *La Cité Antique*. *Op. cit.*, pp. 63-69;

³⁴⁸ Louis Gernet. *Droit et Institutions en Grèce Antique*. *Op. cit.*, p. 262;

³⁴⁹ Luis Rodolfo Argüello. *Manual de Derecho Romano*. *Op. cit.*, p. 19;

³⁵⁰ Edoardo Volterra. *Diritto Romano e Diritti Orientali*, Napoli: Jovene, 1983, p. 51;

mandatos, das obrigações e das imposições.³⁵¹ Esses aspectos referem-se aos fatos históricos, isto é, considerados exteriormente e, como tais, segundo Pontes de Miranda, Direito e Religião devem ser estudados.³⁵²

Aqueles, como o Prof. Alfredo Mordechai Rabello, Docente de Direito Comparado e História do Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém, que se predispuseram a estudar o Direito Hebraico, chamado também de Direito Judaico, que em hebraico é *Mishpat 'Ivri*,³⁵³ consideram-no como sendo o direito dos Judeus desde os tempos bíblicos até os tempos contemporâneos.

Diz ele que não se trata de um *direito abstrato*, mas cotidiano, de caráter nacional (desde 1948 com o nascimento de Israel) e religioso e, nesse sentido, há normas que dizem respeito às relações da pessoa com Deus, e outras normas que tratam das relações entre pessoas.

A Bíblia Hebraica, o *Tanakh*, aqui considerada, conforme Fromm,³⁵⁴ *como um*

livro para o propósito a que se destina este trabalho, é considerada como primeira fonte do Direito Hebraico, especialmente a Torá, estudada como direito bíblico, sobretudo a partir do Talmud, fonte de hermenêutica, bem como das 613 Mitzvot,³⁵⁵ organizadas, como vimos alhures, por Maimônides.

Além da Torá, os outros livros da Bíblia Hebraica também são fontes de estudo: *Nevi'im* (os Profetas) e *Ketuvim* (os Escritos). Trata-se de qualquer modo de uma construção de um direito que se perde nas origens babilônicas, e que vem, por escrito, sendo compilado e ensinado ao menos desde o século XII a. e. c. Fromm considera-a como retrato da *evolução de um povo primitivo* para uma grande nação, da *vida arcaica para a civilizada*.

Altavila, antigo Professor de Direito da Faculdade de Direito de Alagoas, comparando com a legislação de outros povos, considera a Torá como um dos códigos fundamentais da humanidade, com destaque para o quinto livro de Moisés: Deuteronômio que, diferentemente dos outros primeiros, não destaca rituais sacerdotais ou narrativas de criação ou formação do povo israelita, mas fixa-se em preceitos propriamente jurídicos,³⁵⁶ incluindo a determinação de se estabelecerem juízes e oficiais nas terras que

³⁵¹ Gregorio Peces-Barba. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. *Op. cit.*, pp. 25-27;

³⁵² Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo II: Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed. 1972 (sem alteração, conforme a edição de 1922). RJ: Ed. Borsoi, p. 159;

³⁵³ Alfredo Mordechai Rabello. *Introduzione al Diritto Ebraico*. Torino: G. Giappichelli Editore/Centro di Judaica Goren-Goldestein, 2002, pp. 3;

³⁵⁴ Erich Fromm. *O Antigo Testamento: Interpretação Radical*. Trad. R. Silva. SP: Fonte Ed., 2005, pp. 24, 25 e 27;

³⁵⁵ Alfredo Mordechai Rabello. *Idem*, p. 5;

³⁵⁶ Jayme de Altavila. *Origem dos Direitos dos Povos*. 2ª ed.. SP: Ed. Melhoramentos, 1979, pp. 15, 16 e 19;

então os israelitas ocupariam para ali formarem sua nação e o reino.

Nesse sentido, um dos pontos fundamentais da Torá³⁵⁷ enquanto fonte de Direito (positivo) é a determinação de que os juízes, que deveriam ser estabelecidos para *ouvirem as questões e os pedidos*, não poderiam fazer qualquer tipo de acepção de pessoas, obrigando-se a ouvir tanto o grande quanto o pequeno, tanto o rico quanto o pobre. Trata-se de um dos fenômenos jurídicos dos mais importantes em quaisquer povos civilizados, a saber, o direito de ação, que faz valer o direito.

É o que Pietro Cogliolo³⁵⁸ chama, em face do Direito Romano, de *Ius e Actio* (direito e ação), porque é neste momento, continua Cogliolo, que há uma separação entre o que é religioso do que é jurídico. Anteriormente, a partir de Jaeger, já apontamos para a comparação com a formação do homem grego, e da organização do direito a partir de dois fundamentos: *Themis e Dikè*.³⁵⁹

Para Moisés, a Torá, enquanto instrução e direito pedagógico - *Mishpat*, já dada, deveria ser levada a efeito com os *Shoftim* (juízes) a fim de se alcançar a

Tzedek/Tzedaká (justiça).³⁶⁰ Não se trata mais de uma religião ou de prática religiosa, mas de uma realidade que se impunha. Embora Deus possa ouvir e fazer justiça, essa incumbência é dos filhos de Israel com seus juízes.

E não apenas, pois se impunha no nascedouro judaico a grande questão de acesso à justiça, digo, a uma justiça que se construiria em bases de igualdade e de não acepção de pessoas. O que se propõe por Moisés seguirá influenciando o mundo que mesmo nos dias de hoje ainda se bate em relação ao próprio conceito de acesso à justiça,³⁶¹ diria, acesso qualificado à justiça.

A própria ideia de *justiça* e, também, *misericórdia*, remete o homem a Deus, porque Justiça e Misericórdia são elementos que compõem as forças da criação, conforme o Midrash (exegese dos sábios do Talmud). A exigência, e insistência, de que os Judeus façam justiça, e justiça no caso concreto, é uma expressão das faces de Deus.

Conforme o Rabino Abraham Skorka,³⁶² justiça e misericórdia foram sempre a busca e a experiência sobre as quais se desenvolveu a cultura judaica. Enfim, Justiça no seu sentido mais profundo,

³⁵⁷ Deut. 16: 18. Trata-se da Mitzvá 176 positiva; Deut. 1: 16; 16: 18; Deut. 1: 17;

³⁵⁸ Pietro Cogliolo. *Filosofia del Diritto Privato*. 2ª ed., Firenze: 1891, p. 115;

³⁵⁹ Werner Jaeger. *Paideia: a formação do homem grego*. Trad. A. M. Parreira. SP: M. Fontes, 1979, *passim*;

³⁶⁰ Deut. 16: 20;

³⁶¹ Mauro Cappellitti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1988, p. 9;

³⁶² Rabino Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo*. Buenos Aires: Ed. Univ. de B. Aires, 2001, pp. 7, 8;

diz Skorka, envolve realmente todos os aspectos da vida.

Com o Deuteronômio, essa Constituição, os hebreus conquistam um posto nas maiores civilizações. A *Mishpat* (Direito), *Shoftim* (Juizes/Juízo) e a realização de *Tzedek/Tzedaká* (Justiça), aparecerá séculos depois, respectivamente, entre gregos e romanos, como *Themis/Dikè* e *Ius/Actio/Iustitia* e, em quaisquer desses povos, significando: *Direito/Ação/Justiça*.

Para os romanos, muito tempo depois, a *ideia de justiça* pressupunha a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), enquanto o *conceito de direito* preceituava viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu (*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*), conforme a versão de Hécio Madeira,³⁶³ do Departamento de Direito Civil e Romano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Até os dias atuais, não é apenas o direito formal, o que se escreve ou se diz, mas o direito realizado a partir do direito de ser ouvido por uma autoridade competente com equidade (*aequitas*). Aqui está uma das conquistas dos direitos humanos e, para os

países que possuem Constituição, direito fundamental.

Este direito de ser ouvido por um Juiz consagrou-se, finalmente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei,*” conforme o Artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

O juiz é o órgão que realiza o direito.³⁶⁴ Moisés, em Deuteronômio, não está preocupado com rituais sacerdotais que ocuparam boa parte do Livro de Levítico, mas com a realização jurídica, política e de acesso à justiça dos israelitas. Há, agora, uma realidade adiante e, sobretudo, para depois da morte do grande Legislador hebreu - Moisés: fazer com que o povo que atravessou o deserto se constitua vez por todas em uma nação, civilizada e civilizatória.

A Torá inteira, em especial com o seu quinto livro - Deuteronômio, aparece nesse momento como uma Constituição jurídico-política³⁶⁵ e, por isso mesmo, não é sem razão que o estabelecimento de uma função judiciária ocupa as primeiras letras

³⁶³ Hécio Maciel França Madeira (trad). *Digesto de Justiniano – Livro I. Op. cit.*, p. 19;

³⁶⁴ Pietro Cogliolo. *Filosofia del Diritto Privato. Op. cit.*, p. 115;

³⁶⁵ Jayme de Altavila. *Origem dos Direitos dos Povos. Op. cit.*, p. 19;

deste livro, como sói acontecer com quaisquer Constituições.

Por isso mesmo, Jayme Altavila, considerando que o *direito escrito* de cada povo espelha mais *fielmente a sua evolução social*, afirma que o Direito Hebraico foi a fisionomia do mundo israelita, sendo o influenciador não apenas do Cristianismo e do Islamismo, mas de várias outras culturas que tiveram em suas fontes a energia da civilização. Segundo ele, é exatamente essa busca incessante pela justiça e a ideia de justiça que marcam os judeus desde Moisés com sua Torá.³⁶⁶

O Judaísmo encerra substancialmente uma ideia pragmática de justiça no direito que cria. Não é uma justiça para além do entendimento humano ou da racionalidade, mas concreta e cotidiana.

Hans Kelsen retoma a discussão religiosa sobre *justiça* em seu livro *O Problema da Justiça*, e critica qualquer ideia *abstrata* de justiça, sobretudo quando relacionada ao ensinamento cristão de *amar o próximo como a si mesmo*.

Segundo ele, não se trata de um amor ao próximo considerado em suas reais necessidades e angústias, mas de uma justiça levada à relação apenas com Deus. Diz ele que tal *justiça* (teológica) *situa-se para além de toda ordem possível numa realidade*

³⁶⁶ Jayme de Altavila. *A Testemunha na História e no Direito*. SP: Melhoramentos, 1967, pp. 26-34;

social; e o amor, que é esta justiça, está para além do que a humanidade pode compreender racionalmente como amor.

O amor, comumente ensinado por via religiosa, diz ele, não é o amor ao homem, mas o amor a Deus. Finalmente, Kelsen considera que: “*a minha justiça, portanto, é a justiça da liberdade, a justiça da democracia, em suma, a justiça da tolerância*”.³⁶⁷

Nesse sentido, Del Vecchio concorda com Kelsen, e afirma que o Cristianismo imprimiu à ideia original do amor e da fraternidade não uma luta por reformas políticas e sociais, mas simplesmente uma reforma de consciência e, continua ele, mesmo as ideias de igualdade e liberdade não se dirigiram contra a ordem existente, mas a uma ideia de igualdade e liberdade diante de Deus.³⁶⁸

É para essa ideia de justiça como concretude, realidade, realização cotidiana que se exigem juízes para ouvir os reclamos e pedidos do povo. Aqui se desenha uma vigorosa reflexão que vai, posteriormente, ocupar as mais profundas discussões e debates jurídicos e constitucionais, a saber, a distância entre um direito formal, meramente

³⁶⁷ Hans Kelsen (1881-1973). *O Problema da Justiça*. Tradução de João Batista Machado. 2ª ed. SP: M. Fontes, 1996, pp. XXXI (Introdução) e 46-65;

³⁶⁸ Giorgio Del Vecchio (1878-1970). *Lições de Filosofia do Direito*. 2ª ed.. Trad. de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951, pp. 58-59;

enunciativo, escrito, e o direito real, concretizável.

Como exemplo contemporâneo, há uma diferença entre a ideia constitucional de erradicação da pobreza e a efetiva erradicação da pobreza, entre a constitucional igualdade entre pessoas e a real igualdade entre pessoas. A nosso ver, a base do Judaísmo enquanto Direito refere-se a uma realização, concretização e percepção de justiça. Em outras palavras, para cada caso concreto há – e deve haver mesmo, uma resposta imediata. Isso afasta o Judaísmo, enquanto Direito, da estrutura teológica.

Isso se explica porque tanto a Torá, embora considerada por nós como *um* livro (para este trabalho), quanto tudo o que se construiu ou se desenvolveu a partir dela como, por exemplo, as narrativas, os Profetas, o Talmud, o Livro das 613 Mitzvot, entre outros escritos, são resultados de uma viagem ao longo do tempo, por vários lugares e culturas.

Lembra Fromm³⁶⁹ que isso retrata as condições específicas do desenvolvimento do próprio Judaísmo como resultado de um *roteiro* de viagem, que começa em Ur e passa por Harã, Canaã, Egito, e pelos impérios babilônico, medopersa, greco-macedônio e romano, e pela Idade Média cristã etc. Todo esse material

³⁶⁹ Erich Fromm. *O Antigo Testamento: Uma Interpretação Radical*. *Op. cit.*, pp. 27 e 28;

escrito não foi preparado para um fim, com um objetivo uniforme, aliás, repleto de *contradições* internas, mas como registros e apontamentos de viagem ao longo dos séculos.

Disso decorre o caráter pragmático do Judaísmo enquanto direito. Vejamos, como exemplo, a determinação de se carregar um instrumento na mala a fim de cobrir o excremento, e manter um acampamento limpo, determinação essa considerada como *Mitzvá* (palavra-princípio).³⁷⁰

Trata-se, evidentemente, de preceito que hoje chamaríamos de proteção do meio ambiente (direito ambiental). Ou, ainda, do direito sucessório reconhecido por Moisés às filhas de Tselofchad, e que, por conta disso, estabeleceu o direito sucessório³⁷¹ às mulheres, que se tornou uma das *Mitzvot*³⁷² perpétuas.

Ivan Durães,³⁷³ por sua vez, faz importante análise de um aspecto do Direito Hebraico, isto é, da situação da escravidão (escravização), que Vicente Ráo chama de *servidão*,³⁷⁴ e dos direitos dos escravizados e dos libertos no Direito Hebraico. A partir da

³⁷⁰ Deut. 23: 14; Mitzvá 193 – positiva;

³⁷¹ Émile Durkheim. *Da Divisão do Trabalho Social*. *Op. cit.*, p. 117;

³⁷² Núm. 27: 1-11; Mitzvá 248 – positiva;

³⁷³ Ivan de Oliveira Durães. *Tristes Segredos de Família: os armenianos reformados e a escravidão no Brasil Império*. SP: Ed. Reflexão, 2019, p. 38;

³⁷⁴ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. 1. 4ª ed. SP: RT, 1997, p. 169;

Torá, Durães demonstra, assim como havia feito o Rabino Skorka,³⁷⁵ como este direito mostrou-se muito mais humanista se comparado ao Direito de Hammurabi.

Na antiga Babilônia, afirma ele que se alguém desse refúgio a um escravo fugitivo, sujeitava-se à pena de morte,³⁷⁶ enquanto pelo Direito Hebraico, ao contrário, a Torá não apenas determinava dar refúgio ao escravo fugitivo que chegasse a Israel, mas, também, não “restituí-lo” ao seu dono e, além disso, deixar que ele vivesse onde escolhesse e onde se sentisse bem.³⁷⁷ O escravo fugitivo – e acolhido entre os hebreus, adquiria a condição de liberto.

Neste ponto, entretanto, Giorgio Del Vecchio fará uma observação sobre o Cristianismo que, embora tenha suas raízes no Judaísmo, afasta-se dele, e assume-se como propagador de uma caridade que é divina, sem combate às opressões reais e aos poderes instituídos.

A *escravidão* (escravização), por exemplo, diz Del Vecchio, *não foi combatida, mas respeitada como instituição humana, embora se ensinasse a igualdade entre os homens.*³⁷⁸ Por conta disso, lembra Ivan Durães, a escravidão será tolerada ao ponto de chegar-se a uma *Teologia da*

Escravidão, conforme o pensamento do jesuíta Jorge Benci, em 1705, com seu livro *Economia Cristã dos Senhores no Governo dos Escravos*,³⁷⁹ servindo até hoje como justificativa da exploração da mão de obra, sobretudo de origem africana.

Nestes, e em outros casos, vê-se a emergência do direito judaico, a sua atualidade, e o caso concreto. O mesmo se diga, conforme vimos acima, do estabelecimento de juízos reais e próximos do povo, e do dever de se ouvir as pessoas em suas pendências e queixumes, bem como de inquirir quaisquer pessoas e testemunhas que se dirigem à sociedade ou a um juízo, a fim de se buscar a verdade real e a honestidade, se houver, em suas falas.³⁸⁰

Altavila faz um elenco de normas jurídicas encontradas na Torá que é, conforme Skorka, em qualquer sentido, a base do Direito Judaico,³⁸¹ que mencionaremos aqui, sem, contudo, estudá-las, pois como dito acima, não se trata de estudar o Direito Judaico, mas o Judaísmo enquanto Direito. Estudássemos o Direito Judaico, impor-se-iam então as explicações e detalhamento do sistema, mas não é este o propósito do presente texto.

³⁷⁵ Rabino Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 19;

³⁷⁶ Emanuel Bouzon. *Código de Hammurabi*. 5ª ed., RJ: Vozes, 1986, pp. 58-60;

³⁷⁷ Deut. 23: 16, 17;

³⁷⁸ Giorgio Del Vecchio (1878-1970). *Lições de Filosofia do Direito. Op. cit.*, p. 59;

³⁷⁹ Ivan de Oliveira Durães. *Tristes Segredos de Família. Op. cit.*, p. 93;

³⁸⁰ Deut. 13: 15. Trata-se da Mitzvá 179 positiva;

³⁸¹ Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 18;

Altavila,³⁸² Vivente Rao³⁸³ e Émile Durkheim,³⁸⁴ entre outros, apontam uma série de regramentos judaicos fundamentais para o Direito Hebraico. Anotamos, a partir desses autores, e respectivas fontes da Torá, vários preceitos jurídicos,³⁸⁵ como seguem:

a) Ninguém pode ser privado de ser ouvido por juízes nem pode ser discriminado por quaisquer razões;

b) O juiz não deve torcer o direito nem receber presentes (propinas);

³⁸² Jayme de Altavila. *Origem dos Direitos dos Povos. Op. cit.*, pp. 19-34;

³⁸³ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos. Op. cit.*, pp. 169 e 170;

³⁸⁴ Émile Durkheim. *Da Divisão do Trabalho Social. Op. cit.*, pp. 117-119;

³⁸⁵ Conforme as seguintes passagens da Torá: Deut. 1: 17. Trata-se da Mitzvá 284 – negativa; Lev. 19: 15; Deut. 16: 19; Deut. 5: 12-15; Deut. 5: 17; Lev. 19: 34; Deut. 10: 19. Trata-se da Mitzvá 207 positiva; Deut. 23: 8. Trata-se das Mitzvot 54 e 55 negativas; Deut. 23: 9, incluído, também, na Mitzvá 55 negativa; Deut. 20: 19. Trata-se da Mitzvá 57 negativa; Deut. 19: 14. Trata-se da Mitzvá 246 negativa; Deut. 14: 27 e Lev. 19: 14; Deut. 14: 28. Trata-se da Mitzvá 130 positiva; Deut. 15: 7-8. Trata-se das Mitzvot 232 negativa e 195 positiva; Deut. 15: 12-18. Trata-se das Mitzvot 233 negativa (yovèl) e 196 positiva; Lev. 19: 13, e Deut. 24: 14-15. Trata-se da Mitzvá 200 positiva; Deut. 17: 15-17. Trata-se das Mitzvot 362, 363, 364 e 365 negativas; Deut. 17: 18. Trata-se da Mitzvá 17 positiva; Deut. 18: 10-14. Trata-se das Mitzvot 31, 34, 35, 36, 37 e 38 negativas; Deut. 19: 5; Deut. 19: 15. Trata-se da Mitzvá 288 negativa; Deut. 19: 19. Trata-se da Mitzvá 180 positiva; Deut. 24: 16. Trata-se, parcialmente, da Mitzvá 287 negativa; Deut. 25: 13. Trata-se da Mitzvá 272 negativa; Deut. 22: 13-29; Deut. 24: 6, 12, 17. Trata-se das Mitzvot 239-242 negativas (e proibição de violar o domicílio); Deut. 24: 10, 11. Mitzvá 239 negativa; Deut. 23: 20. Trata-se da Mitzvá 236 negativa;

c) Descanso semanal para todos, incluindo os animais e forasteiros;

d) Regras gerais do direito: sobre o homicídio, furto/roubo, sobre as falsas testemunhas. Também de caráter indenizatório por danos materiais;

e) Acerca do direito do estrangeiro (hoje, chamado de migrante);

f) Acerca do direito internacional, sobretudo respeito e colaboração aos povos dos países vizinhos;

g) Regras acerca da nacionalidade dos judeus nascidos fora do território nacional, especialmente filhos de judias com egípcios;

h) Regras acerca da proteção ao meio ambiente e proibição de destruir árvores, incluindo-se aí a proibição de destruição de quaisquer árvores no país com o qual se faz guerra;

i) Regras de direitos de vizinhança (iura vicinitatis para os

romanos) e proibição expressa de remover marcos divisórios e praticar o esbulho possessório;

j) Regras de assistência social (política pública) de amparar quem não tenha bens e propriedades. Regras de respeito ao portador de deficiência visual;

k) Regras específicas de caráter tributário de assistência social às pessoas pobres, às viúvas, aos órfãos e ao estrangeiro, a fim de combater a fome e a miséria;

l) Regras contra a omissão em relação à assistência social ou políticas públicas de assistência social, e que obrigam à realização absoluta de assistência e combate à fome;

m) Regras referentes ao direito do trabalho, especialmente anotado por Durkheim, bem como prestação de serviço para pagamento de dívidas, em função das quais, um servo deve ser liberado no sétimo ano de

trabalho, com direito à indenização complementar;

n) Regras de salário ao diarista cujo pagamento não poderia ser feito depois do pôr do sol, ou seja, diariamente e ao final do trabalho, que inclui a proibição de qualquer exploração do serviço do assalariado e do pobre e miserável, seja nacional ou estrangeiro (migrante);

o) Regras de composição constitucional de governo, que proíbe que um rei/governo seja estrangeiro. Também proíbe ao rei obter aumento em suas riquezas (número excessivo de cavalos), ou obter um número grande de mulheres, ou acumular ouro e prata, exceto para sua necessidade imediata;

p) O rei/governo é obrigado a escrever uma cópia da Torá, tendo em vista que é uma Constituição, e deve segui-la;

q) Repressão ao charlatanismo;

r) Regras de asilo ao homicida involuntário (sem dolo);

- s) *Proibição de instruir uma denúncia por uma só testemunha. A Torá exige, ao menos, duas;*
- t) *Não tolerar falso testemunho contra uma pessoa e incriminar a pessoa que pratica o falso testemunho;*
- u) *A proibição de testemunhos de parentes próximos, bem como de estender a pena para além do criminoso;*
- v) *Regras explícitas contra dois pesos e duas medidas;*
- w) *Regras acerca do Direito de Família, em especial, do Divórcio, e Direito Sucessório;*
- x) *Proibição expressa de se tomar um penhor (garantia real de dívida) pela força, como penhor utensílios utilizados pelo devedor para alimentação, ou objetos da viúva, e não ficar com o penhor do devedor;*
- y) *Inviolabilidade do domicílio;*
- z) *Lei expressa contra a usura (juros, capitalização de juros, anatocismo etc);*

Vicente Ráo analisa o Direito Hebraico em sua obra *O Direito e a Vida dos Direitos*,³⁸⁶ como um dos *direitos positivos*, e não como *direito religioso*. Ráo considerou que a Torá, a que chama *Lei mosaica*, fora escrita com simplicidade, não com simplismo, e *transformou num verdadeiro código* o que já era norma não escrita, advinda dos tempos abraâmicos.

Segundo ele, são normas que regulam a sociedade e a organização política que já estava amadurecida, servindo de base para o desenvolvimento do Direito Hebraico que, a rigor, continua sendo produzido até os dias atuais.

Durkheim, por sua vez, reconhece um Direito na Torá, mas o considera como expressão de sociedade inferior e caracteristicamente direito repressivo. Ao mesmo tempo,³⁸⁷ considera que a legislação romana, em especial, a Lei das XII Tábuas,

³⁸⁶ O Capítulo 10, com o título “Direito Israelita”, no livro do Prof. Vicente Ráo, foi escrito com o apoio do Dr. Adolfo Taubkin, Judeu e Advogado egresso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conforme créditos reconhecidos pelo próprio Vicente Ráo in *O Direito e a Vida dos Direitos*. Volume I *Op. cit.*, pp. 169-172;

³⁸⁷ Émile Durkheim. *Da Divisão do Trabalho Social*. *Op. cit.*, pp. 117 a 119;

seja referente a uma sociedade mais evoluída.

Vê-se que Durkheim concede aos romanos o que nega aos hebreus, pois escrevendo no final do século XIX, deixa de considerar a evolução do Direito Hebraico que, à sua época, como veremos adiante, tem um desenho bem mais rico e fontes variadas, como, aliás, aconteceu ao Direito Romano.

Apesar disso, entre uma e outra passagem, Durkheim cita determinadas regras jurídicas no Direito Hebraico, e o resume aos quatro últimos livros do Pentateuco (Torá), a saber, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, concentrando as regras jurídicas da seguinte maneira:

- a) Direito de Propriedade;
- b) Direito Doméstico;
- c) Empréstimos;
- d) Quase-delitos;
- e) Organização das funções públicas;

Gilissen, que atuou como Professor de História do Direito na Universidade de Bruxelas, considera³⁸⁸ o Direito Hebraico entre aqueles que vêm da Antiguidade e, segundo ele, apesar dos Judeus terem sofrido perseguições e privações, principalmente após a dispersão, como consequência da sua revolta contra os

Romanos, nos séculos I e II e. c., mantiveram sua unidade espiritual e sua cultura.

Originalmente, o Direito hebraico é religioso, afirma Gilissen e, tal o seu caráter e força, influenciou o Ocidente direta e indiretamente, neste caso por intermédio do Cristianismo que, nesse sentido, serviu como um canal para o Judaísmo, sobretudo porque a fonte bíblica é a mesma.

O Direito Muçulmano também foi influenciado pelo Judaísmo. Embora seja um direito imutável, não obstante foi suscetível de processos hermenêuticos rabínicos, adaptando-se ao longo do tempo à evolução social desde a Antiguidade até os dias de hoje.

Gilissen destaca, como outros historiadores e juristas, entre os quais Vicente Ráo, os preceitos que determinam o estabelecimento de juízes e tribunais,³⁸⁹ da audição da população e de uma reta justiça nos casos concretos e cotidianos, dando destaque para as provas testemunhais, que devem ser ao menos de duas pessoas, a fim de que o direito não seja distorcido ou a injustiça praticada.

É também essa a percepção de Franco Montoro, antigo Professor de Direito tanto da PUC/SP quanto da USP, no seu livro *Introdução à Ciência do Direito*, no qual destaca que a ideia de Justiça é uma

³⁸⁸ John Gilissen. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. Hespanha e L. Macaísta. SP: Malheiros, 2001, pp. 66-73;

³⁸⁹ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos*. *Op. cit.*, p. 170;

constante na Bíblia Hebraica, relacionada à ideia de virtude, ensinamento, temperança, prudência e fortaleza, sendo, como se depreende dos textos judaicos, uma direção a ser seguida.³⁹⁰

Gillessen, que considera o Direito Hebraico em constante evolução, aponta que as fontes deste Direito se completam e estão umbilicalmente relacionadas à Torá. A Torá se apresenta com uma espécie de Constituição e, a partir dela, o Direito Hebraico ganha força, consistência e desenvolvimento.

Por isso, Gillessen, Vicente Ráo, Skorka, Mordechai e Luzzatto, entre outros, apontam, como fontes conexas e em constante complementação à Torá, os seguintes documentos:

*a) A Torá é a base imutável do Direito Judaico e da vida judaica. Base, sim, não a única fonte. Tem o valor de uma Constituição e, a partir dela, se constrói toda uma história, cultura, religião, direito, jurisprudência, organização social etc.*³⁹¹

A título de uma quase-nota, mencionamos aqui, a partir do livro do Rabino Abraham

*Skorka, que os estudiosos, entre os quais Mircea Eliade, abordam bíblica e criticamente a Torá. Distinguem nela três Códigos: os que correspondem à fonte Y-E, J (Yaha-vista/Javista-Elohista), texto sacerdotal e texto deuteronomico.*³⁹²

O primeiro compreende Êxodo 12: 21-27; 13: 1-16; os Dez Mandamentos (Êxodo 20: 2-17); o livro grande do Pacto: Êxodo 20: 22; 23: 19, com a bênção e advertência final: Êxodo 23: 20-33; o livro pequeno do Pacto: Êxodo 34: 17-26, com a promessa e advertência inicial: Êxodo 34: 10-16.

O Código sacerdotal compreende todas as outras leis que aparecem no Êxodo, incluso 12: 2-20, e mais todas de Levítico e Números, igualmente as normas dos filhos de Noach: Gênesis 9: 1-7 e o preceito da circuncisão: Gênesis 17: 10-14.

O deuteronomista compreende todas as leis que aparecem no

³⁹⁰ André Franco Montoro. Introdução à Ciência do Direito. 22ª ed., SP: RT, 1994, p. 127;

³⁹¹ Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 18;

³⁹² Mircea Eliade. *História das Crenças e das Ideias Religiosas*. Tomo I, Vol. I: das Origens ao Judaísmo. Trad. Roberto C. Lacerda. RJ: Zahar, 1978, p. 193;

*Deuterônômio, principalmente capítulos 12 a 17, e algumas nos cap. introdutórios, onde encontramos outra versão dos Dez Mandamentos (cap. 5) e o cap. 31: 10-13.*³⁹³

O Rabino Skorka registra essa forma de estudo da Torá, mas não concorda com ela exatamente. Por outro lado, em 1829 Luzzatto já havia contestado essa forma cartesiana de estudo da Torá que levou muitos, aliás, a considerar sua autoria não de Moisés, mas de outros, incluindo os Escribas. Luzzatto discorda dessa variedade de Códigos distintos na Torá, com substanciosos argumentos, nos quais não entraremos aqui porque nos afastaríamos do objeto da nossa pesquisa.

Em face disso, Luzzatto faz uma tradução integral da Torá, do hebraico para o italiano, mantendo uma organização em Parashot³⁹⁴ (porções que são

lidas semanalmente nos estudos e serviços judaicos), costume que vem ao menos desde o século VI a.e. c. As Parashot são:

- **BERESHIT – GÊNESIS:** Bereshit, Noah, Lech lechà, Vaierà, Haiiè Sarà, Toledot, Vaiezè, Vaishlach, Vaieshev, Mikez, Vaigash, Vaichì;
- **SHEMOT – ÊXODO:** Shemot, Vaerà, Bo, Beshallach, Itrò, Mishpatim, Terumà, Tezavvè, Kì tissà, Vaiakel, Pekudè;
- **VAIKRÀ – LEVÍTICO:** Vaikrà, Zav, Shemini, Tazria, Mezorà, Acharè mot, Kedoshim, Emor, Bear Sinai, Behukotai;
- **BEMIDBAR – NÚMEROS:** Bemidbar, Nasò, Beaalotecha, Shelach, Kòrach, Hukàt, Balàk, Pinechas, Mattot, Masè;
- **DEVARIM – DEUTERONÔMIO:** Devarim, Vaetchannan, Ekey, Reè, Shofetim, Kì tezè, Kì tavò, Nizzavim, Vaielech, Haazinu, Vezot haberachà;

³⁹³ Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 18;

³⁹⁴ Samuele Davide Luzzatto. *Introduzione Critica ed Ermeneutica al Pentateuco*. Padova: Tipografia Ed. F. Sacchetto, 1870, p. IV;

b) *Tanakh* ou *Micrà*, isto é, *A Bíblia Hebraica* composta pela *Torá* (instrução), *Nevi'im* (Profetas) e *Ketuvim* ou *Hagiógrafos* (outros Escritos);³⁹⁵

c) *As Fontes formais do Direito Hebraico*: Decálogo, Código da Aliança, o Deuteronômio, o Código Sacerdotal;

d) *A Lei Oral (Torah she-be-Al-Pé) e a Mishná* (desenvolvida entre 515 a. e. c. até 70 e. c.), sendo fruto da jurisprudência rabínica, obra comparável à dos jurisconsultos romanos que, assim como os Judeus com sua *Torá*, se esforçaram para adaptar o Direito arcaico a uma sociedade em rápida evolução.

