

UNIANCHIETA

Revista de

Direito CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 4, n. 2, jul./dez. 2022

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Pedro Henrique Carvalho Gomes

Revisão: Regiane Maria Pankoski

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Carlos Roberto Juliano Longo

Diretor Acadêmico

Profa. Dra. Ana Carolina Antunes Naime

Coordenadora Geral de Graduação

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Ma. Juliana Caramigo Gennarini

Coordenadora-adjunta do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSELHO EDITORIAL

- Prof.^a Dr.^a Ana Maria Motta Ribeiro**
(Universidade Federal Fluminense)
- Prof.^a Dr.^a Ana Paula Teixeira Delgado**
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)
- Prof. Dr. Antonio Carlos Morato**
(USP - Universidade de São Paulo)
- Prof.^a Dr.^a Carolina Pereira Lins Mesquita**
(Universidade Federal do Rio de Janeiro)
- Prof. Dr. Claudio Ribeiro Lopes**
(Universidade Federal do Mato Grosso do Sul)
- Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior**
(Universidade Federal Fluminense)
- Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**
(Faculdade de Direito Padre Anchieta)
- Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito**
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
- Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães**
(Universidade Brás Cubas, CNPq)
- Prof. Dr. José Antonio Callegari**
(Universidade Federal Fluminense)
- Prof. Dr. José Patrício Pereira Melo**
(URCA - Universidade Regional do Cariri)
- Prof. Dr. Lúcio Picanço Facci**
(UFF/UNESA, Procurador Federal)
- Prof.^a Dr.^a Luzia Batista de Oliveira Silva**
(Programa de Doutorado/Educação USF, CNPq)
- Prof.^a Dr.^a Marcia Simoni Fernandes**
(Ordem dos Advogados do Brasil, SP, GP CNPq)
- Prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves**
(Universidade Federal Fluminense)
- Dr. Massimiliano Verde**
(Accademia Napoletana)
- Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo**
(Faculdade de Direito Padre Anchieta)
- Prof.^a Dr.^a Myriam Benarrós**
(CEUNI/FAMETRO, USP, CNPq)
- Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**
(Ordem dos Advogados do Brasil, SP)
- Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova**
(EMERJ, PUC/SP, UFF, FADIPA, CNPq)
- Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti**
(Ministro STJ – Superior Tribunal de Justiça)
- Prof. Dr. Wagner de Oliveira**
(Universidade Estadual de Santa Cruz)
- Prof. Dr. Wilson Madeira Filho**
(Universidade Federal Fluminense)

ADVERTÊNCIA

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 com os 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 dos núcleos familiares e sucessórios. Não é demais dizer que a RDC aprecia a abordagem dogmática, assim como a zetética, com acento na construção ética, filosófica, histórica e socioantropológica dos Institutos tradicionais de Direito Privado (Empresarial e Civil).

Os textos aqui publicados, suas anotações bibliográficas, seus posicionamentos teóricos, dogmáticos, zetéticos, filosóficos, políticos, 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 abriga e a publica.

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

SUMÁRIO

| | |
|--|---|
| Apresentação..... | 6 |
| | <i>Pietro Nardella-Dellova</i> |
| A CIÊNCIA MOVEDEÇA DAS FAMÍLIAS E SUA PROTEÇÃO PELO ESTADO-JUIZ: ASPECTOS CIVIS E CONSTITUCIONAIS..... | 07 |
| | <i>Danielle Oliveira de Menezes Pinto Rafful Kanawaty</i> |
| CONSTITUIÇÃO E DIREITO CIVIL: UMA HOMENAGEM AOS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 | 40 |
| | <i>Pietro Nardella-Dellova</i> |
| CRÍTICA AO REGIME DE GARANTIA LEGAL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: ANÁLISE A PARTIR DAS NORMAS CONSUMERISTAS DOS ESTADOS INTEGRANTES DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA..... | 52 |
| | <i>Ivan de Oliveira Durães</i> |
| DOMINIUM DE TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL: A HISTÓRIA DA ALDEIA DE SÃO FRANCISCO XAVIER DE ITAGUAÍ, NO RIO DE JANEIRO..... | 63 |
| | <i>Marcus Fabiano Gonçalves Regina de Paiva Alban</i> |
| NOTAS HISTÓRICAS SOBRE A INCAPACIDADE CIVIL DOS PRÓDIGOS: DA ANTIGUIDADE GRECO-ROMANA AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 88 |
| | <i>Renata Ary</i> |
| SLAVE LABOR IN BRAZIL: SLAVERY AND THE BRAZILIAN EXPLORATORY MENTALITY | 106 |
| | <i>Pietro Nardella-Dellova</i> |

APRESENTAÇÃO

Prezados leitores, temos a grande alegria de apresentar mais uma edição da nossa RDC – REVISTA DE DIREITO CIVIL em chave constitucional. Trata-se de trabalho árduo que conta, amiúde, com o esforço de vários funcionários que, desde a diagramação até a correção final, fazem um dos melhores trabalhos de edição. Em especial, esta edição homenageia os 20 anos do Código Civil – CC/02.

Além disso, contamos, também, com vários Articulistas, Professores e Pesquisadores que, periodicamente, aceitam nosso convite e apresentam seus Artigos para a avaliação e a aprovação do nosso Conselho Editorial. Também eles, os Membros do Conselho, empenham-se semestralmente, a fim de não apenas receber os Artigos, mas também, valorizá-los, com leitura vertical, apresentar sugestões de conteúdo e forma e, assim, aprová-los para publicação. Neste sentido, apresentamos o resultado de mais um trabalho.

Dessarte, nossa atual edição traz um texto sobre as relações entre Constituição e Direito Civil e do processo de criação e manutenção de um direito civil-constitucional.

Na sequência, publica-se um texto sobre os aspectos civis e constitucionais de proteção às famílias.

Na mesma linha de um direito civil constitucional, vê-se um texto que leva em conta as normas consumeristas dos estados integrantes da comunidade dos países de Língua Portuguesa.

Resgatando o direito histórico do país em épocas coloniais, apresentamos um texto que trata do *dominium* de terras indígenas no Brasil.

Em especial atenção aos pródigios, e sua incapacidade relativa, temos a honra em publicar um texto que vai buscar na antiguidade greco-romana os elementos fundantes de tal incapacidade e a concepção contemporânea de dignidade da pessoa humana.

Finalmente, como resquício de um país que explorava a mão de obra, e não acompanhou as correntes liberais da Revolução Francesa, fechamos esta edição tratando um pouco mais da mentalidade exploradora que, infelizmente, ainda caracteriza a organização social, civil e econômica brasileira.

Cordial abraço,

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

**A CIÊNCIA MOVEĐIÇA DAS
FAMÍLIAS E SUA PROTEÇÃO
PELO ESTADO-JUIZ: ASPECTOS
CIVIS E CONSTITUCIONAIS**

Danielle Oliveira de Menezes Pinto

Rafful Kanawaty¹

RESUMO

Em foco, o alinhamento do papel técnico-jurídico e humano do Juiz atual, forte na aplicação de regras e princípios de estatura constitucional para a solução das lacunas legislativas e terrenos moveđiços sociais, criados em matéria de manipulação tecnológica da reprodução da vida humana, pelo seu grave impacto na formação e desenvolvimento das famílias, a reclamar a restauração na confiança de que a atuação jurisdicional tem o condão de otimizar a atuação de direitos fundamentais em meio aos choques – ainda que aparentes – que essas novas realidades artificiais provocam no sistema jurídico de tutela das famílias.

Palavras-chave: Papel do Juiz Atual. Integração Cível e Constitucional. Vivência da Tecnologia na Reprodução Humana. Preservação do Direito de Família – Brasil/Portugal.

¹ É Magistrada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 2008. Extensão universitária em Processo Civil pela PUC/SP (2016), pós-graduada no Curso de Atualização Para Juizes do Estado de São Paulo pela Faculdade Direito da Universidade de Lisboa (2018), pós-graduada pela Escola Paulista da Magistratura – EPM (2022).

ABSTRACT

In focus, the alignment between the contemporary Judge's technical-juridical and humane roles, strong in the application of rules and principles of constitutional stature, as a means to the solution of legal gaps and social shifting terrains in the subject of technological reproduction of human life, in concern to its grave impact in families' formation and development, reclaiming the restoration of the confidence that the jurisdictional actuation has the means to optimize the application of fundamental rights notwithstanding the shocks – albeit apparent – that these new artificial realities provoke in the familial legal protection system.

Keywords: Contemporary Judge's Role. Constitutional and Civil Law Integration. Experiences of Technology in Human Reproduction. Family Law Preservation – Brazil/Portugal.

1. INTRODUÇÃO.

Num primeiro momento, focaremos no impacto que o binômio “sociedade e vida modernas”, de grande velocidade, tem sobre a dinâmica constritiva do Direito, cujas fontes legislativas positivadas, não raro, deixam de bem acompanhar ou traduzir, externando-se critérios mais objetivos e universais de resolução jurídica dos referidos conflitos, sejam entre leis e normas constitucionais, sejam entre valores como princípios constitucionais, com o intento de mais focar a existência

de critérios jurídicos, públicos, ético-jurídicos e universais, que, quando otimizam dignidade e direitos fundamentais, têm grande préstimo ao afastamento dos riscos de retrocessos sociais provocados pela deficiente manipulação e motivação legislativa acerca das complexas realidades criadas pelos artificialismos humanos, cuja legitimidade jurídica tem raiz na realização dos mesmos direitos fundamentais e dignidade. Na sequência, despontam a sensibilidade conceitual e de interpretação jurídica do material legislativo civil, que versa técnicas de reprodução medicamente assistida, como, por exemplo, a manipulação de embriões humanos, seu destino e o instituto da maternidade em substituição, concluindo-se, na parte seguinte, sobre a importância do comprometimento do Juiz, independentemente da eficiência e eficácia legislativa no tratamento desses temas sensíveis, com a Constituição, sobretudo com seus princípios como valores, explícitos ou implícitos.

2. Deontologia da Magistratura e a confiança na otimização dos direitos fundamentais.

De pensar o Direito como consagrador e ordenador objetivo de valores, tradutor e estabilizador de

situações ou condutas de relevância à otimização da Dignidade da Pessoa Humana (DPH), que é fundamento do Estado brasileiro, com ênfase ao feixe de direitos e garantias fundamentais que limitam, dirigem o Estado e compõem seu significado natural de aprimoramento humano, o que não descarta a dimensão econômico-social dos objetos regrados, nem dos elementos éticos incorporados ao tratamento jurídico dos fatos e matérias de sua ocupação, atmosfera de encaixe da confiança que deve haver na atuação e preservação – pelo Poder Judiciário – da força normativa de regras e princípios estruturais do Ordenamento Jurídico.

Nessa vereda, é salutar compreender o que, na essência, importa à efetiva previsibilidade dos efeitos emanados ou irradiados das regras e princípios jurídicos, ou mais bem focado, sob os aspectos da dação de leis, da projeção de seus efeitos no tempo e sobre as decisões tomadas pelos membros da sociedade por eles regrada, com maior estabilidade e proteção às legítimas expectativas de direito, sem descuidar do prestígio aos “ubiquitários”² Direitos Fundamentais e

² “Os valores jurídicos fundamentais ou princípios valem não somente para a relação entre o estado e o cidadão, mas

ao que incrementa sua otimização no Estado Democrático de Direito (sede em que devem ter validade universal), a determinar que o Estado enfrente, sistematicamente, com a maior correção, “novidades modernas” que, não raro, colocam em “xeque” os primados constitutivos da própria sociedade, assim, regrada.

No ângulo, desponta o aperfeiçoamento do Poder Judiciário para afirmação da relação entre Direito e Justiça, num sentido não contingencial e com ênfase na acepção clássica de Justiça: “que é uma forma de igualdade”, notando-se que o sistema de normas define, delinea e determina, objetivamente, as formas de igualdade, o que envolve a noção de equalização de uma série de relações humanas (consciência legal de igualdade), uma medida de Justiça, tudo sem descuidar que a Dignidade da Pessoa Humana é

muito além disso ‘para todos os âmbitos do direito’. Com isso produz-se um ‘efeito de irradiação’ dos direitos fundamentais sobre o sistema jurídico todo. Direitos fundamentais tornam-se ubiqüitários.” ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de direito privado**, São Paulo, RDpriv 24/334, out-dez/2002 apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional: teoria geral da constituição**. Coleção doutrinas essenciais do direito constitucional, edições especiais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 722.

fundamento de igualdade que imanta o sistema jurídico e a própria atuação dos Poderes estatais. Destarte, é preciso aprender a ideia de Justiça como elemento e virtude do Direito (potência para a criação e realização de igualdade). E a mesma virtude deve ser desenvolvida pelas Instituições humanas de dicção desse Direito, que é critério objetivo de Justiça geral e universal (aplicável a todos e a que todos estão sujeitos). Logo, o reconhecimento da igualdade deve ser virtude do próprio Poder Judiciário (virtude institucional), notando que a própria Lei Maior, cujos princípios são de Justiça política e morais, proíbe as discriminações, e que é possível compor uma Teoria da Justiça com esses conceitos universais, com um olhar bem focado na concretização dos Direitos Humanos, o que envolve a percepção da extensão da decisão jurisdicional como mecanismo de distribuição de Justiça refratário às ocorrências de tratamento desigual.