Neste caso, lembra Vicente Ráo que a *Lei Oral (Torá she-be-Al-Pé)*, formada pelo *Sofrim* (escritores), *Anchei Haknesset Hagdolah* (homens da Grande Assembleia) e *Tanaim* (sábios), teve sempre um caráter subsidiário em relação à *Lei escrita*, ou seja, à *Torá (Torá she-bikhtav)*, pois

esta sempre foi a *Lei Suprema*.

³⁹⁶

No século II (c. 192) e. c., Rabi *Yehuda Hanassi*, um líder da comunidade judaica de *Jerusalém*, aliás, o último dos *Tanaim* (sábios), reuniu matérias religiosas e jurídicas. Seu trabalho, considerado pelo Rabino *Skorka* como a primeira grande codificação, chamou-se *Mishná* (ensinamento),³⁹⁷ que passou a ser comentada e interpretada por numerosos rabinos dos séculos III, IV e V e. c., tanto na *Palestina* quanto na *Babilônia*; A *Mishná*, explica *Mordechai*, como *Código Judaico (Corpus Iuris)*, possui seis divisões: *Zheraim*, *Mo'èd*, *Nashim*, *Nezhikìn*, *Kodashim* e *Tahorot*.³⁹⁸

I. *Zheraim*, ou das Sementes, contém onze tratados com regras sobre a agricultura;

³⁹⁵ Alfredo Mordechai Rabello. *Introduzione al Diritto Ebraico. Op. cit.*, p. 6;

³⁹⁶ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos. Op. cit.*, p. 170;

³⁹⁷ Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 20;

³⁹⁸ Alfredo Mordechai Rabello. *Introduzione al Diritto Ebraico. Op. cit.*, pp. 27 e 33;

- II. **Mo'èd**, ou das Festas, contém doze tratados sobre o Shabat e Festividades e feriados anuais;
- III. **Nashim**, ou das Mulheres, contém sete tratados sobre as relações de matrimônio e direito de família;
- IV. **Nezhikàn**, ou dos Danos, com dez tratados com leis do Direito Civil e Penal;
- V. **Kodashim**, ou das Coisas Santas (*res sanctae, res sacrae*), com onze tratados sobre atividades sacrificiais em Jerusalém, quando havia o Templo;
- VI. **Tahorot**, ou Coisas Puras, com doze tratados sobre pureza e impureza de coisas e pessoas, e o modo de purificação;

e) A **Guemará** (ensino tradicional e aperfeiçoamento) foi o nome dado aos comentários feitos pelos doutores da Torá (*amoraim*) da Mishná que, por mais numerosos e abundantes, foram sistematizados em novo texto. Conforme Vicente Ráo, na **Guemará** são estudadas as

fontes bíblicas dos vários dispositivos novos, não contidos na lei escrita; são examinados os princípios legais da Bíblia Hebraica, interpretados pontos obscuros, reexaminadas as tradições, discutidas e analisadas as opiniões, conciliadas as normas contraditórias, tudo isto por forma a estabelecer a unidade entre os dois corpos da lei. Deu-se, nesse sentido, à Lei mosaica, a Torá, que, quando revelada, deveria ser imutável, uma capacidade de evolução *sui generis*, que encobre as modificações consagradas em séculos de direito consuetudinário, adaptando à vida as leis reputadas intangíveis da Torá.³⁹⁹

f) **O Talmud**. A **Mishná**, e os abundantes comentários a ela feitos, que formaram a **Guemará**, constituíram finalmente o **Talmud** (estudo), escrito inicialmente em Jerusalém (c. 350-400 e. c., neste caso chamado de **Talmud**

³⁹⁹ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos*. **Op. cit.**, p. 171;

Jerosolimitano)⁴⁰⁰ e depois na Babilônia (c. 500 e. c., chamado de Talmud Babilônico), tornando-se a grande obra judaica jurídica, neste caso aproximadamente na mesma época da grande codificação romana de Justiniano.

O Talmud da Babilônia, por ser mais completo e mais claro, acabou prevalecendo no Judaísmo e se considera como fonte do Direito Hebraico.⁴⁰¹ O Talmud Babilônico compreende substancial matéria jurídica e religiosa, e as explicações da lei (Halakhá) que se impõe pela autoridade rabínica. Além disso, o Talmud traz matéria relacionada à História, Medicina, Astronomia e Ciências em geral. É, no julgamento de Vicente Ráo, o verdadeiro corpo da legislação judaica.

⁴⁰⁰ Contudo, Skorka sugere que o Talmud Jerosolimitano (Talmud de Jerusalém) deveria ser chamado de Talmud de Eretz Israel, porque não foi criado nem compilado em Jerusalém, mas em outras cidades, como Cesaréia, Tiberíades etc. É pela identificação de Israel com Jerusalém que se chamou Talmud de Jerusalém ou Jerosolimitano. É conhecido, também, como Talmud dos Bnei Maarava (Talmud dos filhos do Ocidente), por ser a forma como os Judeus babilônicos se referiam aos seus irmãos de Israel (porque está a ocidente de Babel) *in* *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 24 (nota de rodapé 44);

⁴⁰¹ Rabino Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 20;

g) **Direito Judaico posterior ao Talmud.** Vicente Ráo, com a colaboração de Adolfo Taubkin, anota a lenta evolução do Direito Judaico através de toda a diáspora, pela obra dos Geonim (gênios) das escolas da Babilônia e da Pérsia (séc. VII-XI), que escreveram as *Discussões das Respostas e das Compilações*; com o trabalho dos Tossafim (acrescentadores) da França setentrional (séc. XI), pelas codificações e comentários do Rabi Shlomo Ben Itzhak – Rashi, na França (1040-1105), do Rabi Itzhak Al-Fasi, África do Norte (1013-1103).⁴⁰²

h) **Codificações medievais e modernas.** O Talmud, extenso que é, carecia de uma síntese. Houve vários esforços de codificação do Talmud, sendo que a primeira importante codificação foi feita por Maimônides (Moshé Ben Maimon 1135-1204) na Espanha e Egito, na segunda metade do século XII, expondo a matéria metodicamente referente à

⁴⁰² Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos. Op. cit.*, p. 171;

teologia, ética, direito e ciência política. É de Maimônides a síntese das sínteses chamada *Sefer HaMitzvot* (da qual obtêm-se as **613 Mitzvot**, sendo 365 negativos e 248 positivos que cada Judeu deve observar).

Rabi Iaakov Ben Asher (1270-1340) fez um resumo claro e ordenado do Direito Hebraico, incluindo opiniões divergentes, a que chamou *Arbaat ha-Turim* (as quatro colunas), com quatro partes: *Orah Haim* (leis de liturgia), *Iore Dea* (leis alimentares e enterros), *Even ha-Ezer* (direito de família, casamentos e divórcios), *Joshen Mishpat* (processo nos tribunais, testemunhos, direito de propriedade).⁴⁰³

A codificação definitiva é de Joseph (Iosef) Ben Efraim Caro (1488-1575), e foi impressa em 1567, permanecendo como Código Rabínico civil e religioso na diáspora. É o *Shulhan Arukh* (mesa posta), sendo esse o manual mais popular do direito positivo judaico.⁴⁰⁴

Acerca da evolução do Direito Hebraico e de sua eficácia, cabe uma consideração de Mordechai Rabello, Professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, que faz uma observação interessante, para quem o Direito Hebraico (Judaico), de Israel, chama-se *Direito Israelense*, estabelecido por órgãos democráticos, independentes e, às vezes, em contraste com a tradição jurídica judaica. Ademais, o tanto que foi recepcionado pelo *Kenesset*, Parlamento israelense, da tradição jurídica do Direito Hebraico, denomina-se *din Torá – o Direito Religioso Judaico*.⁴⁰⁵

Além do Direito Hebraico, inicialmente dirigido aos Judeus (embora tenha um caráter universalista, tanto como influência quanto como sistema), os comentaristas talmudistas consideram que Deus teria dado sete preceitos aos dois míticos homens que foram responsáveis pela origem da humanidade: *Adão e Noach*, respectivamente referentes aos mitos da criação e do dilúvio, a fim de que ensinassem aos seus filhos e descendentes determinados preceitos.

Conforme a interpretação talmúdica, tais preceitos não parecem ter um caráter *normativo* constitucional de eficácia imediata, *mandatory*, que se impõe, mas têm um caráter mais programático (*directory*),

⁴⁰³ Rabino Abraham Skorka. *Introducción al Derecho Hebreo. Op. cit.*, p. 29;

⁴⁰⁴ Vicente Ráo. *O Direito e a Vida dos Direitos. Idem*, p. 172;

⁴⁰⁵ Alfredo Mordechai Rabello. *Introduzione al Diritto Ebraico. Op. cit.*, pp. 3, 4 e 6;

como um plano ou uma meta a ser seguida por toda a humanidade.

Tais preceitos, chamados *Shevá Mitzvot Bnei Noach* (os sete preceitos dos filhos de Noach ou Leis Noéticas) podem ser resumidos, conforme Mordechai, da seguinte forma:⁴⁰⁶

- I. Proibição de praticar a idolatria;
- II. Proibição de blasfemar;
- III. Proibição de matar (homicídio);
- IV. Proibição de incesto ou adultério;
- V. Proibição de furtar e roubar;
- VI. Obrigação de estabelecer Tribunais a fim de garantir a paz, acesso à justiça⁴⁰⁷ e o respeito destes preceitos;
- VII. Proibição de comer partes de um animal vivo.

Estas Leis, chamadas de Leis Noéticas, são uma espécie de Declaração Universal ou uma antecipação das Declarações de Direitos americana e francesa e, sobretudo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,⁴⁰⁸ aliás, ano da constituição do atual Estado de Israel, com tudo o que representou como ideia de liberdade e luta contra a opressão nazifascista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir, ou caminhar uma possibilidade de conclusão (prefiro sempre considerações finais, posto ser menos “pregacional” e arrogante), no sentido de dizer que se, por um lado, é preciso estabelecer critérios objetivos de separação entre Religião e Direito, sobretudo em termos constitucionais em Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a pluralidade de ideias e a diversidade de crenças, por outro lado, contudo, simplesmente negar as afinidades eletivas (weberianas) entre Religião e Direito é perder a oportunidade de conhecer os elementos que marcaram o desenvolvimento dessas duas áreas estupendas da humanidade. Se há abusos na Religião, há,

⁴⁰⁶ Alfredo Mordechai Rabello. *Idem*, p. 7;

⁴⁰⁷ O que tem sido ainda hoje uma luta, conforme José Eduardo Faria (org.). *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 45;

⁴⁰⁸ Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com Hannah Arendt*. SP: Letras, 1988, p. 119;

também, abusos no Direito e, por isso mesmo, tal argumento perde o seu valor.

A questão primordial é saber como Sistemas Ocidentais beberam nas fontes greco-romanas e, antes delas, nas fontes semítico-mesopotâmicas, em especial no mundo babilônico e hebraico. Ressalte-se, ainda, que resta em estudos o sistema egípcio que, por óbvio, influenciou (e não foi pouco) muitas das culturas africanas, canaanitas, hebraicas, gregas, romanas e, em boa medida, a medieval católica.

Urge, a meu ver, o pronto estudo de tais culturas e fontes, a fim de se dar uma oportunidade de enriquecimento cultural e jurídico às nossas gerações de egressos. O contrário disso é assumir o vazio de conteúdo e a perda completa da própria história e desenvolvimento humanos.

Por último, relembramos que até mesmo a Revolução Francesa foi beber na fonte greco-romana religiosa para estabelecer os pressupostos da liberdade burguesa, assim como de suas relações em face da propriedade e do contrato. Resta indiscutível que os hebreus, gregos e romanos cunharam em suas histórias e luta e superação os institutos que hoje disciplinamos em nosso Código Civil, aliás, em quaisquer dos Códigos ocidentais.

**BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA
CONSULTADA**

ALTAVILA, Jayme de. *A Testemunha na História e no Direito*. SP: Melhoramentos, 1967;

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 2ª ed. Ed. Melhoramentos, 1979;

ARGËLLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. 3ª ed. B. Aires: Ed. Astrea, 1997;

BEVILAQUA, Clovis (1859-1944). *Juristas Philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897;

BOUZON, Emanuel. *Código de Hammurabi*. 5ª ed. RJ: Vozes, 1986;

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1988;

CÍCERO, Marco Tulio (106-43 a.e. c.). *Das Leis*. Trad. de Otávio T. Brito. SP: Cultrix, 1967;

COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. 2ª ed. Firenze: 1891;

DE COULANGES, Fustel (Numa Denis Fustel de Coulanges, 1830-1889). *La Cité Antique: etude sur le culte, le droit, les institutions de la Grece et de Rome*. 24ª édition. Paris: Librairie Hachette, 1917;

DEL VECCHIO, Giorgio (1878-1970). *Lições de Filosofia do Direito*. 2ª ed. Trad. de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1951;

DURÃES, Ivan de Oliveira. *Tristes Segredos de Família: os armenianos reformados e a escravidão no Brasil Império*. SP: Ed. Reflexão, 2019;

DURKHEIM, Émile (1858-1917). *Da Divisão do Trabalho Social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995;

ELIADE, Mircea. *História das Crenças e das Ideias Religiosas*. Tomo I, Vol. I: das

- Origens ao Judaísmo. Trad. Roberto C. Lacerda. RJ: Zahar, 1978;
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a Função Social do Judiciário*. 2ª ed. SP: Ática, 1994;
- FROMM, Erich. *O Antigo Testamento: Interpretação Radical*. Trad. R. Silva. SP: Fonte Ed., 2005;
- GERNET, Louis. *Droit et Institutions en Grèce Antique*. Paris: Flammarion, 1982;
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. Hespanha e L. Macaísta. SP: Malheiros, 2001;
- IGLESIAS, Juan (1917-2003). *Instituciones de Derecho Romano*. Vol. I. Barcelona: 1950;
- IGLESIAS, Juan. *Estudios: Historia de Roma, Derecho Romano e Derecho Moderno*. Madrid: Ediciones Euramerica, 1968;
- IHERING, Rudolf von (1808-1892). *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*. Trad. Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947;
- JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. Trad. A. M. Parreira. SP: M. Fontes, 1979;
- KELSEN, Hans (1881-1973). *O Problema da Justiça*. Tradução de João Batista Machado. 2ª ed. SP: M. Fontes, 1996;
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com Hannah Arendt*. SP: Letras, 1988;
- LUZZATTO, Samuele Davide. *Introduzione Critica ed Ermeneutica al Pentateuco*. Padova: Tipografia Ed. F. Sacchetto, 1870;
- MADEIRA, Hércio Maciel França Madeira (trad.). *Digesto de Justiniano – Livro I*. 2ª ed. SP: RT, 2000;
- MATTIROLO, Luigi (1838-1904). *Principii di Filosofia del Diritto*. Napoli: Soc. L'Unione Tip. Ed., 1871;
- MICELI, Vincenzo (1858-1932). *Principii di Filosofia del Diritto*. Milano: Società Ed., 1928;
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 22ª ed. SP: RT, 1994;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Judaísmo e Direitos Humanos: contribuições Judaicas para a Tessitura dos Direitos Humanos*. Tese de Doutorado, PUC/SP, 2020;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro; *et al.* *Antropologia Jurídica: uma Contribuição sob múltiplos olhares*. 2ª ed., Scortecci, 2018;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro; (et. al). *Direito, Mito e Sociedade: estudos antropológicos e sociológicos do fenômeno jurídico*. São Paulo: Editora Scortecci, 2021;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *A Morte do Poeta nos Penhascos e outros Monólogos/diálogos*. SP: Scortecci Ed., 2009;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil*. São Paulo: Editora Scortecci, 2021;
- NOGUEIRA, Adalício Coelho. *Introdução ao Direito Romano*. Vol I. RJ: Forense, 1966;
- PECES-BARBA, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Ed. Debate, 1993;
- PEREIRA, Caio Mario da S. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. RJ: Gen/Forense, 2016;
- PICARD, Edmond (1836-1924). *O Direito Puro*. Trad. portug. Lisboa: Ed. Ibero-Americana, 1942;

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo II: Introdução à Ciência do Direito*. 2ª ed. RJ: Ed. Borsoi, 1972 (sem alteração, conforme a edição de 1922);

RABELLO, Alfredo Mordechai. *Introduzione al Diritto Ebraico*. Torino: G. Giappichelli Editore/Centro di Judaica Goren-Goldestein, 2002;

RADBRUCH, Gustav (1878-1949). *Propedeutica alla Filosofia del Diritto*. Trad. Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Ed., 1959;

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. Vol. 1. 4ª ed. SP: RT, 1997;

SKORKA, Rabino Abraham. *Introducción al Derecho Hebreo*. Buenos Aires: Ed. Univ. de B. Aires, 2001;

VIRGÍLIO (Publio Virgilio Marone, 70-19 a. e. c.). *Eneida*. Trad. da Annibal Caro (1507-1566) in 2 vol. Milano: Rizzoli Ed., 1960;

VOLTERRA, Edoardo. *Diritto Romano e Diritti Orientali*. Napoli: Jovene, 1983;

WEBER, Max (1864-1920). *Economia y Sociedad*. Trad. José M. Echavarría, Juan M. Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo G. Máynez y José Ferrater Mora. México, 1997;

**A APLICAÇÃO DO POSTULADO DA
PROPORCIONALIDADE DE
PRINCÍPIOS NA TUTELA DOS BENS
JURÍDICOS NA SOCIEDADE
INFORMACIONAL⁴⁰⁹**

Marcos De Lucca Fonseca⁴¹⁰

Elvis Brassaroto Aleixo⁴¹¹

Pietro Nardella-Dellova⁴¹²

⁴⁰⁹ O presente Artigo é resultado do trabalho de Iniciação Científica, na Linha de Pesquisa **DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**, Linha de Pesquisa sob Coordenação do Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova. Aprovado o Projeto pela Comissão Científica de Iniciação Científica, o presente Artigo foi orientado pelo Prof. Pietro Nardella-Dellova e, no curso da orientação, tendo se licenciado um tempo para desenvolver Estudos e Pesquisas em New York, Estados Unidos, o Projeto continuou a ser orientado pelo Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo. Finalizado, foi apresentado e aprovado em primeiro lugar no XIII Encontro de Iniciação Científica, em 13 de março de 2021.

⁴¹⁰ **Marcos De Lucca Fonseca**, Perito Digital; Membro da Associação Nacional de Profissionais de Proteção de Dados Pessoais (ANPPD); Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) – ITS; Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); Cursando o 7º Semestre de Graduação em Direito pela Universidade Padre Anchieta (FADIPA) – Jundiá; Membro do Laboratório de Ciências Criminais (IBCCRIM – 2019/2020); Trabalha no setor de Telecomunicações há 10 anos.

⁴¹¹ **Elvis Brassaroto Aleixo** é Licenciado em Letras (2004) e Bacharel em Direito (2017) pelo Centro Universitário Padre Anchieta, onde atua como coordenador-adjunto do curso de Direito; Mestre em Crítica Literária (2008) pela Unicamp; Pós-graduado em Direito Civil Patrimonial (2021) pela Escola Paulista de Magistratura.

⁴¹² **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e

RESUMO

O presente artigo discorrerá sobre a aplicação do postulado da Ponderação de Princípios e a Teoria de Direitos Fundamentais para a resolução de *Hard Cases*, em que ocorram colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade

Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito pela FDSBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Napoli). Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes no Brasil, desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA.

de expressão, no meio digital. Será desenvolvido os conceitos de bens jurídicos para a proteção dos chamados “bens digitais” no direito da personalidade, em especial sobre a proteção de dados pessoais, com uma breve evolução histórica do conceito de privacidade. Por fim, à luz da releitura do jurista Lênio Streck, será feita uma análise crítica sobre a utilização, feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da proporcionalidade de princípios.

PALAVRAS-CHAVE: ponderação de princípios; proteção de dados pessoais; bens digitais; LGPD; privacidade; liberdade de expressão; direito ao esquecimento; tecnologia; redes sociais; direitos fundamentais; discurso do ódio.

ABSTRACT

This article will discuss the application of Weighting of Principles and Fundamental Rights Theories to solve Hard Cases, in which the right of privacy and the right of freedom of expression collide in digital environment. Will be developed concepts of legal assets to protect the called “digital assets” in the right of personality, especially personal data protection, contextualized by a brief historical evolution of privacy concept. Finally, based on Lênio Streck theories, there will be a critical analysis about the use of Weighting of Principles by the Federal Court of Justice (STF).

KEYWORDS: weighting of principles; personal data protection; LGPD; privacy; freedom of expression; right to be alone; technology; social media; fundamental rights; hate speech.

APRESENTAÇÃO

Atualmente, com o acelerado uso e desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação e informação, o indivíduo

pode se deparar com um contexto jamais visto ou experimentado. Tais implicações podem mudar a forma como ele se relaciona consigo, com os seus semelhantes e com o meio social – chegando até mesmo a ter impacto no sistema econômico, político-sociais e culturais. Como descrevem Eric Schmidt e Jared Cohen, “o modo como interagimos e vemos a nós mesmos continuará sendo influenciado e conduzido pelo mundo on-line ao nosso redor.” (SCHMIDT; COHEN, 2013, p.13).

Manuel Castells, em sua obra *A sociedade em rede*, para elucidar as mudanças e impactos das novas tecnologias na sociedade contemporânea, sustenta a tese de que o sistema capitalista poderia estar vivenciando uma nova etapa chamada de “Capitalismo Informacional”.

Igualmente nos ensina Stefano Rodotà (2008), em sua obra *Tecnologie e Diritti*, destacando que a privacidade mudou significativamente o seu conceito ao longo da história, que não mais se estrutura no eixo “pessoa-informação-segredo”, mas sim em “pessoa-informação-circulação-controle”.

Dessa forma, uma das questões fundamentais para a privacidade dos dados pessoais é, além de controlá-los, também dominar sua divulgação e publicidade.

Frente aos novos desafios do uso das tecnologias, em especial da internet, cada vez mais se faz necessário a análise e

definição do que é um “bem jurídico digital” e, nesse contexto, problematiza-se: como devem ser tutelados bens jurídicos digitais face a um conflito com os direitos fundamentais? Existem critérios para definir qual o direito fundamental deve prevalecer num caso concreto em que há colisão entre o direito à privacidade e o direito a liberdade de expressão no meio digital? Eis os questionamentos que dão impulso ao presente Artigo. Ou seja, é salutar verificar em que termos o postulado da Ponderação de Princípios e a Teoria de Direitos Fundamentais podem ser utilizados para resolução de casos em que ocorram colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, no meio digital.

A informática pode ser definida como a tradução técnica de princípios de organização e de processamento baseados na digitalização. A partir do século 19, a mecanização do cálculo e a resolução automática de equações deram origem àquilo que se designaria como ciência da computação. Nos anos de 1936-1937, o matemático britânico Alan Turing modelou o que ficou chamado de “Máquina de Turing”. Seu principal argumento à época era de que tudo que pudesse ser calculado poderia ser mecanizado. Dessa forma, estavam lançados os alicerces para que a ciência computacional surgisse e desenvolvesse. Esse brilhante matemático,

inclusive, participou de ações do governo dos Estados Unidos durante a 2ª Guerra Mundial para decodificar mensagens criptografadas dos alemães. No ano de 1942, o governo norte-americano solicitou que Turing desenvolvesse o que ficou chamado de *Electronic Numerical Integrator and Computer*, que era uma máquina utilizada para calcular equações de balística. O objetivo era fazer com que esta máquina funcionasse tal qual o cérebro humano, com a maior possibilidade de racionalidade para a resolução de problemas.

Os desafios na área da indústria da informática, em seus primórdios, tinham a ver essencialmente com o desenvolvimento das próprias máquinas e sistemas dos computadores, o que demandou custos elevados. Seu desenvolvimento dependeu, em grande parte, do “complexo militar-industrial-acadêmico” norte-americano, que mobilizou substanciais recursos para essa linha de pesquisa.

A primeira rede de computadores em grande escala foi o Sistema Sage (*Semi-Automatic Ground Environment*), no final da década de 1940, utilizado pelo governo norte-americano para detectar automaticamente invasões no espaço aéreo. E a próxima etapa da evolução do desenvolvimento da computação veio com a utilização dos computadores em rede, um projeto realizado da parceria entre o

Departamento de Defesa norte-americano e a comunidade acadêmica. Tal projeto deu origem à ARPANET, que mais tarde tornou-se a própria internet. Assim, o computador se tornou mais do que uma máquina de calcular cenários, mas um meio de transmissão de mensagens e informações. Com isso, inicia-se uma nova etapa entre a interação homem-máquina.

A Agência ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), que foi criada em 1958 pelo Departamento de Defesa dos EUA, coordenou pesquisas para dar uma rápida resposta ao avanço do desenvolvimento tecnológico da então União Soviética, que lançou seus primeiros satélites em 1957. Com receio de perderem a corrida tecnológica, o Departamento de Defesa dos EUA incentivou a ARPA a desenvolver um programa que pudesse ser o próximo passo na relação homem-máquina. Sendo assim, a IPTO (*Information Processing Techniques Office*), um departamento desta Agência, criou a primeira rede interativa e distribuída de computadores, chamada de ARPANET - *Advanced Research Projects Agency Network* e que foi implantada oficialmente em 1969, por Lawrence Roberts.

O resultado foi uma arquitetura de rede que, como queriam seus inventores, não pode ser controlada a partir de nenhum centro e, composta por milhares de redes de

computadores autônomas com inúmeras maneiras de conexão, contornando barreiras eletrônicas. O objetivo inicial consistia em partilhar o tempo de cálculo dos computadores mais poderosos porque as demandas de recursos computacionais aumentavam muito rapidamente e as infraestruturas para responder a tais solicitações eram lentas e custosas. Além disso, também havia a necessidade de se criar uma comunidade de usuários.

Um dos fatores principais que propiciou o aumento da utilização da internet foi a explosão da comunicação sem fio, em especial na década de 1990, com a produção dos telefones celulares e, décadas mais tarde, com o surgimento dos *smartphones*. O surgimento dessas tecnologias foi determinante para a ampliação do acesso à internet. Mais do que ampliar a conectividade das pessoas à rede, os *smartphones* fizeram com que as pessoas permanecessem permanentemente conectadas, quebrando a barreira entre o mundo real e o virtual. As comunicações ficaram mais simultâneas e influenciaram as relações sociais no mundo dos negócios e na política, ou seja, no comportamento do ser humano e seu meio social. A partir disso, a tecnologia da informação alterou profundamente vários aspectos da inter-relação social, transformando mercados, processos produtivos, relacionamentos,

instituições e até mesmo as relações de trabalho. A partir da época moderna, as liberdades políticas e econômicas – entendidas como o direito à autodeterminação individual e coletiva – foram acompanhadas pela liberdade de informação, ou seja, a liberdade de informar e de ser informado. A liberdade de informação passou a ser um componente essencial da autonomização da sociedade civil e da limitação do poder do Estado, que é submetido a uma exigência de transparência.

A noção de informação alterou o seu sentido no século 20, pois até então ela designava um conteúdo semântico destinado a fornecer um “esclarecimento” ou uma “notícia”, originalmente em um contexto de investigação policial ou judicial e, em seguida, também como um “fato levado ao conhecimento do público” no âmbito da instituição jornalística e de desenvolvimento dos meios de comunicação de massa.

Entretanto, depois de sua “conceitualização científica”, a partir da década de 1920, a noção de informação imbuiu-se de uma reflexão sobre a forma das mensagens – e das maneiras de codificá-las, quantificá-las, processá-las e trocá-las com a ajuda de ferramentas matemáticas, independentemente de seu conteúdo semântico. A internet é, em grande parte, o resultado dessa reviravolta teórica, não só

em sua concepção técnica, mas também no “discurso informacional” que acompanha as redes de computadores e de telecomunicações, tendo encontrado a sua fórmula mais pungente na expressão “sociedades da informação”, a partir da década de 1970.

Segundo o Manuel Castells, podemos falar de uma “sociedade informacional” do mesmo modo que os sociólogos se referem à existência de uma “sociedade industrial”, marcada por características fundamentais comuns em seus sistemas sociotécnicos. Os principais processos de geração de conhecimentos, produtividade econômica, poder político/militar e a comunicação via mídia foram profundamente transformados pelo paradigma informacional e conectados às redes globais de riqueza, poder e símbolos que funcionam sob essa lógica. A propósito, compara a *Revolução Informacional* como um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século 18, induzindo um novo padrão nas bases materiais da economia, sociedade e cultura.

A partir do impulso inaugural apresentado nessa introdução, pretende-se refletir sobre os bens jurídicos tutelados no contexto da aludida revolução informacional, bem como sobre o impacto das novas tecnologias nos sujeitos de Direito, a partir do que será possível discutir

sobre a proteção de dados pessoais e os direitos da personalidade para, então, enfim, atingirmos o ápice da análise, que é a aplicação da teoria da ponderação de direitos fundamentais no âmbito da sociedade informacional. Contudo, preliminarmente, precisamos de algumas noções acerca dos conceitos de bem jurídicos.

BENS JURÍDICOS TUTELADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Conceito e funções de bem jurídico

Preliminarmente, é salutar fazer uma breve conceituação do que vem a ser um bem jurídico, para o Direito Civil. De acordo com o civilista Pietro Perlingieri, em sua obra “Perfis do Direito Civil”, o conceito de bem jurídico não deve exaurido apenas com o conceito de direitos reais patrimoniais⁴¹³. Ou seja, situações caracterizadas pela subjetividade da propriedade, como a informação e a privacidade, também são objetos de definição como um bem jurídico.

Um dos principais desafios para conceituar a informação como um bem jurídico (PERLINGIERI, 2007. p. 235) é definir quando a informação pode ser deduzida em uma relação jurídica, e quais seriam os seus instrumentos de tutela. A

⁴¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 234.

solução proposta por Perlingieri é a necessidade de se estabelecer uma relação entre do “contentor - documento ou suporte, no seu intrínseco valor (como coisa) e o seu conteúdo (a notícia ou ideia)”⁴¹⁴. Por fim o tutelado, de acordo com Perlingieri, seria sempre o contentor, de forma indissolúvel.

Ainda seguindo a análise conceitual deste jurista sobre a informação como um bem jurídico, faz críticas aos juristas que não consideram a informação como um bem jurídico autônomo porque não seria um bem exclusivo. Para ele, este conceito de relacionar o conceito de *res* à ideia de “(..) gozo em forma exclusiva (...)”⁴¹⁵ não procede, pois a noção de bem deve compreender também objetos de situação subjetiva – e não direitos exclusivos, como é a propriedade privada, por exemplo. Vejamos como ele define:

(...) a utilização da informação não postula necessariamente o uso exclusivo e único da informação. Já em relação aos bens imateriais e de qualquer modo, em sentido amplo, não identificáveis em uma *res* corporal, foi dito que eles “são suscetíveis de gozo múltiplo”. Ora, a informação-notícia tem relevância jurídica pela (ou pelas) utilidade(s) que, a cada vez (...) é idônea para produzir, como possível vantagem, patrimonial ou não, para quem a possui”⁴¹⁶

⁴¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 235.

⁴¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 235.

⁴¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 236-237.

Para auxiliar o conceito sobre a teoria dos bens, os cinco aspectos elencado por Perlingieri (2007, p. 237) para conceituar bem jurídico são: 1) bem jurídico é objeto de uma situação subjetiva; 2) toda situação jurídica tem um bem jurídico como objeto; 3) os bens jurídicos podem ser patrimoniais ou não-patrimoniais; 4) a exclusividade de gozo não deve ser levado como uma condição; 5) a individualização de um interesse merecedor de tutela é realizado não apenas com base em regras, mas também com base em princípios, uma vez que é possível realizar a qualificação de um bem jurídico utilizando somente os princípios.

Outra característica importante estudada por Perlingieri é o conceito da informação como um bem jurídico incorpóreo. Segundo ele “a informação em si, como coisa incorpórea, não é sempre e necessariamente relevante para o direito, mas a sua tutela varia em relação ao conteúdo da informação ou ao lugar ou à relação jurídica na qual dos dados informativos são inseridos – ou ao sujeito que a conhece”⁴¹⁷. Já a “informação-notícia” seria considerada como bem jurídico relevante se estiver relação com uma determinada atividade humana. A relevância jurídica, e até econômica, da informação está ligada à sua disponibilidade em um determinado lugar ou em um determinado

⁴¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 238.

momento. Ou seja, para analisar a relevância da informação como um bem jurídico, deve ser analisado também o sujeito que tem interesse em obtê-la, e as circunstâncias.⁴¹⁸

Ainda sobre a informação como um bem jurídico, Danilo Doneda sustenta que “(...) o fato de a informação não ostentar concretamente um valor não impede o desenvolvimento de estruturas que o façam (...)”⁴¹⁹. Para Doneda, conceituar os dados pessoais com uma tutela patrimonial não seria o mais adequado, uma vez que existem valores e direitos fundamentais relacionados com os dados pessoais que ultrapassam os valores econômicos. Para ele, o problema não é se a informação deve, ou não, ser considerada como um bem jurídico, mas a forma que a informação será abordada para ser conceituada como um bem jurídico.