O *thema* assume contornos mais agudos com a absorção estatal, por meio do Poder Judiciário, da dinâmica da “sociedade e vida modernas”, em especial do impacto que sua intrínseca capacidade de construção de “grandes novidades multidisciplinares ou multifocais” (*in exempli*, econômicas,

sociais, científicas e tecnológicas) tem sobre a efetividade de valores tutelados que delineiam o Estado Democrático de Direito, consoante o qual os direitos fundamentais reclamam ter a própria força normativa preservada, não obstante o contexto movediço dos questionamentos novos em que são postos, tudo ao mesmo tempo que os mais fundamentais valores são “confrontados”, sem a devida proporcionalidade e fundamentação objetiva, por tendências e intervenções relativistas, algumas amparadas em superlativas vontades individuais, em tensão com o *ethos* mínimo, de carga normativa e núcleo resistente que cada valor conforma ou carrega, na qualidade de objetivo princípio.

Ocorre que a realidade não é linear. E, como dito, suas “inovações” tendem a colocar valores consagrados como princípios em choque entre si, quando menos aparentemente, a exigir composição de posições constitucionalmente garantidas, num ambiente de regras não bem “fechadas”. Ora, uma colisão de princípios, como leciona o expoente alemão Robert Alexy³, “somente por ponderação pode ser resolvida”, ou melhor, bem resolvida, a tornar necessária, por

³ Ibid., p. 722.

consequente, “uma ponderação de bens, os quais, a rigor, têm normatização Constitucional”, objeto de direito abstrato e de grande significado, uma vez que personificam um ordenamento de valores objetivo.

A aplicação dessa ponderação na resolução de “choques ou tensão de valores”, passa, de certo, pela otimização da confiança na tutela estatal das relações jurídicas de famílias, as quais são aqui eleitas ao tratamento, porque seus conceitos e elementos, todos sensíveis, conformam um centro de estruturação da sociedade, num ambiente de cuidado e proteção por vocação, e sofrem muito com as transformações consideravelmente brutais e rápidas, sob o aspecto histórico-temporal, no escalonamento de valores que as conforma (relações familiares), delinea e orienta, no binômio “vida e sociedade modernas”, cujas tantas variáveis e matizes influenciam na construção do próprio Direito de Família e sua interpretação, na medida em que incorporadores – por vezes sem maior reflexão – dessas tensões entre valores, ou melhor, entre valores e fatos novos socialmente relevantes, sobretudo de natureza econômica, social, científica e tecnológica, na formulação das regras jurídicas, assim como no tratamento

mais ou menos relativizado, ou mais ou menos estável, de direitos fundamentais humanos, sem descurar que o Direito é produto e vetor desses processos de transformação.

Tamanhas novidades, frutos da engenhosidade humana, a exemplo das a seguir versadas, não têm o condão de ignorar o fundamento estatal da Dignidade da Pessoa Humana, cuja real dimensão envolve mais do que alguém existir e perfaz a viga mestra da igualdade e da relevante missão do Estado – constitucionalmente imposta – de proteger as relações familiares, construindo-as no seu respeito e na essência afável e harmônica das várias funções familiares que compreendem, com obrigações recíprocas/mútuas, o que permite identificar que o vínculo afetivo é da essência e definição dos agrupamentos familiares.

Bem verdade que não há como dimensionar a competência de dar e receber amor, o que pode ser definido por afeto, palavra que não consta expressamente do texto constitucional brasileiro, sem prejuízo do que afetividade, na essência das relações familiares, desponta como valor ou princípio implícito naquela mesma dignidade, uma vez que inerente à existencial realização do indivíduo, a qual é orientada “pelo bem estar

social”⁴. Contudo a afetividade houve consagrada pela Constituição brasileira, nos termos dos artigos 226, §4º, 227, *caput*, §5º c.c. § 6º, face ao que as sociedades ditas “civilizadas”, não obstante inundadas pelas marés cheias das inovações de múltiplos interesses e avanços no campo das ciências tecnológicas, devem manter seus primados civilizatórios, ou melhor dito, seus valores consagrados como princípios.

Esse é o desenho basilar do tratamento jurídico-axiológico das famílias, que tem na conduta/vínculos de afeto, no princípio da afetividade, um de seus pilares de estabelecimento e aprimoramento, notando-se que tal princípio decorre implicitamente da referida dignidade e bem claramente da proteção integral da criança e do adolescente, que, na condição de pessoas em desenvolvimento, têm direito, sempre que possível, à convivência materna e paterna, ou com quem lhes destine o mesmo afeto, pontuando-se a importância das funções afetivo-familiares no desenvolvimento pleno da pessoa humana.

A própria confiança de que a conduta/vínculos de afeto, na realização

⁴ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5ª ed. rev. atual., São Paulo: Atlas, 2005, p. 26.

da dignidade, é componente essencial e invariável das relações familiares (família natural ou em substituição), deve ter preservação e impõe que a sua eventual ruptura ou enfraquecimento traduza a previsão e aplicação de sanções civis – sem prejuízo das administrativas e tipificadas penalmente – para quem a viola, repelindo-se o exacerbado ou não razoável prestígio à autonomia da vontade individual, por ação ou omissão, o que assume maior intensidade quando a conduta ou falta dela atinge as perspectivas de desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, cuja proteção jurídica deve ser cuidadosamente redobrada, na razão da sua condição peculiar de pessoa vulnerável, em formação ou construção física, intelectual e moral, a resultar na conjugação dessa confiança no “afeto” com o princípio ético-jurídico da prevalência dos interesses dessas pessoas em desenvolvimento (artigo 227”⁵, *caput*, da Constituição

⁵ No Brasil, o paradigma instituído pela ordem constitucional de 1.988, da criança e do adolescente como sujeitos de direito, a quem se confere a proteção integral, consagrou uma ordem jurídica principiológica voltada a assegurar a "prevalência e a primazia do interesse superior da criança e do adolescente." PIOVESAN, Flávia (org.); PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e no direito interno.

Federal Brasileira (CF/88) c.c. o artigo 1º, do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, e artigo 1729, do Código Civil Brasileiro) sobre o dos adultos que a elas deveriam – na mais flagrante mostra de expressão objetiva do afeto juridicamente tutelado – proteger e amparar (princípio da proteção integral).

De pontuar que o Estado tem o dever de, em meio a esse jogo de possibilidades distintas, “pensar o problema”, colocando em prática a ponderação e amparo necessários a esses valores como princípios, o que envolve a contenção necessária e suficiente (razoabilidade e proporcionalidade) da ruptura da confiança – de importante carga ética e jurídica – de que a célula familiar, assim como cada um de seus membros, deve ter – com redobrada atenção os detentores do poder familiar – a primazia na iniciativa de cuidar, com amparo na justa expectativa de atitude externa de afeto, dessas pessoas vulneráveis, em franco desenvolvimento.

Claro desponta dessas premissas que as normas jurídicas – com sobrevalor naquelas que versam

Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 281.

direitos fundamentais – reclamam atuação estatal positiva ou ativa, tanto mais na prestação de atividade jurisdicional, sob a justa expectativa ou confiança de haver, nas relações familiares, o triunfo da dignidade e a prevalência dos interesses das pessoas em desenvolvimento (proteção integral das crianças e adolescentes), a resultar clara a necessidade de adequada tutela estatal, na medida em que a construção do Direito de Família sofre, flagrantemente, com lacunas conceituais e radicais inovações médico-científicas que afetam e dialogam – não raro em franca tensão – com os princípios ético-jurídicos que o integram e consubstanciam. Como exemplos, a manipulação da genética de embriões humanos, a “mãe portadora” (leia-se: gestação em substituição/barriga de aluguel, no Brasil) e as técnicas de reprodução assistida, com o viés de exploração econômica por médicos e por empresas de pesquisa e de prestação de serviços médicos.

Nesse diapasão, é imperioso refletir a harmonização do choque – ao menos aparente – entre valores como princípios, tal como o da primazia da vontade individual, o da livre iniciativa da empresa, pesquisa e prestação de serviços médicos para o bem público do progresso da ciência e preservação da

humanidade, com os princípios da paternidade responsável e sua conjugação com o primado da afetividade nas relações de família, proteção integral de crianças e adolescentes e da sua personalidade, sem desprezo a outros que conformam o regime jurídico das famílias, o qual envolve, de sua vez, as posições jurídicas de cada um dos integrantes de determinada dinâmica familiar, com o acréscimo da referida proteção especial a alguns desses membros, face suas condições peculiares de vulnerabilidade, como é o caso dos nascituros (de personalidade civil especial - artigo 2º, do Código Civil Brasileiro), e das próprias crianças e adolescentes.

A sensibilidade da matéria é denotada pelas seguintes questões éticas e jurídicas: com relação a que a ciência do direito, assim como a atividade estatal, não pode figurar como mera expectadora, vez que “[...] é necessário estabelecer desde logo os valores e critérios pelos quais se possa enxergar o fenômeno jurídico em sua inteireza e, a partir daí, cumprir a trajetória funcional da ciência do direito no seio da sociedade em que ela exprime sua força coativa. Segundo, porque é a partir dos valores e da escala axiológica adotada que se permite que sejam balizados os

atos autorizados e não autorizados desse mister. E esse fenômeno atual, de manipulação de substâncias do corpo humano, se insere num ideal de bem-estar: bem-estar social e desenvolvimento como formas novas de ideal de justiça (APUD, Vidigal, Direito Econômico, p. 213, aspectos de biodireito)”⁶, sem o que lhe falece a legitimidade.

Conquanto maior o afastamento das competências e atividades estatais no tratamento bem refletido, como exigível, das novas realidades fáticas, a exemplo dos “avanços tecnológicos na manipulação da vida humana”, mais aumenta o risco de ter império a “lei do mais forte” (voluntariedade do adulto e lobistas econômicos), assim como de perda da força normativa de regras e princípios fundamentais, tudo a resultar na desconstrução do próprio Direito e do sentido da existência do Estado, que deve ser sujeito ativo, como visto, na promoção e realização do Direito e da Justiça. Daí a importância da tarefa judicial de “ponderar” regras e princípios (valores), a partir da sua estatura constitucional, para prestigiar um ou outro, consoante a concretude

⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 762.

dos casos, de modo que convivam, em harmonia, no sistema jurídico, o que passa pela preservação dos direitos fundamentais, de primazia rigorosa, conteúdo espaçoso, largo e irradiante sobre as leis editadas em matéria de família⁷, no confronto com questões de biodireito e outros valores constitucionalmente versados como princípios, como as liberdades individuais (de primeira geração, com a tradição de proteção de posições do cidadão, descritas abstratamente, contra o Estado), a abranger a disponibilidade do próprio corpo e de suas partes reprodutoras e a importância social no avanço da medicina e outras tecnologias de fomento à vida humana, o que contém o aspecto da manipulação de material genético, para fertilização de novos seres humanos.

Em face desse último aspecto, o ambiente é dos mais propícios e férteis à produção de leis civis irrefletidamente, de “afogadilho”, mesmo as que disciplinam matéria mais sensível, qual seja, com vocação – como é o caso das que se ocupam das relações familiares – para realizar o feixe de princípios que conceitua a Dignidade da

⁷ De modo que as mesmas leis contêm e expressam valores constitucionalmente tutelados (valores da democracia irradiados sobre toda a ordem jurídica).

Pessoa Humana (DPH), a resultar que, muitas vezes, essas leis deixam tanto de cumprir com seu papel de bem reger “a sociedade e vida modernas”, como de adequadamente otimizar vários direitos fundamentais, em diálogo ou não, fazendo-o (leis) sem fundamentação objetiva, e como expressão dos mais diversos interesses parciais e circunstanciais, obnubilando a confiança na estabilidade dos próprios valores escalados no ordenamento como estruturas que fundam a edificação de institutos jurídicos ao longo da história e dos tempos, no Estado Democrático de Direito (interpretação evolutiva)⁸.

O malogrado “fenômeno” da

⁸ Na preclara dicção do Prof. Alberto Ramón Leal, “[...] la interpretación evolutiva, mantenida dentro de sus legítimos contornos, mientras no contraría los textos ni el sistema de La Constitución, es indispensable para mantenerla viviente y adaptada las necesidades del pueblo y del gobierno. Las simples costumbres políticas y jurídicas, baseadas em tradiciones nacionales arraigadas, implícitas en El constitucionalismo escrito, pero no recogidas em su letra, tienen, a veces, em um país, mayor eficacia las proclamaciones artificiales de los textos en otros países [...]” in *Los métodos de interpretación constitucional. Revista de derecho público*, ns. 25-26 apud CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. Coleção doutrinas essenciais do direito constitucional, edições especiais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 760.

falta de proporcionalidade e fundamentação na atuação da ponderação estatal – a qual, a nenhum pretexto, pode ser irracional – resta bem espelhado no insuficiente tratamento legislativo, v.g., da PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA (PMA)⁹, por configurar preocupante falta de compromisso, respectivamente, com as normas (regras e princípios) constitucionais, o que remete à aplicação da estrutura da ponderação pelo Poder Judiciário, sob o prisma da interpretação constitucional daquele produto legislativo, quando os valores como princípios estão em choque, sem prejuízo do exame da sua inconstitucionalidade à luz dos próprios princípios constitucionais explícitos e implícitos¹⁰, vez que, frise-se por uma

⁹ Nomenclatura utilizada pela Lei Portuguesa; no Brasil a denominação é reprodução assistida, cujos aspectos envolvem as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do artigo 1597 do Código Civil brasileiro, os quais devem ser interpretados restritivamente, não abrangendo a utilização e de óvulos doados e a gestação de substituição.

¹⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 230, onde define princípio jurídico como: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o

vez, há poucas normas traduzidas em regras com conteúdo fechado sobre tal assunto legislado, a partir da própria Constituição.