A diferença de abordagem é de fundamental importância, especialmente quando se “(...) considera ou não a informação como um bem jurídico, mas em possibilitar que ela seja abordada pelo ordenamento jurídico de forma hábil a permitir a atuação dos interesses em questão e dos valores nela refletidos”⁴²⁰. Em linhas

⁴¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 240

⁴¹⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. Editora RT. 2019. p. 145

⁴²⁰ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados*. Editora RT. 2019. p. 147

gerais o que Danilo Danilo se refere é com o fato da informação pessoal, enquanto atributo que tem a possibilidade de identificar um indivíduo, e de ser indissociável a este, acaba por ser uma representação direta da pessoa. Logo, a informação deve ser conceituada como um atributo da personalidade do indivíduo, e não como um patrimônio meramente de valor patrimonial.

Em relação à intimidade da vida privada como bem jurídico, ela assume o conceito de lugar da realização dos afetos, e está ligada ao indivíduo como pessoa em seu núcleo familiar e o seu pleno desenvolvimento psico-social e emocional. A formação e constituição social deve garantir ao indivíduo que ele tenha a condição de fazer cessar uma interferência e ingerência de terceiros, que ele considere ilícita, em seu seio familiar. Mesmo que esta ameaça seja apenas potencial.

O bem jurídico protegido no direito à privacidade pode ser considerado não somente com o conceito de privacidade, mas também com a liberdade e sigilo de comunicação, bem como a liberdade de expressão. O fato de um terceiro poder infringir a comunicação privada pode interferir na espontaneidade da comunicação, uma vez que poderia inibir os sujeitos de se comunicarem como desejassem.

Desta forma, mesmo o direito à privacidade sendo analisado como a proteção à vida privada e intimidade do indivíduo, a possibilidade da tutela deste direito ser infringida acaba por afetar a garantia de outros direitos e liberdades. Isso pode ser analisado se pensarmos que, o que um indivíduo diz e a maneira como ele se expressa na sua vida íntima, não necessariamente seria da mesma forma se fosse realizada em público. O ser humano tende a ser mais polido, e até mesmo recatado, quando está em um ambiente público. Evidente que este tipo de comportamento pode variar de acordo com o indivíduo, mas de uma maneira geral, o fato de a pessoa ser observada, mesmo que seja apenas no ambiente virtual da internet, pode influenciar a forma que ela se comporta ou se comunica.

Mas quando tratamos especificamente da inviolabilidade e privacidade das comunicações realizadas no ambiente da internet, e em especial nas redes sociais, temos que levar em consideração aspectos intrínsecos da comunicação via redes sociais. Por exemplo, se um interlocutor comentar algo na página do perfil de determinado destinatário, e este comentário for visível aos demais usuários da rede social com qual o destinatário se comunica, o emissor da mensagem deve saber que a sua comunicação ficará “visível”

aos demais usuários. Diferentemente se o emissor, ao enviar uma mensagem “privada” – e mesmo que for através da mesma rede social - de forma exclusiva ao destinatário, a mensagem deve ser vista de forma mais privada (seja pelo assunto, seja pelos interlocutores, ou por outro motivo). Se o receptor desta mensagem privada torná-la pública, estaria ele afetando a privacidade e o direito à comunicação sigilosa do emissor da mensagem? Tais dilemas da comunicação virtual e do direito à privacidade são temas relativamente recentes e merecem a nossa atenção, em especial nos dias atuais com a grande utilização das redes sociais – seja para a vida social, manter relacionamentos amorosos, familiares e, até mesmo, profissionais.

Nos exemplos citados no parágrafo anterior, para uma pessoa que direciona a sua comunicação em uma rede social de forma pública, ela está exercendo o que se chama de “canal aberto” de comunicação. Ela sabe que outros indivíduos irão ter acesso ao conteúdo de sua mensagem. Ela, como emissor(a), tem está ciente da “publicização” que o conteúdo de sua mensagem terá, podemos concluir que o direito à privacidade, intimidade e sigilo de sua comunicação, neste caso, não foi infringido. Agora no segundo caso, em que a sua comunicação com o receptor da mensagem foi feita pelo chamado “canal

fechado”, quando alguém torna a mensagem pública, tais direitos à privacidade, intimidade e sigilo de comunicação do emissor da mensagem são ameaçados. Evidente que, caso quem infringisse o sigilo da comunicação tivesse uma autorização judicial para acessar a mensagem – como se a mensagem fosse de conteúdo ilícito e estivesse em investigação policial, com autorização judicial para quebra de sigilo telemático, por exemplo – a tutela da privacidade do emissor não fora ameaçada.

Um dos pontos mais sensíveis é justamente verificar em que medida o direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais pode estar em ameaça, em especial na internet. Uma atividade que tenha o objetivo de examinar o conteúdo de uma mensagem, ou comunicação, seja para verificar a sua validade, a sua origem, o seu destino, geolocalização, ou até mesmo se tem conteúdo ilícito, já implica a uma vulnerabilidade e ameaça ao direito à privacidade, intimidade e ao sigilo da informação.

O direito à privacidade deve ser visto, na atual sociedade da informação, como um bem jurídico personalíssimo e reservado, que deve ser protegido de forma a garantir a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual. Existe uma relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser vista como a

autovalorização individual, racional e livre da pessoa, com a sua intimidade - que deve ser tutelada como um direito fundamental, e garantido na Constituição Federal. Todo indivíduo deve ter a garantia a uma vida reservada, íntima, e que não tenha a perturbação de terceiros não autorizados a ameaçar a sua intimidade e os assuntos que o indivíduo não queira compartilhar com a coletividade. Portanto, deve ser garantido ao indivíduo o direito de decidir quais os aspectos de sua vida devem ser públicos, ou de acesso a terceiros.

A vida privada e o direito á privacidade estão relacionados ao espaço reservado que o indivíduo tem para desenvolver a sua personalidade, de forma livre e autodeterminada, e que apenas os terceiros que sejam convidados por ele tenham acesso. Ou seja, sem o livre consentimento do indivíduo, nenhuma pessoa poderá invadir a sua vida privada, e tão pouco acessar as suas comunicações privadas – bem como seus dados pessoais.

Bem jurídico e estado social e democrático de direito

De acordo com Marcos Renteria ⁴²¹, o jurista italiano Stefano Rodotà desde a década

60 realiza estudos acerca da reformulação necessário para o conceito jurídico de propriedade. Segundo ele, “(...) o tema da propriedade não diz respeito apenas e tão somente a um conceito jurídico, mas uma ‘mentalidade’, ou seja, uma certa concepção acerca de como deve ser estruturado o uso e fruição de bens dentro de uma sociedade”⁴²². Assim, amplia-se o conceito de propriedade para além das questões e temas patrimoniais do direito civil, surgindo novos conceitos de bens - como a informação e os dados pessoais, por exemplo.

De acordo com Rodotà, o conceito de “proprietário” é caracterizado pelo monopólio da decisão do modo de utilização de bens materiais ou imateriais. Mas para ele, existem bens, em especial na sociedade da informação, que não podem ser conceituados ou definidos limitadamente por esse viés. Partindo do pressuposto de que o conceito de bem jurídico relacionado à ideia de propriedade foi um desdobramento da Revolução Francesa e Americana, conceito de propriedade “(...) é indicativo da prerrogativa natural do indivíduo em tomar para si determinado bem existente no mundo exterior, de modo que o ato de apropriação traduz o exercício da liberdade

⁴²¹ TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa. Estudos em homenagem ao*

professor Stefano Rodotà. Ed. Forum. 2016. p. 137.

⁴²² Idem.

individual⁴²³. Com isto, nasce o que parte da doutrina jurídica chama de “mentalidade proprietária”, que fundamenta a ideia de que qualquer bem existente em sociedade tem por ideia a atribuição da titularidade exclusiva, onde cabe à pessoa que possui tal titularidade tomar as decisões acerca de sua utilização. Interessante é quando trazemos este conceito de “propriedade” para os bens jurídicos da chamada sociedade da informação, como os dados pessoais e a informação.

Evidente que para os críticos da definição da propriedade como conceito de exclusiva titularidade e decisionismo, uma vez que outras variáveis devem ser analisados, tais como a localização do bem, a nacionalidade do titular, de demais atributos jurídicos que influenciam na conceituação da propriedade do titular do bem. Mas quando trazemos estas análises para os bens jurídicos da sociedade da informação, tais desafios se demonstram ainda maiores.

Evidente que, com as demandas surgidas no século XX, em especial após a Segunda Grande Guerra e a tentativa de criação do Estado de Bem Estar Social, surge a ideia da “função social da

propriedade⁴²⁴. Com isto, surge uma necessidade uma nova delimitação da propriedade, uma vez que ela não deve ser vista apenas como algo a ser visto apenas do ponto de vista da propriedade exclusiva do titular, mas também levando-se em conta a sua funcionalidade com o meio e sociedade. O desafio é quando existem alguns bens que já nascem de forma coletiva, como é o caso da internet. Seria ela, categorizada, como um bem comum⁴²⁵?

Proteção dos bens digitais no direito da personalidade

A internet propicia ao indivíduo o exercício de sua liberdade de forma ampla, seja através do exercício de sua liberdade de expressão, seja em seu relacionamento interpessoal nas redes sociais, seja exercendo a livre iniciativa através do comércio eletrônico, utilizando da rede para exercer atividade profissionais ou de lazer. Porém, a

⁴²⁴ Inclusive, de acordo com o artigo 5º, XXIII, da Constituição Brasileira, “(...) a propriedade atenderá a sua função social”.

⁴²⁵ De acordo com De Plácido e Silva, “O sentido de bens comuns (...) pode ser entendido no sentido de bens inapropriáveis, isto é, que não são suscetíveis de um apoderamento por parte da pessoa, a fim de que os particularize em proveito ou utilidade própria. Serão os bens comuns a todos (*res omnium communes*) ou *communia omnium*, na linguagem romana, tais sejam o ar, a água corrente, o mar, a luz, de todos se utilizam. (...) os bens de uso público, para indicar que são bens de uso de todos os habitantes de um lugar. (...) bens que são possuídos em comunhão> têm dois ou mais titulares, pertencem a todos em comunhão.

⁴²³ TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa. Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Ed. Forum. 2016. p. 139.

internet deve ser vista também sob a ótica de, ao permitir que dados pessoais sensíveis⁴²⁶ possam circular na rede mundial de computadores, podem ameaçar a tutela da dignidade do indivíduo.

Com o surgimento da chamada sociedade da informação, o aumento exponencial da utilização da internet fez com que os dados pessoais passassem a ser visto não apenas como um atributo do indivíduo, mas também como uma forma de “mercadoria”⁴²⁷. Assim, com o avanço do desenvolvimento e ampliação da internet, surgem novos bens jurídicos que devem ser tutelados para garantir a dignidade do indivíduo.

Uma das principais questões que a doutrina jurídica deve se debruçar contemporaneamente é sobre como a autonomia privada deverá ter novos contornos, em especial na era digital. O jurista Pietro Pierlingieri conceitua que a autonomia privada pode ser conceituada de forma preliminar como “(...) o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento jurídico ou a um grupo, de determinar

vicissitudes jurídicas (...) como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”⁴²⁸. Ampliando o conceito, segue a análise de forma extensiva, sendo a autonomia privada como “(...) a liberdade de regular por si as próprias ações, (...) de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum”⁴²⁹. Segundo Pierlingieri, este conceito da autonomia privada desloca a análise da liberdade sob a ótica exclusivamente econômica, para incluir a liberdade também focada na pessoa.

Ao analisar como os fundamentos diversificados dos atos da autonomia privada, Pierlingieri sustenta que estes

“(...) encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana”⁴³⁰

Logo, por trazer uma interpretação extensiva do conceito da autonomia privada,

⁴²⁶ A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), em seu artigo 5º, II, define da seguinte forma dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

⁴²⁷ No capítulo 3 da presente pesquisa será aprofundada a análise sobre o conceito de dados pessoais.

⁴²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª edição. ed. Renovar. 2007. p. 17.

⁴²⁹ Idem

⁴³⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3ª edição. ed. Renovar. 2007. p. 19.

incluindo a tutela da personalidade do indivíduo, tal reanálise de Perlingieri contribui para que o ordenamento e a doutrina jurídica incluam as situações subjetivas e existenciais no direito civil, e não apenas as questões patrimoniais. Inclusive, a dignidade da pessoa humana deve ter primazia aos valores patrimoniais, tornando a pessoa a medida do agir econômico.

Quando trazemos o conceito da autonomia privada do indivíduo de Perlingieri para a era digital contemporânea, e em especial sobre a autonomia do indivíduo em decidir acerca de seus dados pessoais, temos que levar em conta o proposto por Stefano Rodotà o ciclo “pessoa-informação-circulação-controle”⁴³¹. Ou seja, a autonomia privada garante ao indivíduo decidir acerca de seus dados pessoais, que cada vez mais estão expostos no ambiente virtual.

Como explica o mestre italiano Rodotà, “(...) a internet representa a criação do maior espaço público que a humanidade já conheceu (...) possibilitando a construção da sociedade verdadeiramente diversa, na qual todas as pessoas podem ser igualmente cidadãos”⁴³². Porém, a autonomia privada

não deve ser vista de forma desenfreada na utilização da internet, uma vez que esta não deve ser vista como uma “terra sem lei” – uma vez que todo comportamento humano realizado no ambiente virtual terá as consequências jurídicas do “mundo físico”. Logo, as condutas e ações na internet também devem ter a preeminência da tutela dos direitos da personalidade em relação aos direitos patrimoniais, levando em conta o princípio da dignidade humana.

De acordo com Roberta Mauro Medina Maia, “a principal semelhança entre o direito de propriedade e a privacidade dos dados pessoais talvez resida no fato de que a privacidade não seria apenas a ausência de informação sobre nós mesmos na mente dos outros. É, sobretudo, o controle que temos sobre a informação a respeito de nós mesmos”⁴³³. O fato de o indivíduo ter o controle sobre seus dados pessoais é o que fundamenta o conceito dos dados pessoais como uma propriedade. Mas a privacidade não deve ser conceituada apenas sob a ótica de direito de propriedade, uma vez que não envolveria apenas o controle do indivíduo sobre a tutela deste direito, pois depende também de questões da relação social do indivíduo com o meio. Ainda de acordo com MAIA (2019. p. 149), a “(...) noção de titularidade não está restrita ao direito de

⁴³¹ Vide página 08 da presente pesquisa.

⁴³² RODOTÀ *apud* TEPEDINO, Gustavo. *Da dogmática à efetividade do direito civil. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional. IV Congresso do IBDCIVIL*. 2ª edição Ed. Fórum. 2019. p. 61

⁴³³ TEPEDINO, Gustavo. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais. 2019. p. 147.

propriedade (...) mas seria apenas uma das formas deste conceito”.

O conceito de propriedade está disposto no artigo 1.228 do Código Civil. Como nos ensina a jurista Maria Helena Diniz (DINIZ, 2017. p. 940), “A propriedade é o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de uma coisa corpórea ou incorpórea, bem como de reivindicar de quem injustamente a detenha”. Ou seja, os dados pessoais, por ser uma coisa incorpórea e a pessoa natural ter o direito de usar, e até mesmo dispor – como na situação em que o titular dos dados pessoais oferece o seu consentimento para que outro agente compartilhe seus dados.

Mas a doutrina jurídica vem sedimentando o conceito de que a proteção dos dados pessoais não deve ser vista apenas como objeto de um direito de propriedade, mas também sobre a necessidade de conceituar a sua titularidade – uma vez que é de suma importância determinar a quem os dados pessoais pertencem. Com o conceito de titularidade dos dados pessoais, não está previsto apenas o chamado poder de controle sobre eles, mas também prevê a quem eles pertencem e quem terá o poder de decidir acerca de sua disposição. E, como constam nos artigos 17 e 18 da LGPD, o titular dos dados pessoais é a pessoa natural, e que tem garantido os seus direitos

fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. E estes artigos dispõem acerca tanto da titularidade quanto da propriedade, uma vez que oferecem ao titular dos dados pessoais dispor e controlar os seus dados pessoais – conceitos relacionados aos direitos reais de propriedade.

PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Evolução histórica do conceito de privacidade

De acordo com o especialista em Proteção de Dados Danilo Doneda, o ordenamento jurídico abordou de forma mais efetiva a questão da privacidade somente a partir do século XIX⁴³⁴. De acordo com este jurista, existiam outras questões que não contribuíram para o desenvolvimento da tutela jurídica do conceito da privacidade tais como uma sociedade com rígida hierarquia social, além de espaços públicos e privados que não contribuíram para o desenvolvimento deste conceito de privacidade tal qual conhecemos atualmente.

De uma forma geral, a doutrina jurídica considera como marco inicial da

⁴³⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 29

tutela à privacidade o artigo *The right to privacy*, escrito por Samuel Warren e Louis Brandeis, em 1890. Este artigo traz consigo muito do individualismo da sua época, que não relacionava o conceito de privacidade como sendo um dos aspectos fundamentais para o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo, mas sim como um conceito do “Direito a ser deixado só”⁴³⁵.

A chamada “idade de ouro da privacidade” foi o período compreendido entre a segunda metade do século XIX, em que foi priorizado o conceito de privacidade com tutela da individualidade da vida durante o período de grande desenvolvimento das ideias liberais burguesas. Mas com o avanço do desenvolvimento do conceito, em especial com as transformações ocorridas na Revolução Tecnológica do século XX, a privacidade teve o seu conceito ampliado, e é vista por muitos juristas – como Danilo Doneda – como sendo um dos conceitos salutarés para outros direitos e liberdades fundamentais⁴³⁶.

Na Sociedade da Informação, o conceito de privacidade foi alargado e não consiste apenas em isolamento, direito a ser

⁴³⁵ O conceito *Rigth to be alone* foi mencionado, pela primeira vez, por Thomas McIntyre Cooley no ano de 1888.

⁴³⁶ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 31

deixado só, ou ao conceito de tranquilidade. Este aspecto mais intimista do conceito de privacidade estava relacionado ao fato do predomínio da importância do tema em estratos sociais extremamente elitista da sociedade aristocrática europeia, envolvendo sigilo de troca de correspondência entre escritores, intelectuais, aristocratas e políticos europeus, dos séculos XVIII, XIX e início do século XX⁴³⁷.

Apenas após a Segunda Guerra Mundial que o conceito de privacidade foi tutelado como um dos direitos fundamentais. No ano de 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁴³⁸, foi quando apareceu pela primeira vez nas declarações internacionais. Nesta Declaração, em seu Capítulo Primeiro, os artigos V, IX e X tratam sobre a tutela de direitos humanos relacionados à privacidade. Em relação ao Direito à proteção à honra, da reputação pessoal e da vida família, prescreve o artigo V: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua

⁴³⁷ Para melhor compreensão acerca destas correspondências da elite europeia, veja DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 32

⁴³⁸ A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, realizada na cidade de Bogotá (Colômbia) no ano de 1948. Fonte https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm . acesso em 16 de junho de 2020

vida particular e familiar”. Sobre o Direito à inviolabilidade do domicílio, diz o artigo IX: “Toda pessoa tem direito à inviolabilidade de seu domicílio”. Por fim, sobre o Direito à inviolabilidade de correspondência, o artigo X: “Toda pessoa tem direito à inviolabilidade e circulação da sua correspondência”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³⁹, em seu artigo 11 defende a Proteção da honra e da dignidade, “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

Ainda no âmbito das Declarações Internacionais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), aprovada pela Resolução 217 A (III) proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) de 10 de dezembro de 1948, estabeleceu pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos⁴⁴⁰. Com um

⁴³⁹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

⁴⁴⁰ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Fonte:

dos objetivos de elencar os direitos humanos como garantias mínimas, e que atrocidades sofridas pela humanidade ocorridas durante as duas Grandes Guerras Mundiais, a DUDH influenciou a grande maioria das constituições modernas dos Estados e democracias recentes⁴⁴¹. O artigo XII da DUDH diz que “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. E o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴⁴², em seu artigo 17, diz que “1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas”.

Mas o sistema internacional, em especial a Carta Internacional de Direitos Humanos, não acompanhou o rápido e

<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> acesso em 21 de junho de 2020.

⁴⁴¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Fonte: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> acesso em 21 de junho de 2020.

⁴⁴² A Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formam juntos a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Fonte: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> acesso em 21 de junho de 2020

exponencial crescimento tecnológico da indústria da internet e digital. E a dificuldade é ampliada quando analisamos a colisão entre direito à privacidade com o direito à liberdade de expressão.

Ainda tratando da evolução da tutela da privacidade na sociedade contemporânea, importante destacar que a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), realizada em 18 de dezembro de 2013, aprovou a Resolução 68/167 “O direito à privacidade na era digital”⁴⁴³. Tal Resolução reconheceu que o crescimento acelerado das tecnologias de informação e de comunicação, ofereceu aos governos e às empresas a possibilidade de desenvolver atividades que pudessem interceptar e de obter dados pessoais dos indivíduos. A depender da forma desta obtenção e de interceptação, tal atividade poderia ser uma forma de violação ou transgressão dos direitos humanos⁴⁴⁴. Destacou a importância do respeito à liberdade de buscar, receber e difundir a informação, bem como colocou relevo sobre a vigilância e interceptação ilícitas ou arbitrárias nos dados pessoais dos indivíduos.

⁴⁴³ Resolução 68/167 da Assembleia Geral da ONU. Fonte: <https://undocs.org/es/A/RES/68/167>. Acesso em 21 de junho de 2020.

⁴⁴⁴ Em especial ao direito à privacidade, garantido pelo artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Resolução deixa de forma expressa que estes atos de intrusão violam o direito à privacidade e são contrários aos preceitos de uma sociedade democrática. Reconheceu que o rápido avanço global da internet e das comunicações digitais impulsionou o progresso, propiciando o desenvolvimento, porém os direitos dos indivíduos também devem estar protegidos no ambiente da internet – incluindo a tutela da privacidade. Para isso, os Estados devem adotar medidas para garantir o direito à privacidade dentro do contexto das comunicações digitais. Tais medidas devem incluir a criação de legislações que versam sobre o tema da privacidade e proteção de dados na internet. Além disso, a Resolução 68/167 da Assembleia Geral da ONU sugeriu aos Estados que examinassem os seus procedimentos e práticas de vigilância e receptação ou interceptações de dados pessoais, para verificar se estão de acordo com a tutela da privacidade dos seus cidadãos. Um dos principais pontos que a Resolução sugeriu, foi que os Estados adotassem mecanismos nacionais de supervisão independentes, que garantissem a transparência das atividades de vigilância da privacidade, e de proteção de dados, realizados pelo Estado.

Evidente que a questão do controle e acesso à informação sempre foi de suma importância para a sociedade, em suas mais

variadas épocas. Mas o ineditismo que a tecnologia trouxe de impacto para a questão da privacidade e da proteção de dados pessoais foi justamente o aumento exponencial da capilaridade tanto de obtenção e fontes de acesso às informações, bem como a ampla gama de destinatários e fluxos transacional de informações.

Para alguns juristas, como o próprio Danilo Doneda⁴⁴⁵, o aumento da demanda estatal e dos agentes privados em obter cada vez mais um maior nível de detalhamento e de capilaridade de acesso às informações pessoais dos indivíduos, era justificado não apenas pelo fato da informação que seria obtida ser útil já naquele momento, mas simplesmente pelo fato dela ser acessível. Os agentes estatais e privados que captam as informações dos indivíduos assim o fazem seja por uma necessidade do momento, ou por potencial necessidade futura.

Uma das principais alterações sobre a importância da tutela da privacidade nos tempos contemporâneos, foi que o Estado deixou de ser o único ofensor à tutela da privacidade. O setor privado, e em especial a utilização da internet e dos meios digitais, também se transformou em um dos principais ofensores à tutela da privacidade dos indivíduos.

⁴⁴⁵ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 36.

Um dos marcos históricos que também influenciou a tutela da privacidade foram os atentados terroristas que ocorreram às Torres Gêmeas, nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001. Após o atentado, houve por parte do Estado norte-americano uma maior interferência na privacidade dos cidadãos norte-americanos, bem como de indivíduos de outras nacionalidades que estavam no território dos EUA. No ano de 2013 o governo dos EUA foi duramente criticado por utilizar a Agência de Segurança Nacional (NSA) e o FBI para, ao tentar proteger os cidadãos norte-americanos do terrorismo, estaria violando a privacidade dos cidadãos. Inclusive, houve uma acusação de que as autoridades americanas colheram dados de milhões de usuários de telefones e exploraram os servidores de nove empresas da internet⁴⁴⁶. Um dos aspectos mais debatidos na doutrina jurídica acerca da tutela da privacidade, e em especial na internet, é se os usuários das redes sociais estão preocupados com a sua privacidade frente à utilização das aplicações e softwares na internet.

Como definido pelo jurista italiano Stefano Rodotà, a tutela da privacidade na Sociedade da Informação não se pauta mais

⁴⁴⁶ Para maiores informações, acesse: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/estado-s-unidos/escandalo-de-invasao-de-privacidade-coloca-governo-dos-eua-sob-pressao,2358198de4e1f310VgnCLD200000ec6eb0aRCRD.html> acesso em 21 de julho de 2020

no chamado eixo “pessoa-informação-segredo”, mas sim no “pessoa-informação-circulação-controle”⁴⁴⁷. Assim, a tutela da privacidade não se esgota apenas no fato de evitar o acesso do Estado, ou dos demais agentes privados, aos dados pessoais do indivíduo. Mas o conceito se expande, para tutelar a circulação, disseminação e controle das informações – na tentativa de garantir ao indivíduo o protagonismo de seus dados pessoais. Assim, afasta-se a relação do conceito de privacidade como a garantia de isolamento ou tranquilidade, que fora amplamente divulgada e conceituada nos séculos XVIII e XIX, e amplia-se o conceito para que o indivíduo possa obter meios de controlar os seus dados pessoais, através dos conceitos de consentimento e do direito ao esquecimento⁴⁴⁸.

Para parte da doutrina, como Danilo Doneda⁴⁴⁹, a ampliação do conceito de tutela do direito à privacidade para a proteção de dados pessoais faz com que em um primeiro momento esses dois conceitos se confundam. Mas com o desenvolvimento da indústria e economia digital, o conceito de proteção de dados foi ampliado e passa a ter significado ontológico próprio. O direito

à privacidade deixa de ser analisado apenas sob a ótica patrimonialista⁴⁵⁰, e passa a tutelar mais os direitos da personalidade.

Ocorre que o desenvolvimento da indústria informática, e em especial da digitalização e da ampliação da utilização da internet como um sistema da economia, trouxe às ciências jurídicas grandes desafios. Um dos desafios é justamente a ausência de centro de controle hierarquizado da internet. Todo o tráfego de dados da rede mundial de computadores é realizado através de protocolo de comunicações, e os “caminhos” possíveis por esses protocolos não são os mesmos – mesmo se uma terminação parte de um mesmo *device*, e vá para um mesmo destino⁴⁵¹. Ou seja, os caminhos dos protocolos de comunicação da rede não são únicos, e com conexões que podem variar de acordo com a conectividade, não havendo uma estrutura

⁴⁵⁰O civilista Pietro Perlingieri, em sua obra “Perfis do Direito Civil”, relata sobre o processo de “despatrimonialização” que tem ocorrido no Direito Civil. Ele afirma ser necessário “(...) reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela de situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa (...) O Direito Civil reapropria-se (...) da sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos “civis” em uma nova síntese” (PERLEGRINI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007. p. 34).

⁴⁵¹ Para exemplificar, pense em um computador conectado à rede de internet fixa que, ao ter o sinal rompido por um problema técnico da operadora de telecomunicações, o usuário reconecta a sua conexão à internet através da utilização do sinal de internet do celular (o chamado “acesso pessoal” ou roteamento de sinal).

⁴⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. *A privacidade hoje*. p.

⁴⁴⁸ Os conceitos do consentimento e do direito ao esquecimento serão abordados na presente pesquisa.

⁴⁴⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. Ed. Revista dos Tribunais. 2019. pg. 44.

central das comunicações e dos protocolos da internet. Esta ausência de polo de controle acaba por dificultar até mesmo uma regulação da proteção de dados. Inclusive, justamente esta ausência de controle formalmente hierarquizado contribuiu para que a internet se desenvolvesse independentemente de regulações de Estados e de Organismos Internacionais.

Conceito de dado pessoal na sociedade informacional e direitos personalíssimos

Inicialmente os dados pessoais estavam relacionados à informações cadastrais das pessoas naturais, tais como nome, sobrenome, endereço residencial e de correio eletrônico, número de telefone e dados bancários. Ocorre que, com a vultoso desenvolvimento da economia digital, ocorreu uma ampliação deste conceito passando a incluir dados e histórico de navegação na internet, *clickstream*⁴⁵², localização geográfica, endereço de *Internet Protocol (IP)*⁴⁵³.

⁴⁵² O termo *clickstream analysis* faz referência à análise dos dados de navegação do usuário em um web site com o objetivo de descobrir padrões e regras de associação do tipo: se um usuário visitou a página A ele também visitou a página B. Fonte: <https://www.devmedia.com.br/analise-clickstream-analisando-dados-de-navegacao-em-seu-site/29941>. Acesso em 16 de agosto de 2020.

⁴⁵³ BRANCHER, Paulo Marccos Rodrigues. BEPPU, Ana Claudia. *Proteção de dados pessoais no Brasil. Uma nova visão a partir ds Lei. Nº 13.709/2018*. Ed. Forum. 2019. p. 65.

Um dos principais vetores para a ampla utilização dos dados pessoais como verdadeira “moeda de troca”, é devido à utilização massiva das plataformas digitais e das redes sociais da internet, através do *Big Data*⁴⁵⁴. A alta conectividade dos indivíduos à internet, com o alto desenvolvimento de novas tecnologias, e somado à este contexto a diversificada utilização da internet com altíssima velocidade de conexão, propiciou aos indivíduos realmente tivessem uma “vida virtual”. Para alguns analistas, a próxima etapa da internet (*Internet of Things – IoT*) poderá ser responsável pela maior imersão do ambiente “virtual” com o “real”.

Conseqüentemente as plataformas digitais e redes sociais, sejam para facilitar, acelerar o tempo de resposta, ou até mesmo para propiciar ao seu usuário uma experiência mais individualizada, coletam os dados pessoais⁴⁵⁵ dos seus usuários. Com isso, surge o conceito da economia movida a dados pessoais (*data-drive-in economy*). Ana Frazão, ao explicar a função das plataformas digitais na economia de dados diz,

⁴⁵⁴ Big Data é a análise e a interpretação de grandes volumes de dados de grande variedade. Fonte: <https://canaltech.com.br/big-data/o-que-e-big-data/> Acesso em 02 de agosto de 2020.

⁴⁵⁵ De acordo com o artigo 5º, I, da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), define dados pessoais como “I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”.

A racionalidade econômica das plataformas digitais está associada especialmente à viabilização dos mercados de dois lados, os quais se caracterizam pela promoção da interação entre os usuários das pontas (...) Assim ambos os lados (...) precisam encontrar-se e interagir, com vistas a beneficiarem-se do aumento de participantes do outro lado”⁴⁵⁶

Mesmo que as plataformas digitais não detenham os “meios de produção” para as trocas econômicas, elas possuem algo que é de importância salutar para a economia digital: conectar demandantes e demandados – seja na venda *on line* de determinado produto, na prestação de um serviço, ou como meio de pagamento ou propiciar a comunicação.

Mas como, e de que forma, os dados pessoais são utilizados pelas plataformas digitais? E de que forma elas podem gerar valor, através do tratamento dos dados pessoais de seus usuários? Um dos principais conceitos de tratamento de dados pessoais utilizados pelas plataformas digitais são o *matchmaking* e a recomendação. O primeiro trata-se de uma prática onde, através do conhecimento dos interesses dos usuários das plataformas ou aplicações digitais, combinam-se os interesses dos usuários – numa espécie de “conexão entre os consumidores corretos para os produtores

corretos”⁴⁵⁷. Enquanto o segundo, através das informações obtidas pelos dados pessoais do usuário, como o histórico de navegação em *web sites*, de produtos comprados, localizações geográficas percorridas, as plataformas e as aplicações digitais recomendam aos seus usuários produtos e serviços semelhantes, de acordo com os dados pessoais tratados. As plataformas detêm “(...) a importante função de controle, gestão e, conforme o caso, igualmente de utilização comercial dos dados pessoais dos usuários”⁴⁵⁸. Evidente que, sem o tratamento e acesso aos dados pessoais de seus usuários, as plataformas e aplicações digitais não conseguiriam atingir seus objetivos e eficiência.

Para as plataformas digitais, através do *big analytics* ocorreu a possibilidade de, através dos dados, extrair as correlações, padrões e associações que possam ser consideradas informações que possam ter grande valor. Os algoritmos⁴⁵⁹ das plataformas digitais buscar acessar o *Big*

⁴⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 335

⁴⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 335

⁴⁵⁹ Algoritmos são a base do processo de desenvolvimento de software e fazem parte das ferramentas pelas quais programadores criam estratégias para fracionar problemas em etapas e processos que podem ser traduzidos computacionalmente. Fonte:

<https://www.techtudo.com.br/listas/2020/05/o-que-e-algoritmo-entenda-como-funciona-em-apps-e-sites-da-internet.ghtml> Acesso em 02 de agosto de 2020.

⁴⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 334.

Data e relacioná-lo com o *Big Analytics*⁴⁶⁰ para gerar valor ao dado pessoal e transformá-lo em informação. Isso faz com que as plataformas e aplicações digitais busquem, através do *Big Data*, obter a maior quantidade de dados pessoais possíveis de seus usuários, para depois realizar o tratamento e saber como irão monetizar ou gerar valor. Isso faz com que as plataformas digitais seja um dos agentes com maior participação na obtenção dos dados pessoais dos usuários da internet – principalmente pela alta conexão entre os usuários, agentes econômicos e até os governos⁴⁶¹.

Ao fim e ao cabo, o sistema econômico, utilizando das plataformas digitais e seus algoritmos, oferecem aos agentes decisões com base na menor probabilidade de erro, com maior eficiência e com menor custo de operação. Um dos principais ganhos ao utilizar decisões baseadas em algoritmos é justamente substituir as análises humanas, que são cognitivas e fundamentadas em um pensamento causal e indutivo, pelas análises e decisões estatísticas e racionais de tais aplicações.

⁴⁶⁰ Em síntese, quando se trata de *Big Data*, se referem à quantidade massiva de obtenção de dados recolhidos por aplicações e mecanismos digitais e virtuais. Já *Big Analytics*, se refere aos dados massivos já tratados e analisados.

⁴⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Ed. Fórum. 2019. p. 338

Mesmo que de forma indireta, os algoritmos interferem a relação do indivíduo com a internet, chegando até mesmo a predizê-la⁴⁶². O debate acerca da utilização dos algoritmos perpassa a questão da suposta invasão de privacidade, uma vez que as informações geradas por eles advêm de dados pessoais que nem sempre tem o consentimento dos titulares, mas devem ser analisados sob a ótica dos impactos que os algoritmos podem ter na vida dos indivíduos. De decisões que vão desde quanto a pessoa deverá pagar por determinado serviço, como a contratação de um seguro de automóvel – baseado nas informações geográficas de localização e deslocamento – até sobre como a pessoa reage a exposição a determinadas situações – tendo por base as informações da expressão facial da pessoa.

Dentro do chamado processo de “despatrimonialização” do direito civil, no qual os bens jurídicos tutelados deixam de ser apenas o patrimônio, e passando a incluir também os chamados direitos da personalidade, tutelam a dignidade da pessoa humana – e contribuem substancialmente para que outros bens jurídicos venham a ser categorizados, como os dados pessoais. Daí

⁴⁶² Ao utilizar os dados de deslocamentos por meio das conexões de aparelho celular de uma pessoa às respectivas antenas, é possível prever com até 95% de precisão onde o indivíduo estará em dois meses, e em que hora do dia. Fonte: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650> Acesso em 03 de agosto de 2020.

a característica de que os direitos da personalidade não são acabados, mas sim em constante construção.

Para grande parte da doutrina jurídica contemporânea, os dados pessoais também devem ser incluídos como uma nova categoria de direitos da personalidade. Daí a comprovação de que os direitos da personalidade não devem ser considerados de uma forma restritiva, mas sim capaz de incluir as novas demandas da sociedade da informação. Inclusive a própria doutrina alemã, que o direito da personalidade deve ser como uma das principais funções jurídicas a garantia de que o indivíduo possa desenvolver a sua personalidade de forma livre. Ou seja, se este desenvolvimento incluir também a tutela dos dados pessoais, o direito da personalidade deve integrá-lo como um de seus bens tutelados. Assim sendo, os direitos da personalidade passariam a ser repersonalizados, e não mais vistos apenas de forma patrimonial do direito civil.

De acordo com Maria Celina Bodin, desde os primórdios da Idade Antiga o direito civil teve como um de seus principais elementos o direito à propriedade (senão o principal)⁴⁶³. Mas a partir do final do século XIX foi percebido pelos indivíduos a necessidade de uma tutela da privacidade.

⁴⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 121

Celina (MORAES, 2016. p. 122) destaca que até finais do século XVIII os indivíduos não tinham uma vida privada, ocorrendo uma mistura com a sua vida pública. Foi somente com o Código Civil de Napoleão que surge o sujeito com direitos subjetivos, principalmente devido às conquistas da burguesia na revolução Francesa, que demandaram uma maior tutela dos contratos para protegerem os bens e as titularidades, para proteger um direito de propriedade sobre os bens.

Segundo Bodin (MORAES, 2016. P. 122), somente após duzentos anos que no direito civil houve a prevalência dos direitos da personalidade sobre os direitos patrimoniais, em especial no que tange à proteção da identidade e integralidade. Na sociedade da informação, os meios de comunicação em massa, e em especial a utilização da internet, podem ameaçar os direitos da personalidade – em especial pela intromissão, e muitas vezes vigilância, que o indivíduo tem em sua vida particular. Surge então um debate na doutrina jurídica acerca da informação. Seria ela um bem jurídico que deve ser tutelado “(...) através dos direitos da personalidade ou através do direito de propriedade?”⁴⁶⁴.

De acordo com Bodin (MORAES, 2016. P. 127), o direito da personalidade

⁴⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 123.

deve ser uma categoria aberta uma vez que “(...) sempre se evidenciam novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador (...)”⁴⁶⁵. Como o legislador brasileiro não quis criar uma norma geral dos direitos da personalidade, para da doutrina, assim como Bodin, sustenta que o artigo 1º, inciso III da Constituição Brasileira, ao tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser visto pela ótica de uma norma geral dos direitos da personalidade,

(...) ao considerar a dignidade humana como valor sobre o qual se funda a República, representa uma verdadeira cláusula geral de tutela de todos os direitos que da personalidade irradiam. Assim, em nosso ordenamento, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade, em suas mais diversas manifestações. Não pode, portanto, ser limitada em sua aplicação pelo legislador ordinário”⁴⁶⁶

No caso concreto em que ocorra a colisão de direitos da personalidade (inclusive, Bodin cita o caso entre a colisão do direito à informação, vis-à-vis o direito à imagem, honra e privacidade)⁴⁶⁷, sugere a

⁴⁶⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 127

⁴⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. Editora Processo. 2016. p. 128

⁴⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito*

utilização da técnica da ponderação⁴⁶⁸ para verificar – de acordo com o caso concreto – de qual dos “lados” em colisão se tutela de forma mais plena o princípio da dignidade da pessoa humana. Inclusive é o que determina o Enunciado nº 274 da “IV Jornada de Direito Civil”,

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação⁴⁶⁹

A grande dúvida, segundo Bodin (MORAES, 2016. p. 134) é definir quais são os limites da autodeterminação quando da ocorrência da colisão entre direitos da personalidade e a aplicação da ponderação com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Inclusive, de acordo com o Enunciado nº 279 da “IV Jornada de Direito Civil”,

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses

civil-constitucional. Editora Processo. 2016. p. 128

⁴⁶⁸ A aplicação da técnica da ponderação de princípios, através da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, será desenvolvida no próximo capítulo da presente pesquisa.

⁴⁶⁹ Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> Acesso em 30 de julho de 2020.

constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações⁴⁷⁰.

Como consta no histórico julgamento da Lei do Censo alemão, realizado em março de 1983⁴⁷¹, as restrições deste direito à “autodeterminação sobre a informação” são permitidas,

(...) somente em caso de interesse predominante da coletividade. Tais restrições necessitam de uma base legal constitucional que deve atender ao mandamento da clareza normativa próprio do Estado de Direito. O legislador deve, além disso, observar, em sua regulamentação, o princípio da proporcionalidade. Também deve tomar precauções organizacionais e processuais que evitem o risco de uma violação do direito da personalidade⁴⁷²

Os dados pessoais e as informações, especialmente com a massiva disponibilidade de acesso, divulgação,

⁴⁷⁰ Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236> Acesso em 30 de julho de 2020.

⁴⁷¹ Reveja a análise do julgamento da Lei do Censo alemã, na página 33 desta pesquisa.

⁴⁷² Fonte: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e- pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. p. 235. Acesso em 16 de agosto de 2020.

obtenção e transferência que a internet e as grandes empresas e aplicações na internet, acabam por transformar, definir, classificar e segmentar os indivíduos através de suas informações e dados pessoais. Logo o direito à personalidade, no que tange à questão da tutela da privacidade, deve considerar como uma das principais necessidades o controle da circulação da informação do indivíduo. Ou seja, cabe a este definir quais as informações a seu respeito podem ser armazenadas, divulgadas, transmitidas a terceiros e, até mesmo, comercializadas ou excluídas.

TEORIA DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais tutelados para a garantia da dignidade da pessoa humana

O jurista Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, teve o objetivo de conceituar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais. Segundo Alexy, uma das principais atribuições desta teoria é justamente fazer a distinção ente regras e princípios, principalmente quanto à resoluções de casos de colisões de direito. Regras e princípios são normas pois, de acordo com Alexy, são expressões deônticas

do dever, da permissão e da proibição⁴⁷³. Ele define que princípios, tanto quanto regras, são razões para juízos concretos de dever-ser. Sendo, assim, duas espécies de normas.

Existem vários critérios para distinguir regras de princípios, mas para Alexy a tese correta seria a que entre princípios e regras não existem apenas uma diferença de grau⁴⁷⁴, mas também uma diferença qualitativa. Ao conceituar o seu *mandamento de otimização*, Alexy define princípios como “(...) normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁴⁷⁵. O que vai determinar o grau de satisfação do mandamento de otimização de determinado princípio seriam as possibilidades tanto jurídicas quanto fáticas. A colisão de princípios e regras determinam o âmbito das possibilidades jurídicas. Para Alexy, regras são normas que contém determinações que devem, ou ser satisfeitas, ou não ser satisfeitas.

Como para Alexy não existe o conceito de gradualidade da regra⁴⁷⁶, se duas

regras têm consequências jurídicas contraditórias entre si em determinado caso concreto, uma delas deve permitir a inclusão de uma cláusula de exceção frente à possibilidade de ocorrer a necessidade de aplicação da regra conflitante. Se não for possível a utilização de uma cláusula de exceção, uma das duas regras deverá ser considerada inválida, pois trata-se de uma questão sobre validade. Ele menciona que existem vários critérios que devem ser levando em conta para decidir qual regra deverá ser considerada inválida⁴⁷⁷, inclusive levando-se em consideração a importância de cada regra em conflito. Mas o mesmo não ocorre com a colisão de princípios. Segundo Alexy, quando ocorre colisão, um deles precisará ceder. Mas isto não significa que o princípio que irá ceder deva ser considerado inválido, ou que tenha que ter uma cláusula de exceção – tal como ocorre nos casos das regras. Em determinadas condições, um dos princípios deverá ter precedência frente ao outro, no caso concreto. Inclusive, se as condições se alterarem, o princípio cedente poderá se “sobrepôr”, resolvendo a problemática da colisão entre princípios de

⁴⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 87

⁴⁷⁴ O critério da generalidade define que Princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, em contraposição ao das regras, que é relativamente baixo. ref. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 89

⁴⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 90

⁴⁷⁶ Uma vez que toda regra deve ser válida, ou inválida, em sua totalidade. ALEXY, Robert.

Teoria dos direitos fundamentais. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 91

⁴⁷⁷ Como os conceitos elencados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

forma oposta. Isto decorre, segundo Alexy, porque nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e, aquele com maior “peso” no caso concreto (e frente à colisão com determinado princípio) deverá se sobrepor. Em suma, o conflito entre regras deve ser solucionados pelo âmbito da validade. Já a colisão dos princípios, na “dimensão de peso”, através de um sopesamento entre os interesses conflitantes.⁴⁷⁸

Geralmente, e ainda de acordo com o pensamento de Robert Alexy, o sopesamento ocorre quando ambos os polos desta colisão têm o dever de garantir, na maior medida possível, a aplicação de determinado princípio – dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Na ausência de um dos polos, tornaria obrigatório ou permitida a realização do outro. Portanto, a existência de um princípio compromete a do outro.

Para solucionar esta colisão de princípios, o que Alexy sugere é o estabelecimento de “precedência condicionada entre os princípios”, mas considerada de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Se estabelecem “(...) condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da

precedência seja resolvida de forma contrária”⁴⁷⁹.

Para este jurista alemão, de uma forma geral os princípios de direito constitucional não têm precedência um sobre o outro (exceção pode ser feita no caso do princípio da dignidade da pessoa humana). Ou seja, não existe uma precedência absoluta de princípios constitucionais. Mas para resolver a colisão entre princípios de direito constitucional, Alexy defende que deve ser usada uma relação de precedência condicionada (também chamada de concreta ou relativa), cuja questão decisiva é definir em determinadas condições qual será o princípio que deverá prevalecer e qual deverá ceder. Diz ele “Em um caso concreto, o princípio terá um peso maior que o princípio colidente se houver razões suficientes para que aquele prevaleça, em determinadas condições, presentes neste caso concreto”⁴⁸⁰. Mas se uma ação violar um direito fundamental, esta deverá ser proibida.

Alexy conceitua em sua “lei de colisão” que “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do

⁴⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 94

⁴⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 96

⁴⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª ed. 2015. p. 97

princípio que tem precedência⁴⁸¹. Para ele, esta lei reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, uma vez que não existe relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações não quantificáveis. Mas esta “lei de coalização” não estabelece a questão do “tudo-ou-nada”, mas sim o “afastamento do direito fundamental em relações individuais”.

A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra que corresponde ao enunciado da preferência segundo a lei de coalisão, incluem uma cláusula *ceteris paribus*, a qual permite o estabelecimento de exceções.

Alexy define que os princípios são definidos como mandamento de otimização (ou seja, exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes – pois seus mandamentos são *prima facie*- e as regras, como normas que sempre ou são satisfeitas, ou não são. Mas define que os princípios sempre têm o mesmo caráter *prima facie* seria uma definição incompleta. Inclusive, para Alexy uma regra pode ter a inclusão de uma cláusula de exceção em virtude de um princípio.

De acordo com este mandamento de otimização os princípios, por não terem um

mandamento definitivo, representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Portanto, não são os princípios que possuem as razões e as contra-razões que devem ter preponderância na possibilidade fática – diferente das regras que, por exigirem que deva ser feito justamente o que ordenam, possuem uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas.

Um princípio pode ser fortalecido, segundo Alexy, quando introduzindo uma “carga argumentativa” em seu favor, bem como em desfavor ao princípio colidente. Inclusive define, de acordo com Bernhard Schlink, que “direitos fundamentais são regras sobre o ônus argumentativo”. Mas regras e princípios continuam a ser considerados como de natureza distinta, por este são sempre razões *prima facie* e aquelas, razões definitivas. Alexy passa a analisar as considerações possíveis para conceituar razões em dois tipos, a saber: razões para normas universais (como gerais e abstratas) e/ou normas individuais (juízos concretos do dever ser).

Segundo a lei de colisão de Alexy, a definição de uma relação de preferência é a definição de uma regra. Quando um princípio for uma razão decisiva para o juízo concreto para decidir o dever-ser, este será o fundamento de uma regra – pois representa

⁴⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 99

uma razão definitiva para esse juízo concreto. Logo, para o jurista alemão os princípios, em si mesmos, não são razões definitivas e sim fundamento, critério e justificção de diretivas.

Os princípios, por não terem relação com as completudes fáticas e normativas, são de natureza geral. Quando os princípios entram em contato com as limitações do mundo fático e normativo, surge o chamado sistema diferenciado de regras. Inclusive, este sistema é de suma importância para criticar a tentativa de criar uma pretensa teoria generalizante do sopesamento.

Ele questiona se existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros. Uma das críticas centrais de existirem princípios absolutos é quanto ao fato destes, por serem absolutos, devem prevalecer mesmo no caso de uma colisão a direitos fundamentais. Isto porque, como existem princípios que tutelam direitos coletivos e, outros, direitos individuais, defender a ideia de que existem princípios absolutos é definir que estes, em um caso concreto de colisão, poderiam prevalecer mesmo que tutelasse direitos coletivos frente a princípios que tutelassem direitos individuais fundamentais. Ou seja, um princípio por ser absoluto poderia se sobrepôr a princípios de direitos fundamentais. Em caso de colisão, “(...) ou

os princípios absolutos não são compatíveis com os direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito”⁴⁸².

Alexy critica o chamado “Modelo puro de princípios” como aquele em que as regras são inteiramente dependentes dos princípios – estes definem as disposições que garantem os direitos fundamentais; já aqueles, surgem da fixação de relações de precedência como resultados de sopesamentos. Exemplificando o conceito utilizado por Eike von Hippel, Alexy critica este modelo que na solução determina que ao conflito deva ser conferido um peso especial a determinados interesses da sociedade (como liberdade de crença, de opinião, de proteção á propriedade, e demais direitos fundamentais). Para Eike, os direitos relacionados à autodeterminação individual deveriam ter maior peso na ponderação. Tal modelo estaria bem presente em análise de conflitos entre liberdade de expressão e direito á privacidade na internet.

Mas o Modelo de Eike não exclui a necessidade de avaliar diversos pontos de vista, e que a decisão sobre qual o princípio deverá “prevalecer” deverá sopesar os conflitos e interesses em jogo no caso

⁴⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 111

concreto. Ou seja, através de uma valoração de interesses, as circunstâncias de cada caso particular é que sopesariam a decisão. Mas, Alexy critica um modelo puro de princípios, pois a ideia de uma cláusula geral de restrição estaria em desacordo com a Constituição Alemã - que regula a restrição de acordo com a natureza de cada direito fundamental. Mas não desconsidera a contribuição do Modelo Puro de Princípios de Eike, inclusive a necessidade de contrapô-lo a um Modelo Puro de Regras, ou até mesmo a uma modelo misto. Vejamos o Modelo Puro de Regras.

Para os defensores da aplicação deste Modelo Puro de Regras seria uma alternativa que garantiria uma maior segurança jurídica, pois vincula a regra ao texto constitucional. Além disso, nesse modelo, por mais que as normas de direitos fundamentais necessitam de complementação, a sua aplicação no caso concreto não deve ser feita com ponderação – visto que este “sopesamento” poderia causar uma grande insegurança jurídica devido á necessidade de interpretação da regra.

Porém Alexy também critica tal modelo puro de regras sem sopesamento e, para fundamentar a sua crítica, explana sobre três normativas de direitos fundamentais que precisam ser compatíveis em um modelo puro. São eles: 1) os direitos fundamentais

garantidos sem reserva; 2) os direitos fundamentais com reserva simples e; 3) os direitos fundamentais com reserva qualificada. Sem ao menos uma dessas normativas não for compatível com um modelo puro de regras, em que não deva ser levado em conta o sopesamento, então tal modelo puro de regras não são deve ser aplicado.

Explanando sobre uma possibilidade de normativa de direitos fundamentais garantidos sem reserva, o problema de um modelo puro de regras baseados seguindo esta normativa é latente quando a aplicabilidade de tal modelo foca apenas no texto de forma estrita. Mas o ponto central discutido pelo jurista alemão é se é possível um modelo puro de regras em que pese a garantia dos direitos fundamentais garantidos sem reserva, mesmo que não utilize sopesamento, estabelecer mesmo assim critérios para estabelecimento de decisões de proteção a um direito fundamental. Ele aprofunda a sua análise explicando o conceito de restrições imanentes de não perturbação de Düring⁴⁸³. A análise de Alexy é se as três restrições originárias de não-perturbação de Düring – “restrição imanente lógico-jurídica”, atribuída a direitos de terceiros; “restrição socialmente imanente”, atribuída à ordem

⁴⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 125

moral e; “restrição eticamente imanente”, atribuída á lei moral – são livres de sopesamento⁴⁸⁴. Um dos pontos centrais é que sopesamentos são inevitáveis quando “todos são titulares de direitos fundamentais”⁴⁸⁵. Quando surgem dúvidas, a necessidade de sopesamento é inafastável, segundo Alexy, “critérios livres de sopesamento são sempre o resultado de um sopesamento que os sustenta (...) e que podem resumir-lo de maneira geral”⁴⁸⁶. Mesmo nos casos em que ocorra a “restrição eticamente imanente”, mesmo a lei moral não pode ser aplicada no caso concreto sem que ocorra sopesamento.

Em relação aos direitos fundamentais com reserva simples, a crítica que Alexy faz é no sentido de que estas normas tutelam apenas o que está restrito no seu conteúdo essencial. Ou seja, o conteúdo que está além do que está garantido no texto da regra de direitos fundamentais com reservas simples não está tutelado por esta. Para evitar esse esvaziamento, também deve-se recorrer ao exercício do sopesamento e de proporcionalidade – e mais uma vez surge a crítica a existência de um modelo puro de regras. Isso pode ser

percebido pelo critério de determinadas relações de preferência entre princípios, pois

“(...) para todos os casos de restrição a direitos fundamentais, exige que sejam atendidas as máximas de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – está alinhada com as perspectivas teórico-normativas e de fundamentação da teoria dos princípios”⁴⁸⁷

E mesmo a aplicação do modelo puro de regras no caso de direitos fundamentais com reserva qualificada também fracassa. Para Alexy, esse seria a situação em que tal modelo teria maiores chances de obter êxito. Solucionar estes casos tendo por base apenas a subsunção, e não a aplicação do sopesamento, é uma técnica fadada ao fracasso, uma vez que não respeitaria critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Portanto, segundo Alexy, o modelo puro de regras não se justifica, uma vez que não permite a utilização de sopesamento, proporcionalidade e razoabilidade. E tais critérios de análise de suporte fático são essenciais para analisar os casos de colisão de direitos fundamentais – tanto os garantidos “sem reserva”, com “reserva simples” ou com “reserva qualificada”.

⁴⁸⁴ Idem

⁴⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 126

⁴⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 128

⁴⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 131

Como, tanto o modelo puro de regras e o modelo puro de princípios como modelos considerados como “puros” e antagônicos, são rejeitados, surge a possibilidade de um modelo misto, que combine uma ligação entre o modelo puros de princípios com o modelo puro de regras. E este modelo, segundo Alexy, é o modelo de regras e princípios.

Como explicado nos tópicos anteriores, os chamados direitos *prima facie* são os direitos fundamentais individuais, que geralmente estão relacionados a algum direito subjetivo. Mas também existem os direitos fundamentais coletivos, que inclusive podem ser aplicados, no caso concreto, contrário a um direito *prima facie*. Inclusive, interesses coletivos podem, inclusive, serem utilizados em um caso concreto para fortalecer um direito fundamental. Não basta que um princípio tenha relevância apenas por seu aspecto formal, como em uma norma constitucional por exemplo, mas é necessário também que seja destacado a sua relevância do ponto de vista material e substancial na garantia de um direito fundamental.

O fato das normas de direitos fundamentais serem consideradas não apenas em face da garantia e tutela de princípios, mas também sobre fatores de exigências de princípios contrapostos, torna

necessário a existência de critérios de sopesamento em situações fáticas. Sendo assim, para a exigência de uma garantia de direito fundamental não é necessário apenas um princípio, mas também uma regra, e que esta deve ser aplicada levando-se em conta os critérios de sopesamentos – pois do contrário, segundo Alexy, esta regra torna-se incompleta⁴⁸⁸. E esta incompletude das regras deve ser sanado com a utilização do recurso dos princípios. Mas Alexy faz uma ressalva, já que o fato de decisões nos níveis das regras estarem vinculadas à Constituição as tornam estas com primazia frente às decisões a “(...) determinadas alternativas baseadas em princípios”⁴⁸⁹. Mas tal primazia não deve ser vista de forma absoluta, nem mesmo inafastável, uma vez que em determinadas situações fáticas jurídicas, a primazia do nível das regras tenha um peso menor do que os princípios colidentes. Isto ocorre quando existirem razões que não estejam determinadas na regra, e que os princípios colidentes tenham um sopesamento maior que a própria regra literal da Constituição. Surge a necessidade do que Alexy chama de “argumentação constitucional” para justificar a primazia de um princípio frente a uma regra.

⁴⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 140

⁴⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. ed. Malheiros. 2ª edição. 2015. p. 140

**Privacidade e Liberdade de expressão:
ponderação de princípios para a
prestação de uma única resposta aplicada
ao caso concreto**

Já o jurista brasileiro Lenio Streck faz uma crítica à aplicação da proporcionalidade. Em sua obra *30 Anos da CF em 30 Julgamentos – Uma Radiografia do STF* faz uma análise do que ele chama de “Riscos da Ponderação”, em que o caso analisado fora o julgamento do *habeas corpus* 82.242-2/RS⁴⁹⁰ pela Suprema Corte. O paciente já tinha sido absolvido em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu pela condenação, o Superior Tribunal de Justiça denegou o HC. Portanto, foi feito recurso.⁴⁹¹

De acordo com a análise de Streck, o HC teve como uma das análises uma “(...) eventual colisão entre a liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana”⁴⁹². O resultado do julgamento de referido HC foi a negação do recurso. Mesmo sendo um direito fundamental, a liberdade de expressão não é um direito absoluto e, na decisão da

Suprema Corte foi destacado que “(...) o direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”⁴⁹³. As liberdades devem ser vistas, segundo este entendimento do STF, de forma harmônica, e não de forma incondicional. Quem estabelece esses limites é a própria Constituição Federal, como dispõe o artigo 5º, §2º⁴⁹⁴, e um direito individual não deve salvaguardar condutas ilícitas, uma vez que a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica devem prevalecer.

Mas ao aprofundar a sua análise do caso concreto do julgamento deste HC, o jurista Lenio Streck a faz sob a ótica de sua Teoria da Decisão. Para ele, o STF errou na fundamentação da decisão, pois a fez com base na colisão entre a liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana⁴⁹⁵. Mas para Streck, não haveria uma “colisão de princípios”, uma vez que a conduta do acusado não era de liberdade de expressão, mas sim de um ato ilícito. Logo, uma fundamentação da decisão baseada na

⁴⁹⁰ O paciente fora acusado de “(...) escrever, editar e publicar livros com conteúdo antissemita”. (STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 35

⁴⁹¹ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 35-36

⁴⁹² STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 36

⁴⁹³ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 37

⁴⁹⁴ Art. 5º, §2º CF: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁹⁵ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 38

Teoria da Ponderação e Argumentação, o próprio direito à liberdade de expressão seria relativizado⁴⁹⁶. Inclusive, Streck questiona como uma conduta poderia ser considerada lícita – se o caso fosse olhado sob a ótica da liberdade de expressão – e, ao mesmo tempo, ilícita – considerado o caso como crime de racismo. Neste caso, o voto do Ministro Marco Aurélio foi fundamentado na utilização do método de ponderação de bens e interesses jurídicos, desde que não importasse no “(...) esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos humanos”⁴⁹⁷. Decidiu o Ministro que para equalizar com esta colisão de princípios e direitos fundamentais, a utilização do método da ponderação de bens e valores tem a sua essência no fato de caber ao Estado a defender os chamados “(...) postulados essenciais, que são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana (...) com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância (...)”⁴⁹⁸. O Ministro Maurício Corrêa também fundamentou o seu voto com base na utilização da ponderação frente à colisão de direitos, vejamos:

⁴⁹⁶ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 38

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 39

⁴⁹⁸ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 40

“E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição (...) Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário (...)”⁴⁹⁹

A principal crítica que Lenio Streck⁵⁰⁰ faz ao STF aplicar a Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy para fundamentar a sua decisão no caso do HC em tela, é que o Egrégio Tribunal, justamente ao criar e aplicar a ponderação, ocorre em dois equívocos: 1) a recepção equivocada que os Tribunais e a doutrina jurídica brasileira vem aplicando da Teoria da Ponderação de Robert Alexy; e 2) a forma que a Teoria da Ponderação acaba criando o que Streck chama de “discrecionalidade judicial”.⁵⁰¹

Ao decidir qual o princípio deveria prevalecer, os Ministros da Suprema Corte utilizaram o que, segundo Streck, a doutrina alemã definiu como a Jurisprudência de Valores. No caso em questão, não seria a aplicação da ponderação, mas sim da

⁴⁹⁹ STRECK, Lenio. *30 Anos da CF em 30 julgamentos. Uma radiografia do STF*. Ed. gen. 2018. p. 40

⁵⁰⁰ Idem

⁵⁰¹ Idem

subsunção – uma vez que não trata-se de liberdade de expressão, mas sim da conduta tipificada pelo racismo. Sobre a conceituação de princípios gerais do Direito, para Streck, eles “(...) adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto como restante do sistema jurídico: daí a necessidade de pressupô-lo como uma totalidade”⁵⁰².

Ainda sobre a ótica da análise do jurista Lenio Streck, mas utilizando a sua obra “Dicionário de Hermenêutica”, ele critica a forma com que a doutrina jurídica brasileira tem defendido a resolução dos chamados *hard cases*. Lenio explica que Alexy, através do postulado da ponderação como uma forma de resolver os conflitos jurídicos, é composto por três etapas: 1) a adequação; 2) a necessidade ; e 3) a proporcionalidade em sentido estrito⁵⁰³

A adequação e a necessidade estão relacionadas, segundo Lenio, para esclarecer as possibilidades fáticas. Já a proporcionalidade é utilizada para a solução dos conflitos jurídicos, através da lei do sopesamento⁵⁰⁴. A crítica que Lenio faz é

⁵⁰² STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Livraria do Advogado. 1999. p. 88

⁵⁰³STRECK, Lenio. *Dicionário de hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. ed. casa do direito. 2ª edição. 2020. p. 257.

⁵⁰⁴ De acordo com Lenio, Alexy define a lei do sopesamento como “(...) quanto maior for o grau de satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. (STRECK, Lenio. *Dicionário de*

que ao utilizar a ponderação como uma nova “hierarquização ponderativa em favor da subjetividade do intérprete” (STRECK, 2020. p. 258), traz à baila que a resolução do caso possa ser pautada na discricionariedade do intérprete. Assim, fornece ao juiz uma fundamentação para dizer o direito, de acordo com a sua subjetividade, qual o princípio deve ser sopesado na solução do caso concreto. Inclusive o protagonismo judicial, estaria relacionado com a “teoria alexyana”⁵⁰⁵.

Estudo de caso

O estudo de caso irá analisar se o postulado da ponderação de princípios pode ser devidamente aplicado, quando da colisão entre o direito à liberdade de expressão com o discurso do ódio, quando ocorrem nas redes sociais e na internet. É sintomático que cada vez mais tem aumentado o debate acerca desta colisão de princípios, em especial nas redes sociais. Inclusive, como um dos reflexos dos movimentos civis que ocorreram recentemente nos Estados Unidos devido à morte de George Floyd, uma das maiores redes sociais da internet tem sido

hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. ed. casa do direito. 2ª edição. 2020. p. 257.)

⁵⁰⁵ *Dicionário de hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. ed. casa do direito. 2ª edição. 2020. p. 258

pressionada, por um grupo composto pelas maiores empresas que realizam publicidade em sua plataforma, para criar meios e aplicações para frear o chamado discurso do ódio, e postagens com conteúdo racista⁵⁰⁶. O chamado “discurso do ódio” é categorizado como sendo aquele em que incentiva a violência, bem como perseguições, de minorias étnicas, políticas, religiosas, da comunidade LGBTQIA+, bem como condutas racistas. Ocorre que, devido à utilização cada vez maior das redes sociais, esta conduta também invadiu os meios digitais e ampliou a propagação deste discurso. Inclusive, se aproveitando em sociedades em que existe uma situação de grande polarização político-ideológico.

Sob o prisma dos princípios e garantias constitucionais, uma das questões salutaras é verificar como pode ser analisada a colisão entre dois princípios, que são a liberdade de expressão – que justificaria a possibilidade da pessoa propagar a sua opinião, mesmo que seja defendendo ideais anti-jurídicos, ou até mesmo ilícitos -, e a defesa de direitos fundamentais que podem ser violados frente à propagação do discurso do ódio, tais como a autodeterminação sexual, de gênero, político-ideológica e religiosa do(a) indivíduo, e inclusive a sua

própria dignidade humana – em especial quando o discurso do ódio tem por objetivo ferir a dignidade de uma pessoa devido à sua etnia ou cor de pele (como ocorre em situação de racismo ou injúria racial).