Como bem preleciona Nelson Nery¹¹:

[...] não há nenhum fato, entre tantos da fenomenologia jurídica, que desperte tanta perplexidade e desafie tanto a ordem jurídica quanto este ligado à possibilidade de manuseio técnico-científico de substâncias do corpo humano, em geral, e de material genético, em especial [...]
(Ibid., p. 762)

Razão de pôr a lume a adequação,

espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a lhe dar sentido harmônico”. Recorremos, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vidal Moreira, segundo a qual “os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais [...] constituem por assim dizer a síntese ou matiz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas” apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed. rev. São Paulo: Melhoramentos, 1994, p. 86.

¹¹ Ibid., p. 762.

necessidade e força que tem que assumir a intervenção estatal na matéria, o que reclama refletir um controle de legitimidade, com relação aos efeitos concretos que a aplicação das referidas leis assume na personalidade do filho “fertilizado artificialmente” e concebido, o qual é sujeito de outros tantos direitos fundamentais, que, de si, deveriam ser otimizados e irradiar sobre aquelas leis; não o contrário.

Diante desse quadro, desponta o pensamento jurídico, de índole não apática, que as leis nacionais, no tratamento de assuntos “movediços”, têm que considerar, na sua “estrutura de ponderação”, sua vocação para lidar com fatores não bem delimitáveis ou quantificáveis, uma vez que aqueles bens juridicamente ordenados não têm custos econômicos intrínsecos, além do que são refratários ao exame de meras probabilidades de aplicação. Aqui, desponta o papel do Juiz, que, de certo modo, é depositário de uma parte da autoridade instituída pelo ordenamento jurídico – e não um tecnocrata¹² – pelo

¹² A identificação da norma ou do conjunto delas que se aplica ao caso concreto envolve mais do que uma atuação técnica, ou seja: a) saber se há norma, qual a sua vigência, validade e eficácia; b) buscar qual o sentido da norma (o valor envolvido), a melhor interpretação, de modo a revelar o sentido apropriado da norma para a vida real (ato hermenêutico que melhor atenda às necessidades humanas pela identificação do

que: lhe cabe refletir o poder judicial, fazendo uso legítimo e adequado da capacidade de dizer o Direito e de reger conflitos entre sujeitos de direito, de forma a, mesmo nesse solo movediço, encontrar solução justa para problemas humanos. Ora, não se enfrentam fatos novos da vida humana com conceitos puramente técnicos e conjecturais, a prestigiar a adoção de critérios razoáveis e universais de julgamento. Por esse vértice, o Juiz deve ter maior consciência de que é um intermediário entre a norma e a vida, ao verificar o estado de fato objetivo, o que não é realizável por meio de um silogismo tradicional, na medida em que deve ser alcançada, segundo a razoabilidade, uma solução mais justa, humana e universalmente aceitável.

Todas essas variáveis excluem, sob o vértice interpretativo, a aplicação

alcança do preceito normativo). E isto é o que faz uma verdadeira decisão, a qual é tomada por um intérprete (que considera o coeficiente social e axiológico), e não por um técnico, tudo com observância, – na criação da norma individual –, do aspecto axiológico da própria interpretação, sem descuidar do fim social e das técnicas para colmatar “lacunas normativas” (integração) no caso concreto (analogia, costumes, princípios gerais do Direito e equidade) e da preservação da coerência do sistema. Daí dizer que o Juiz exerce poder criador de direito e social, para bem decidir e realizar o Direito e a Justiça, sendo um “ordenador do presente e profeta do futuro”.

recorrente a “modelos acostumados”, pois o discurso da interpretação traduz, na seara, uma atividade de reconstrução do conteúdo normativo, inclusive conforme a Constituição, de forma a tocar os valores envolvidos e os fatos concretos (leitura teleológica)¹³, e a reclamar, outrossim, fundamentação na mensuração da importância de cumprimento de um princípio que justificaria, consoante a intensidade da atuação/intervenção estatal, o prejuízo ou não cumprimento de outro princípio estruturante pelo legislador, pelo que assumem destaque, nesta sede, os critérios de racionalidade e proporcionalidade.

Um tal sopeso ou escolha do que deve prevalecer, ante o grau de necessidade e suficiência da intervenção estatal legislativa havida, não deve ocorrer “arbitrariamente” ou ser irracional, nem deixar de levar em conta a amplitude e abertura de princípios envolvidos no diálogo de “ponderação”. Exemplo disso: o conceito de Dignidade da Pessoa Humana (DPH), paternidade responsável e proteção integral de sujeitos reputados juridicamente

¹³ De adequação, racionalmente, a solução dos casos concretos aos princípios cardiais da organização estatal, em especial aos primados do Estado Democrático de Direito.

vulneráveis, ou dotados de personalidade jurídica especial (na hipótese do nascituro). A atenção a essas considerações é sensível na atuação do Poder Judiciário: (1) na interpretação constitucional dessas leis, na resolução de “conflito axiológico-constitucional” (aparentes); (2) na própria declaração, seja originária, seja derivada, de inconstitucionalidade na edição estatal de leis, por ser admitida, ao menos no Brasil, a “modulação” dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, assim, como dos efeitos da declaração de constitucionalidade, o que envolve estrutura de ponderação do prejuízo, maior ou menor, que produz a retirada de uma lei declarada inconstitucional do mundo jurídico, ante as situações fáticas concretizadas sob sua égide (evitação, por meio de uma técnica de decisão, do vazio normativo mais grave). Esse o norte que deve ser considerado no manuseio jurídico das situações de sensível vulnerabilidade abaixo elencadas.

3. As terras áridas e movediças abertas pela ciência da procriação e gestação artificiais e o direito de família.

3.1. Procriação Medicamente Assistida (PMA): O destino do Embrião excedentário e da proteção à família e à personalidade. Alguns aspectos do Direito português comparado.

Como ensina o Professor Português Jorge Duarte Pinheiro “[...] No acto Uniforme de Filiação norte americano, a procriação medicamente assistida (PMA) é definida como o ‘método de causar gravidez sem ser através do coito’¹⁴, utilizando-se a expressão, na mesma lição, para designar “o conjunto de técnicas destinadas à formação de um embrião humano sem a intervenção do acto sexual”, sendo que o parâmetro de interesse para desenvolvimento das ideias e noções em comento repousa nos processos médicos de reprodução sexuada, ou seja, de manipulação – sem coito ou cópula – de espermatozoides e óvulo ou ovócito (gametas ou células reprodutoras masculinas e femininas), como é o caso da inseminação artificial e da fertilização “*in vitro*” (bebê de proveta), com o enfrentamento pelo Estado Legislador e Estado-Juiz de quem pode, em que circunstâncias e

¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de direito da família e das crianças**. Lisboa: AAFDI Editora, 2015, p. 47.

com que motivo recorrer a tais artificialismos para fins de reprodução humana.

Essas manobras têm, no Brasil, por finalidade, no campo do direito de família, a servir de fundamental auxílio aos casais, ou seja, pessoas não avulsas, que desejam ter filhos e que não o conseguem, por fatores alheios a sua vontade, pela via natural. Pois bem, o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002) trata um pouco timidamente, nessa linha, da reprodução assistida, no seu artigo 1597, inc. V, ao disciplinar que: “presumem-se concebidos na constância **do casamento** os filhos [...] V – havidos por inseminação artificial **heteróloga**, desde que tenha **prévia autorização do marido**” (grifei).

Conseqüentemente, o direito privado, vocacionado que é a se interessar por toda atividade que tenha relevância econômica, versa literalmente, no dispositivo retro, inserido no sistema brasileiro de presunção de paternidade, típico da regulação da estrutura da família formada pelo casamento, a manipulação genética humana, sob a forma da inseminação artificial heteróloga, a qual consiste na manipulação médica do sêmen de outro homem (que não do cônjuge varão), e pressupõe a

constituição de um banco de sêmen, sem a realização de certos exames genéticos sobre os espermatozoides envolvidos, para evitar, por exemplo, “seleção genérica” (eleição de sexo e de caracteres de seres humanos a serem concebidos, sem sequer haver a necessidade de prevenção de doenças graves).

Importante marcar, desde já, que tal regra tem por objeto bens juridicamente tutelados que, na escala de valores ordenada, a partir da Constituição da República, contam com alto teor de proteção e otimização, quais sejam, substâncias e vida humanas (sentido da indisponibilidade do corpo como valor ético-jurídico), de custo econômico, de per si, não quantificável, bens esses que a lei civil acaba por expor, por conta da singeleza e reluzente insuficiência com que os trata, olvidando que, na prática, para aumentar a margem de lucro de médicos e clínicas que prestam esses serviços médicos, não há adequado exame da “saúde” do sêmen, de forma que a técnica expõe a mulher e o feto a doenças infecciosas e até a AIDS (vírus HIV), como já ocorreu no plano dos fatos reais¹⁵.

¹⁵ Cf. SGRECCIA, Elio. Reprodução assistida: questões de bioética, Núcleo II, 12, apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY,

De outro ângulo, o texto legal menciona técnica que requer a compra ou a preservação do sêmen de um doador que não é o cônjuge (varão) da mulher artificialmente inseminada, a qual, na literalidade da regra, é a mulher casada, sem nada referir – na mais flagrante mostra de formação de “movediça” e perigosa lacuna – sobre a situação da mulher que vive em união estável, assim como no caso de casais homossexuais, e de modo a excluir, por lógico consectário, o acesso de homens e mulheres sós ao método, vez que a lei civil brasileira exige, expressamente, o convergente e conjugado consentimento do “cônjuge”. Ademais, é imprescindível existir – segundo aquela dicção legal – convergência de vontade do casal, “casado”, para o uso de sêmen de terceiro, o que permite identificar que, no Brasil, o método deve ser utilizado em caso de esterilidade do varão (incapacidade “*coeundi ou generandi*”¹⁶), criando-se, assim, uma

Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 762/763.

¹⁶ Na tradição do Código Civil brasileiro de 1916, inspirada no Direito Romano, a incapacidade “*coeundi*” era tratada como causa de anulação do casamento, no seu artigo 219, III, ora revogado, a significar que houve, na atual Lei Civil, total mudança de paradigma, pois, para preservar o casamento e constituir filiação “legítima”,

presunção legal de paternidade, a qual representa um afastamento do critério biológico de filiação natural.

Esse mesmo consentimento do homem casado é necessário, nos termos do artigo 1597, inc. IV, do Código Civil brasileiro, para haver a fecundação extracorpórea, *in vitro*, a qual pode gerar embriões excedentários, decorrentes, na letra do dispositivo legal ora versado, de concepção artificial homóloga, realizada com sêmen do próprio cônjuge varão.

Consoante a esse método de reprodução, a fecundação do óvulo ocorre fora do corpo humano, em laboratório, e depois os embriões formados são transferidos para o corpo da mulher, ou não, caso em que produzidos aqueles excedentários, cujo destino, não bem regrado, sobretudo após a ruptura do vínculo conjugal – seja pela morte de um dos cônjuges, seja pelo divórcio – é causa de muitas e sérias tormentas jurídicas, as quais o trabalho interpretativo busca colmatar¹⁷.

a lei cria, inspirada no afeto familiar envolvido, essa hipótese de presunção de paternidade do cônjuge varão que, por várias razões, não tem como reproduzir.

¹⁷ A grave deficiência legislativa e a sensibilidade do seu objeto não passaram despercebidas da Jornada de Estudos I, do Superior Tribunal Justiça brasileiro, ao editar o enunciado 107, de orientação interpretativa (sem a força de vinculação de

O quadro de lacunas abre tantas outras questões em campos jurídicos outros, como do biodireito, que bem expressa o risco de o Estado legislador mal versar, despidido do interesse coletivo, questões de manipulação da vida humana, e que envolvem o destino de uma vida concebida, a qual, resultante em nascimento, determina que a criança, por toda sua vida, conforme o método de sua concepção, no caso, artificial, tenha sérias dúvidas sobre sua origem biológica, ou mesmo já nasça sem pai, o que, nessa programação, é inaceitável, pois o artigo 1597, III, ainda tratando da fecundação artificial, dispõe que a homóloga, ou seja, realizada com o sêmen do marido da mulher fecundada, pode gerar presunção de paternidade do cônjuge doador mesmo depois de sua morte, o que, no Brasil, viola o princípio da paternidade responsável e da dignidade humana, como entendido pela mesma Jornada de Estudos em comento, no seu enunciado I STJ 127.

Em Portugal, uma lei

um precedente), segundo o qual: mesmo “finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1571 do CCB, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”.

relativamente recente (nº 32-06) confere algum tratamento jurídico à Procriação Medicamente Assistida (PMA), sucedendo, no ano 2016, alterações abruptas em seu texto (com redação alterada pela Lei 25/2016, com destaque para o artigo 4º, n 3), sem precedentes, uma vez que, despida de motivos revolucionários claros ou bem patententes, promove a ruptura com a tradição do Direito de Família, e confere prestígio forte à autonomia privada da mulher, não obstante intervenha, com grande margem de lacunas, em solo movediço, de sorte a dificultar sua leitura como harmônica e/ou conforme a Carta Magna, ou, para ser mais preciso, com o próprio sistema jurídico que a contém. Bem confere dimensão concreta a tais premissas, o legislador permitir, em Portugal, que a mulher só, ou seja, sem formar casal – por sua livre opção e vontade – constitua uma família, do tipo monoparental, sem que o filho(a), assim nascido, tenha acesso, em qualquer tempo ou época, a um pai, ou mais grave, aliena-o, desde antes do nascimento, de um pai, com excessiva singeleza, sem o estabelecimento de nenhuma responsabilidade, sob o ponto de vista do exercício do poder familiar, para quem quer que seja, mesmo não tendo a criança mais do que uma “fonte reprodutora” no incógnito doador do

material genético utilizado pela mulher fecundada (idealizadora única da família monoparental), sua mãe. Não para aí. A legislação portuguesa vai além: obsta que até mesmo os órgãos estatais dotados de atribuição a tanto, usem de instrumentos de busca da origem da filiação ou verdade biológica, notando-se o primado do anonimato e preservação da identidade de quem forneceu o material genético usado naquela concepção humana (o que não pode ser absoluto, pena de incorrer em inconstitucionalidade, face ao interesse público que há na proibição de “casamento consanguíneo”, o qual pode ocorrer com o próprio doador não revelado ao filho)¹⁸.

¹⁸ A respeito o Professor português Jorge Duarte Pinheiro leciona que: “[...] no sentido do acesso das mulheres sós à procriação assistida, disse que o direito de procriar é reconhecido a todos e não somente àqueles que são casados ou vivem em união estável de facto. Sendo o direito de procriar intrinsecamente limitado pelo interesse da criança, é compreensível que seja dada preferência ao seu exercício por aqueles que estão em melhores condições de proporcionar à criança vindoura ‘um ambiente familiar normal’. A monoparentalidade não se enquadra na ‘normalidade’ do ambiente familiar que constitui um ideal constitucional para a infância (cf artigo 69, n. 2, da Constituição da República Portuguesa.) Mal ou bem, a biparentalidade exprime uma característica do que socialmente se entende que deve ser a família composta por filhos menores. Mal ou bem, é a biparentalidade que inspira o regime de estabelecimento da filiação e que é incentivada pelas regras da constituição

Por esse ângulo, quando o ato de procriação artificial decorre da vontade única da chamada “mulher só”, de não ignorar que pode retirar ou suprimir, com agudo grau de irreversibilidade, a possibilidade de o filho, conquanto seja produto dessa concepção artificial, ter acesso a quem contribuiu, quando menos, para sua existência no mundo. Ou seja, há considerável risco de lesão aos direitos de personalidade do filho embutido na família monoparental, por meio da vontade deliberada da sua mãe:

do vínculo de adopção plena e do exercício do poder paternal. É exacto que há famílias monoparentais e que a lei até permite a sua formação por sentença de adopção. No entanto, isto não legitima o acesso de uma só pessoa à procriação assistida. Como já se demonstrou, o modelo familiar todo como juridicamente desejável para o filho menor é aquele em que este tem dois progenitores. E a possibilidade de adopção singular não se opõe a tal conclusão, porque se detecta uma diferença importante entre a adopção e a procriação assistida. No momento de decidir acerca da constituição do vínculo adoptivo, estamos perante uma criança que existe e carece de progenitores; se ela não puder ter dois, que tenha, pelo menos, um. No momento, de decidir acerca da procriação assistida, a criança ainda não existe; desse modo, custa a aceitar que se afectem recursos médicos, mais ou menos escassos, num contexto em que se desencadeiam ponderosas questões éticas e jurídicas que não se cingem ao problema da mono ou biparentalidade, com vista à concepção deliberada de uma criança que, quando nascer, terá somente um progenitor efectivo” in PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de direito da família e das crianças**. Lisboa: AAFDI Editora, 2015, p. 70/71.

alijando-o da chance de busca pela identidade biológica do pai; da formação de elos de identidade com esse pai, a afetar sua formação referencial, psicológico-comportamental, assim como o conhecimento da própria origem (biótipo), além da prevenção de relações incestuosas e congêneres, enfim a ele é suprimido o direito de ter um pai, o que, quando menos, não pode deixar de ter reflexão, vez que a referência paterna é tão importante para o desenvolvimento saudável da criança, que o direito à procriação, a rigor, é de exercício necessariamente compartilhado, vez que o foco é a maior extensão ou compreensão do afeto a ser vivido pela criança que vai nascer, segundo o interesse social dominante, o qual prestigia a proteção integral da criança, cujos interesses superam os dos adultos, a incluir a voluntariedade dos últimos, não raro egoística, no ato da transmissão da vida.

A ponderação leva em conta que: como o doador de sêmen não é, sempre e sempre, pai daquele filho, uma simples manifestação unilateral de vontade da mãe artificialmente inseminada, no sentido de programar e mesmo ditar uma família alijada de afeto e referência paterna, sela um destino para o filho: a saber, de formar

com ela, unicamente, um vínculo parental (constituição deliberada de uma família monoparental), com o que afastado o regime jurídico tradicional de presunções de paternidade nas famílias constituídas por casal, o que envolve noções importantes como biparentalidade afetiva e paternidade responsável, cuja preservação é essencial para a própria harmonia do sistema jurídico.

Na opção de casal¹⁹ – segundo a lei civil portuguesa o consentimento do homem, a rigor, casado (ou em união de fato, artigo 6º, da Lei n36/06, que menciona “condições análogas as dos cônjuges”), com a mulher inseminada²⁰, o filho resultante dessa “interferência biológica” não tem meios jurídicos de impugnar a paternidade presumida do marido da sua mãe, o que estampa presunção de paternidade *ex lege*, bem como absoluta, vez que não admite, a rigor, prova em contrário para estabelecer a “verdade biológica”. E segundo abalizada doutrina portuguesa, a utilização do método não pode ser indiscriminada, bem assim deve visar à

¹⁹ Não é o caso da mulher só, que, em Portugal, pode ter acesso ao método independentemente de diagnóstico de infertilidade pela inseminação com gametas de terceiros (heteróloga).

²⁰ Assim como ocorre no Brasil, “*ex vi*” do artigo 1597, incisos III a V, do CC2002.

proteção da família, a saber, a utilização de processos heterólogos, “só deve ser permitida quando a procriação por processos homólogos não seja possível ou quando implique elevados riscos para a saúde dos beneficiários e do nascituro”²¹.

No Brasil, é tão importante, sedimentada e reconhecida a referência paterna presente na formação da personalidade de uma criança, que a lei civil estabelece o seguinte: quando houver a ruptura do vínculo familiar entre seus pais, tem prevalência de eleição, sempre que for possível, na sentença judicial homologatória de acordo, ou que resolve o mérito dos pedidos de divórcio, ou de reconhecimento e dissolução de união estável (reconhecida como espécie de família pela Constituição Brasileira²²), a

²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. Op. cit., p. 76.

²² Cf. OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006, p. 139: “A Constituição de 1988 enfatiza a dignidade da pessoa humana e proclama princípios igualitários entre homem e mulher (CF, artigo 5º, I) no âmbito da comunidade familiar, entre os cônjuges na sociedade conjugal, com prioridades reservadas à criança e ao adolescente, aos quais garante a tutela da dignidade e proteção (CF artigo 227). Esses postulados de isonomia de direitos e deveres geram inúmeras correntes doutrinárias que ora exsurgem no Direito de Família, sobretudo após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n 8069/1990) visando melhor interpretação e

fixação judicial de guarda compartilhada²³, tudo para bem garantir que aquela criança conviva, sem mais traumas do que os inerentes à própria ruptura da célula familiar com tal separação, com seu pai e sua mãe, ou seja, que tenha proteção do direito de personalidade pela garantia da filiação completa. Daí o reforço, a partir do direito comparado, da posição de que uma criança não deve ter programado seu nascimento sem um pai.

aplicabilidade de tais princípios, a sua viabilização e com vista ao alcance de leis asseguradoras desses postulados. Dentre tais correntes veio a lume o movimento em prol da adoção pelo nosso direito da guarda compartilhada de filhos, na hipótese de separação ou divórcio dos pais (ou dissolução de união estável), o que envolve o “reconhecimento dos direitos e deveres daqueles pais ou mães, que mesmo após o rompimento conjugal ou convencional, desejam manter o relacionamento com maior amplitude com os filhos, além de poderem exercer suas responsabilidades e obrigações”, tudo na presença do maior interesse da criança e do adolescente. Destarte, por preservar o vínculo parental com os filhos, constitui, na dicção do professor, “[...] o modelo mais recomendável e conveniente, por atender de forma mais abrangente os interesses da criança ou do adolescente e havido como meio mais eficaz do exercício da autoridade parental e da garantia da continuidade do bem relacionamento entre pais e filhos quando fragmentada a família” (Ibid., p. 141). Assim, não há o que justifique criar uma família, por efeito de reprodução assistida, já fragmentada, com abstração da figura e autoridade parental do pai.

²³ Art. 1584, §§ 2º e 3º do Código Civil Brasileiro.

Sem dúvida que o contorno legislativo permissivo de que uma criança nasça sem pai atinge, sem a fundamentação e proporcionalidade constitucionalmente exigíveis (segundo posto nos tópicos mais acima) em matérias que se encontram em evolução, até mesmo a noção de paternidade responsável e de poder/dever familiar, com as sanções aplicáveis a seu descumprimento. Ora, não é absurdo imaginar, na contrapartida afetiva e econômica, que a mãe ou seus parentes não tenha, a certa altura da vida, como prover as necessidades alimentares desse filho ou filha, o qual não tem, *ab ovo*, pai ou ramo paterno para recorrer, salvo se contar, por várias razões, como a mudança de opinião de sua mãe, com a ajuda de alguma figura masculina que, por afeto, tenha vontade de cuidar desse filho sem pai (socialmente estigmatizado), como um padrasto, o que já cai nas “áreas” de giros da roda da fortuna da vida.

O modelo português, ora em comparação, transparece que a própria realização da Dignidade da Pessoa Humana restaria sensivelmente obstada pela atividade de dação da Lei Civil que permita, sem ponderação de valores outros consagrados (princípios), o acesso irrestrito e imotivado da “mulher só” às técnicas de

“biointervenção” em comento, deixando até mesmo de adequadamente tutelar a autonomia privada – que não é absoluta num sistema constitucional de proteção do direito de família – por criar um regime familiar apoiado na voluntariedade/elemento volitivo da mulher que, sem obstáculos para a procriação natural (o que afasta o absolutismo da justificativa da procriação a bem da sobrevivência humana), quer ser, *sponte propria*, “mãe solteira”, em detrimento do direito de personalidade do filho de conviver com um pai.

Tudo isso faz com que seja sopesado, objetiva e minimamente, que não deve haver prestígio absolutista para a vontade pura e simples da mulher em comento, de modo a, sem margem ao afeto que justifica a classificação jurídica tradicional das famílias, comprimir direito fundamental de pessoa vulnerável que reclama proteção integral (criança). Trata-se, de “temperar” o prestígio legislativo exacerbado à vontade individual, sem tocar, desde a concepção, com o compromisso relacional mãe/pai/filho, ou seja, de ponderar um individualismo exacerbado de mães economicamente privilegiadas – pois o acesso a esses métodos médicos de geração artificial de filhos não é barato, nem público-

gratuito e universal – e que resolvem, até de uma hora para outra, sem melhor planejamento de consequências, sobre o ter um filho que já nasce sem pai, com o que não conhecerá o que é afeto paterno, salvo, como acima colocado, se houver a mudança de postura de sua mãe, algum dia, quando quiser lhe dar um pai afetivo, por exemplo, pela via da adoção unilateral, de possibilidade admitida, no direito brasileiro, nos limites do artigo 41, §1º, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, ou artigo 1883º, do Código Civil português, não obstante as diferenças textuais entre ambos).

O fator comum ou de identidade é que as leis que versam o tema, no Brasil e em Portugal, comportam aguda omissão, sem motivação para tanto, no regramento da hipótese de o homem só, ou casais homoafetivos masculinos recorrerem ao método, a colocar em dúvida o cumprimento do princípio Constitucional da isonomia, o que reforça a ideia de que a solução legislativa, sobretudo no campo dessas matérias “movediças”, não pode ser “uma qualquer”, ou que deixe *in albis* o acesso de todos casais homossexuais ao método, com grande impacto de dificuldade na realização da interpretação do tema pela

jurisprudência pátria²⁴.

²⁴ **Jurisprudência STJ: “Direito Civil. Adoção. Concessão de Adoção Unilateral de Menor Fruto de Inseminação Artificial Heteróloga à Companheira da Mãe Biológica da Adotanda.** Publicado por **Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo.** A adoção unilateral prevista no art. 41, § 1º, do ECA (direito comparado brasileiro) pode ser concedida à companheira da mãe biológica da adotanda, para que ambas as companheiras passem a ostentar a condição de mães, na hipótese em que a menor tenha sido fruto de inseminação artificial heteróloga, com doador desconhecido, previamente planejada pelo casal no âmbito de união estável homoafetiva, presente, ademais, a anuência da mãe biológica, desde que inexista prejuízo para a adotanda. O STF decidiu ser plena a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, o que trouxe, como consequência, a extensão automática das prerrogativas já outorgadas aos companheiros da união estável tradicional àqueles que vivenciem uma união estável homoafetiva. Assim, se a adoção unilateral de menor é possível ao extrato heterossexual da população, também o é à fração homossexual da sociedade. Deve-se advertir, contudo, que o pedido de adoção se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”. Nesse contexto, estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. Dessa forma, a referida adoção somente se mostra possível no caso de inexistir prejuízo para a adotanda. Além do mais, a possibilidade jurídica e a conveniência do deferimento do pedido de adoção unilateral devem considerar a evidente necessidade de aumentar, e não de restringir, a base daqueles que desejem adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que, longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam

Em evidência aqui a falha nas opções no tratamento desses valores e bens jurídicos (vida, manobras de substâncias humanas a bem da sobrevivência humana, direitos de personalidade e determinação da filiação, proteção integral de crianças e adolescentes, paternidade responsável e a própria Dignidade da Pessoa Humana (DPH), que despontam de relevância universal, independentemente de versados por perspectivas nacionais diferentes, pela necessidade comum que existe, ao menos dos Estados Democráticos de Direito²⁵, de otimização dos direitos fundamentais pelas atividades estatais, as quais devem ser com eles conforme, com destaque para o papel do Poder Judiciário na integração dessas lacunas legais, bem

apenas por um lar.” (REsp 1.281.093-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/12/2012).