Como demonstrado ao longo deste Artigo, o debate acerca do tema da colisão de princípios e direitos fundamentais ocorrem muitas dissensões doutrinárias. O objetivo foi, longe de findar este debate, justamente analisar como os postulados da proporcionalidade de princípios de Robert Alexy e a construção da Teoria da Decisão do jurista Lenio Streck podem analisar este debate. Além disso, para contribuir a análise deste estudo de caso, será utilizado a construção teórica de José Emílio Medauar Ommati, em sua obra “Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio na Constituição de 1988”, que analisa profundamente este tema.

Preliminarmente, será adotado o conceito de Recuero (2009, p.102, apud BOYD e ELLISON, 2007) que define redes sociais como sendo web sites ou sistemas que permite aos seus usuários a construção de uma persona através de um perfil ou página pessoa, cuja interação entre os pares ocorre através do envio de comentários e/ou mensagens que podem, ou não, ter exposição pública. Além disso, de acordo

⁵⁰⁶

Fonte

<https://olhardigital.com.br/noticia/boicote-de-anunciantes-coloca-facebook-em-risco-e-finalmente-pressiona-zuckerberg/102875> acesso em 11 de julho de 2020.

com a Pesquisa “TIC Domicílios 2018”⁵⁰⁷ realizada pelo cetic.br, o telefone celular é o principal equipamento de acesso utilizado pelo brasileiro, chegando a ser responsável por 97 % do acesso à internet.

A temática do discurso do ódio nas redes sociais é um fenômeno que tem aumentado consideravelmente, inclusive se associado com a possibilidade do anonimato ou perfis falsos que acabam por dificultar a identificação de quem origina tal discurso. Ainda de acordo com os dados da Pesquisa “TIC Domicílios 2018” a internet é utilizada em 92% para troca de mensagens simultâneas, sendo esta a principal utilização da internet feita pelos brasileiros, seguida pela utilização das redes sociais, que é responsável por 75% da utilização da internet no Brasil⁵⁰⁸. Considerando que o discurso do ódio, na maioria das vezes, se propaga através de aplicativos de mensageria e redes sociais da internet, a dimensão de seu alcance e velocidade de propagação na rede é considerável levando em conta o perfil de utilização da internet nos domicílios brasileiros mensurados pela pesquisa citada. Outro dado importante, e

verificado na pesquisa⁵⁰⁹, é que compartilhar textos, imagens ou vídeos seguiu como sendo uma das atividades mais citadas para utilização da internet (74%) nas redes sociais e aplicativos de troca de mensagens. Outro comportamento em pode contribuir para a disseminação do discurso do ódio na rede.

A contrário senso, uma vez que a ampliação da utilização da internet poderia ser uma ferramenta utilizada para favorecer o debate de ideias e acesso a argumentos contrários, segundo dados de uma pesquisa realizada pela revista PNAS (“Proceedings of the National Academy of Science”), as pessoas têm utilizado a internet para buscar reafirmar as suas ideias e opiniões. Ou seja, os usuários das redes sociais não estão dispostos a repensarem as suas opiniões a respeito do mundo e de suas convicções. Um dos fenômenos muito estudados atualmente em relação às redes sociais é a criação e utilização das chamadas “câmaras de eco”.

As chamadas “câmaras de eco” trazem uma sensação de que o indivíduo está interagindo com o mundo exterior, mas os algoritmos⁵¹⁰ das redes sociais podem

⁵⁰⁷ Para acessar a pesquisa na íntegra acesse https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em 11 de julho de 2020.

⁵⁰⁸ Fonte https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf p. 120. Acesso em 11 de julho de 2020

⁵⁰⁹ Fonte https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/12225320191028-tic_dom_2018_livro_eletronico.pdf p. 123. Acesso em 11 de julho de 2020.

⁵¹⁰ Os algoritmos implementados pelos sites de mídias sociais para fornecer conteúdo personalizado claramente desempenha um papel importante em garantir que os usuários encontrem apenas informações que correspondam às suas crenças. Disponível em:

definir, e até mesmo limitar, as notícias e informações que as pessoas acessam. Assim, a interação com pessoas e páginas de aplicativo de uma rede social, com conteúdo em que o indivíduo se identifica, chega até mesmo a limitar o acesso na internet – como uma espécie de mecanismo de retroalimentação das informações e um espaço em que o indivíduo escuta e tem acesso a informações somente de acordo com suas convicções pessoais. O discurso do ódio prejudica a sociedade, em todo o seu conjunto, uma vez que a hostilidade de tal conduta gera intolerância e predisposição para que a sociedade aceite a discriminação e a violência, ameaçando a convivência social pacífica tão necessária numa sociedade plural e democrática.

Em 8 de dezembro de 2015, a Comissão Europeia Contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) produziu a Recomendação Geral nº 15, relativa à luta contra o discurso do ódio. Nesta Recomendação, já no segundo parágrafo de seus “Considerandos” diz que “(...) a liberdade de expressão e de opinião não constituem direitos ilimitados e que devem ser exercidos de forma que não atente contra os demais direitos”⁵¹¹. Inclusive esta

Recomendação recorda que a história do continente europeu destaca a importância desse discurso ser combatido, e sempre lembrado, para que as atrocidades ocorridas – em especial durante a Segunda Grande Guerra – não retornem a ocorrer.

A Recomendação Geral n. 15 possui uma ampla definição acerca da terminologia de expressões relacionadas ao discurso do ódio, mas em breve síntese define tal conduta como o uso de uma ou mais formas de expressão específicas para promover e instigar o ódio, a humilhação o menosprezo de uma pessoa ou grupo de pessoas, com difusão de estereótipos negativos ou que ameçam ou menospreze uma pessoa ou um grupo de pessoas. O discurso do ódio se baseia em uma lista não exaustiva de características pessoais que incluem raça, cor, idioma, religião ou crenças, nacionalidade e origem étnico-nacional, idade, sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual⁵¹².

A conduta de incitar o discurso do ódio significa que existe uma intenção de instigar o cometimento de atos de violência, hostilidade ou discriminação. É como se uma pessoa utilizasse o discurso do ódio para fazer uma espécie de “chamamento”

<https://exame.abril.com.br/tecnologia/a-surpreendente-velocidade-que-nos-tornou-polarizados-on-line/> Acesso em: 10 de julho de 2020.

⁵¹¹ Fonte: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate->

[speech-adopt/16808b7904](https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904) Acesso em 11 de julho de 2020.

⁵¹² Fonte: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> p. 18. Acesso em 11 de julho de 2020.

para o cometimento de condutas relacionadas à infringir a dignidade da pessoa humana, em especial às características mencionadas na página 18 da referida Recomendação⁵¹³. Mas um dos maiores desafios, e que certamente dependerá da situação fático-jurídico, é justamente comprovar a intenção de quem propaga ou origina o discurso do ódio. E especialmente, quando esta conduta ocorre nas redes sociais.

A Recomendação Geral nº 15 sugere algumas metodologias para verificação quanto às circunstâncias em que foi feita a conduta do discurso do ódio, tais como: a) verificar o contexto em que se utiliza o discurso do ódio, em especial se existe alguma tensão na sociedade; b) a capacidade que a pessoa que emprega o discurso do ódio tem para exercer influência sobre as demais pessoas; c) a natureza e contundência da linguagem empregada (por exemplo, se é provocativa ou direta, se utiliza de informação enganosa, se utiliza

divulgação de estereótipos negativos ou de estigmatização, ou se é capaz por outros meios de incitar o cometimento de atos de violência); d) o meio utilizado, ou seja, se é possível oferecer uma resposta pública imediata; e f) a natureza da audiência, como no caso das redes sociais, por exemplo.

Se considerará que uma expressão de discurso do ódio foi utilizada em público quando foi produzida em um espaço físico ou por comunicação eletrônica, em que o público em geral tem acesso. Sobre a relação jurídica entre o discurso do ódio e o direito a liberdade de expressão deve ser visto de forma complementar, e não como um “jogo de soma zero”. Evidente que o direito à igualdade e à não discriminação e o direito à liberdade de expressão devem ser reconhecidos e ter a sua tutela garantida na legislação dos países, inclusive com políticas e práticas de direitos humanos que se apoiam mutuamente⁵¹⁴. Inclusive, o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos garante o direito à liberdade de expressão. No entanto, no artigo 17 do mesmo dispositivo consta a proibição de atos e atividades que tenham por objetivo a destruição de quaisquer direitos e liberdades daquela Convenção. Logo, o discurso do ódio estaria proibido com base neste artigo 17.

⁵¹⁴ Fonte: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904> p. 24 Acesso em 12 de julho de 2020.

⁵¹³ A saber, a Recomendação Geral n. 15 possui uma ampla definição acerca da terminologia de expressões relacionadas ao discurso do ódio, mas em breve síntese define tal conduta como o uso de uma ou mais formas de expressão específicas para promover e instigar o ódio, a humilhação o menosprezo de uma pessoa ou grupo de pessoas, com difusão de estereótipos negativos ou que ameaçam ou menospreze uma pessoa ou um grupo de pessoas. O discurso do ódio se baseia em uma lista não exaustiva de características pessoais que incluem raça, cor, idioma, religião ou crenças, nacionalidade e origem étnico-nacional, idade, sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

Evidente que a promoção e proteção do direito à liberdade de expressão pode e deve ser limitado, frente ao discurso do ódio - como já fundamentado pela Teoria da Decisão de Lenio Streck ao longo da presente pesquisa. Mas esse mesmo direito à liberdade de expressão também contribui para conhecer os possíveis danos causados pelo discurso do ódio. Ou seja, o direito à liberdade de expressão também contribui para combater os prejuízos causados pelo discurso do ódio, oferecendo pontos de vistas contrário, contribuindo assim para uma sociedade justa, plural e democrática. O que deve ser combatido é que os excessos cometidos pela conduta do discurso do ódio não utilize como justificativa a liberdade de expressão para defender a sua, suposta, licitude de “liberdade de opinião”. É necessário mudar a mentalidade e as percepções de discurso acerca da suposta relação entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio.

Mas um dos aspectos centrais para a análise do Estudo do Caso é que a Recomendação nº 15 cita o informe de nº A/67/357, da Assembleia das Nações Unidas de 07 de setembro de 2012, feito pelo Relator Especial sobre a Promoção e Proteção ao Direito de Liberdade de Opinião e de Expressão do Conselho de Direitos

Humanos das Nações Unidas⁵¹⁵. Resumidamente, este informe foi centrado justamente na colisão da chamada “expressão e incitação ao ódio” e o direito à liberdade de expressão e de opinião. De forma bem geral o Relator apresentou as normas e os princípios internacionais, incluindo as distinções entre os tipos expressão e incitação ao ódio existentes bem como exemplos de leis nacionais que se contrapõem às normas internacionais. O Relator, ao aprofundar a análise, diz ser de fundamental importância existir leis claras nacionais que estejam em consonâncias com as normas e princípios dos organismos internacionais. Além disso, destacou também a importância de adotar medidas não somente de ordem jurídica para abordar as causas fundamentais da existência do discurso do ódio e da intolerância. Concluindo, faz uma série de recomendações para combater o discurso do ódio de forma eficaz, sem restringir o direito à liberdade de expressão e opinião.

Um das principais dificuldades que o Informe teve à época foi justamente em estabelecer elementos e definições para determinar quais os tipos de opiniões ou “liberdade de expressão” que poderiam constituir apologia ao discurso do ódio nacional, racial ou religioso que incitariam a

⁵¹⁵ Fonte <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/28/PDF/N1250128.pdf?OpenElement>. Acesso em 19 de julho de 2020.

discriminação, a hostilidade ou a violência⁵¹⁶. Ou seja, o direito à liberdade de expressão e a proibição à incitação ao ódio não são incompatíveis, mas sim complementares – uma vez que o diálogo público e aberto deve sempre ser visto como um dos melhores antídotos para conter o avanço da intolerância.

O Informe destaca que o direito à liberdade de expressão é fundamental para salvaguardar o exercício dos demais direitos humanos, principalmente como um dos pilares essenciais para a democracia, pois é salutar a livre circulação de ideais, pensamentos e opiniões para garanti-la. Mas, além disso, a livre circulação de ideia é essencial para combater o próprio discurso do ódio, além de promover o entendimento, a tolerância e a desmontar os estereótipos negativos. As normas internacionais de direitos humanos reconhecem que o direito a liberdade de expressão pode ser restringido quando o seu exercício representa uma grave ameaça aos demais direitos humanos. Inclusive, como consta no artigo 19. 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – promulgado pelo Brasil através

do Decreto Presidencial nº 592, de 06 de julho de 1992⁵¹⁷

Artigo 19.

(...)

3. “O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

E o artigo 20 do mesmo Pacto determina que “Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”. E a expressão do ódio baseada em origem racial ou étnico está proibida, como consta a “Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial”, promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, em seu artigo IV⁵¹⁸

(...)

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de

⁵¹⁶ O Informe não incluiu as demais definições sobre minorias que poderiam ser alvo do discurso do ódio. Para maiores informações, vide <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/501/28/PDF/N1250128.pdf?OpenElement> p. 4. Acesso em 19 de julho de 2020.

⁵¹⁷

Fonte http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm acesso em 26 de julho de 2020

⁵¹⁸

Fonte http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html Acesso em 26 de julho de 2020

violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.

c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

O Relator do Informe destaca também que a restrição ao direito à liberdade de expressão deve cumprir 03 condições, que estão estabelecidas no artigo 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

a) Toda restrição deve estar fixada por lei, que deve ser clara e sem ambiguidades, escrita de forma precisa e acessível à todos;

b) O Estado deve demonstrar que é necessário e legítimo proteger os direitos ou a reputação dos demais, a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral pública;

c) O Estado deve demonstrar que se trata da medida menos restritiva e que é uma forma proporcionada de alcançar o objetivo desejado.

Inclusive, o Informe sugere critérios, baseado em 07 elementos, tais como: 1) a gravidade do ódio – de acordo com a gravidade do que foi expressado -, além de analisar a magnitude e a intensidade e o meio em que foi realizado; 2) Outro

elemento importante é a intenção do autor de incitar a discriminação, a hostilidade ou a violência; 3) O conteúdo ou a forma do discurso, incluindo os argumentos que foram usados, e quais os limites que o discurso é provocador ou direto. Inclusive as expressões artísticas não devem incitar a violência, a discriminação ou a hostilidade; 4) A projeção de audiência e o alcance da expressão; 5) A probabilidade de produzir danos, e a incitação – mesmo que seja um ato preparatório – é um ato punível se existir um grande risco de que a incitação possa resultar danos de grandes proporções; 6) A iminência dos atos propagados; 7) O contexto, a audiência e o dano possível, a existência de obstáculos para a difusão midiática, as restrições amplas e pouco claras sobre o conteúdo que se pode publicar ou difundir. Além disso, a ausência de críticas ao governo ou de debates políticos de amplo alcance nos meios de comunicações. E o fato de não existir uma condenação social das declarações e discurso do ódio contribuem para que a difusão seja ampliada.

O Relator do Informe define como elementos fundamentais para determinar se uma expressão constitui incitação ao ódio: perigo real e iminente de violência, que seja resultado da expressão; a intenção do autor em incitar a discriminação, a hostilidade ou a violência, e um exame cuidadoso do Poder

Judiciário do contexto em que se expressou o ódio. O que deve ser levado em conta não é apenas o conteúdo das expressões, mas sim de suas consequências e potencial de propagação. A melhor forma de combater a intolerância, incitação ao ódio religioso, hostilidade ou violência, deve ser combatido através do diálogo intercultural, público e aberto, a nível local, nacional e internacional, fortalecendo a democracia. Inclusive a própria Constituição Brasileira, ao proibir a prática do racismo através de discursos preconceituosos, não limita a liberdade de expressão uma vez que “(...) já não se trata de liberdade de expressão, mas uso do discurso para negar direitos fundamentais”⁵¹⁹. Inclusive, o jurista Omatti critica a utilização do postulado da proporcionalidade para a solução da colisão de princípios (OMATTI, 2019. p. 21).

HC 82.424/RS – CASO ELLWANGER

Analisando o HC 82.424/RS, o jurista brasileiro Omatti discorre sobre a importância deste julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, devido ao fato de ter sido feita uma correta delimitação sobre os princípios da igualdade e da liberdade. O caso é sobre um editor e autor (Siegfried Ellwanger), que havia publicado diversas

⁵¹⁹ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 20.

obras que discorriam sobre um suposto “revisão histórico” do Holocausto do povo judeu, ocorridos na Segunda Grande Guerra. Ele foi processado pelo crime de racismo⁵²⁰. Devido a um entendimento do juiz de 1ª instância de que ele estava protegido pelo direito à liberdade de expressão, foi absolvido. Mas a acusação recorreu ao Tribunal do Rio Grande do Sul, que o condenou a uma pena de 02 anos, com *sursis*. Mesmo com impetração de HC no STJ, o Superior Tribunal manteve a condenação. Por fim, Ellwanger impetrou HC no STF, fundamentando que “(...) o fato de judeu não ser raça (...) não poderia ter cometido crime de racismo, mas de simples discriminação”⁵²¹.

O STF teve que enfrentar uma aparente colisão entre a liberdade de expressão e a abrangência do termo “racismo”. A decisão do STF, por oito votos contra três, foi de que o paciente não gozaria de liberdade de expressão uma vez que, ao publicar as suas obras, incorreu no crime de racismo⁵²². Mas mesmo estando de acordo com a posição majoritária do STF, Omatti

⁵²⁰ De acordo com o Artigo 5º, XLII, da CF e com o artigo 20 da Lei 7.716/89 (com redação dada pela Lei 8.081/90).

⁵²¹ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 22.

⁵²² Para uma análise mais pormenorizada do caso, ler OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 21-24)

discorda da metodologia utilizada pelos Ministros, que fundamentaram seus votos utilizando o postulado da ponderação. Para fundamentar a sua crítica, Ommati diz que ao se aplicar o postulado da proporcionalidade, os operadores do direito passam a “(...) decidir com base em um método pré-fixado, em que os próprios valores dos aplicadores envolvidos não são tematizados, gerando-se um déficit na racionalidade da decisão”⁵²³. Critica-se, desta forma, a aplicação do grau de otimização defendido pela Teoria da Colisão dos Princípios, de Robert Alexy. O desafio do caso foi, para Ommati, relacionar igualdade, com liberdade de expressão e proibição ao discurso do ódio – e mantendo o pilar de uma Constituição rígida, formal e democrática.

Ao criticar uma visão “originalista” da interpretação da legislação – ou o que também a doutrina chama de interpretação histórica do legislador – a vontade do legislador não deve ser vista de uma forma estática ou retornando ao contexto em que as normas foram produzidas, mas sim de forma dinâmica e levando em consideração o momento presente da aplicação da norma.

O jurista Ommati critica o voto do Ministro Moreira Alves, que foi um dos que decidiram que, no caso do julgamento do

HC 82.424/RS, o termo racismo deveria ser interpretado de forma “originalista”, ou seja, levando em conta apenas questões relacionadas ao crime de racismo contra os negros. Inclusive, o voto do Ministro afirma que o termo “judeu” não deve ser considerado uma raça, mas sim um povo. Portanto, o significado do termo “raça”, que quis o legislador à época da promulgação da Constituição de 1988, se relacionaria tão somente à discriminação da raça negra. Logo, o termo racismo deveria ser interpretado, de acordo com o voto deste Ministro, de forma restrita, e que o delito que Ellwanger tinha cometido era o de discriminação – e que já tinha prescrito.

Criticando o voto do Ministro Maurício Correa, Ommati analisa que este Ministro fez uma breve explanação bíblica dos judeus, passando pelas citações históricas do Holocausto, chegando à conclusão de que através de pesquisas genéticas recentes o termo raça não deve ser mais visto sob a ótica de um conceito biológico, mas sim social. Conclui que o racismo como sendo um termo que traz uma valorização negativa a determinado grupo de indivíduos, que é utilizado para que determinado grupo humano justifique a sua supremacia e se sobreponha a outro grupo. Ou seja, mesmo que o termo “raça” não mais se justifique, do ponto de vista biológico, ele ainda permanece como um

⁵²³ OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 25.

fenômeno social (OMMATI, 2019, p. 45). O voto do Ministro Maurício Correa foi, portanto, pela denegação do HC e que houvera, sim, o crime de racismo no caso em tela. Mas a crítica que Ommati faz ao voto deste Ministro foi a sua demasiada fundamentação em aspectos religiosos.

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao julgar este HC, foi baseado na utilização do princípio da proporcionalidade. O Ministro também destacou que o racismo deve ser visto sob o espectro e seu caráter social, e não apenas biológico, e que o crime de racismo ameaça a igualdade e a própria democracia. Mas o Ministro Gilmar Mendes faz o uso da ponderação para teorizar a respeito de quais os limites da liberdade de expressão vis-a-vis a intolerância e a ameaça à dignidade da pessoa humana. Citando Alexy,

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção’⁵²⁴.

O Ministro também utilizou, segundo ele, o necessário sopesamento do máximo peso relativo quando do conflito de

princípios constitucionais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ele votou que a decisão do TJRS foi acertada ao definir a conduta do paciente como sendo de crime de racismo, pois ao assim fazer buscou-se uma sociedade mais plural e tolerante.

Já o Ministro Marco Aurélio também utilizou o princípio da proporcionalidade para fundamentar o seu voto, mas sendo favorável ao HC. A justificativa utilizada foi que o direito a liberdade de expressão deve ser visto em suas mais variadas derivações, tais como o direito ao discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e proibição à censura. Segundo o Ministro, o direito a liberdade de expressão é fundamental para garantir a democracia, uma vez que garante ao indivíduo ter uma opinião contra majoritária ou mesmo que seja contra a intenção do estado. Mas destacou que o direito à liberdade de expressão, tal qual os demais direitos fundamentais, não deve ter uma garantia absoluta, tendo a sua limitação junto aos demais direitos fundamentais. Para este Ministro, não deve ser feita uma análise levando em conta uma regra geral abstrata, mas sim de acordo com o caso concreto. Não caberia ao Estado, através de uma censura, proibir a divulgação de ideia, mesmo que preconceituosas, mas sim à

⁵²⁴ MENDES, Gilmar, nos autos do processo do HC 82.424/RS, apud. OMMATI, José Emílio Medaur. *Liberdade de expressão e discurso do ódio na constituição de 1988*. Ed. Lumen Juris. 4ª edição. 2019. p. 45.

sociedade repugná-las e ela mesma não a absorver. Sobre a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio votou que no caso concreto a manutenção da pena do paciente seria desproporcional, e que o crime de racismo – devido a sua imprescritibilidade – deveria ser interpretado de forma restritiva, e apenas com a prática racista contra as pessoas negras (pois segundo ele, fora esta a vontade do legislador constituinte).

Por fim, o voto do Ministro Celso de Mello foi pela denegação do HC. Ao fundamentar o seu voto, o Ministro destacou os Tratados e Acordos Internacionais de Direitos Humanos e foi enfático na análise de que o direito à liberdade de expressão não deve ser absoluto – uma vez que deve ser limitado pela igualdade dos demais indivíduos e compatibilizada com a dignidade da pessoa humana, constituindo estes como limitadores externos do direito à liberdade de expressão. Mesmo que não cabe ao Estado impor uma censura ao que deve, ou não, ser publicado, isto não dá o direito da liberdade de expressão ser absoluta e ofender a dignidade humana e a igualdade. Para o Ministro, não houve colisão de princípios nem de direitos, uma vez que a incitação ao ódio racial é um dos núcleos do tipo penal do crime de racismo. Ou seja, para o Decano o próprio texto constitucional já limitara a liberdade de

expressão, em detrimento da igualdade e da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste Artigo foi discorrer acerca da aplicação do postulado da Ponderação de Princípios e a Teoria de Direitos Fundamentais para a resolução de *Hard Cases*, em que ocorram colisão entre o direito à privacidade e o direito à liberdade de expressão, no meio digital. Foi desenvolvido a conceituação do que vem a ser bem jurídicos, se a informação, os dados pessoais e a privacidade podem ser considerados como um bem jurídico digital, que devem ser tutelados pela legislação infraconstitucional.

Com o constante processo de “despatrimonialização” do direito civil – em que cada vez mais são inseridos novos temas a serem tutelados pelo ordenamento jurídico para garantir os direitos da personalidade - a proteção dos dados pessoais e da privacidade devem ser tutelados como um direito personalíssimo. Esta necessidade advém, principalmente, pelo fato do amplo desenvolvimento da autodeterminação informacional do indivíduo, uma vez que caberá a ele não a manutenção do segredo das suas informações, mas sim de decidir o que poderá ser feito com elas. Evidente que a “economia de dados”, com o aumento da

utilização das plataformas digitais e a sua influência na sociedade atual, cada vez mais os dados pessoais são utilizados como uma “moeda de troca”, uma vez que para os indivíduos acessarem determinados conteúdos, plataformas ou sites na internet, devem disponibilizar suas informações e dados. Mas a grande quantidade de legislações específicas sobre proteção de dados – como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o GDPR na União Européia – faz com que a tutela da privacidade e dos dados pessoais tenham importante relevo.

Em relação à aplicação do postulado da ponderação de princípios num caso de colisão de princípios (como a liberdade de expressão vis a vis o discurso do ódio), de acordo com o pensamento de Robert Alexy, o sopesamento deve ocorrer quando ambos os polos desta colisão têm o dever de garantir, na maior medida possível, a aplicação de determinado princípio – dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Na ausência de um dos polos, tornaria obrigatória ou permitida a realização do outro. Portanto, a existência de um princípio compromete a do outro.

Para solucionar esta colisão de princípios, o que Alexy sugere é o estabelecimento de o que ele chama de “precedência condicionada entre os princípios”, mas considerada de acordo com

as circunstâncias do caso concreto. Se estabelecem “(...) condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Porém juristas brasileiros, como Lenio Steck, criticam a absorção dos Tribunais brasileiros (em especial o STJ e STF) da Teoria de Alexy, uma vez que abrem a possibilidade de, na ausência de uma Teoria da Decisão dos Tribunais, muitas vezes os Magistrados utilizarem da daquela teoria para justificar decisões baseadas por critérios exclusivamente subjetivos e, algumas vezes, até arbitrária. A jurisprudência internacional, como os Informes e Relatórios da ONU citados ao longo deste Artigo, indicam como a liberdade de expressão deve ser contida, quando utilizada para justificar a emissão de discurso do ódio. Tendo por base a análise do HC 82.424/RS – CASO ELLWANGER, a maioria do plenário do STF denegou o HC, não aceitando a tese da defesa de que o autor, ao emitir uma opinião antissemita, estava “protegido” pelo direito à liberdade de expressão. O STF nesse caso, além de consolidar que o entendimento do conceito de “raça” não deve ser visto apenas por um viés étnico-biológico, mas também por um valor histórico-social, cristalizou que a liberdade de expressão não deve ser utilizada para justificar opiniões ilícitas. *Mutatis*

mutandis, a liberdade de expressão não deve ser utilizada como uma justificativa para “discursos de ódio”, como a sociedade tem visto aumentar, de forma exponencial, nas redes sociais. Além disso, esta mesma liberdade de expressão não pode acobertar discursos do chamado “negacionismo epistêmico”, conceito este que também está em grande divulgação na sociedade atual em que indivíduos, sem a mínima base científica, desacreditam conhecimentos científicos.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ASTURIANO, Gisele. *Direito à imagem na internet e a responsabilidade civil: A (re)significação do homo virtualis*. São Paulo: Boreal, 2017.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BAUMAN, Z. RAUD, Reins. *A individualidade numa época de incertezas*. ed. Zahar. 2015
- BELLEIL, Arnaud. *@-Privacidade: o mercado dos dados pessoais: proteção da vida privada na idade da internet*. São Paulo: Instituto Piaget, 2001.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. São Paulo: Forense, 2018.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRANCO, Paulo G. Gonet. *Juízo de ponderação na jur. constitucional*. SP: Saraiva, 2009.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra. 2018
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. *Liberdade de expressão na internet*. ed. JusPodivm
- COTS, Márcio. OLIVEIRA, Ricardo. *Lei geral de proteção de dados pessoais comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- DINIZ, Maria H.. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. TGDC. 35 ed. SP: Saraiva, 2018
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2017
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *T. G. dos D. Fundamentais*. SP: RT. 6ª ed. 2018.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais. Fundamentos da lei geral de proteção de dados*. ed. Revista dos Tribunais. 2ª edição. 2020.
- _____. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. SP: Espaço. 2011
- _____. *Os direitos da personalidade no código civil*. ed. Renovar. 2002.
- EGAÑA, José Luis Cea. *Derecho constitucional chileno*. ed. UC. 2012.
- FILHO, Agassiz Almeida. LEITE, George Salomão. ABBOUD, Georges. *Ronald Dworkin. Direito, política e pessoa humana*. ed. Empório do Direito. 2018.
- FRAJHOF, Isabella Z. *O direito ao esquecimento na internet*. ed. Almedina. 2019.
- FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência artificial e direito*. SP: RT. 2019.

- GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*. ed. Almedina. 2008.
- JÚNIOR, Fernando Taveira. *Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade sob a perspectiva da dogmática civil brasileira*. Porto Alegre-SR: Ed. Simplíssimo, 2018.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e direito do consumidor*. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MORAES, Maria Celina Bodin de.
KONDER, Carlos Nelson. *Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. .
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana. Estudos de direito civil-constitucional*. ed. Processo. 2016.
- NETO, Luisa. *Informação e liberdade de expressão na internet e a violação de direitos fundamentais. Comentários em meio de comunicação on-line*. Lisboa: Ed. Incm, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. ed. Renovar. 3ª edição. 2007
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais*. Comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional. Um estudo comparado dos sistemas regionais europeus, interamericanos e africanos*. ed. Saraivajur. 9ª edição. 2019.
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 1, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 2, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 3, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 4, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>
- RODOTÀ, Stefano. *O direito à verdade*. ed. Civilistica. 2013
- _____. *A vida na soc. da vigilância: a privacidade hoje*. SP: Renovar, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003): 607-630.
- SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. *A nova era digital*. São Paulo: Intrínseca, 2013.
- TEIXEIRA, Tarcisio. MAGRO, Américo Ribeiro. *Proteção de dados. Fundamentos jurídicos*. ed. Jus Podivm. 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. ALMEIDA, Vitor. *Da dogmática à efetividade do direito civil. Anais do congresso internacional de direito civil constitucional. IV congresso do IBDCIVIL*. ed. Fórum. 2ª edição. 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. MENEZES, Joyceane Bezerra. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. ed. Fórum. 2019.
- TEPEDINO, G., TEIXEIRA, Ana Carolina B., ALMEIDA, Vitor. *O direito civil. Entre o sujeito e a pessoa. Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà* ed. Fórum. 2016.
- ZANINI, Leonardo estevam de Assis. *Direitos da Personalidade*. ed. Saraiva. 2011
- WIENER, Norbert. *Cibernética ou controle e comunicação no animal e na máquina*. ed. Perspectiva. 1948.

**ANÁLISE CRÍTICA DAS FUNÇÕES
DA PROPRIEDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO⁵²⁵**

*Michelle de Souza Ferreira*⁵²⁶

*Elvis Brassaroto Aleixo*⁵²⁷

*Pietro Nardella-Dellova*⁵²⁸

⁵²⁵ O presente texto é resultado do trabalho de Iniciação Científica, na Linha de Pesquisa **DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**, área de Pesquisa sob coordenação do Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova, sendo, inicialmente, incentivado e orientado pelo mesmo. Após um período de licença do referido docente, o trabalho foi orientado pelo Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo até a sua conclusão. Finalizado o Trabalho de Iniciação Científica, o texto da pesquisa foi apresentado e aprovado no XIII Encontro de Iniciação Científica, em 13 de março de 2021, desenvolvido pela instituição UniAnchieta. Após este Encontro, a articulista foi convidada pelo Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova, e por ele orientada no sentido de reelaborar o texto e escrever Artigo a ser publicado nesta Revista de Direito Civil.

⁵²⁶ **Michelle de Souza Ferreira** é Graduada em Direito pela FADIPA; Bacharelada e Licenciada em Biologia (2014) pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho e Bacharelada em Biologia pela Universidade de Coimbra (2012).

⁵²⁷ **Elvis Brassaroto Aleixo** é Licenciado em Letras (2004) e Bacharel em Direito (2017) pelo Centro Universitário Padre Anchieta, onde atua como coordenador-adjunto do curso de Direito; Mestre em Crítica Literária (2008) pela Unicamp; Pós-graduado em Direito Civil Patrimonial (2021) pela Escola Paulista de Magistratura.