²⁵ O texto da Constituição Portuguesa, segundo José Afonso da Silva, “[...] dá ao Estado Democrático de Direito o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é “baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aproveitamento da democracia participativa” (artigo 2º) Op. cit., p. 108/109.

como na interpretação constitucional dos valores como princípios, objetivamente, de maneira a haver recondução da norma a traduzir os princípios e fundamentos do Estado e na verificação de inconstitucionalidade dessas leis nos sistemas jurídicos de cada país.

O fato maior é a vida que a criança vai ter, o que anda de mãos dadas com o interesse que a sociedade tem na preservação e fomento da sua personalidade, sobretudo no seio da família (direito social), na qual se assentam um dos pilares da paz social, assim como a higidez do tecido social, não havendo mais, neste campo, como bem sustentar liberdades individuais absolutas de quem a traz ao mundo, face à possibilidade de o processo gestatório desencadear-se não apenas através de uma fecundação ocorrida no corpo de uma mulher, mas também por meio de uma fecundação obtida numa lâmina laboratorial, fato científico que recolocou, sem dúvida, o conceito de vida humana (em formação ou formada), sem abstrair o que ela significa, em todas as suas fases de evolução, para o Direito, sobretudo para aquele que prestigia proteção integral a crianças e adolescentes como regra principiológica, a qual não pode ser comprimida sem melhor reflexão

jurídica sobre a legalidade e legitimidade do fator legislativo de sua compressão, a contar o aspecto da efetividade e eficiência com que regulam a sociedade.

Conseqüentemente, a liberdade mais ampla da mulher no tema, sem melhor motivação que balanceie outros valores juridicamente tutelados, parece não ir ao ponto de manipular o filho como coisa de seus desejos, abstraindo-o, mesmo antes de nascer, de um pai. E, portanto, a liberdade da mulher usar o próprio corpo pra gerar um filho, sozinha, por meio artificial de reprodução, não pode deixar de reconhecer no filho um sujeito de direito(s), o que abre, ainda, reflexão, no Brasil, acerca da alienação parental da figura paterna pela mãe configurar ilícito²⁶, face ao valor que tem o seu

²⁶ Lei brasileira n. 12.318/2010, estabelece, em reforço da importância de a criança ou adolescente ter filiação completa, bem assim que não sobra traumas negativos pela abstração forçada ou induzida da figura do pai ou da mãe, que a alienação parental, em linhas gerais, ocorre quando há interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Segundo a norma jurídica, se for verificada a veracidade das acusações, o juiz poderá ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, estipular multa ao alienador,

direito de conviver com ambos os pais, sem que ocorra a abstração de nenhum deles. Daí mais terem conformação, ainda que por alguma analogia, as premissas retro, que apontam para a falta de dignidade da pessoa humana em ser gerada, por meio de reprodução assistida, uma criança sem pai, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

De mãos dadas com essas considerações, o direito comparado faz compreender a inconstitucionalidade pulsante de uma regra civil que permita o acesso “de uma mãe só” aos métodos de reprodução artificial em comento, defendendo o abalizado professor português Jorge Duarte Pinheiro²⁷ que, “[...] no mínimo, os requisitos formulados na adoção plena, quanto aos adoptantes, e destinados a assegurar a realização do superior interesse da criança, são aplicáveis ao acesso à procriação assistida, quanto aos beneficiários” (condição da “biointerferência”).

Nisso, mais transparece a ideia de que as mazelas e lacunas da lei civil devem ser resolvidas juridicamente,

determinar acompanhamento psicológico ou determinar a alteração da guarda do menor.

²⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. Op. cit., p. 74.

obtendo grande contribuição e influxo da interpretação constitucional dos princípios fundamentais que envolvem a proteção da família e da personalidade do nascido nessas condições e do nascituro, sem contar a necessidade de enfrentamento do “destino dos embriões excedentários”, que, seguindo-se a valiosa lição do Prof. Jorge Duarte Pinheiro²⁸, são “[...] os que excedem o número daqueles que o casal aceita que venham a ser transferidos para o útero e trompas da mulher [...]”, tema acima abordado, à luz da legislação brasileira.

E como a lei de outros países, a brasileira, frise-se, não bem define o que deve ser feito desse “material humano”, o qual tem potência de gerar outra vida humana, com o que não deve permanecer, sem mais nem menos, em estado de latência indefinida, por meio da criopreservação, na capacidade de produzir vida²⁹; não deve merecer emprego, sem critérios e motivos compatíveis com o conceito de vida enquanto algo a que é vedado, sob a ótica da própria Dignidade da Pessoa Humana (DPH) o tratamento mercantil, em mulheres diferentes daquela que cedem os gametas que o conformam (adoção pré-natal), pena de subversão

dos protocolos de adoção do já nascido vivo, nem haver sua destruição como “mero aglomerado de células humanas”, como se de coisa se tratasse, além de não ser possível o incentivo à sua produção para emprego indiscriminado em pesquisas científicas (coibição da “superfecundação” *in vitro*).

Para uma parte da doutrina, o artigo 2º do Código Civil brasileiro, ao adotar a teoria da concepção (conceptualista), segundo a qual o nascituro, desde a concepção, no útero da mãe, tem personalidade jurídica especial (sujeito de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, que somente adquirirá personalidade plena – qualidade de quem é sujeito de direito – se nascer com vida), ajuda em certa medida na compreensão da proteção do ente vivo denominado “embrião excedentário”, uma vez que o dispositivo legal em comento agasalha a orientação de que o início da vida coincide com o momento da concepção, o que tem reflexo lógico na proteção da vida, desde tal início, de maneira ao último não ter o destino que a autonomia da vontade particular intencionar ou quiser, mesmo que concebido fora do corpo da mulher, em

²⁸ Ibid., p. 81/82.

²⁹ O que é diferente do embrião inviável.

laboratório (vedação à coisificação)³⁰.

Nessa linha, retorna a discussão sobre a atuação prática dos princípios e valores éticos no campo do Biodireito e da Bioética, tudo a resultar que a modernidade técnico-científica e o avanço da medicina – os quais envolvem sensível e diretamente a pessoa humana, a qual não é meio, e sim um fim (em si mesma) – devem andar de mãos juntas com a ética, com a consciência do bem e do mal, e refluírem os Princípios Ético-Constitucionais, de modo a evitar ao máximo a repetição de verdadeiras tragédias históricas, como por exemplo, as supostamente “ancoradas” na lei positiva do Estado alemão, vigente durante a Segunda Guerra Mundial.³¹

³⁰ Por vertente diversa, o Egrégio Supremo Tribunal brasileiro decidiu na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 3510, conhecida como das “células-tronco”, que questionava a constitucionalidade da Lei 11.105/05, por maioria de votos de seus Ministros, que pelo fato do embrião não ser considerado pessoa, conseqüentemente não há de se falar em dignidade da pessoa humana, permitindo sua utilização em certas pesquisas científicas, no campo de aplicação de células tronco de embriões.

³¹ O ocorrido no referido período perfaz um marco da reação da Ética e do Direito ao desprestígio da pessoa humana (que deve ser a medida de todas as coisas), no sentido de ambos integrarem-se e interpenetrarem-se (área de confluência entre a ética e o direito), com o fito de resgatarem a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado. Ou seja, em repúdio

3.2. *Da maternidade em Substituição (gestação para outrem e as lacunas do sistema).*

A polêmica persiste em tema de maternidade de substituição, que, segundo o Professor português Jorge Duarte Pinheiro, envolve:

“[...] Uma mulher que se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o

ao uso da pessoa como coisa ou “instrumento”, – a incluir o campo científico –, a moral integra-se ao Direito para garantir o poder de autodeterminação consciente da pessoa, nas práticas da distinção do bem e do mal. E a atualidade da matéria é gritante face às novas questões envolvendo manipulação de embriões humanos (células-tronco), avanços da manipulação genética, possibilidade ou não de abortamento de feto anencéfalo, as quais batem às portas do Poder Judiciário, cuja ótica deve ser sensível a essa necessária reaproximação entre o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito e entre o Direito e a Ética (ciência da moral que apura os princípios vetores de uma determinada sociedade). Nesse contexto, são enunciados os princípios da bioética, quais sejam: autonomia ou autodeterminação, Justiça (distribuição equânime de benefícios e obrigações na sociedade) e beneficência (o que for para o bem do paciente e de modo a evitar malefícios a ele), com o descarte de interpretação por conveniência.

parto a outra mulher, reconhecendo a esta última a qualidade jurídica de mãe. Em certos casos, a mãe de gestação é inseminada artificialmente com espermatozóides do elemento masculino do casal de recepção. Em alguns casos, dá-se a transferência, para o útero ou para as trompas, da mãe de gestação, de um ovulo ou de um embrião resultante da fertilização “*in vitro*” dos gametas do casal de recepção [...]”³²

Em meio a isso, o tratamento jurídico do “contrato de gestação”, o qual se afigura sensível, dentre os modernismos ora compulsados, uma vez que ele tem um viés contrário à ordem pública, quando envolve comércio da gravidez, ou seja, a malograda figura da “barriga de aluguel”, a qual, no Brasil, praticamente não tem tratamento legislativo, e pode envolver questionamentos sobre a configuração, em tese, do crime disposto pelo artigo 242 do Código Penal Brasileiro, segundo o qual: “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: pena- reclusão, de 2 a 6 anos”, o que deve envolver paga, como permite concluir a redação do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, ao ressaltar a hipótese de perdão judicial por ato de “reconhecida nobreza”.

Esse viés reclama, por mais uma vez, o enfrentamento da liberdade de disposição que a mulher tem de seu corpo, a qual não é absoluta, e pode estar em concorrência com outros direitos fundamentais, sem que resulte no sacrifício dos últimos, podendo haver, até certo ponto, a convivência de ambos, sem perder de vista que

³² PINHEIRO, Jorge Duarte. Op. cit., p. 77.

nenhuma liberdade pode custar um retrocesso social, nem a eficiência que deve haver na promoção da Dignidade da Pessoa Humana, sobretudo da criança que resultara da gestação para outrem.³³

³³ Como leciona o Professor português Jorge Duarte Pinheiro: “O contrato de gestação gratuito não enfrenta o mesmo grau de oposição. A Exclusão de uma contrapartida econômica para a mãe de gestação, que revela o altruísmo de sua atitude, leva os autores a defenderem a plena validade do contrato nos casos em que a mãe de recepção seja também a mãe genética, por não haver colisão com aquele que seria o critério exclusivo ou predominante do estabelecimento de filiação (o critério biológico), ou a pugnar, ainda que *de lege ferenda*, pela validade de todos os contratos de gestação a título gratuito, de forma que evite uma discriminação dos casais compostos por mulheres impossibilitadas de levar a cabo uma gestação com sucesso, que não poderiam ter filhos perante os casais inférteis, que já poderiam ter filhos mediante o recurso às técnicas de procriação assistida. Não obstante a menor censura moral que enfrentam os contratos gratuitos de gestação por conta de outrem ou até a simpatia pública que por vezes gozam, um ilustre cultor do Direito de Filiação pronuncia-se pela sua invalidade, apresentando fundamentalmente as seguintes razões: ao estipularem a entrega (de facto e de direito) da criança que venha a nascer a alguém que não é mãe de gestação, tais contratos são nulos, ao abrigo do disposto no artigo 280º, n. 1, do Código Civil (português), porque violam o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores, que é um dos princípios básicos da regulamentação dos estados de família; além disso, o consentimento da mãe de gestação quanto á entrega da criança, sendo prestado antes da concepção, ofende o artigo 1982º, n. 3, do Código Civil português (que prevê que o consentimento para adopção só pode ser

No Direito português, assim como no Brasil e outros países, há limites ao exercício dessa liberdade, vez que deve haver a busca de desenhos normativos que aumentem o bem-estar social e realizem a prioridade absoluta concedida às crianças e adolescentes (Constituição brasileira, artigo 224).

Em face desse aspecto de ordem pública, se o contrato de gestação for oneroso, ou seja, envolver paga ou compensação equivalente, é absolutamente nulo, consoante o artigo 280º do Código Civil português, bem assim por efeito do disposto pelo artigo 166, II, do Código Civil brasileiro, porque a gestação funcionaria como um serviço qualquer a ser prestado,

dado pela mãe do adoptado decorridas seis semanas após o parto), aplicável analogicamente, o que torna nulo o consentimento estruturante do contrato de gestação, por força do artigo 294º do mesmo diploma”. E acrescenta: “[...] salvo o devido respeito, os dois motivos apontados não são decisivos: na eventualidade de coincidência entre a mãe genética e a mãe de recepção, é discutível quer a existência de uma violação das regras legais de regulação do destino dos menores, dado o predomínio do critério biológico no estabelecimento da filiação (que, por isso, tende a orientar a definição da titularidade dos direitos e deveres paternais), quer uma aplicação analógica do regime da prestação do consentimento da mãe do adoptando à prestação do consentimento da mãe de gestação, já que o regime da adopção pressupõe que os adoptantes não sejam também os progenitores biológicos.” Ibid., p. 78/79.

mediante uma contrapartida econômica, para posterior entrega do filho gestado e nascido vivo a pais de recepção, na mais flagrante mostra de afronta à personalidade (objeto ilícito), que é da inerência do homem, atributo da Dignidade da Pessoa Humana (DPH).

De outra vertente, é menor a resistência na sua ocorrência pela modalidade gratuita, pois deixa evidenciar uma conduta mais altruísta da mãe em substituição, a qual cede seu corpo, voluntariamente, para gerar o bebê de uma mulher que não pode fazê-lo, sendo que o assunto não é bem tratado a nível normativo e menos ainda quando a adoção do método ocorre por casais homoafetivos.

Como a imaginação humana não tem limites, nos tempos modernos, pode acontecer, para além dos fatores acima ponderados, de um casal homossexual de mulheres decidir que uma delas doará seus óvulos para a fecundação pelo espermatozoide de um doador anônimo (banco de sêmen), de forma a implantar o embrião na barriga da outra componente do casal, a qual assume a tarefa da gravidez e dar à luz. Daí que ambas participam do processo de fecundação, geração e nascimento do “filho comum a elas” e despido, *ab ovo*, da identidade paterna. E como ocorre no caso da mulher só que pretende ter

acesso à técnica de reprodução assistida, não há nenhum referencial paterno planejado e preconcebido pela vontade dessas mulheres. Ademais, o que há de diferente na situação: duas mulheres que se julgam mães da criança, no caso de separação do casal, enfrentarão maiores dificuldades, certamente, na fixação de guarda (simples ou compartilhada), à luz das enormes lacunas legislativas a preencher, tudo sem olvidar o maior interesse da criança, a qual não deve ser arrastada pelo conflito das “mães”.

Não bastasse, a hipótese tem imbricados outros elementos conceituais de maternidade, uma vez que, do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Contudo, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com sua fecundação no útero materno (nidação). Daí haver um híbrido de critérios biológico e jurídico na definição de quem é mãe, além do que cada uma dessas mulheres, ao que parece, dá corpo e forma à pessoa do nascituro, pensando-o como filho, a reclamar, em caso de separação, estudos multidisciplinares mais acurados sobre as funções familiares envolvidas e sobre quem assume, efetivamente, o papel

afetivo de mãe³⁴.

Em linhas um pouco diversas, já há decisão judicial, no Brasil, que admite a possibilidade de adoção unilateral à mulher companheira da mãe da criança, segundo a ideia de que:

“[...] o que gera uma 'família' são os laços de afeto e respeito que unem seus componentes, tratando-se de mães competentes, amadurecidas, esclarecidas e afetivas que se revezam em grande sintonia, zelando primorosamente pela criança”, de modo que concedeu o

³⁴ Vale dizer: o filho é fruto da autodeterminação moral dessas mulheres, as quais assumiram seu projeto existencial, sem nunca descurar que aqui prevalece a dignidade desse filho como pessoa, cujo ambiente familiar de desenvolvimento deve ser o mais harmônico, saudável e que pareça, ao menos em linhas gerais, com a normal afetividade.

pedido. E quanto ao assento de nascimento da criança, determinou-se que deverá constar ser filho da genitora e de sua companheira, neta dos genitores destas, "sem que se decline a condição de pai ou mãe [...]"³⁵

Ocorre que o caso é de adoção, à luz do artigo 41, §1º³⁶, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro) o que, como vimos, parte do

³⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, MMª Juíza de Direito Renata Bittencourt Couto da Costa, Titular da 1ª Vara da Infância e Juventude do Foro Regional da Lapa, São Paulo/Capital.

³⁶ ECA - Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: “[...] **Art. 41.** A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.”

pressuposto de que a criança não tem, nascida, o poder familiar bem exercido pelo pai biológico, o que nada tem em comum com um doador anônimo de sêmen buscado em um banco para reprodução assistida, pelo que: a hipótese não tem o condão de infirmar todos os fundamentos das críticas realizadas acima, em prol da proteção do Direito de família e do Direito de Personalidade, cujos valores se prestam à tarefa de integração de lacunas, face a falta de apoio ou correspondência verbal do texto normativo com a situação de fato posta. Isto é posto a lume, porque o tipo de integração valorativa passa, sobretudo no Brasil, pela carência de regras explícitas ou implícitas³⁷ para tratar da interseção

³⁷ Atualmente, o regramento da matéria encontra algum e modesto desenho na Resolução 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que enfatiza a segurança da saúde da mulher e a defesa dos direitos reprodutivos para todos os indivíduos, notando-se que alinha por principais diretrizes: 1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar a resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos. 3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão

entre técnicas médicas de reprodução assistida, mãe de substituição e união estável homossexual, a exigir que processos valorativos sejam comprometidos com princípios humanos fundamentais e construam soluções jurídicas e legítimas, ou melhor colocado, conformes à constituição, para o caso concreto, vez que a realidade, traduzida com muitas variáveis, conforma híbridos mal

detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida. 4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer. 4 5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não a procriação humana. 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos. 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

racionalizados ou sequer tocados pela experiência legislativa e jurisprudencial.

No cenário brasileiro, em verdade, as transformações nas organizações familiares são muito sensíveis, a ponto de a união estável ser equiparada ao casamento, em direitos e deveres, e tratada pela Carta Magna como verdadeira entidade familiar, sem tempo mínimo para o seu reconhecimento, salvo o preenchimento dos pressupostos dispostos pelo artigo 1723 do Código Civil brasileiro, cujo elástico de expressões é complicador da definição do que pode ser considerado “casal”, para aplicação dos métodos artificiais de reprodução humana mal tocados pelo art. 1597, inc. III a V, do Código Civil pátrio, notando-se que o último sequer trata da gestação em substituição, nem admite interpretação extensiva para sua compreensão³⁸.

³⁸ Seja como for, – leciona Jorge Duarte Pinheiro, conspícuo doutrinador português, que “[...] o contrato de gestação a título gratuito não deixa de ser sempre nulo, nos termos do artigo 280º, n. 1, do Código Civil português, por violar princípios da ordem pública em matéria de Direito da Personalidade, uma vez que esse contrato impõe a uma das partes que ela suporte ‘uma gestação integral necessariamente perturbadora da sua condição de mulher’. Há uma intensa instrumentalização do corpo de uma pessoa para que outra possa receber um filho”. E conclui: “[...] apesar disso, nada impede a mãe de substituição, desde que seja mãe jurídica da criança,

Esse quadro ilustra que “modismo” ou “modernismo”, sem um fim social maior, no tratamento da vida humana, no caso, da vida inserida na proteção da família, reclamam, ante à vastidão das lacunas da lei no seu tratamento, que sejam resolvidas juridicamente, para bem do desenvolvimento da própria sociedade e de seus membros, notando-se as contrapartidas para estes, todas as vezes que houver compressão de direitos fundamentais, sobretudo de nascituros, crianças e adolescentes, a qual não pode ser despida de motivação e interesse públicos, muito menos impelida por egoísmos e ambições exacerbadas, nem relegada à autonomia da vontade privada, pois o próprio Estado tem o dever de proteger a vida e o desenvolvimento daqueles especiais sujeitos de direito, ou seja, de otimizar sua dignidade, o que se repete para outros direitos fundamentais, cuja otimização é necessária, também, à preservação dos próprios fundamentos do Estado e da sociedade, mesmo porque são marcados pela irrenunciabilidade, universalidade e historicidade, tudo a reclamar

decida livremente da-la em adopção à mãe de recepção, prestando o consentimento adequado para o efeito depois de decorridas seis semanas após o parto.” Op. cit., p. 80.

razoabilidade e proporcionalidade na edição e aplicação das normas que integram o sistema jurídico, com destaque para os princípios, que perfazem ferramentas fundamentais no trabalho de integração e interpretação das leis, mesmo porque as leis não acompanham em mesma velocidade tamanhas mutações sociais.

Nesse cenário, a proteção da família e da personalidade não admite interpretações ou integrações despidas de sentido, absurdas, nem inúteis (não razoáveis), o que afirma a enorme responsabilidade que deve ter o Estado-Juiz na sua atuação, a qual não descarta a diagnose hermenêutica constitucional, utilizando-se obrigatoriamente da boa-fé, de modo a intensificar a confiança na atividade jurisdicional sábia, previdente, racional e justa dos Tribunais e Juízes de um país³⁹.

³⁹ Isso ganha muito relevo no Brasil, sede em que, como observa a doutrina nacional, no direito civil as famílias monoparentais não existem, mas o legislador pressente (e o intérprete deve estar bem atento a isto) ser inegável que a organização da autoridade parental na família “natural” e na família “legítima” desunida ocorreu em função das situações de monoparentalidade, sendo que, no caso brasileiro, a defasagem entre a realidade social e a normatização da conduta é ainda mais pronunciada.

4. CONCLUSÃO.

O que interessa, pois, num país em que a responsabilidade civil por atos legislativos é praticamente nula, como no Brasil, é definir, como bem sintetiza o Professor Alberto Silva Franco, o papel que o Juiz passa a exercer na interpretação e aplicação da lei. Em resumo, é mister que se questione o relacionamento que o Juiz deve ter com a Constituição e as leis infraconstitucionais e o fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário. O Juiz e a Constituição devem ter, em verdade, uma relação de intimidade: direta, imediata e completa. Há um nível de cumplicidade que os atrai e os enlaça, na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se, ao mesmo tempo, um sistema de garantia com o objetivo de preservá-los. O Juiz passa a ser garantidor do sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou de ameaças de lesões aos direitos, permanecer em estado de inércia ou indiferença ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição.

Mesmo em solo movediço de realidades modernas, como as acima versadas, o papel do Juiz, extremamente necessário, é o de garantir os direitos fundamentais consagrados na Constituição, assim como, na área versada, os princípios do Direito de Família, o que está para além da pura técnica de atuação do Direito Positivo, na medida em que envolve a construção jurídica da Moralidade Pública Universal, de maneira a atuar, efetivamente, a não discriminação. Destarte, a pessoa é pensada como “sagrada” e envolta em uma aura de não violência, bem como é pensada – inclusive em diversos diplomas internacionais de Direitos Humanos e Constituições – a proteção da pessoa em situações específicas de vulnerabilidade (a exemplo da proteção do gênero e proteção integral da criança e do adolescente). A pessoa deve ser olhada com respeito e ser reconhecida como pessoa, funcionando o próprio Direito como padrão de reconhecimento da qualidade de pessoa (documental), como as Instituições devem fazê-lo na atuação do Direito. O risco criado pela sociedade do desprezo, de banalização do mal, de destituição ou destruição da personalidade da pessoa, é repudiado então pela não omissão, assim como pela minimização das diferenças. E a

função jurisdicional é pensada aqui como exercício do diálogo e mediação institucional para a construção desse sujeito de direito e da Dignidade da Pessoa Humana.

O perfil e espírito do Juiz atual tem a luz da ética, da reflexão filosófica e da formação jurídico-humanista, para instrumentalizar um Poder Judiciário independente, transformador e comprometido com o enfrentamento de desafios impostos pela modernidade, de maneira a evitar que a desenfreada “mutação social” imponha – a pretexto da “sobrevivência de interesses flutuantes e banalização do mal” – fórmulas distantes das constitucionalmente fundadas, constitucionalidade essa bem prestigiada na atuação jurisdicional, com destaque a valores como princípios, promovendo-se sua convivência harmônica, razoável e erigida na espinha dorsal da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.013**, de

16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. D.O.U., Brasília, 09 mai. 2013. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Direito constitucional: teoria geral da constituição.** Coleção doutrinas essenciais do direito constitucional, edições especiais 100 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi: O Estado constitucionalista, o modelo e sua discrepância com a realidade. **Revista do Ministério Público.** Lisboa, jul/set 1996, v. 17, n. 67.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência.** 8ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Guarda, visitação, busca e apreensão de menor.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de direito da família e das crianças.** Lisboa: AAFDI Editora, 2015.

PIOVESAN, Flávia (org.); PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Os direitos humanos das crianças e dos adolescentes no direito internacional e

no direito interno. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9ª ed. rev. São Paulo: Melhoramentos, 1994.

VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

**CONSTITUIÇÃO E DIREITO
CIVIL: UMA HOMENAGEM
AOS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL
DE 2002**

*Pietro Nardella-Dellova*⁴⁰

⁴⁰ **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, 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 membro do Observatório Judaico de Direitos Humanos. 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. Foi 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

RESUMO

Os tópicos tratados em sede de Direito Civil, especialmente as estruturas básicas do arcabouço civilístico, ganham uma dimensão civil-constitucional, sobretudo no que respeita às suas funções sociais. No presente texto, estudaremos o desenvolvimento do Direito Civil e de suas Instituições e como chegou aos tempos atuais como sistema de direito privado. O Direito Civil tem sua fonte no antigo Direito Romano, porém encontra, realmente, a estrutura sistêmica a partir da Revolução Francesa, especificamente a partir do Código Civil francês ou, também chamado, Código de Napoleão.

Palavras-chave: *código civil, constituição, direito civil-constitucional*

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.

ABSTRACT

The topics dealt with in Civil Law, especially the basic structures of the civil framework, gain a civil-constitutional dimension, especially with regard to their social functions. In the present text, we will study the development of Civil Law and its Institutions and how it arrived at the present time as a private law system. Civil Law has its source in ancient Roman Law, but it actually finds its systemic structure from the French Revolution, specifically from the French Civil Code or, also called, Napoleon's Code.