⁵²⁸ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito pela FDSBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú,

RESUMO

Este trabalho investiga as possíveis funções da propriedade e as analisa de forma crítica na conjuntura da realidade brasileira. De forma teórica, analisou a literatura existente sobre o assunto, a qual é bastante extensa e diversificada e, de forma prática analisou a jurisprudência, a qual foi selecionada de forma criteriosa para entender se os princípios e a práxis integram-se. Verificou-se a existência de mais de uma função para a propriedade e que elas podem interagir entre si. Dentre as funções verificadas, notou-se que a função social é a qual possui mais

Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária* (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Napoli). Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes no Brasil, desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA.

destaque na contemporaneidade devido aos acontecimentos históricos e sociais. E que ela interage com todas as demais funções abordadas. Além disso, a forma como suas funções são aplicadas é bem próximo do plano teórico, não afastando dos fundamentos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: função social da propriedade, análise crítica, jurisprudência.

ABSTRACT

This work investigates the possible functions of property and analyzes them critically in the context of the Brazilian reality. Theoretically, it analyzed the existing literature on this subject, which is quite extensive and diversified and, in a practical way, analyzed the cases law, which was carefully selected to understand whether the principles and praxis are integrated. It was found that there is more than one function for the property and that they can interact with each other. Among the verified functions, it was noted that the social function is the one that has more prominence in contemporary times due to historical and social events. And that it interacts with all the other functions covered. In addition, the way their functions are applied is very close to the theoretical plan, not departing from the constitutional foundations.

KEYWORDS: social function of property, critical analysis, jurisprudence

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema principal uma reflexão sobre o instituto jurídico da propriedade, a qual se encontra presente na vida do homem, em termos jurídicos relevantes, desde os gregos e

romanos, quando então estava revestida de caráter sagrado, sendo considerada direito absoluto, embora limitado, pois o indivíduo possuía livre exercício do poder sobre a propriedade, porém este exercício estava suscetível aos interesses público e privado. Após a queda do Império Romano, durante a Idade Média, na conjuntura econômica do sistema feudal, a propriedade não era exclusiva, pois havia o suserano na condição de proprietário e o vassalo na condição de possuidor, além do esforço que era empenhado para se manter as terras pertencentes na mesma família e linhagem de parentesco (MARTINS-COSTA, 2002).

Com a derrocada do feudalismo, o monarca passou a ser o detentor das terras, passando a explorá-las pela cobrança de altos tributos, insuportáveis aos plebeus e aos burgueses. Em decorrência desses excessos, dentre outros fatores, foi gestada a Revolução Francesa, movimento ideológico de cunho político, econômico e social que valorizou o individualismo em relação à propriedade privada, prestigiando o interesse particular em caráter prioritário, em detrimento do poder e interferência estatais, sendo o Código Civil Francês de 1804 o principal marco desse posicionamento. Após a Revolução Francesa, já em época moderna e com alcance na contemporaneidade, o direito de propriedade começou a incorporar traços mais sociais, tendo-se como principal

referência a Constituição Alemã de Weimar (1919). No Brasil, desde o seu achamento pelos colonizadores portugueses, pode-se postular que a propriedade sempre esteve marcada e maculada por sua concentração nas mãos de poucas pessoas e pela desigualdade social. Inicialmente, a repartição das terras privilegiou grupo seletivo, em favor dos interesses da Coroa, permanecendo assim durante o período colonial, imperial e até meados do republicano, com reflexos ainda hoje.

A dimensão da propriedade como direito fundamental, positivada no paradigmático Código Civil de Napoleão (1804), foi preservada nos códigos civis brasileiros de 1916 e 2002, neste último diploma normativo, amparada pela Constituição Federal de 1988 que, a um só tempo, estabeleceu o direito de propriedade e sua função social como direitos fundamentais justapostos e petrificados.

Nesse contexto reflexivo, esta pesquisa procura analisar de forma crítica os exercícios e atribuições conferidos ao instituto da propriedade, que agora é civil-constitucional. Isto posto, das funções da propriedade verificadas *in concreto* no tecido social, quais são as funções da sociedade e qual delas se adequa e satisfaz a realidade brasileira atual, ou em que meios seria cabível uma interação entre elas? É o que a pesquisa pretende responder,

finalizando com uma análise jurisprudencial dos posicionamentos constatados nos acórdãos do TJ-SP, STJ e STF.

PROPRIEDADE PRIVADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Para melhor entender como se construiu e se desenvolveu o direito de propriedade no Brasil, é necessário um breve panorama dessa evolução, pois os desdobramentos influenciam direta e indiretamente na substância do instituto tal como o conhecemos hoje em nosso ordenamento jurídico. Como já referido em nossas palavras introdutórias, o instituto jurídico da propriedade privada remonta aos tempos áureos do império greco-romano, no mundo ocidental, contexto social em que, para esses povos, a propriedade era assimilada e tratada numa dinâmica que guarda semelhanças e diferenças com o que observamos hoje.

A propriedade romana era comunal, isto é, estava incorporada ao uso da coletividade, não se tratando, propriamente, de uma mercadoria, como se verifica atualmente. Além disso possuía atributos sagrados, posto que não poucas propriedades

estavam vinculadas aos deuses, justificando-se, inclusive, a partir dessa origem, a imunidade constitucional que até hoje beneficia os templos religiosos em nosso país (art.150, III, b, CRB/1988). Sobre a propriedade e sua relação sacral, lecionam Pezzela e Reckziegel (2011):

As res divini iuris incluía as coisas consagradas aos deuses superiores, como templos, terrenos, edifícios, altares e monumentos dedicados às divindades, mediante uma cerimônia sagrada (*dedicatio* ou *consecratio*), denominadas *res sacrae*; também comportavam as coisas relacionadas com os ritos religiosos mais comuns, as *res religiosae*, cujo exemplo mais evidente são as tumbas e os sepulcros; neste grupo estavam também as *res sanctae*, assim denominadas porque a sua violação tinha como consequência uma sanção (*sanctio*), tais como os muros e portas da cidade e os limites dos terrenos (apud DI PIETRO, 1996, p. 105-106; IGLESIAS, 1994, p. 208-210).

No âmbito do que informa a mesma publicação citada, paralelamente, havia também as coisas que pertenciam a todos, chamadas de *res communes*, como os elementos da natureza (ar, mar, montanhas e afins), assim como as *res publicae*, que pertenciam ao *populus romanus* (povo romano). Nessa sociedade, a propriedade era defendida como um direito “absoluto”, com aspas, porque os poderes individuais estavam suscetíveis às vicissitudes dos interesses público e privado. Com o advento da Idade Média, a propriedade ainda não foi empregada como moeda de troca, sendo

explorada mediante os termos e vínculos de fidelidade entre o senhor feudal, dono de terras, e seus vassallos, que as terras cultivavam, numa dinâmica em que a propriedade ficou reconhecida pelos estudiosos como propriedade servil.

Além da propriedade servil, que era a mais notória, havia outras formas, como (i) a comunal, que era um propriedade de bem comum, como o nome de batismo sugere; (ii) a alodial, muito semelhante a chamada propriedade livre, a qual podia ser alienada pelo proprietário ou por quem fazia a terra produzir; (iii) a beneficiária, que era concedida ao uso dos plebeus por nobres ou reis; (iv) e a censual, que exigia de seu usurário uma produção agrícola. (ZAKKA, 2007).

Com o passar do tempo, o feudalismo declinou devido às revoluções europeias dos séculos 17 e 18, o que promoveu a ascensão de um certo “liberalismo”, bandeira da burguesia que conseguiu fazer declinar a nobreza, fato que causou reflexos na perspectiva do direito à propriedade. Nesse momento histórico, foi positivado o direito de propriedade na Carta Constitucional norte-americana, em 1787, bem como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França. Com isso, a propriedade tornou-se um direito fundamental, imprescritível e inalienável, o que foi reforçado pelo Código

Civil Napoleônico, de 1804, inspirador das mais importantes codificações no século 19. Nessa mesma trilha, após a Revolução Francesa, o direito de propriedade assumiu contornos mais sociais, tendo-se como principal referência a Constituição Alemã de Weimar, em 1919.

No Brasil, pode-se considerar dois recortes temporais para se pensar o direito de propriedade, quais sejam, antes e após a chegada dos portugueses ao continente. Antes, quando o país era ocupado por povos indígenas diversos, o entendimento desses povos quanto à sociedade era de que a terra constituía um bem comum e todos a utilizavam para aquilo que fosse necessário à sua sobrevivência, não existindo um único dono. Depois, após a chegada dos portugueses, temos uma viragem abrupta e corruptiva dessa noção, porquanto Portugal iniciou seu projeto de colonização fundamentado na exploração dos recursos naturais, além da utilização de mão de obra escrava dos nativos. Nesse momento histórico, o Brasil perdeu sua autonomia e suas terras, pois estas se tornaram domínio público do Reino de Portugal. De acordo com Silva (1997), a formação da propriedade privada no Brasil dá-se a partir da implementação das capitânicas hereditárias e concessões de sesmarias (doação de terras por Portugal para que fossem habitadas e cultivadas), as

quais tinham como base a exploração para a monocultura de cana de açúcar (*plantation*) destinada ao mercado exportador (MORISSAWA, 2001).

Entretanto, como explicado, a propriedade dessas terras pertencia ao domínio da Coroa portuguesa, ou seja, quem possuía as sesmarias ou as capitânicas apenas detinha o direito de posse e não o direito de propriedade propriamente dito. Em verdade, o objetivo português de colonização e ocupação era parasitário e restritamente econômico. Tal regime subsistiu até o início do século 19, quando se notou necessária mudança na regulamentação do uso das terras e, como resultado, iniciou-se uma nova forma de regularização por meio da Lei de Terras, em 1850 (Lei n. 601, Euzébio de Queiroz), acabando com as sesmarias (SILVA, 1997). Esta lei previa como seria a demarcação e as novas concessões de propriedades, isto é, quem dispunha da posse de alguma terra, poderia requerer a sua legitimação, além de demarcar as terras devolutas.

Considerando que as terras eram cedidas pela Coroa Portuguesa, com o advento da Lei de Terras, elas começaram, efetivamente, a terem um valor comercial, época em que já era evidente a desigualdade social em face da concentração de terras pertencerem a poucos, herança da dinâmica econômica das sesmarias (FERREIRA,

2005). Essa Lei trouxe inovações no que diz respeito às necessidades produtivas da terra, pois as terras que antes pertenciam aos sesmeiros foram tomadas pelos posseiros, os quais tinham a prerrogativa de regulariza-las, desde que a cultivassem. Em seguida, durante a República, em sua primeira Constituição (1891), houve uma mudança em relação ao tratamento das terras, conforme se lê:

Art. 64 Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Então, como se depreende, os estados, antes federativos, passaram a ser os responsáveis pelas terras de uso público e não mais a União. Consequentemente, cada estado elegeu formas diferentes de resolver a questão fundiária (VIAL, 2003, p.185. *apud* ARAÚJO; TÁRREGA, 2011, p.10). Anos mais tarde, de forma pioneira em nosso ordenamento, outorgada por Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 vinculou o direito de propriedade ao bem-estar social, mesmo que meramente formal, com natureza minimalista, nos seguintes termos:

Art 113, inciso XVII. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por

necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Contudo, a Constituição seguinte, inspirada na Carta Magna polonesa, outorgada pelo mesmo presidente em 1937, desconstitucionalizou esse direito, retroagindo a conquista de direitos em relação ao texto anterior. Em 1946, sob a regência do presidente Eurico Gaspar Dutra, houve um resgate da ideia da propriedade com sua função social, mas sem integrar a premissa expressamente no texto constitucional. Foi somente em 1967, no contexto da ditadura militar, sob a presidência de Castelo Branco, que o tema voltou a integrar a Carta Política e, enfim, em 1988, foi positivada expressamente com a Constituição Cidadã, tomando-se um direito fundamental inamovível (TEPEDINO, 2004).

A partir desse advento, a função social da propriedade tornou-se objetivo perseguido com amparo quase que isoladamente constitucional até sua implementação também no Código Civil de 2002, que teve em Miguel Reale seu orquestrador. Nesta norma infraconstitucional, no artigo 1.228, consta que “o proprietário tem a faculdade de usar,

gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, texto que nos elucida de forma específica os atributos exclusivos do titular proprietário. O mesmo diploma também resguardou algumas exceções como as expressas, exemplificativamente, no artigo 1.231, *in verbis*: “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Importante elucidar que, de acordo com a doutrina jurídica atual, em relação à definição desse instituto, “não existe um conceito inflexível do direito de propriedade”, pelo motivo de haver sempre modificações derivadas do contexto da sociedade corrente (PEREIRA, 2017, p.86). Com efeito, ao examinarmos as funções econômica e social da propriedade (principalmente esta última), conclui-se que tem sido reconhecida como tema relevante pelos estudiosos do direito privado à luz da Constituição, conquanto isso não venha gerando reflexos suficientes para diminuir a desigualdade social no âmbito político e econômico.

Em relação à função econômica da propriedade, a Constituição Cidadã preconiza que “é garantido o direito de propriedade”, premissa imediatamente seguida, no inciso posterior, da ressalva que exige a observância de sua função social (art.5º, inc. XXII, XXIII, CRB/1988). De acordo com a atual Carta Magna, para que

uma propriedade atinja sua função social é essencial o preenchimento de quatro requisitos expressamente consignados no artigo 186 e seus incisos, no contexto do Capítulo III, que versa sobre a política agrícola e fundiária e da reforma agrária (BRASIL, 1988). Entende-se, inequivocamente, que a função social da propriedade seja significativa no âmbito sociojurídico. Em contrapartida, a função econômica não visa, ao menos *a priori*, ao bem-estar social, resguardando apenas benefícios ao titular, que muitas vezes se vale unicamente de sua utilização especulativa, fato gerador de grandes problemas sociais em nosso país.

DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA RELAÇÃO COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A propriedade enquadra-se dentro dos direitos reais, assim entendido como aqueles que relacionam os indivíduos e os bens que os rodeiam e têm como direito fundamental o direito de propriedade, direito subjetivo padrão que se refere à posse do titular que assim faz valer seus direitos individuais. (FARIAS; ROSENVALD, 2017). A propriedade também é compreendida como um direito absoluto e exclusivo, ambos, contemporaneamente, relativizados. Quanto à relativização de seu

caráter absoluto, basta lembrar que embora o proprietário possa desfrutar da propriedade como quiser, há limitações em face do interesse coletivo, como é o caso da função socioambiental e social da propriedade:

Art. 1.228, § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (art. 1.228, § 1.º, CC/2002).

Quanto à relativização de seu caráter exclusivo, consigna-se a permissão, por exemplo, da propriedade compartilhada no regime de copropriedade, como se deduz do direito de preferência assegurado aos condôminos: Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência. (art. 504, CC/2002).

A propriedade, também com natureza relativa é direito perpétuo, pois, em regra, permanece independente do seu exercício, contudo, excepcionalmente, pode ser perdida pelo instituto da usucapião, do qual resgatamos a espécie extraordinária,

como segue: Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. (art. 1238, CC/2002). A propriedade pode ser, ainda, classificada como direito complexo, pois concentra em si várias prerrogativas ao seu titular: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (art. 1228, *caput*, CC/2002).

Esse quadrilátero de atributos parece reforçar uma manifestação conservadora do direito protegendo os interesses individuais do proprietário, pois muitas vezes é marginalizado o caráter multifacetado da propriedade e as abrangentes maneiras por meio das quais se pode utilizar os bens (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Entretanto, não se deve limitar o direito de propriedade às quatro finalidades restritas (usar, fruir, dispor e reivindicar), mas, antes, considerar a plasticidade e elasticidade desse direito, sem o que, a pacificação social tornar-se-á impossível, algo que verificaremos ao final, a partir das análises jurisprudenciais.

Com efeito, no vigente Código Civil arquitetado por Miguel Reale (2002), houve uma preocupação maior em relação ao direito de propriedade em face do direito da coletividade, se o compararmos ao com o Código gestado por Clóvis Beviláqua (1917), restando clara, atualmente, a sobreposição dos direitos sociais aos individuais, mormente tutelada pela Constituição Federal, que, como já vimos, condiciona o direito de propriedade à sua função social (art. 5º, inc. XXII, 1988). Seguindo nosso raciocínio, adicionalmente, cumpre destacar que o conceito de propriedade é tomado, algumas vezes, como sinônimo de domínio, noção empregada de forma tradicional desde o direito romano, contudo, há autores que os diferencia, considerando-os muito próximos, como o fazem Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, assim explicado:

O domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade. Ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. O domínio, como vínculo real entre o titular e a coisa, é absoluto. Mas, a propriedade é relativa, posto ser intersubjetiva e orientada à funcionalização do bem pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade. Um existe em decorrência do outro. Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser apartados, pois em várias situações o proprietário – detentor da titularidade formal – não será aquele que exerce o domínio (v.g., usucapião antes do registro; promessa de compra e venda

após a quitação). Veremos adiante que a propriedade recebe função social, não o domínio em si. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p.217).

Contudo, de modo geral, o Código Civil de 2002 não adota expressamente esta forma de distinção doutrinária, que reputamos pertinente para melhor entendermos o instituto em análise. Como assinalado pelos autores, a propriedade deve se orientar de acordo com a “funcionalização do bem pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade”, respeitando os limites legais. Ao considerar tais limites, impossível contornar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pois seu reconhecimento prático é imprescindível para que a sociedade se desenvolva, pois é base para o ordenamento jurídico, antecedendo e regendo os demais princípios. De fato, pode ser considerado um princípio preferencial.

De certo, é necessário diferenciar os princípios e os valores. As normas principiológicas são seguidas dentro de um sistema legal, de um ordenamento jurídico. Os valores relacionam-se diretamente a um comportamento social do indivíduo. Assim, nas douras palavras de Rizzato Nunes, “enquanto o valor é relativo, na medida em que ‘vale’, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como

algo que não comporta qualquer espécie de relativização.” (NUNES, 2002, p.05).

Em linhas panorâmicas, o princípio da dignidade da pessoa humana é fruto de lutas, conquistas e enfrentamentos dos povos em face de estados totalitários, sendo ratificado também na Declaração dos Direitos Humanos (1948), tornando-se, no século 21, um valor universal. A dignidade da pessoa humana provém de uma construção política colaborativa dos indivíduos dentro de uma sociedade e não deles individualmente. De tal forma, a dignidade humana é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, não podendo ser “concedida ou retirada” pelo Estado. Contudo, o seu conceito não é estático e, sim versátil, eis que acompanha e se altera de acordo com a sociedade e seus valores (LIMA-JUNIOR; FERMENTÃO, 2012). Não raro, como se verificará nesta pesquisa, as decisões dos tribunais recorrem frequentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana para resolverem problemas sociais relacionados ao direito de propriedade.

FUNÇÕES E INFLUÊNCIAS DA PROPRIEDADE NAS RELAÇÕES HUMANAS

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

Foi na Idade Contemporânea, num contexto de pós-guerra, com o Estado em posição intervencionista, mais precisamente durante o período da Revolução Industrial, devido as condições em que os trabalhadores se encontravam, que se impõem a necessidade de promover aos cidadãos o mínimo para suas necessidades. Nesse passo, oportuno o resgate histórico de Deboni:

Durante a Idade Moderna germinou a concepção individualista do direito de propriedade – fundamento das grandes codificações e pilastra das ideologias liberais – o nascimento e normatização dos direitos coletivos e difusos e a publicização da esfera privada – características inerentes ao Direito Contemporâneo – trouxeram modificações ao direito de propriedade, que começou a valorizar, a levar em consideração o aspecto social e, mais adiante, o ambiental. (DEBONI, 2011, p.13).

Assim, “a ideia de função social da propriedade entrou a fazer parte do Direito Positivo com a promulgação da primeira Constituição Republicana Alemã, em Weimar, em 1919” (COMPARATO, 1986, p.11). No Brasil, como já explanado, semelhante postura estatal foi incorporada por meio da Constituição de 1934 (art. 113, inc. XVII); revogada pela Constituição de 1937; resgatada pela Constituição de 1946

(art. 147); e consolidada pela Constituição de 1988 (art. 5º, inc. XXII e XXIII).

A concepção social conferida ao instituto da propriedade fez com que esse direito, antes absoluto, se modificasse. Antes, o uso atendia somente ao proprietário, pensamento extremamente individualista, numa realidade social diferente fomentada, na modernidade, com o início da industrialização e da consequente precarização das condições humanas. Após, o direito de propriedade sinalizou indícios de rendição, ao menos formalmente (em teoria), ao interesse coletivo e não mais somente ao interesse do titular, o que fez vislumbrar a possibilidade de coexistência harmônica dos vieses individual e coletivo do uso da propriedade. Dessa forma, “a propriedade, hoje inserida tanto no direito privado como no direito público, tem reduzidas as suas faculdades porque deve observar a utilidade pública e o interesse social”, e não somente a satisfação dos interesses do proprietário (JELINEK, 2006, p.23).

Antes de a função social da propriedade ser incorporada às nossas constituições estatais e estar presente nas relações sociais mais sensíveis, imperava sua função econômica, sendo esta, indubitavelmente, a primeira que caracterizou o instituto jurídico, pois antes mesmo de se pensar em qualquer outra esta já existia. Historicamente, a propriedade,

depois da revolução agrícola, quando o homem deixou de ser nômade, ganhou contornos valorativos notáveis, pois por meio dela era possível obter frutos não somente de subsistência, mas também de trocas, com natureza mercantil. Apesar de o instituto evoluir e, com isso surgirem novos pensamentos e funções acerca dele, a essência econômica sempre se manteve persistente e incólume.

No sistema romano-germânico, a propriedade pertencia ao patrimônio pater-família, sendo permitida a transmissão para futuras gerações (FIGUEIREDO, 2016), consistindo-se em um direito absoluto, a partir do qual o proprietário possuía pleno exercício de agir, desde que lícitamente. Tal direito permaneceu cristalizado até o momento em que se percebeu que não seria socialmente sustentável.

Dessa forma, apesar de o Brasil possuir uma ordem econômica capitalista, como conjura a nossa Constituição, por meio desta, há a função de garantir que mesmo encaixado nesta forma econômica, preocupa-se de forma responsável com o aspecto social. Conquanto a propriedade privada e a sua função social, a princípio, pareçam contraditórios entre si, juntos integram-se como princípios da nossa ordem econômica, e a conduzem, como preconiza nossa Carta Política:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Assim, a função social é mais do que apenas um direito individual, abrangendo os direitos da coletividade, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente sustentável, pois concede aos não proprietários o direito de fiscalização do uso do solo, para que seja explorado de forma racional e adequada a fim de garantir o bem estar populacional. Enfim, “a função social da propriedade visa adequar a riqueza proveniente da terra em um modelo que otimize o desenvolvimento coletivo, pretendendo a realização da justiça social, sem, no entanto, suprimir a propriedade privada.” (DIAS JUNIOR, 2008, p.359. *apud* SILVA, 2013, p.90). Como resultado, “podemos dizer que a função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o público e o privado, no qual este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena

do urbanismo e do equilíbrio das relações da cidade.” (BICUDO, 2008, p.25).

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PRINCÍPIO DE POLÍTICA URBANA

Como já visto, a função social da propriedade surgiu em um contexto em que a sociedade reclamou a necessidade de priorizar seu aspecto social, pois havia carência de políticas sociais que o favorecessem. Assim, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 trouxeram novas formas e tratativas para o exercício da propriedade privada. Dessa maneira, a função social da propriedade visa nortear o seu uso, ou seja, faz com que o proprietário condicione seu direito ao bem-estar social, promovendo melhor afetação ao tecido comunitário nas cidades. Devido ao processo de urbanização, mas não de sua formação propriamente dita, partindo-se da remodelação da cidade já existente, houve o surgimento do urbanismo, do qual derivou o Direito Urbanístico.

O Poder Público se viu diante do agravamento de problemas sociais e políticos, especialmente de saúde pública, externado pela disseminação de doenças nos cortiços, muito comum em tempos nem tanto remotos. Diante disso, o Poder Público elaborou políticas públicas e editou normas

jurídicas até então inéditas como medidas sanitativas. Em São Paulo, por exemplo, houve a formação do bairro Higienópolis, formado a partir da migração das elites sociais, que se apartaram das aglomerações como forma de evitar as doenças. A propósito, o nome do bairro explicitamente decorre da “higienização” que se propunha à época, como política sanitária.

No Rio de Janeiro, a urbanização ocorreu de forma semelhante, mas sobretudo, proporcionando aos elitizados o afastamento “do convívio com os desfavorecidos, econômica e socialmente” (LIBÓRIO, 2004). Dessa forma, devido a uma sociedade bastante desigual, herança desde as capitânicas hereditárias (formação do Brasil pelos portugueses), nota-se que as transformações e medidas urbanísticas e suas motivações mais fundantes tinham como diretriz favorecer a classe social mais privilegiada do país. Após esta primeira fase urbanística, o desenvolvimento ocorreu devido a outros fatores. Na Era Vargas, cada estado promovia o seu plano urbanístico com os objetivos de embelezamento e controle social. É nessa época que surgem os primeiros contornos do Direito Urbanístico com a Constituição de 1934, em seu artigo 113, inciso 17, “garantindo” o princípio da função social da propriedade, *in verbis*:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII – É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

[grifo nosso]

O dispositivo constitucional só foi efetivamente regulamentado décadas depois, pela Lei Federal nº 4.132/1962 (artigo 2º, inc. I), cujo teor “previu a desapropriação por interesse social, além de formulação de planos no meio urbano e agrícola, tudo com vistas ao melhor aproveitamento da propriedade” (SILVA, 2010, p.33).

Já na década seguinte, já no âmbito da ditadura militar, a economia ganhou alguma força e notou-se, ainda que desorganizadamente, um crescimento acelerado das cidades mediante a “absorção da lógica industrial”, especialmente nas capitais. Assim, o Direito Urbanístico passou por transformações substanciais, com a Lei Federal nº 6.151/1974, que trouxe “diretrizes e objetivos do desenvolvimento urbano nacional” (SILVA, 2010).

Somente nos anos 1980, por meio da Constituição de 1988, o Direito

Urbanístico, sob uma ótica jurídica, evolui concretamente, promovendo, de fato, novas relações entre estado e sociedade com o objetivo do planejamento urbano como consequência da solidificação da função social da propriedade. Sobre essa viragem, Daniela Campos Libório, complementa:

[...] destacou-se a Reforma Urbana Redistributiva, encarando a questão social, com ênfase na propriedade privada da terra, no uso do solo urbano e na participação direta das camadas populares na gestão das cidades. A atuação era essencialmente jurídica, produzindo novos direitos sociais. (LIBÓRIO, 2004, p.16).

A função social da propriedade se entrelaçou com uma importante função que as cidades possuem, a saber: a função de habitar. Esta, por sua vez, encontra-se tutelada pelo direito à moradia contido nos direitos humanos. Dessa forma, o direito à moradia foi inserido como direito social na Constituição Federal em 2000, pela Emenda Constitucional nº 26:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Art. 6º, CRB, 1988). [grifo nosso].

Na esfera jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Máxima, sem ignorar as limitações desse reconhecimento, importa registrar que a

função social da propriedade é por vezes evocada como fundamento para pacificar conflitos.

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. (STF. ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 4/4/2002). Como é sabido, a urbanização deve ser pensada nas esferas federal, estadual e municipal, sendo nesta última regida pelo Plano Diretor e pelas leis de parcelamento e uso e ocupação do solo. Dessa forma, a regulamentação, independe da esfera a que pertença e sempre visa ao bem-estar social. De acordo com Libório,

Pretende-se com isso extinguir, por exemplo, a especulação imobiliária na medida em que se desestimule o não-uso da propriedade mediante a aplicação de sanções (art.182, § 4º). Contudo, as restrições ao uso da propriedade não poderão aniquilar o direito que o proprietário tem sobre seu imóvel de dar a destinação a que lhe interesse. A leitura do art. 5º, XXII e XXIII, deve ser feita na coalizão dos interesses dos proprietários e da sociedade em que se inserem. (LIBÓRIO, 2004, p.18).

Dessa maneira, entende-se que para a materialização da função social da

propriedade nas cidades, pela execução do plano diretor, deve ser interpretada em conjunto e de acordo com as demais normas constantes do nosso ordenamento jurídico, inquestionavelmente sob a égide da Constituição Federal, perseguindo-se a qualidade de vida e o bem estar da população.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PRINCÍPIO DE POLÍTICA AGRÁRIA E FUNDIÁRIA

A política agrária e fundiária encontra-se dentro do Direito Agrário, o qual remonta aos primórdios da história, quando o homem deixa de ser nômade e começa a cultivar o solo como meio de subsistência, passando, logo depois, a se relacionar socialmente tendo o solo como meio comum de trabalho, sendo este, portanto, o principal vértice de origem do ordenamento jurídico agrário (MARQUES, 2015).

Dois marcos importantes no Direito Agrário são o Código de Hammurabi e a Lei das XII Tábuas, ordenamentos da antiguidade, mas que influenciam no campo jurídico até os dias atuais. Atualmente, de modo amplo, entende-se que o Direito Agrário disciplina as relações do homem com o solo. Assim, “é o conjunto sistemático de normas jurídicas que visam disciplinar as relações do homem com a

terra, tendo em vista o progresso social e econômico do rurícola e o enriquecimento da comunidade.” (BORGES, 1999, p.17). Semelhantemente, há doutrinadores que entendem que o “Direito Agrário é o conjunto de princípios e de normas, de Direito Público e de Direito Privado, que visa a disciplinar as relações emergentes da atividade rural, com base na função social da terra”. (SODERO *apud* MARQUES, 2015, p.05). Dessa forma, as definições de Direito Agrário convergem em certos pontos, mas, principalmente, nas relações do homem com o solo. Resumidamente, “direito agrário é o conjunto de normas jurídicas concernentes ao aproveitamento do imóvel rural” (OPITZ, 2017, p.55). Destarte, é relevante atentar-se às palavras de Zenun, que aprofunda o conceito, livrando-o da superficialidade que o vincula apenas ao binômio homem-terra:

[...] nem todas as atividades do campo ou no campo se enquadram dentro do Direito Agrário, pois não é a simples relação do homem com a terra que conforma o Direito em foco, ou seja, o Direito Agrário. A simples relação homem-terra, qualquer que seja ela, a posse, a parceria, o usufruto, o arrendamento, o fiduciário, o real, o pessoal, entre outros, são fatores de relacionamento estático, enquanto o Direito Agrário exige algo mais do que isso. E, no Brasil, afigura-se-nos o conceito concenente ao desempenho da função social da propriedade, ou seja, o exercício da produção racional e econômica, visando chegar à empresa rural pelo que, com esse fator dinâmico, acrescido aquele estático, podemos afirmar ser a terra o objeto do Direito Agrário. (ZENUN, 1984, p.37).

No tocante à propriedade da terra, no início, esta não pertencia a uma única pessoa, mas era comum, pois estava atrelada à formação e manutenção familiar. Contudo, essa conjuntura foi se modificando ao longo dos anos, até que perdeu seu caráter comum e deslocou-se para ao caráter individual, como conhecemos hoje. Assim, torna-se necessário saber o que é a propriedade rural, uma vez que a urbana é de conhecimento geral e já foi discutida anteriormente. Dentro do nosso ordenamento, há duas formas de conceituar o imóvel rural, quais sejam: pela sua localização ou pela sua destinação. A Constituição Federal dá-nos o conceito de imóvel rural, no capítulo III, “Da política agrícola e fundiária e da reforma agrária”:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (art. 191, CRB, 1988).

Nota-se, nessa disposição, que a propriedade rural se encontra entrelaçada com a urbana, ou seja, uma evoca a outra, uma vez que ambas são, em princípio, propriedade de modo amplo. Uma segunda forma de imóvel rural, sem prejuízo de outras, é encontrada em duas leis, a Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e a Lei nº 8.629/1993 (Regulamentação de

dispositivos constitucionais sobre a Reforma Agrária), ambas em seu artigo 4º:

Art. 4º. Para os efeitos desta lei, definem-se:

I – “Imóvel Rural”, o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada.

Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se:

I - Imóvel Rural - o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial;

[...]

No Direito Agrário Brasileiro, a produção rural é considerada a principal característica da propriedade rural. Assim, o critério de destinação da propriedade e não o geográfico é compreendido em primazia, com a ressalva de que quando se tratar de assunto tributário, em regra, a legislação seguirá o parâmetro da localização, de acordo com a Lei nº 9.393/1996.

Apesar de conceitualmente o critério constitucional para a definição de propriedade rural não ser o mais adotado, a Carta Magna traz outras premissas relevantes à propriedade rural, como se observa no artigo 187, que aproxima a relação do Estado com o proprietário:

Art.187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e

trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

- I – os instrumentos creditícios e fiscais;
- II – os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização;
- III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia;
- IV – a assistência técnica e extensão rural;
- V – o seguro agrícola;
- VI – o cooperativismo;
- VII – a eletrificação rural e irrigação;
- VIII – a habitação para o trabalhador rural.