Keywords: *civil code, constitution, civil-constitutional law*

INTRODUÇÃO⁴¹

O Direito Civil desde as suas origens romanas e, em especial, após a Revolução Francesa (1789), manteve um caráter privatístico, sobretudo nos sistemas codificados. Muitos assuntos, entre os quais, o sujeito de direito, os bens, os fatos jurídicos, as obrigações, contratos, direitos reais, sucessões e até mesmo família, foram mantidos em um contexto de direito privado, quase que exclusivamente romano.

As relações jurídicas, de caráter civil, por exemplo, Pessoas, Bens e

Fatos Jurídicos, eram tratadas no sistema privado, e nele mantidas. Mas esse modelo demonstrou-se esgotado, tendo em vista que, apesar da origem romana, as sociedades contemporâneas não são romanas, e sim multifacetadas, plurais e em plena diversidade. Além disso, não apenas não são sociedades romanas (embora romanizadas!), como também não têm as mesmas bases sociais, econômicas, religiosas e geográficas que aquelas dos romanos.

Por isso mesmo, muitos dos antigos institutos do Direito Romano foram submetidos aos critérios hermenêuticos modernos, critérios esses com valor principiológico constitucional. Não se pode falar em aplicação simples e pura dos institutos romanos sem que estes sejam adequados e entrem em harmonia com a realidade dos tempos atuais.

Ademais, se havia, como há, um princípio de autonomia de vontade, este submete-se a outro princípio, agora, supremacia da ordem pública. A vontade não pode ser considerada em toda a liberdade, pois está sempre no contexto social e, neste caso, há uma ordem pública a ser considerada. Some-se a todos os princípios clássicos, o da boa-fé, não mais subjetiva, mas objetiva, ou seja, muito mais próxima do que os romanos chamavam de *honest*

⁴¹ O presente texto é parte integrante do e-book Teoria Geral do Direito Civil, publicado pela Delínea/Faculdade de Direito Padre Anchieta, 2022, aqui aproveitado como homenagem aos 20 anos do Código Civil de 2022.

vivere, isto é, viver cumprindo o papel social.

Porém, no avançar do processo de constitucionalização, os direitos humanos de qualquer dimensão ou geração, uma vez conquistados, foram se tornando direitos fundamentais, inseridos no texto constitucional como núcleo (imutável) do projeto constitucional de país. Enquanto o movimento dos direitos humanos continua, sem fim, os direitos fundamentais foram se registrando como conquistas constitucionais.

Assim como os direitos humanos foram se cristalizando no texto constitucional, as várias constituições, mormente, após o final da Segunda Guerra Mundial, foram ampliando seu raio de interferência para além da organização política e econômica do Estado, e alcançando setores até então privativos e objeto dos Códigos Civis, como propriedade, obrigações e família.

No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, abriu um universo de repercussão no direito privado, ora com aplicação imediata, ou seja, diretamente no texto constitucional, ora como fundamento hermenêutico.

Alguns autores, e juristas, chamam o novo Direito Civil de Direito

Civil-Constitucional. O Direito Civil não pode mais ser considerado isolado, autônomo e autogestivo. Há, sim, hoje uma hermenêutica expressivamente constitucional, criando-se um tipo de hermenêutica proativa que, entre outros aspectos, leva a uma compreensão constitucional do direito infraconstitucional.

Poder-se-ia dizer que o direito civil, mantendo-se ainda civil e privado, não obstante nasce na Constituição Federal e, em movimento dinâmico (o que o difere do antigo direito civil), carrega em seus dispositivos as marcas e a substância constitucional. Um aspecto importante do então chamado Direito Civil-Constitucional que, como dito acima, preferimos tratar como Direito Civil em chave hermenêutica constitucional, refere-se à pessoa humana. Vejamos. Na dimensão privatística, a pessoa não passa de sujeito de direito e de obrigações.

A pessoa no Direito Civil e Processual Civil, ainda que natural, anda ao lado da pessoa jurídica e da personalidade anômala. São sujeitos de direito! Mas com o advento da Constituição Federal de 1988, descortinou-se outra dimensão, um quarto conceito, mais amplo, de pessoa: a pessoa humana.

Agora, não apenas há uma

pessoa humana, mas a mesma carrega consigo, intrinsecamente, a dignidade. A Constituição trata isso como princípio fundamental para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito (Artigo 1º, III, CF/88).

Diante da CF/88, há as pessoas, sujeitos, e há, agora, a pessoa humana, cujo conceito e amplitude é muito maior. Tão maior que influenciou o texto do Novo Código Civil (2002), trazendo dispositivos de como os que se referem aos Direitos da Personalidade.

É a mesma dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição, que abrirá caminho para a compreensão das obrigações no modo humano ou, se quisermos, a humanização das relações obrigacionais. Um dos efeitos deste fenômeno de constitucionalização das relações privadas verifica-se nos bens penhoráveis e, acima de tudo, na Lei 8009/90 (posterior, portanto, à CF/88) cujo texto é fruto da humanização. Embora o direito do credor deva ser respeitado, o mesmo credor segue os passos de uma ética constitucional quando deve fazer valer o seu direito.

Os tópicos tratados em sede de Direito Civil, especialmente as estruturas básicas do arcabouço civilístico, ganham uma dimensão civil-constitucional, sobretudo, no que respeita às suas funções sociais.

No presente texto, estudaremos o desenvolvimento do Direito Civil e de suas Instituições e como chegou aos tempos atuais como sistema de direito privado. O Direito Civil tem sua fonte no antigo Direito Romano, porém encontra, realmente, a estrutura sistêmica a partir da Revolução Francesa, especificamente a partir do Código Civil francês ou, também chamado, Código de Napoleão.

Nesta ocasião, propunha-se uma divisão completa entre Constituição e Direito Civil e, assim, foi o seu desenvolvimento ao longo do século XIX e boa parte do século XX, mas desde o final da II Guerra, o direito civil foi humanizando-se e as Constituições democráticas foram disciplinando cada vez mais a vida comum. Daí, o chamado novo Direito Civil está profundamente marcado com princípios e normas constitucionais, chamando-se Direito Civil Constitucional.

1. Desenvolvimento do Direito Civil

A Constituição e o Direito Civil se referem a setores do sistema jurídico, sendo aquela, tradicionalmente, a Carta política de um Estado, e esse o sistema privado que envolve interesses individuais acerca das obrigações jurídicas, contratos, responsabilidade civil, propriedade, família e sucessões.

A ideia básica de Constituição é a de organização do Estado, a definição dos três Poderes da República, a atribuição de competências às Instituições, o regime político e sistema de governo e, nos Estados democráticos, um setor especialmente dedicado aos direitos fundamentais.

Desde a origem, a ideia de Constituição é relacionada ao direito público e o Direito Civil, privado. Mas, com o passar do tempo, essa dicotomia foi desaparecendo e, hoje, há quem diga que não mais existe.

O direito privado, no dizer de Caio Mario da Silva Pereira, foi atenuando seu caráter privativo e sendo submetido ao processo de *publicização*, ou seja, a Constituição para além de ser uma Carta política, vai adquirindo juridicidade e, assim, podendo ser aplicada de modo cogente, impositivo (2016, v.1:15,20).

Na hierarquia das leis, a Constituição já figurava como Lei Maior, Carta Magna e, a partir da constitucionalização do direito privado, ganha primazia na solução de problemas que antes eram afeitos ao chamado direito infraconstitucional

Importante ressaltar que não se trata de respeitar princípios constitucionais, nem mesmo de realizar a interpretação de um fato a partir da

chave hermenêutica, mas de realizar o princípio constitucional na esfera privada.

Esse fenômeno é antigo. Clovis Bevilacqua, autor do Projeto do primeiro Código Civil brasileiro, em 1935, pronunciando em uma Conferência no Ceará, falou sobre a *Constituição e o Código Civil*. Na ocasião, referia-se à Constituição de 1934 e ao Código Civil de 1916 e, com grande maestria, apontou as conexões entre Direito Civil e Constituição (1940:27).

Bevilacqua está refletindo sobre aspectos embrionários de um fenômeno da primeira metade do século XX, que vai, contudo, se fortalecer apenas depois de 1945, com o fim da II Guerra Mundial, com a criação da ONU – Organização das Nações Unidas – com a promulgação da nova Constituição brasileira de 1946, plenamente democrática, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e com os Pactos Internacionais de 1966.

É um período de humanização do direito e, pouco a pouco, as Instituições tradicionais vão dando lugar à pessoa humana e sua inegociável dignidade.

De fato, a segunda metade do século XX é a era dos direitos e dos microsistemas. Até então, por

exemplo, tratava-se de um contrato ou da relação com os filhos no contexto do Código Civil. Entretanto, pouco a pouco, o contrato ganhou especificidades e, uma delas, a de relação com o consumidor. Os filhos, não mais discriminados como legítimos, ilegítimos, incestuosos, adúlteros, ganharam, enquanto menores, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Os exemplos são inúmeros.

Trata-se de um momento humanizador universal e regional, capaz de criar leis específicas, cujo valor da justiça vai se demonstrando mais forte.

2. A constitucionalização do Direito Civil

Com a Revolução Francesa de 1789 surge, sob o manto burguês, o caráter sagrado da propriedade e tudo o que a ela está ligado. Vale dizer, que no Direito Civil, expressivamente privatístico, todas as instituições estão ligadas e até submetidas à propriedade.

O primeiro Código Civil, de 1804, foi chamado de *código da propriedade*, em face da sua acentuada proteção aos direitos individuais do proprietário. Como dissemos, à Constituição reservava-se o papel público de organizador do Estado, separada dos direitos de propriedade.

Como o advento dos

movimentos sociais durante o século XIX, de insurgência contra os ditames e injustiças da propriedade excessivamente protegida, algo daquele caráter radicalmente privatístico foi se relativizando, por exemplo, nas conquistas de direitos sociais trabalhistas e sindicais. O que era tratado simplesmente como um contrato de prestação de serviço, foi se desenvolvendo, no movimento sindical, como direito do trabalhador.

O início do século XX, com o advento das primeiras Constituições sociais, a Mexicana, de 1917, e a de Weimar, em 1919, o chamado direito privado passa a experimentar uma interpretação não mais e exclusivamente burguesa, mas social.

O Brasil que conta, ao longo da sua história, com oito Constituições⁴², pode apontar como plenamente democráticas, a de 1946 e a atual, de 1988. Se a Constituição de 1946 advém, como resposta, após um período de dor e guerra, promovidas por regimes desumanos, destrutivos, ou seja, nazifascistas, a de 1988, também, depois de um longo período ditatorial militar.

A Constituição Federal de 1988

⁴² As oito Constituições são: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

traz em si aquele caráter de organização política e, também, o caráter jurídico de direitos fundamentais aplicados ao Direito Civil e, claro, a outros ramos do direito. No caso do Direito Civil, com incidência direta na igualdade entre pessoas e, por isso mesmo, igualdade contratual, igualdade familiar.

A pessoa, e não a coisa ou a instituição, como centralidade do Estado Democrático de Direito que vai ganhar um caráter de “pessoa humana com dignidade”. Não é mais simplesmente a pessoa natural, tratada tradicionalmente como sujeito de direitos e de obrigações no campo civilístico. E essa nova dimensão alcança, além de relações familiares, também as contratuais, as de propriedade e de responsabilidade civil, entre outros aspectos do Direito Civil.

A isso chamamos processo de constitucionalização do direito civil. É bem verdade que, por ter sofrido diretamente os impactos da guerra, a Europa saiu na frente em estabelecer os fundamentos dos Direitos Humanos. Na Itália surge o civilista Pietro Perlingieri, nascido em Nápoles, que faz profundos estudos do novo Direito Civil, a que chama Direito Civil Constitucional.

Diz Perlingieri que “a única possibilidade de efetivação da democracia na sociedade bilateral é o

respeito recíproco, a igualdade moral e jurídica”. Com Perlingieri, o Direito Civil ganha uma dimensão constitucional democrática. Ele a chama de *democraticità*⁴³ (1997, p. 40).

Gustavo Tepedino estudou com Perlingieri, na Itália, e compreendeu profundamente a atualidade da sua doutrina. Para o civilista brasileiro, a constitucionalização do direito civil não é simplesmente a aplicação de princípios constitucionais, mas a relação direta entre direito infraconstitucional e Constituição (2006, tomo II, p. 384-85).

De fato, a Constituição Federal de 1988, estabelecendo os Direitos Fundamentais como centro constitucional, deu a eles aplicação imediata, conforme o seu Art. 5º, §§. Por força do dispositivo constitucional, determinados direitos devem ser reconhecidos diretamente, independentemente de legislação civil infraconstitucional.

Como exemplo, citamos o reconhecimento das famílias homoafetivas, embora sem a proteção de uma Lei infraconstitucional, feito pelo STF – Supremo Tribunal Federal –

⁴³ *Democraticità* é uma palavra italiana que designa a essência do que seja conforme os valores democráticos.

que estendeu aos homoafetivos, com base na CF/88, a igualdade de direitos da família matrimonializada, com base na igualdade, dignidade da pessoa humana e a proibição de quaisquer tipos de discriminações ou preconceitos.

Outro aspecto importante é o direito de propriedade e de função social da propriedade, ambos fundamentais e indissociáveis. No antigo direito civil, a propriedade era exclusiva do seu titular. Na Constituição, respeita-se o titular e lhe protege o direito, mas este deve dar uma função social ao seu direito, porque no chamado direito civil constitucional o conceito é de comunidade de direito, e não mais direito privatístico exclusivo.