§ 1º. Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

§ 2º. Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.

Na mesma senda, o artigo 186, antecedente, disciplina a função social em relação à propriedade rural dentro da política agrícola e agrária:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Este artigo é regulamentado pela Lei nº 8.629/1993, como também questões atinentes à Reforma Agrária. A disciplina desse artigo do nosso ordenamento jurídico é herança da Lei das Sesmarias, do início da

colonização portuguesa do país, apesar dos objetivos serem diversos em cada diploma normativo, conforme a seguinte dicção:

A função social no Direito Brasileiro vem de longa data, da época das Sesmarias, quando as leis de Portugal, Ordenações Filipinas e Manoelinas, resguardavam o uso do solo com vistas à sua melhor produtividade. Entretanto, é necessário frisar que havia preocupação somente com a produtividade, não se observando outros elementos como a preservação dos recursos naturais, conforme parâmetros atuais. (PASSOS apud FILHO, 2006, p.80).

Atualmente, há um entrave e muitas discussões nessa seara, pois o direito absoluto de propriedade ainda parece prevalecer, o que só faz aumentar as desigualdades na área rural, levando alguns especialistas a concluir que a observância plena da função social da propriedade rural em nosso país ainda está por ocorrer:

[...] à guisa de conclusões, pode-se estabelecer que o cumprimento integral da função social inexistiu no Brasil. As raízes para tal feito derivam da desigualdade social no campo, da concentração de terras e dos fatos históricos que engessaram as mudanças no conduzir das políticas agrárias. O texto legal é suficiente para coibir grande parte dos desacertos, porém a qualificação da propriedade produtiva torna-se um entrave para o andamento das questões judiciais. A mentalidade da propriedade absoluta ainda está reinante na oligarquia rural. A conscientização social nas faculdades de Direito, e o estudo jurídico crítico e reflexivo deve ser aguçado nos bancos acadêmicos para se construir novos juristas preocupados com o direito, mas o Direito que faz Justiça. (FILHO, 2006, p.87).

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PRINCÍPIO AMBIENTAL

Em princípio é pertinente resgatar o conceito de meio ambiente, tal como definido no artigo 3º, I, da Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, *in verbis*: “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Entende-se, todavia, que tal definição dada pelo nosso ordenamento jurídico é ampla e por causa disso sua eficácia normativa é comprometida, sendo pequena. (RODRIGUES, 2016). Assim, na literatura, alguns autores trazem concepções na tentativa de assimilar e aprimorar melhor o ordenamento jurídico, por meio do segmento doutrinário. Dessa forma, Rodrigues (2016), em suma, explica:

O meio ambiente corresponde a uma interação de tudo que, situado nesse espaço, é essencial para a vida com qualidade em todas as suas formas. Logo, a proteção do meio ambiente compreende a tutela de um meio biótico (todos os seres vivos) e outro abiótico (não vivo), porque é dessa interação, entre as diversas formas de cada meio, que resultam a proteção, o abrigo e a regência de todas as formas de vida. (RODRIGUES, 2016, p.70).

Ademais, o meio ambiente é um bem jurídico tutelado pelo Poder Público por meio do Direito Ambiental e garantido pela Constituição Federal, além de ser um bem difuso, ou seja, de uso comum do povo. Em síntese apertada, constitucionalmente, a coletividade e o Poder Público têm o dever da preservação ambiental, haja vista o artigo 225 da nossa Carta Política:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar esse direito, a Constituição incumbe ao poder público, em rol exemplificativo, uma série de medidas (poder-dever), tais como ações voltadas à preservação e restauração do meio ambiente; demarcações de espaços territoriais tutelados; mecanismos de controle e exigências para a exploração dos recursos ambientais; ações educativas, dentre outras. Cumpre adicionar, ainda, que:

[...] a função ambiental não é exclusivamente pública. Ou seja, seu exercício é outorgado a outros sujeitos além do Estado. Por conseguinte, o múnus ambiental (ou ofício ambiental) manifesta-se pelo comportamento do Estado e/ou do cidadão, agindo este coletiva (associações ambientais, por exemplo) ou isoladamente. (BENJAMIN, 1993, p.50/51 apud PFLEGER, 2004, p.43).

Similarmente, Borges (1999) define a função ambiental “como o conjunto de deveres imputados ao proprietário em face da necessidade de manutenção do equilíbrio ecológico e como elemento da função social da propriedade”. Portanto, é necessário atentar-se que a função ambiental da propriedade é cumprida pelo sujeito proprietário e não pela *res*, pois o proprietário é munido de direitos e deveres e não a coisa propriamente dita (BORGES, 1999), ressaltando-se que os ilícitos ambientais são fatos geradores de obrigações de natureza *propter rem*, isto é, concernente ao imóvel, transmitindo-se a quem adquire a propriedade.

Esclareça-se também que a função ambiental de cada propriedade poderá ser diferente das demais, pois, por exemplo, ao se tratar de uma propriedade rural em qual haja espécies endêmicas e outra que tenha a nascente de um rio, elas possuirão deveres jurídicos ambientais diversos, ou seja, os “deveres jurídicos do proprietário vão variar conforme a natureza do objeto sobre o qual recaia o direito de propriedade.” (BORGES, 1999, p.101). Por certo, será competência de leis infraconstitucionais reger de forma mais específica a função ambiental das propriedades, como a Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal), a Lei nº 6.902/1981, a qual dispõe sobre a criação de estações Ecológicas e áreas de proteção ambiental e

dá outras providências, o Decreto nº 89.336/84, que dispõe sobre as reservas ecológicas e as áreas de relevante interesse ecológico e outras mais.

Indubitavelmente, o proprietário, ao proteger o meio ambiente, protegerá sua propriedade, promovendo, assim, dupla proteção, pois “assim como há a proteção do interesse difuso, há também a proteção do interesse individual do proprietário, na medida em que, enquanto se protege o interesse da sociedade, também o proprietário, titular da função, é protegido.” (BORGES, 1999, p.104 e 105). Assim, a propriedade tem de respeitar a função socioambiental, ou seja, mesmo que o proprietário seja o dono, o exercício de seus poderes é condicionado e limitado às normas legais, respeitando-se os preceitos ambientais impostos. Dessa forma, emprestando as palavras de Leal e Bioen (2016),

O elemento ambiental no uso da propriedade teve consequências práticas para o proprietário, que, apesar de ser o detentor, passou a enfrentar limitações quanto ao uso de seu bem, e que deve obrigatoriamente respeitar os preceitos ambientais. Em uma situação prática, é possível observar que ainda que o proprietário seja o possuidor de uma determinada área verde adquirida com o intuito de construir uma residência, para efetuar o corte de árvores necessárias para o início da obra, será preciso efetuar um licenciamento que poderá autorizar ou não o corte, dependendo do impacto que isso ocasionará ao meio ambiente. (LEAL; BIOEN, 2016, p.64).

Sob o mesmo ponto de vista, Deboni (2011) assenta que:

A Carta Constitucional prevê que a propriedade, além de responder às necessidades privadas do proprietário, deve respeitar os interesses da sociedade (função social) e harmonizar-se com a preservação dos recursos naturais nela existentes (função ambiental). Portanto, o direito à livre iniciativa e ao exercício da atividade econômica em determinada propriedade é limitado pelo interesse coletivo e pela racional utilização dos recursos ambientais. (DEBONI, 2011, p.18).

APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA

Preliminarmente, importa elucidar e justificar o que se pretende com a análise de jurisprudência. Do latim *jus* significa justo e *prudencia* prudência. Assim, de uma forma simplificada, jurisprudência é “a ciência da lei”, ou a melhor decisão prolatada pelo juízo. Entretanto, no direito atual, é um termo jurídico entendido como um conjunto das decisões, aplicações e interpretações das leis sobre uma matéria que apresente similaridades.

O emprego da jurisprudência garante ao direito (ao menos em tese) a segurança jurídica das decisões proferidas pelos magistrados, pois busca uniformizar o entendimento das leis entre os julgadores.

Assim, faz com que casos semelhantes não tenham decisões muito diferentes entre si.

Tem como origem o ordenamento jurídico romano, que valorizava a solução de casos concretos, pois, nessa esteira, “realizar o direito era solucionar um conflito real e existente, num dado momento, em uma dada comunidade, envolvendo determinadas pessoas” (PEZELLA; MARCO, 2013, p.135). Esse fundamento sobre o qual se ergue a noção de jurisprudência tornou-se princípio fundamental dentro do direito inglês, no regime de *common law*, no século 13, na Inglaterra, sendo até hoje fundamental para o direito inglês e, também norte-americano. Nesse sistema, a lei não tem a primazia, sendo apenas mais uma das várias formas de expressão do direito, e as decisões judiciais buscam fundamentar-se em julgados já transitados e paradigmáticos.

No Brasil, segue-se o sistema da *civil law*, segundo o qual a lei é expressão central do Direito e serve como ignição e fundamento para o raciocínio jurídico. Inobstante, utilizamos também a jurisprudência, que é ferramenta originária do sistema *common law*, como recurso residual, ressalvando, porém, que tem havido nos últimos anos tanta exploração da fundamentação jurídica jurisprudencial por meio de julgados e súmulas vinculantes que

já há quem defenda vigorar no Brasil um sistema híbrido.

Foi principalmente pelo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, no artigo 489, que ficou positivada a jurisprudência como elemento para a fundamentação de decisão, seja de um magistrado ou de um órgão colegiado, como segue:

Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Assim, além de buscar garantir (ou ao menos melhorar) a segurança jurídica nas decisões realizadas pelos juízos, a jurisprudência possibilita prever o provável resultado de uma ação para as partes envolvidas, pois, idealmente, em casos similares, não deveria haver divergência entre decisões. Sabe-se que essa questão é bastante polêmica no contexto do nosso ordenamento, no qual até mesmo os ministros da mais alta corte (STF) não estão vinculados aos seus posicionamentos, mudando de opinião, às vezes, em curto espaço de tempo (v.g. prisão após segunda instância).

Independente do solo moveção sobre o qual se assentam os julgados em nosso país, a jurisprudência consegue estar

em maior consonância com a realidade social quando comparada ao direito codificado, pois os códigos já nascem desatualizados, ao passo que as decisões são baseiam-se em casos contemporâneos. Um exemplo festejado, dentre tantos, é o casamento homoafetivo não previsto expressamente em nossa legislação, mas viabilizado pelo Poder Judiciário, por meio da resolução 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.

Em face do exposto, indubitavelmente, a jurisprudência tem o seu valor no empreendimento de algumas pesquisas jurídicas, uma vez que revela os anseios e as necessidades da nossa sociedade para os legisladores com a finalidade de pleitear determinações legislativas. Dessa forma, considerando o inegável contorno social do tema ora pesquisado, função social da propriedade, propomos a seguir a reflexão sobre o tema a partir de alguns julgados. Nessa trilha, pelo fato de as cortes superiores (STJ e STF) não acolherem a rediscussão de fatos e provas, mas apreciarem somente as questões de Direito, optamos por trabalhar com julgados de segunda instância, exarados pelo nosso Tribunal Bandeirante (TJ-SP).

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A

3ª Câmara de Direito Público
Apelação nº 0028955-27.2013.8.26.0506

Apelantes: Alessandro Gonçalves Caldas e Ismael Leandro Almeida

Apelado: Município de Ribeirão Preto

Comarca: Ribeirão Preto

Relator: MM. Juiz José Luiz Gavião De Almeida

Voto nº 40880

Possessória. Reintegração da Posse. Município de Ribeirão Preto. Direito de propriedade em conflito com direito de moradia. Devolução da área ao Município que não se mostra razoável, pois ele não tem destinação alguma a dar ao terreno. Falta de função social da propriedade. Recurso provido.

Neste acórdão há a discussão sobre um bem público, o qual é propriedade do município de Ribeirão Preto, que requer a reintegração de posse, vez que a propriedade vinha sendo utilizada por algumas famílias. Ocorre que os bens públicos não são passíveis de usucapião, por expressa vedação constitucional. Dessa forma, em regra, um bem público não poderia vir a ser propriedade de particular. No máximo, seria possível o Estado conceder o direito real de moradia, situação em os moradores adquirem apenas o domínio da “res”. No caso concreto, a área em questão continuará a ser usada pela população que ali vive, uma vez que o município não demonstrou qualquer projeto para utilização da área e as famílias não têm outro local para residirem. Como já mencionado anteriormente, o direito de propriedade é um direito real e garante ao proprietário usar, gozar, dispor e

reaver o seu bem. Tais termos são bem desenvolvidos por Maria Helena Diniz (2003, p.784):

“Jus utendi”: o direito de usar da coisa é o de tirar dela todos os serviços que pode prestar, dentro das restrições legais, sem que haja modificações em sua substância. “Jus fruendi”: o direito de gozar da coisa exterioriza-se na percepção dos seus frutos e na utilização de seus produtos. É, portanto, o direito de explorá-la economicamente. “Jus disponendi”: o direito de dispor da coisa é o poder de aliená-la a título oneroso ou gratuito, abrangendo o poder de consumi-la e o de gravá-la de ônus reais ou de submetê-la ao serviço de outrem. “Rei vindicatio”: o direito de reivindicar a coisa é o poder que tem o proprietário de mover ação para obter o bem de quem injusta ou ilegalmente o possui ou o detenha, em razão do seu direito de seqüela.

Entretanto, esse direito possui algumas limitações, ou seja, “deve ser exercido em consonância com finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (Art. 1228, §1º CC/02).

Por outro lado, podemos considerar o direito à moradia como uma limitação ao direito de propriedade e como recurso explorado na função social da propriedade. Com efeito, o direito à moradia, de acordo com o artigo 6º da Constituição, pertence aos direitos sociais e deve ser assegurado

pelo Estado. Sua finalidade é garantir um lar, um local com condições mínimas à sobrevivência, de tal forma que garanta a dignidade da pessoa humana. Sob o mesmo ponto de vista, o doutrinador, José Reinaldo de Lima Lopes, corrobora: “[...] o direito de moradia, direito que inclui o de ocupar um lugar no espaço e direito às condições que tornam este espaço um local de moradia. Morar é um existencial humano. O homem não apenas ocupa lugar, ele mora [...]” (LOPES, 1993, p.121). Ademais, analogamente, Sarlet, sustenta:

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável, dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é o direito à moradia – bem mais que o direito à propriedade – que melhor se ajusta à conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphere ihrer Freiheit). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com o mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, o direito à vida. (SARLET, 2009/2010, p.15).

Como mostra a ementa do julgado, a função social da propriedade foi atendida

mesmo em se tratando do envolvimento de um bem público, o qual possui legislação diferenciada em relação ao bem particular. Sublinhe-se, contudo, que justamente por se tratar de bem público, foi garantido ao apelante apenas o uso do imóvel e não a propriedade definitiva. Para compreendermos melhor a decisão proferida, é necessário recorrer à doutrina e legislação de regência. Assim, bem público é aquele que se encontra submetido à administração pública, nos termos do artigo 98, do Código Civil, *in verbis*: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Como o acórdão leciona, os bens públicos podem ser divididos em três tipos: os de uso comum, os de uso especial e os dominicais, de acordo, também, com o Código Civil:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às

peças jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

O bem público, em certas circunstâncias, goza de tutela diferenciada quando comparado ao bem privado, como no caso de usucapião. O conceito desse instituto jurídico, segundo Pedro Nunes (2000, p.03), vem do latim “de *usu capere* – tomar pelo uso”. Trata-se de um “modo derivado de adquirir o domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso de tempo, com o concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim [...]” (NETTO, 2017, p.408).

Em virtude do exposto, em tese, os apelantes teriam direito a usucapir o imóvel em questão, no entanto, por se tratar no caso concreto de um bem público, a usucapião não foi afastada, em conformidade com a Constituição Federal, em seus artigos 183, § 3º e 191, parágrafo único, os quais expressam: “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”. Outrossim, na mesma esteira a súmula 340 do STF, cujo teor esclarece que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Isto é, o bem público não preenche todos os requisitos necessário para ser usucapido.

Posto isso, compreende-se a decisão parcialmente favorável ao apelante, afinal, mesmo não sendo possível adquirir a

propriedade, foi outorgado aos apelantes sua utilização pelo fato de o Município (apelado) não indicar qualquer destinação ao bem imóvel, atendendo, como sustentado no Acórdão, a função social da propriedade. Dessa forma, como este trabalho visa analisar a questão da propriedade e as suas funções, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo foi ao encontro do propósito, pois mesmo não garantindo a definitiva propriedade do bem em questão, assegurou o direito à moradia em homenagem à função social da propriedade.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL B

2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente
Apelação nº 1001856-79.2014.8.26.0587
Apelante: Sérgio Ricardo Custódio
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo
Comarca de São Sebastião
Relator: Mm. Juiz: Guilherme Kirschner
Voto nº 33549

Ação Civil Pública Ambiental. Intervenção ilícita em área de preservação permanente (de curso d'água). Danos ambientais devidamente demonstrados por laudo de vistoria elaborado pelo órgão ambiental local. Responsabilidade objetiva e “propter rem” do proprietário. Dever de recomposição da vegetação nativa corretamente reconhecido. Limitação ao direito de propriedade inserida no conceito de função social e ambiental do domínio e, que, portanto, não gera o dever de indenizar

por parte do poder público. Sentença mantida. Recurso Desprovido.

Esta ação foi proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o intuito de submeter o apelante da sentença a cumprir duas obrigações à luz da Constituição Federal, a saber, resguardar a função social e a função ambiental da propriedade.

Como já discutido, apesar de o proprietário usar, gozar, usufruir e dispor de seu bem, tais prerrogativas são limitadas pelas funções da propriedade, fazendo com que o interesse social prevaleça sobre o particular, uma vez que o homem não vive sozinho, mas em sociedade, e suas ações se refletem nesta. Dessarte, o Ministério Público requer que o proprietário do imóvel deixe de praticar ações que degradem a área ambiental e que restaure a vegetação, retirando as espécies exóticas e replantando as nativas, pois a área é considerada como de preservação permanente e existindo legislação de regência para o uso, gozo e usufruo de maneira adequada (Código Florestal Brasileiro).

O instituto jurídico da propriedade remonta à antes mesmo da formação do Brasil como a conhecemos (tempos greco-romanos). Entretanto, a preocupação da relação da propriedade com o meio ambiente é bastante recente, em termos históricos, principalmente em nosso país,

porquanto somente é substancial sinalizada na atual Constituição, vigente desde 1988, por meio do Art. 225, inc. IV, assim como por meio do Código Civil, no Art. 1.228. Dessa forma, a tutela ambiental é um fator limitante às disposições da propriedade e não pode ser contornada para o benefício individual a despeito dos prejuízos à coletividade.

O meio ambiente é um bem difuso, isto é, segundo a Constituição, no artigo 225, *caput*, é um “[...] bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Por conseguinte, não é passível de apropriação, mas todos têm de gerenciá-lo e protegê-lo, inclusive o Poder Público, como se verifica consubstanciado nesta ação. A propósito, a seguinte lição doutrinária:

Por difuso se quer, portanto, entender o interesse de um grupo, ou de grupos de pessoas, entre as quais não há um vínculo jurídico ou fático muito preciso: trata-se de um grupo menos determinado de pessoas. Aliás, os mais autênticos interesses difusos - o exemplo, por excelência, é do meio ambiente - não podem deixar de ser incluídos, *lato sensu*, na categoria do interesse público. (MAZZILLI, 1992, p.42, grifo nosso).

Ademais, a responsabilidade em relação ao meio ambiente é objetiva, apoiada na teoria do risco, ou seja, “[...] basta a

ocorrência de um dano ambiental, podendo ser imputado a um poluidor, para surgir a obrigação de indenizar.” (RODRIGUES, 2016, p.384,385). Noutra giro verbal, não depende da perseguição e aferição da prova da culpa. Ressalte-se que poderá ser considerado poluidor até mesmo aquele que indiretamente causou o dano ambiental, de acordo com a Lei nº 6.938/81, recepcionada pela Constituição Federal e que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (grifo nosso).

Assim, para caracterizar a responsabilidade civil ambiental, basta apenas a existência de um nexo de causalidade (ligação entre o dano e o poluidor), mesmo que indireta entre o ato do poluidor e o dano ambiental (RODRIGUES, 2016, p.385), sendo este um dos fatos que responsabiliza, no julgado em análise, o atual proprietário quanto às obrigações indicadas pelo Ministério Público.

Destaque-se que a propriedade do apelante encontra-se em área de preservação permanente (APP). Antes mesmo de compreender o que seja uma APP, é

necessário saber a diferença entre preservar e conservar, que para muitos, com equívoco, são consideradas noções sinônimas. Em síntese, preservar é a “ação de proteção e/ou isolamento de um ecossistema com a finalidade de que ele mantenha suas características naturais” (GRISI, 2007, p.192), ou seja, deixá-lo intocável e somente promover ações que irão garantir a continuidade dos atributos próprios do ambiente. Por seu turno, “conservação é o manejo dos recursos do ambiente, com o propósito de obter-se a mais alta qualidade sustentável de vida humana” (GRISI, 2007, p.63), isto é, o uso sustentável da natureza, em que há um equilíbrio na utilização dos recursos naturais, sem agredi-lo de forma severa.

A partir dessa diferença, é possível melhor compreender as APPs, que foram criadas por meio de lei com o objetivo de reduzir a degradação ambiental. Assim:

As Áreas de Preservação Permanente, figuras jurídicas criadas pelo Direito Ambiental e materializadas em nosso Direito Positivo, pela Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, o Código Florestal, são uma limitação radical da exploração e uso de determinadas áreas da propriedade rural para qualquer uma das suas atividades fins, **sejam elas extrativas, agrícolas ou pecuárias**. (SANTOS, 2001, p.3, grifo nosso).

As APPs são áreas geralmente localizadas em propriedades rurais, públicas ou particulares, e que possuem a proteção legal para sua preservação, a fim de que se restrinja qualquer tipo de ação que modifique suas características naturais, sendo este outro motivo pelo qual o apelante foi submetido à decisão do relator.

No caso concreto, sob análise, nas dependências da propriedade há um córrego com largura inferior a 10 metros, o que reclama a tutela legal por configurar APP, vez que, dentre outros descritivos, tratam-se de “áreas localizadas especialmente nas imediações das nascentes e cursos d’água, [como] as lagoas, lagos ou reservatórios d’água naturais ou artificiais, [...] e as vegetações localizadas em determinadas áreas urbanas, assim definidas por lei específica.” (SANTOS, 2001, p.4). De acordo com a Nova Lei Florestal (Lei n. 12.651/12) em seu art 4º, I, a:

I – as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:
30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
[...]

Tal vegetação à beira desses cursos d’água são chamadas de matas ciliares, as quais são de extrema importância para a manutenção daqueles, pois os protegem de

assoreamentos que prejudicam o escoamento fluvial. Logo, a preservação dessas matas tem como função precípua barrar a entrada de sedimentos nos cursos d’águas, conservando o solo das margens destes. No caso julgado, como a APP se encontra em uma propriedade particular e a responsabilidade civil ambiental é objetiva, o proprietário apelante é o encarregado de cessar qualquer atividade degradadora do meio ambiente local e de restaurar o *status quo ante* do local, com fulcro na função ambiental da propriedade, que deve ser respeitada de acordo com o §1º do artigo 1.228 do Código Civil. Além disso, e por fim, como já sublinhado, o meio ambiente é um bem difuso, não pertencendo somente a essa geração, mas também às futuras, sendo um direito fundamental a qualidade de vida por meio da existência de um meio ambiente equilibrado (art. 225 CF/88).

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL C

18ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 1006894-36.2017.8.26.0565

Apelantes: Humberto de Moraes Guercio e Maria Aparecida M. Guercio

Apelado: Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul

Comarca: São Caetano do Sul

Relator: Mm. Juiz: Roberto Martins de Souza

Voto nº 26.949

APELAÇÃO *Apreciação sob a égide do CPC/15 - Ação Anulatória de Lançamento Fiscal - IPTU de 2014 - Sentença que julgou improcedente ação anulatória de lançamento fiscal. Pleito dos autores à reforma – Preliminar de cerceamento de defesa afastada. IPTU progressivo – Possibilidade - Não demonstração pelos autores de incompatibilidade entre o valor dos imóveis de sua propriedade e a base de cálculo lançada pelo município com base na lei municipal – Cobrança lastreada na Emenda Constitucional 29/00. Inexistência de violação a cláusula pétrea. Observância dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia - Não configuração de confisco. Legalidade da exação - Inteligência do artigo 156, § 1º, I e II, da Carta Magna - Alegação de falta de notificação quanto à incidência de alíquota progressiva - Inexistência de obrigatoriedade de notificação nos casos de progressividade prevista nos artigos 145 e 156, § 1º, ambos da CF - Sentença mantida - Aplicação do art. 252 do RITJSP - Matéria preliminar rejeitada e recurso desprovido.*

Os apelantes desta ação requerem nulidade da r. decisão, a qual julgou improcedente os pedidos dos particulares. Estes ingressaram com ação contra o Município de São Caetano do Sul, alegando ser inconstitucional a aplicação do IPTU progressivo do exercício de 2014 atribuído sobre seu imóvel, uma vez que, supostamente, haveria a necessidade de legislação específica para tal cobrança. Tal pedido, todavia, colide com a Emenda Constitucional n. 29/2000, cujo teor

legitimou os Municípios para instituírem a progressividade de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Além disso, os apelantes arguíram a notificação prévia para lhes possibilitar a regularização de seu imóvel no prazo de um ano, consoante o Estatuto da Cidade e Plano Diretor Municipal. Quanto à possibilidade do IPTU progressivo, a EC n° 29/2000 é hialina e não deixa margem para dúvidas. Veja-se os termos da alteração da redação do §1º do art. 156:

§ 1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso II (IPTU) poderá:

I- ser progressivo em razão do valor do imóvel.

II- ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

O que antes, no entendimento de alguns, era inconstitucional, passou a ser letra da Carta Magma. Com efeito, o IPTU possui classificação de tributo, mas há entendimentos há divergência quanto a se tratar de tributo de natureza real ou pessoal. A real justificar-se-ia pelo fato de incidir sobre bens (imóveis) reais, ou seja, bens físicos. A pessoal justificar-se-ia pelo fato de haver diferenças tributárias consoante às circunstâncias particulares de cada contribuinte, ou seja, conforme sua competência econômica. Propõe-se, então, uma síntese, pois, como o IPTU progressivo possui alíquota diferenciada em razão do

valor do imóvel, pode-se caracterizá-lo nos dois gêneros. Contudo, de forma majoritária, a doutrina classifica o IPTU como imposto real, entendendo-se sua incidência direta sobre o imóvel urbano e não sobre o titula do bem.

A decisão municipal de se fazer o IPTU progressivo não contraria o princípio da isonomia, pelo contrário. Vivemos em um Estado Democrático de Direito do que decorrer não haver lugar para o benefício de determinados grupos em virtude de outros, mas isso precisa ser assimilado perseguindo-se a igualdade material e buscando mitigar as desigualdades sociais. Então, não se nega o que está expressamente positivado no art. 5º, *caput*, da CF:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

Na mesma trilha, tampouco ignora-se o que a Carta Política prevê a respeito da ordem tributária, reforçando o princípio da igualdade pelo art. 150, II, da CF:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles

exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O entendimento hermenêutico desses dispositivos constitucionais não deve ficar refém de uma leitura gramatical literal e limitada, devendo-se lembrar que, em alguns casos, é necessário tratar de forma desigual as pessoas em situações diferentes. Assim como expõe Nelson Nery Júnior, (1999, p.42), resgatando lição clássica de Aristóteles, ao postular que “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. Isso faz com que a progressividade da alíquota não seja inconstitucional, pois o valor do imóvel justifica a progressão do tributo, bem como sua localização e uso justificam a aplicação de alíquotas diferenciadas, de acordo com a capacidade contributiva do indivíduo.

O poder de tributar pertence ao Estado e expressa um dos resultados de sua soberania. Assim, o tributo do IPTU é de competência constitucional dos Municípios, que foram alçados a entes da Federação com o advento da Constituição de 1988. Trata-se, portanto, do poder de império estatal com o fito de reverter os dividendos obtidos ao bem comum. Sobre essa expressão de soberania, temos a lição:

Dirigindo-se aos cidadãos a fim de retirar-lhes uma parcela do seu patrimônio particular, o Estado se baseia na sua soberania, exercendo seu poder de mando ("ius imperii"). O fundamento desse poder de mando, que se expressa no seu poder de tributar, reside na necessidade de o Estado dispor dos meios para a realização dos seus fins, sob pena de perecer. Tendo nascido com a função precípua de prover as necessidades coletivas, o Estado há de estar munido do poder de exigir dos indivíduos uma participação nos encargos financeiros. O poder de tributar é, portanto, uma decorrência inevitável da soberania que o Estado exerce sobre as pessoas de seu território, ao qual corresponde, por parte dos indivíduos, um dever de prestação. (ROTHMANN, 1972, p.233).

Entretanto, este poder [de tributar] não é absoluto, havendo na Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal o registro de limitações ao este poder. Assim, para arrecadar, o governo não pode violar princípios constitucionais, isto é, deve respeitar o indivíduo, sua dignidade, individualidade e privacidade para que não haja contrariedade entre a necessidade de arrecadação do Estado e os direitos fundamentais constitucionais do cidadão (LIMA, 2014). Além disso, os tributos possuem certas finalidades, dentre as quais, a fiscal e a extrafiscal. Vejamos como ambas operam, de acordo com a explicação doutrinária:

[A primeira opera-se] quando visa precipuamente a arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos. São os casos do ISS, do ICMS, do IR e de diversos outros. [A segunda opera-se]

quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica. São os casos, entre outros, dos impostos de importação e exportação, que, antes de arrecadar, objetivam o controle do comércio internacional brasileiro, podendo, às vezes, servir de barreira protetiva da economia nacional e outras de estímulo à importação ou exportação de determinada espécie de bem. (ALEXANDRE, 2017, p.115). [acréscimo nosso]

Veja-se, pois, que, de acordo com o código Tributário Nacional, o IPTU possui finalidade fiscal, ou seja, prover recursos à administração pública. Entretanto, importante assinalar que a Constituição Federal também prevê a possibilidade da finalidade extrafiscal ao IPTU no seu art. 182, §4º, inciso II:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

Assim, o caráter extrafiscal do IPTU é explorado como medida de política urbana para que o imóvel urbano cumpra a função

social da propriedade e evite-se efeitos como a não utilização ou a subutilização destes imóveis. Essa diretriz fica bem evidenciada nas palavras de dois doutrinadores, Fernandes (2005) e Leonetti (2011):

[...] trata-se de um imposto que não está adstrito só a interesses financeiros, econômicos e políticos, mas também a interesses sociais, o que, com a Constituição de 1988, ficou claramente demarcado, eis que hoje a propriedade não possui só função econômica impositiva, mas sim de bem-estar comum. Houve um grande marco jurídico estrutural, já que não se pode falar em propriedade sem conectá-la à sua função social. (FERNANDES, 2005, p.24 – grifo nosso).

Assim, o IPTU ganhou, com a Constituição atual, um papel de destaque como instrumento de concretização da política urbana nacional, na medida em que pode ser utilizado para estimular os proprietários, enfiteutas e demais possuidores de imóveis urbanos, a cumprir o estabelecido no plano diretor do Município e, destarte, fazer com que se atenda ao princípio da função social da propriedade. Nesse giro, o IPTU progressivo no tempo também colabora com a proteção do meio ambiente, na medida em que estimula o correto aproveitamento dos imóveis urbanos, o qual deverá obedecer às estipulações do Plano Diretor. (LEONETTI, 2011, p.16 – grifo nosso).

Dessa maneira, como função social, o IPTU progressivo obsta o proprietário à má condução de seu bem urbano para que não o mantenha, socialmente, de forma inútil, o que justifica a aplicação do seu tributo, de acordo com o art. 182, § 2º, tendo sido este o fundamento crucial para o

fracasso dos apelantes quanto à anulação do lançamento tributário.

In casu, o relator sublinhou que o princípio social da propriedade é tão fundamento para o bem comum que, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 29/2000 já era possível a progressividade, se esta tivesse fulcro neste princípio, entendimento que, inclusive, foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*; Súmula 688 “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, **salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.**” (grifo nosso). Por conseguinte, em nosso entender, perfeita a decisão da 18ª Câmara de Direito Público, pois em consonância com os anseios constitucionais do bem comum social.

COSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como tema principal a propriedade privada, mais especificamente, analisar suas funções existentes de forma crítica. Além, disso, para poder fazer mais próximo da realidade o estudo, analisou-se jurisprudências relacionadas a função social da propriedade em algumas de suas vertentes.

Dessa forma, vimos que a propriedade possui além da sua função econômica, a qual é a primeira existente, inerente a sua institucionalização, a função social, a qual se tornou necessária a existência. Pois, as nações mundiais, inclusive a brasileira acabou a constitucionalizando para poder ser cumprida de forma eficiente. Apesar do instituto da propriedade existir já há muito tempo, a função social é bem recente, principalmente no Brasil, a qual foi colocada de forma emblemática na atual Constituição. A qual foi considerada importante na nossa história, após um período ditatorial e supressivo em direitos aos cidadãos. Há basicamente duas funções atribuídas a propriedade: a econômica e a social, e a partir delas desdobram-se outras como: a ambiental, agrária e fundiária e urbana. Contudo, observou-se que estas funções não são vistas apenas de forma isolada, podem associar-se de diversas formas, como por exemplo, a função socioambiental, a qual a propriedade precisa respeitar ambas as diretrizes.

De certo, devido aos inúmeros trabalhos existentes, além deste, nota-se que nos últimos anos, a função social ganhou muito espaço e está muito presente, pois sua constitucionalização é recente, uma vez que esta nova Constituição trouxe novos direitos e garantias aos cidadãos junto com

transformações no campo social, algo novo, até então. Mas sobretudo porque se tornou assunto de necessária discussão devido ao nosso atual Estado Democrático de Direito e a realidade brasileira de desigualdades sociais. Em relação as jurisprudências, ou seja, a realidade brasileira, juridicamente, nota-se decisões atendendo as funções da propriedade respeitando seus limites legais. Lembrando que a análise não consegue abranger todas as jurisprudências do ordenamento jurídico, contudo visualiza o respeito e o cumprimento eficiente. Portanto, nota-se, assim, cumprimento dos objetivos propostos inicialmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARAÚJO, Ionnara Vieira de; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Apropriação de terras no Brasil e o instituto das terras devolutas. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 19, p.1-25, jun. 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal – Cons. Editorial, 2003.

BICUDO, Pedro Marino. **O direito de construir perante a função social da propriedade urbana**. 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, PUC, São Paulo.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos Básicos do Direito Agrário**. 7. ed. rev. atual. acres. de um capítulo sobre os institutos do Direito Agrário na CF de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992.

COMPARATO, Fábio K.. Função social da propriedade dos bens de produção. In: **Revista**

de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. SP, RT, n. 63, 1986, p 71-79.

DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental.** Porto Alegre-RS: Verbo Jurídico, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 9. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Reais.** 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FERNANDES, Cintia Estefania. **IPTU - Texto e Contexto.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FERREIRA, João Sette Whitaker, 2005. **A cidade para poucos: breve histórico da propriedade urbana no Brasil.** Bauru: Unesp Bauru e Sesc Bauru, 2005.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A função Econômica e Social da Propriedade: uma visão crítica sobre o SFH e a tutela do bem de família.** 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/08/09/a-funcao-economica-e-social-da-propriedade-uma-visao-critica-sobre-o-sfh-e-a-tutela-do-bem-de-familia/>

GRISI, Breno Machado. **Glossário de Ecologia e Ciências Ambientais.** João Pessoa, 2007.

JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.** Porto Alegre-RS, 2006.

LEAL, Augusto A. Fontanive; BIOEN, Grayce Kelly. A função socioambiental como critério de legitimação da propriedade no Est. Democ. de Direito. In: BÜHRING, Marcia Andrea (org.). **Função socioambiental da propriedade.** Caxias do Sul: Educs, 2016. p. 8-258.

LEONETTI, Carlos Araújo. O IPTU progressivo no tempo e os princípios da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, v. 1, n. 2, p. 9-22, 2011.

LIBÓRIO, Daniela Campos. **Elementos de Direito Urbanístico.** Barueri-SP: Manole, 2004.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. In: **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 12, n. 1, p.313-340, jan/jun 2012.

LIMA, Salomão Loureiro de Barros. **Direitos fundamentais e tributação: os limites constitucionais ao poder estatal de tributar e o princípio do não-confisco.** 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8234/Direitos-fundamentais-e-tributacao-os-limites-constitucionais-ao-poder-estatal-de-tributar-e-o-principio-do-nao-confisco#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20imp%C3%B5e%20limites,da%20Carta%20Magna%5B22%5D..> Acesso em: 25/out/2020.

MARQUES, Benedito F.; MARQUES, Carla R. S.. **Dir. Agrário Brasileiro.** 11. ed. SP: Atlas, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: RT, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Interesses coletivos e difusos.** *Justitia*, São Paulo, v. 54, n. 157, p. 41-54, jan.-mar. 1992. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/23377>

MORISSAWA, M. **A história da luta pela terra e o MST.** SP: Expressão Popular, 2001.

NERY JÚNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.** SP: RT, 1999.

NETTO, José de Oliveira. **Dicionário Jurídico Comparado.** Leme-SP: CL EDIJUR, 2017.

NUNES, Rizzato **O princípio constit. da dignidade da pessoa humana.** SP, SP: Saraiva, 2002.

OPITZ, Silvia Carlinda B.; OPITZ, Oswaldo. **Curso Completo de Dir. Agrário.** SP: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mario da S.. **Instituições de direito civil.** Vol. IV: Direitos Reais. J: Forense, 2017.

PEZZELA, M. C. C., & De Marco, C. M. (2013). **Realização dos direitos fundamentais e a jurisprudência em perspectiva histórica**. Unoesc International Legal Seminar, 133-150

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; RECKZIEGEL, Janaína. **Propriedades na sociedade romana: a forma protetiva baseada no caso concreto**.

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a87c11b9100c608b> Acesso em: 10/22/2019.

PFLEGER, Ana Paula. **Função socioambiental da propriedade**. 2004. 89 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, São José, 2004.

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 1, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 2, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 3, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 4, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

RODRIGUES, M. A.; c. P. Lenza. **D. Ambiental Esquematizado**. 3. ed. SP: Saraiva, 2016.

ROTHMANN, G. W. O princípio da legalidade tributária. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 67, p. 231-268, 1972. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66651>.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito do seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 65-119, jul/set 2003.

SILVA, A.J. da. **A política fundiária do Regime militar**: legitimação privilegiada e grilagem especializada (Do instituto de Sesmaria ao Estatuto da Terra). São Paulo: FFLCH-USP,

1997, 414p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, 1997.

SILVA, Ana Marília Dutra Ferreira da Silva. As funções da propriedade e o plano diretor como instrumento de composição dos interesses privados e públicos. In: **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 4, n. 1, p.84-97, jan/jun 2013.

SILVA, L.O. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da Lei de 1850. SP: Ed. UNICAMP, 1996.

SILVA, Paulo Roberto Teixeira da. **O estatuto de impacto de vizinhança à luz do Estatuto da Cidade e das normas de Direito**. 2010. 160 f. Dissertação (Mestrado) – PUC/SP.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

ZAKKA, Rogério Marcus. **O direito de Propriedade**: Análise sob a ótica de sua convivência com a função social. 2007. 225 f. Tese (Mestrado) - Direito, PUC/SP, 2007.

ZENUN, Augusto. **O direito agrário e sua dinâmica**. Uberaba: Vitória, 1984. v. 1.

**ASPECTOS DA
RESPONSABILIDADE CIVIL A
PARTIR DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE HUMANA**

*Gislaio Rian dos Santos*⁵²⁹

*Pietro Nardella-Dellova*⁵³⁰

⁵²⁹ **Gislaio Rian dos Santos** é Policial Militar, atuante na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Bacharelado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, formado no Curso Superior de Técnico de Polícia Ostensiva e Preservação da Ordem Pública, 2016; Curso Extensão em Hermenêutica e Argumentação Jurídica - Conceitos e Estudos de Casos, 2019, pelo Damásio Educacional; Curso de Extensão em Ciências Jurídicas e Mediação de Conflitos, 2019, pelo Grupo Prominas Educação e Tecnologia; Curso de Extensão em Direito Tributário, 2020, pelo Grupo Prominas Educação e Tecnologia; participou do II Colóquio Internacional – Diálogo sobre Processo Civil e Penal: Visão de Integrantes da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia, 2018, pela Universidade Padre Anchieta; participou da palestra de Responsabilidade Socioambiental e as Mudanças no Código Florestal, 2018, pela Universidade Padre Anchieta;

⁵³⁰ **Pietro Nardella-Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF, e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP – Universidade de São Paulo; é Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; é Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; é Pós-graduado em Literatura; é Formado em Filosofia pela FECS, e é Bacharel em Direito. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “*Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli*”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado ao Grupo “Judeus Pela Democracia” (Israel, USA e Brasil). É Autor de vários livros, entre os quais, *Antropologia Jurídica* (2017); *Direito, Mito e Sociedade* (2021) e *Pierre Proudhon e o Direito Civil: Teorias da Propriedade como “droit d’aubaine” e como*

RESUMO

A responsabilidade civil é a consequência jurídica que, com seu efeito determinante, assegura os direitos e garantias dos indivíduos no caso concreto. Este artigo tem a finalidade do estudo aprofundado sobre o ato ilícito, a obrigação e a responsabilidade, expressas nas normas constitucionais. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica buscando a interpretação de doutrinadores e dos juristas, os quais, destacam a responsabilidade civil na norma constitucional, bem como o uso da norma abstrata no caso concreto. Pautados nas consequências jurídicas, que advêm com a quebra da ordem econômica ou social, encontrando no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana os fundamentos para a Interpretação e

função libertária (2021). É autor de centenas de artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores (São Paulo), assim como da Accademia Napoletana (Napoli). Em 2004, criou e coordenou o CPPJ – Centro de Pesquisa e Prática Jurídica “Prof. Goffredo Telles Jr.”. Em 2011 criou e coordenou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Privado. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa TC TCLAE CNPq, e Coordenador, no mesmo Grupo, da Linha de Pesquisa “Direito Civil Constitucional, Teorias Críticas e Educação. É Pesquisador do Grupo de Pesquisa VEREDAS PUC/SP-CNPq. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, Direito Processual Civil e Direitos Humanos em vários cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Faculdade de Direito Padre Anchieta, ESA – Escola Superior da Advocacia, Pós-graduação em Direito da UNIMEP; EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP. Atualmente, além das atividades docentes no Brasil, desenvolve estudos e pesquisas em *New York, USA*.

Aplicação da Norma Jurídica nos tribunais superiores. Destarte, foram analisados os dispositivos legais, que explicam o surgimento da obrigação, o fato gerador do ato ilícito, e a reparação do dano, com fulcro na dogmática constitucional, examinando cada vertente para uma melhor compreensão dos efeitos da responsabilidade civil perante a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: *Responsabilidade Civil, Constitucional, Ato Ilícito.*

ABSTRACT

Civil liability is the legal consequence that, with its determining effect, ensures the legal rights and guarantees of individuals in the concrete case. This article has the purpose of an in-depth study of the illicit act, the obligation and the responsibility, expressed in the constitutional norms. A bibliographic research was carried out seeking the interpretation of doctrines and jurisconsults, which highlight civil liability in the constitutional norm, as well as the use of the abstract norm in the concrete case. Based on the legal consequences that come with the breakdown of the economic or social order, finding in the constitutional principle of the Dignity of the Human Person the foundations for the Interpretation and Application of the Legal Norm in the higher courts. Thus, the legal provisions that explain the emergence of the obligation, the triggering event of the illegal act, and the reparation of the damage, with a focus on constitutional dogmatics, were analyzed, examining each aspect for a better understanding of the effects of civil liability before society.

KEYWORDS: *Civil Liability, Constitutional, Illicit act.*

FUNDAMENTOS HISTÓRICOS

O presente trabalho trata do surgimento da responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual, diante da constituição e legislação diversa. Sabe-se que a doutrina preserva o princípio da Dignidade da Pessoa Humana sendo um princípio axiológico, em uma hierarquia que não contrapõe outros princípios constitucionais, mas, resguarda para que não seja um objeto sem eficácia.

(...) Se bem entendemos, a Dignidade da Pessoa Humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual Dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo.⁵³¹

A responsabilidade é dividida em pessoal e patrimonial. A pessoal usada em remoto tempo, onde o ser humano deixava de ser pessoa e passava a ser coisa, perdendo seu status, sua dignidade, ou seja, o poder de decisão pelo seu bem maior, a vida.

Direito romano era modo necessário de extinção das obrigações que vinculava pessoalmente o devedor inadimplente à pessoa do credor, restringindo-lhe a liberdade individual em consequência da dívida não paga, da prestação contratual não cumprida.
532

⁵³¹ MENDES, 2009, p. 176.

⁵³² PEREIRA, 2018, p.381.

Por outro lado, a patrimonial, que é exercida na atual conjuntura na República Federativa do Brasil. Trata-se daquela que restringe o patrimônio atual e ulterior do devedor, conforme o artigo 5º inciso XLV da Constituição Federal: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.”

Destarte, no âmbito constitucional o legislador é oportuno ao descrever a responsabilidade civil como meio de doutrinar as demais matérias do direito, para que todo aquele que venha a cometer o ato ilícito (objetivo ou subjetivo) seja obrigado a reparar o dano com indenização ou outra forma de composição. Portanto, as normas constitucionais foram editadas para limitar os excessos ou abusos, diante da ordem social, econômica, ou patrimonial, buscando preservar os direitos e garantias do cidadão.

Responsabilidade Contratual versus Aquiliana

A Responsabilidade Civil surge a partir do ato ilícito, sendo dividida entre aquiliana ou contratual. A primeira é a responsabilidade que não advém de um pacto, ela nasce pelo simples cometimento

do ato ilícito. Porém, a responsabilidade contratual decorre do descumprimento ou da quebra do acordo, como princípio contratual “pacta sunt servanda”, termo usado constantemente, o qual determina que os pactos devam ser mantidos como foram elaborados entre as partes. Assim, com o inadimplemento contratual ou o ato ilícito propriamente dito, deriva a obrigação e a responsabilidade civil.

A Carta Magna de 1988 em seu texto principal no art.1º, inciso III, disciplina o princípio da Dignidade da Pessoa Humana,⁵³³ restringindo o poder estatal e ao particular, de praticar excessos ou abusos contra direitos e garantias fundamentais, descritos nas normas constitucionais. Contudo, impediu que fosse usado o corpo ou a honra do ser humano como garantia ou até mesmo forma de extinção da obrigação (pagamento/dação). Ressalva-se a hipótese de dívida alimentar, pois, o Brasil, sendo signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica),sujeita-se aos seus termos, e ela traz como exceção a impossibilidade de cerceamento por dívidas, apenas para os inadimplentes de obrigação alimentar.

(...) o pensamento estoico concebia as pessoas como igualmente dotadas de dignidade, que, nesta outra perspectiva, já era tomada por qualidade própria e inerente aos seres humanos e estava

⁵³³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.1.

vinculada à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo.⁵³⁴

Tal princípio é a base para resguardar os valores axiológicos do ser humano, entendidos direitos e garantias, como: à vida; à liberdade; à igualdade; à propriedade; à segurança, não sendo as únicas garantias preservadas, mas sim o início dos direitos que o cidadão necessita para que seja digno de conviver em meio à sociedade. Nos precedentes dos tribunais de diversas cortes do mundo globalizado, é o princípio mais usado para a interpretação e aplicação do direito, seja material ou formal.

Apesar de alguns tropeços e retrocessos, nenhum princípio tem merecido tanta reflexão e tamanho desenvolvimento quanto o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que se evidencia manejando os repertórios de jurisprudência de algumas das mais importantes cortes constitucionais da atualidade (...), que tem servido, ademais, como fonte de inspiração e paradigma para as suas congêneres de menor expressão. No Brasil, igualmente, é significativo o esforço pela concretização desses princípios, tanto no plano legislativo quanto no jurisprudencial e doutrinário, em pesem, nunca é demais insistir, as nossas crônicas dificuldades materiais e socioculturais para

tornar efetivo o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.⁵³⁵

É notório que toda conduta humana tem uma consequência jurídica. A norma jurídica está pautada na limitação e proteção dos direitos e garantias, para que a sociedade possa viver em harmonia, cumprindo os preceitos da moral, da integridade física e da Dignidade da Pessoa Humana.

Responsabilidade objetiva e subjetiva

Com a quebra da ordem social, patrimonial ou econômica, surge a obrigação de reparar o dano diante da responsabilidade civil. Obrigação decorre de um fato gerador que estabelece um vínculo jurídico entre o credor e o devedor, a fim de que seja cumprida. Sobre o assunto, coloca em evidência Caio Mario da Silva Pereira faz citação em sua obra do ilustre mestre *Clovis Beviláqua*, destacando o seguinte:

(...) Relação transitória de direito, que nos constringe a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós esta ação ou omissão.⁵³⁶

Dessa forma, todo aquele que por ação ou omissão afronte a norma jurídica está obrigado a reparar/ indenizar o dano

⁵³⁴ SARLET, 2013, p. 436.

⁵³⁵ MENDES, *Op. Cit.*, p.174.

⁵³⁶ PEREIRA, *Op. Cit.*, p.6.

causado, buscando proteger o princípio da responsabilidade civil “ de *não causar prejuízo a outrem, independente da natureza do dano*”. O Código Civil foi bem-afortunado ao tecer os dispositivos que regulam a responsabilidade sobre o ato ilícito. Código Civil de 2002 (Lei Federal nº 10.406/2002), define o que é ato ilícito: Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*⁵³⁷

As condutas tipificadas no dispositivo mencionado são conceituadas para uma possível reparação. Assim, define-se negligência como “*modalidade de culpa consistente no menosprezo, pouco caso, desinteresse como causa de dano material ou moral*”.⁵³⁸ Na mesma obra, o autor também segue definindo a imprudência como “*espécie de culpa consistente em conduta temerária, irresponsável e suscetível de causar dano...*”⁵³⁹

Não obstante, cabe salientar a omissão do legislador diante de uma das figuras que também tipificam o ato ilícito, mas que não foi citada no dispositivo em pauta. Porém, com base legal no art.951

CC/02, trata-se da “imperícia”, que é a falta de conhecimentos básicos para o exercício de arte ou profissão.

A norma positivada do art.187 CC/02 transmite a hermenêutica em que o indivíduo possui o direito perante a dogmática, porém, ao exercer tal direito ultrapassa os limites estipulados pelo legislador, cometendo o ato ilícito.

Neste sentido, ao violar direitos alheio o causador do ato ilícito necessita indenizar aquele que restou ofendido. O art.927 se ocupa para que não fique impune a prática de condutas tipificadas como ato ilícito nos arts.186 e 187. Porém, diante dos dispositivos supracitados, defluem duas vertentes de responsabilidade, a objetiva e a subjetiva. O *caput do dispositivo* disciplina a culpa subjetiva, que se esteia no tripé jurídico “culpa; prejuízo e nexos causal”, denominada como responsabilidade aquiliana.

A despeito da falta de consenso, muitos doutrinadores apontam que foi por meio da Lex Aquilia que o conceito de culpa se incorporou definitivamente à responsabilidade extracontratual (ou aquiliana) do Direito Romano.⁵⁴⁰

Entretanto, o parágrafo único do art.927 CC/02, remete às categorias que possam produzir risco, tipificando a responsabilidade objetiva “*in verbis*”:

⁵³⁷ BRASIL. Lei Federal nº 10.406/2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2002, p. 1.

⁵³⁸ ACQUAVIVA, 2015, p.356.

⁵³⁹ Ibid., p. 295.

⁵⁴⁰ GAGLIANO, 2014, p 305.

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.⁵⁴¹ A teoria do risco ou responsabilidade objetiva não tem a finalidade de sobressair à teoria da culpa, mas, alcançar o direito de indenizar pelo dano causado, por aquele que lucra, ou seja, o proprietário ou responsável.

“A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”.⁵⁴²

O legislador buscou referirem-se as atividades que tragam risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano. Pois, só existe responsabilidade neste caso, quando há o requisito da previsibilidade da possível lesão. Na mesma linha de senso crítico: “há casos, entretanto, em que o agente passa a responder, por culpa própria (in vigilando, in eligendo), por ato de terceiro (do filho, do empregado etc.) ou por fato das coisas ou dos animais (responsabilidade do dono)”.⁵⁴³

Não obstante, existe a responsabilidade civil contratual. O contrato resulta do acordo de vontades das partes (bilateral), cumprindo seus requisitos de

validade e sua função social. “O contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir; resguardar; transferir; conservar; modificar ou extinguir direitos”.⁵⁴⁴

Seguindo a mesma coerência diante dos contratos, o nobre autor deixa explícito o princípio da função social, o qual regula os contratos e serve como limitador para que os contratos alcancem sua finalidade.

“A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são a liberdade, da força obrigatória e da relatividade dos efeitos”.⁵⁴⁵

Para a validade dos contratos, basta o consenso e que as partes sejam livres e capazes e o seu objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica. Tal definição tem embasamento jurídico no art.104 do CC/02. Com o acordo de vontades entre as partes nasce o negócio jurídico (contrato), assim surgindo a obrigação do cumprimento integral do pacto, salvo exceções. À luz do art. 422 CC/02: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.⁵⁴⁶ O princípio que remete o dispositivo é o da boa-fé objetiva, pois não questiona a

⁵⁴¹ Artigo 927, parágrafo único. Lei Federal nº 10.406/2002, já citada.

⁵⁴² GONÇALVES, 2019, p.15.

⁵⁴³ Ibid., p. 43.

⁵⁴⁴ PEREIRA, 2018,p.7.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Op. Cit. p.13.

⁵⁴⁶ Artigo 422, parágrafo único. Lei Federal nº 10.406/2002, já citada.

capacidade mental do indivíduo, mas sim impõe as cláusulas obrigacionais que foram acordadas no contrato. Com o inadimplemento do contrato, fica obrigado o inadimplente à reparação das perdas e danos, de acordo com o art.927 CC/02, podendo o inadimplente ter seu patrimônio atingido para suprir a não prestação da obrigação.

“Inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa certa ou incerta, à prestação de um fato, a uma abstenção”.⁵⁴⁷

A base da responsabilidade civil (contratual/ aquiliana) está positivada na Constituição Federal de 1988, a qual defende a Boa-fé e a vontade das partes, com a finalidade de manter o equilíbrio entre os polos. Para que se firme o entendimento sobre a responsabilidade civil, seja advinda do contrato entre as partes ou do ato ilícito, cabe a análise dos dispositivos constitucionais que versam sobre o direito de imagem, de resposta, e de indenização, preservando, assim os direitos sociais e individuais diante da Carta Maior e legislação ordinária.

À luz do art. 5º, inciso V, da Carta Magna de 1988, com a sua atual redação, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização

por dano material, moral ou à imagem,⁵⁴⁸”, diante do ato ilícito causado ao ofendido, é-lhe concedido o direito de responder sobre o fato que lhe foi imputado, protegendo sua honra, moral ou imagem. Destarte, cabe entender, que este direito tem limitações, conforme o princípio da proporcionalidade, o qual trata de uma equivalência razoável, buscando não ferir direitos de outrem, para alcançar o próprio direito. Não obstante, o código civil em seu art.187 disciplina sobre tal limitação, de não exceder o direito. Portanto, o texto constitucional preserva o direito do ofendido e de quem o ofendeu, e o código civil em conjunto com a norma constitucional regula a responsabilidade civil constitucional elencada nos dispositivos estudados.

“A retratação perante a sociedade tem especial relevância na reparação do dano à honra, configurando instrumento eficaz para a reconstrução da reputação do indivíduo no meio social em que se insere”.⁵⁴⁹

Com a atual conjuntura perante os direitos e garantias fundamentais, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a sociedade está ativa e atuante sobre a norma jurídica. Destarte, necessita que o avanço obtido seja protegido, buscando uma aproximação para os direitos que lhes são afetos, assim como o direito a resposta, O

⁵⁴⁷ PEREIRA, Op. Cit. p.305.

⁵⁴⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.1.

⁵⁴⁹ SCHREIBER, 2019, p. 669.

direito de resposta está inclusive consagrado no art. 14 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Artigo 14. Direito de retificação ou resposta.

Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.

Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.⁵⁵⁰

De acordo com o art.5º, §2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O tratado supracitado está em nosso ordenamento como emenda constitucional, tendo a importância da regra jurídica positivada no topo da pirâmide normativa.

550

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm

Em seguimento ao dispositivo 5º, V da CF/88, é imprescindível lançar luzes sobre a imagem da pessoa diante da sociedade que ela faz parte. O dispositivo em questão, trata da limitação que a imprensa sofre caso exceda seu direito, dando respaldo jurídico, assim, para aquele que teve sua imagem violada e lhe permite tanto o direito de resposta, quanto a responsabilização do autor do ato ilícito, seja imprensa ou qualquer outra pessoa. Não é possível preservar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana se a imagem do homem perante os demais não for respeitada. Portanto, quando se fala em dor, refere-se a um elemento subjetivo, pois cada pessoa tem sua intensidade e sensibilidade em relação ao sofrimento íntimo. Assim sendo, quando lhe é afetada a imagem, surge um sentimento que não é possível decifrar a sua profundidade, pois, é subjetivo de cada ser humano. Contudo, faz-se necessário que o causador do ato ilícito seja responsabilizado, buscando compensar em pecúnia a vítima.

A indenização, nesse caso, não tem a finalidade de determinar o valor correspondente ao sofrimento do ofendido, mas, como uma satisfação compensatória, e diante disto, educar aquele que o causou.

Conforme o entendimento dos Tribunais Superiores é no mesmo sentido, é que na aplicação do valor indenizatório esteja pautado em dois parâmetros,

conhecido como método bifásico de arbitramento de indenização por dano moral. Sendo na primeira etapa os interesses jurídicos lesados (direito à intimidade, privacidade, ofensa a honra e a imagem das pessoas, direito da personalidade de cunho constitucional), com base nos precedentes jurisprudenciais. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. Nesta linha fundamenta o julgado pela Ministra Maria Isabel Gallotti do Superior Tribunal de Justiça, agravo em Recurso Especial N° 1.368.331 – DF (2018/ 0246247-7).⁵⁵¹

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 37 para que possa pacificar o entendimento sobre o assunto: “São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”. Entende-se que o dano material é possível indenizar, já o dano moral apenas poderá ser compensado, podendo ser cumulativamente aplicados em um mesmo fato.

Entretanto, o legislador preservou o princípio da proporcionalidade, descritos na Constituição Federal de 1988, no artigo 5° inciso V. Cuidando para que a vítima não venha a se locupletar sem causa, nem ultrapasse seu direito de resposta ofendendo o direito de outrem. Diante o exposto, tal

⁵⁵¹ Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AR Esp. 0055335-10.2015.8.07.0001 DF 2018/0246247-7

responsabilidade alcança todos, seja pessoa física ou jurídica, elencando o entendimento de Alexandre de Moraes.

Ressalte-se, portanto, que a indenização por danos morais terá cabimento seja em relação à pessoa física, seja em relação à pessoa jurídica e até mesmo em relação às coletividades (interesses difusos coletivos); mesmo porque são todos titulares de direitos e garantias fundamentais desde que compatíveis com suas características de pessoas artificiais.⁵⁵²

Igualmente nesse ponto o legislador foi feliz, quando preserva os direitos personalíssimos, que estão regulados no 5°, X, CF. Os direitos a personalidade são os que refletem sobre a pessoa, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Neste mesmo sentido entende se como honra: “sentimento de dignidade própria que leva o homem a procurar merecer a consideração geral; pundonor, brio”.⁵⁵³

Se for imputado ao ser humano fato que possa denegrir sua honra, aquele que o fez comete ato ilícito de acordo com arts.186 e 187 CC/02, assim, o legislador preservou em norma constitucional o bem subjetivo do indivíduo, para que possa manter a vida em sociedade com dignidade e respeito, não lhe deixando em desigualdade perante seu agressor.

⁵⁵² MORAES, 2011, p.55.

⁵⁵³ FERREIRA, 2010, p. 402.

Nos primórdios dos tempos, este instituto não era algo a ser preservado, haja vista que na história, existem diversos casos em que o ser humano era considerado “coisa”, não lhe sendo garantida a honra ou sua intimidade. Épocas em que pessoas eram submetidas a tratamentos desumanos, tirando sua integridade moral, física e psíquica, comprometendo a honra e a Dignidade da Pessoa Humana.

(..) No início do século XX, a antropologia percebe que o objeto empírico que havia escolhido (as sociedades “primitivas”) está desaparecendo, pois o próprio universo dos “selvagens” não é de forma algum poupado pela evolução social. 554

Quando violados estes direitos, poderá o ofensor responder civilmente com a reparação do dano causado, e penalmente, pois, as condutas descritas tipificam crime e têm determinação legal no Código Penal (art.138 – calúnia; art.139 - difamação e art.140 - injúria) ou em legislações diversas.

A responsabilidade civil somente terá êxito em sua aplicabilidade, nas legislações que proporcionam a segurança jurídica, para que não seja apenas uma norma em abstrato, mas que seus efeitos se estendam ao caso concreto, tendo o amparo pela norma maior, a Constituição Federal. A segurança jurídica supracitada tem respaldo legal no art.5º, XXXV, CF/88: “a lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Destarte, a segurança jurídica do dispositivo em pauta, descreve à acessibilidade ao Poder Judiciário, para aquele que tenha os seus direitos violados, possa reivindicá-los. O Estado oferece instrumentos para que o particular consiga dirimir os seus conflitos, sempre respeitando os princípios do contraditório, ampla defesa, proporcionalidade e boa-fé, buscando orientar as partes diante dos benefícios da resolução de conflitos consensual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o tema estudado no presente artigo compreende-se que a responsabilidade civil é o instituto que possibilita a satisfação do direito, que diante de um ato ilícito causou prejuízo a outrem, busca suprir o déficit patrimonial, moral, ou a imagem, por meio da indenização, compensação ou o direito de resposta. No entanto, cabe a sociedade impulsionar o Poder Judiciário para apreciar os conflitos ocasionados com a quebra da ordem jurídica ou social, respeitando a Dignidade da Pessoa Humana e os princípios constitucionais, leis esparsas e convenções. Assim, com uma fundamentação na égide da dogmática jurídica e na hermenêutica sobre a ótica da interpretação dos tribunais e aplicação do

⁵⁵⁴ LAPLANTINE, 2003, p. 8.

direito no caso concreto, a fim de alcançar aqueles que teve seu direito violado seja pelo particular ou pelo Estado.

Neste sentido, o entendimento das Cortes Superiores no intuito de padronizar e pacificar os conflitos de interesses particulares, esta delimitada em um sistema jurisprudencial que respeita os preceitos constitucionais e que possa alcançar o interesse individual ou de uma coletividade, para que tenha êxito em preservar os direitos e garantias fundamentais. Destarte, tornando uma sociedade mais justa, erradicando as discriminações e desigualdades sociais, fazendo do Poder Judiciário um caminho para alcançar a liberdade, igualdade e a fraternidade entre os povos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Acadêmico De Direito/ Marcus Claudio Acquaviva – 10.^a Ed. rev., Atual. E Ampl. – Rio De Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS : Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. 2019. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.onvencao_americana.htm. Acesso em 12/08/2019.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda, Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa / Aurelio de Buarque de Holanda Ferreira. – 8. ed. rev. atual. – Curitiba: Positivo, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze, novo curso de direito civil volume 3: responsabilidade civil /

Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho — 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil: Direito Das Obrigações – Volume 6 – Tomo II: Parte Especial, Responsabilidade Civil/ Carlos Roberto Gonçalves – 16 Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019 – (Coleção sinopse jurídica; v.6, t. 2).

LAPLANTINE, François, Aprender Antropologia, São Paulo: Brasiliense, 2003.

MENDES, Gilmar F; Inocêncio M: Paulo G., Curso de Direito Constitucional; 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

PEREIRA, Caio Mario Da Silva, Instituições De Direito Civil/ Volume 2: Teoria Geral das Obrigações / Caio Mario da Silva Pereira: Rev e Atual. Guilherme Calmon Nogueira Da Gama – 30 Ed. – Rio De Janeiro: Forense.

PEREIRA, Caio Mario da silva, Instituições de Direito Civil Volume III, Contratos/ Caio Mário da silva pereira: rev e atual. Caitlin Mulholland – 22 ed. – rio de janeiro: forense, 2018.

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 1, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 2, 2019; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 3, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

REVISTA DE DIREITO CIVIL, n. 4, 2020; <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/issue/archive>

SCHREUBER, Anderson, Manual de Direito Civil Contemporâneo / Anderson Schreuber, - 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim, 1941- Metodologia do Trabalho Científico / Antônio Joaquim Severino. – 23. ed. rev. e atualizada – São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 1º, III.
In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES,
Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.).
Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:
Saraiva/Almedina, 2013.

Vade Macum Saraiva / obra coletiva de autoria
da editora Saraiva com Colaboração De Livia
Céspedes e Fabiana Dias Da Rocha – 24. Ed.
Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.