Ainda que o processo de constitucionalização do direito civil não possa ser impedido, não o é sem resistências. Lembra Paulo Lobo que as correntes mais tradicionalistas e conservadoras dos civilistas consideram que Constituição e Direito Civil devam permanecer em lugares distintos, pois, segundo essas correntes, o Direito Civil perderia sua natureza e objeto e se tornaria um detalhe do Direito Constitucional (2015, p. 53).

Claro está que o Direito Civil não perdeu sua força, mas evoluiu deixando a função de servir apenas a quem fosse proprietário para, enfim,

servir como lei de toda uma sociedade. Em outras palavras, a constitucionalização elevou o Direito Civil a um outro patamar sistêmico. Não é outra a percepção que se tem, por exemplo, do Código Civil de 2002, que, inspirado em valores constitucionais, ergueu-se, diferente do Código Civil de 1916, em bases da dignidade da pessoa humana, solidariedade, eticidade, igualdade, como, aliás, é o pressuposto do Estado Democrático de Direito desenhado na Constituição Federal de 1988, a saber: "construir uma sociedade livre, justa e solidária".

Mesmo civilistas tradicionais, como Carlos Roberto Gonçalves, consideram que o chamado direito civil-constitucional longe de destruir as instituições civilistas, dá a elas uma possibilidade axiológica diversa, com fundamentos principiologicos constitucionais (2014, p. 45).

Por último, como afirmamos na edição inaugural da Revista de Direito Civil, não se pode falar mais em Direito Civil e, ao mesmo tempo, não se pode abandonar o Direito Civil. Por isso mesmo, urge um "conceito que tenha como referência do Direito Civil em chave constitucional, ou um Direito Civil no contexto da Constituição" (RDC, 2019: v.1, n.1, 8).

3. Princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Civil

A tradição civilista brasileira, influenciada pelo sistema romano-germânico, foi construída tendo a lei, e não o princípio, como suporte decisório.

Basta lembrar que, conforme o Artigo 4º da LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, chamada anteriormente de LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, deixava os princípios, mesmo em se tratando de princípios privatísticos, como fonte suplementar última para solução de casos concretos. Antes dos princípios apareciam a Lei, a Analogia e os Costumes e, não os encontrando, os Princípios Gerais do Direito.

No processo de constitucionalização do direito civil, entretanto, os princípios gerais do direito foram substituídos, afirma Caio Mario da Silva Pereira, pelos valores constitucionais. Isso ocorre porque, como vimos, o Direito Civil perdeu seu posto de centralidade histórica para acomodar-se ao texto constitucional (2016, p. 19).

Francisco Amaral considera que os princípios orientam não apenas o sistema jurídico civil, como também o constitucional, e se apresentam como “pensamentos diretores, critérios para a

ação e constituição de normas, institutos jurídicos e diretivas básicas para orientar o intérprete” (2008, p. 62).

Podemos dizer, considerando que a Constituição participa das relações de domínio civil, conforme reconhece Miguel Reale (2005, p. 262) e que a Constituição estabelece valores que de modo cogente se aplicam em quaisquer relações jurídicas, conforme afirma Caio Mario da Silva Pereira (2016, p. 20), que o princípio é um ponto de valor em torno do qual se constrói um raciocínio lógico e um comportamento decisório.

Apresentaremos, a seguir, alguns dos princípios que norteiam o Direito Civil Constitucional.

4. Princípio da dignidade da pessoa humana

Para Miguel Reale, a Constituição de 1988 situou a “dignidade da pessoa humana” como fundamento da República Federativa do Brasil e, por isso mesmo, pressuposto de todo ordenamento jurídico (2005, p. 262).

Parece-nos exato afirmar que por ser fundamento da República, vale dizer, alicerce, sem esse princípio não se pode falar em Estado de Direito. Disso decorre que todo e qualquer instituto, jurídico ou não, deve ter como

pressuposto a dignidade da pessoa humana. Esse princípio estabelece a pessoa humana como centralidade e a eleva para um outro nível, o nível da humanização, o que antes era tratado como sujeito de direito e obrigações.

Paulo Lobo contrapõe “dignidade da pessoa humana à coisificação” (2015, p. 77). De fato, não se pode falar em dignidade da pessoa humana quando qualquer ato de coisificação ou reificação, que é o ato pelo qual uma pessoa é reduzida à condição de coisa.

E se falamos em pessoa humana e em dignidade da pessoa humana, não deve restar dúvidas de que a diversidade, a não discriminação, a igualdade econômica, a liberdade, entre outros direitos fundamentais constitucionais, impõem-se.

Não se pode falar em dignidade da pessoa humana sem aqueles e outros direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, pois todos são conquistas do processo da humanização do direito. Não é por outra razão que as relações entre pessoas, sejam de caráter obrigacional ou familiar, serão consideradas a partir deste princípio, e não mais, como outrora, pelo instituto patrimonial ou matrimonial.

5. Princípio da solidariedade

A solidariedade se desenvolve no contexto da laicidade a fim de superar a ideia de fraternidade. Esta pressupõe uma relação, de caráter religioso, que coloca toda pessoa humana como irmã de outra, enquanto a solidariedade desenvolve uma ética de convivência entre diferentes, de ajuda e apoio mútuos e, por isso mesmo, no contexto de laicidade onde se encontram grupos das mais diferentes culturas religiosas.

Paulo Lobo lembra que a solidariedade é uma regra-matriz constitucional, prevista no inciso I do art. 3º da CF/88 e, também, no art. XXIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem (2015:78). Assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade também rega todo o sistema econômico e jurídico.

Ser e manter-se solidário indica um estado de civilização avançada, consciente e proativa no que respeita à justiça distributiva e social. Não se pode falar em solidariedade em uma sociedade mesquinha, pequena, exploradora e desumana. Nesse sentido, o que antes era considerado uma sociedade criada pelo Estado liberal, individualista e de defesa da propriedade, avança e se desenvolve para uma sociedade no contexto de um

Estado democrático e social, vale dizer, como ensina Paulo Lobo, Estado solidário (2015:82).

É, portanto, no Estado solidário que as relações contratuais e de propriedade encontram o fim social. É no Estado solidário, que pressupõe, então, uma sociedade solidária, que as relações de família se estabelecem para a garantia da pessoa integral, ou seja, o corpo, a alma, o espírito e as relações interpessoais afetivas.

Dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, decorrem os demais princípios da igualdade, liberdade, boa-fé, autonomia privada e função social do direito.

Conclusão

No presente texto, acompanhamos o desenvolvimento do Direito Civil, a constitucionalização das relações privadas e o estabelecimento dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito Civil.

São pressupostos que permitem a compreensão de um direito civil que não tem mais a característica individualista que o marcou no início e que se manteve, no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988.

Se antes, o instituto, a coisa e a titularidade de um direito eram objetos do Direito Civil, com a

constitucionalização, de modo novo, é a pessoa humana, elevada a uma dimensão de centralidade de todo sistema jurídico, pessoa essa titular da dignidade que fundamenta o próprio Estado de Direito.

Além disso, vimos que não se compreende mais o Direito Civil como mera aplicação de normas escritas a um caso concreto, mas que estas se submetem à interpretação, tanto tradicional quanto constitucional e, em muitos casos, a Constituição é aplicada diretamente, sobretudo, os direitos fundamentais.

Enfim, as relações civilistas, que se estudam no Curso de Direito, no campo da pessoa, humana ou jurídica, dos bens, dos fatos jurídicos, das obrigações jurídicas, dos contratos, da responsabilidade civil, das famílias e das sucessões, além de outros temas, alcançam a sua plenitude e cumprem sua função quanto compreendidas à luz da Constituição e da ideia de comunidade solidária.

Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

BEVILAQUA, Clovis. **Opúsculos**. Vol. II. Rio de Janeiro: Pongetti, 1940;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito**

Civil Brasileiro – Parte Geral. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Parte Geral**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **A título de introdução: Direito Civil e Constituição** in Revista de Direito Civil da UniAnchieta. Vol. 1, n. 1, 2019 <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/article/view/860/751>. Acesso em 1 de junho de 2022;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. ITO, Debora et al. **Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao Direito Civil** in Revista de Direito Civil da UniAnchieta. Vol. 1, n. 1, 2019. <https://revistas.anchieta.br/index.php/RevistaDirCivil/article/view/870/761>. Acesso em 1 de junho de 2022;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Pierre Proudhon e sua Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Scortecci, 2021.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Delínea/Fadipa, 2022;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1, 2ª edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016;

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;

REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005;

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovas, 2006.

**CRÍTICA AO REGIME DE
GARANTIA LEGAL NO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
ANÁLISE A PARTIR DAS
NORMAS CONSUMERISTAS
DOS ESTADOS INTEGRANTES
DA COMUNIDADE DOS PAÍSES
DE LÍNGUA PORTUGUESA**

Ivan de Oliveira Durães⁴⁴

RESUMO

O regime de garantia legal previsto no Código de Defesa do Consumidor, ao não estabelecer prazo, coloca os consumidores em condição de intensa vulnerabilidade diante do mercado de consumo. Condição esta que se agrava, sobretudo diante da tendência mercadológica em reduzir a garantia normativa em 30 ou 90 dias, tratando-se

⁴⁴ Ivan de Oliveira Silva Durães: Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutorado em Antropologia pela PUC/SP. Pós-doutorado em Ciências da Religião pelo Mackenzie/SP. Pós-doutorado em Educação pela USF/SP. Doutor e Mestre em Direito (UNIMES/SP). Mestre em Ciências da Religião (MACKENZIE/SP). Especialista em Direito Processual Civil (PUC/SP). Bacharel em Direito (UMC/SP), Filosofia (MACKENZIE/SP) e Teologia (MACKENZIE/SP). Acadêmico e Pesquisador Sênior da Accademia Napoletana, Nápoles, Itália. Experiência docente em cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Braz Cubas. Pró-Reitor de regulação e pesquisa na Faculdade Teológica Batista de São Paulo. Autor de mais de 40 livros nas áreas do Direito, Filosofia e Religião.

de produtos e serviços não duráveis e duráveis, respectivamente. Observou-se que os Estados que compõem a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, ao estabelecerem prazo para a garantia em seus diplomas normativos de proteção do consumidor, criam regimes de proteção mais objetivos, evitando-se tratamento dúbio. O Brasil, diante do cotidiano das relações de consumo, carece de ajustes em seu regime de garantia legal.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Relação de consumo. Garantia legal. Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Teoria da vida útil.

ABSTRACT

The legal guarantee regime provided for in the Consumer Protection Code, by not establishing, places consumers in a condition of intense light in the consumer market. This condition is worsening, especially in view of the market trend of reducing the normative guarantee by 30 or 90 days, in the case of non-durable and durable products and services, respectively. Note that States protect the protection of the Community of Portuguese-Speaking Countries, when defining the deadlines to guarantee consumer protection, they create more objective treatment regimes, those that define the normative terms for the guarantee of the dubious. Brazil, in the face of the daily life of consumer relations, lacks adjustments in its legal guarantee regime.

KEYWORDS: Consumer. Consumer relationship. Legal guarantee. Community of Portuguese Speaking Countries. Lifetime theory.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a problemática relacionada à ausência de prazo de garantia legal no Código de Defesa do Consumidor, sob a perspectiva de que essa opção legislativa opera em desfavor do consumidor. A situação em território nacional se agrava, sobretudo diante da tendência de transformar os prazos de o consumidor reclamar em prazo de garantia normativa. Nestas percepções iniciais, acreditamos que a reflexão a respeito da garantia legal se mostra urgente e de abordagem necessária.

Ao longo da exposição, abordou-se os regimes de garantia legal disponíveis nas normas de proteção dos consumidores nos Estados integrantes da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, a qual o Brasil faz parte. O objetivo desta abordagem panorâmica foi analisar as diferenças e eventuais semelhanças entre os nove países que compõem a referida organização.

Na presente exposição, em que não se pretende esgotar o assunto, objetiva-se provocar novas investidas na análise crítica do regime de garantia do CDC, valendo-se também da incursão investigativa do Direito Comparado.

1. A CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Em 1990, surgiu na trilha democrática de nosso país, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) com o objetivo de garantir tutela especial aos vulneráveis nas relações de consumo, bem como estabelecer a política nacional de defesa do consumidor.

O CDC, atendendo às diretrizes do inciso XXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a principiologia de proteção dos consumidores nacionais e estrangeiros que, no território nacional, fizerem parte da relação jurídica de consumo, embora não tenha apresentado este conceito, deixando tal tarefa à doutrina⁴⁵.

Meritória é a técnica do CDC em reconhecer a ausência de igualdade entre fornecedores e consumidores para, num segundo momento, após a identificação da parte vulnerável, atribuir-lhe proteção diferenciada diante da desigualdade notória entre os

⁴⁵ O Código Civil e Comercial argentino, em seu artigo 1092, ensaiou uma definição, in verbis: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”. Exposição conceitual, bastante tímida que, por certo, demanda maior atenção da doutrina.

partícipes da relação consumerista⁴⁶. Nesta dinâmica, lembra Lorenzetti, que uma vez constatada a vulnerabilidade, é necessária a criação de mecanismos para a proteção específica.⁴⁷

Na sociedade de consumo, a articulação de mecanismos destinados à proteção do consumidor mostra-se urgente, pois deixá-lo à mercê da própria sorte no contexto econômico de incontáveis vicissitudes em seu desfavor é, no mínimo, devastador. Esse descuido, inclusive, colocará em risco muito maior os consumidores em condição de hipervulnerabilidade⁴⁸.

O grande desafio contemporâneo é atribuir efetividade ao conjunto de normas destinadas a proteger os vulneráveis⁴⁹, dos quais o

consumidor é erigido à personagem de honra na legislação consumerista. Pouco adianta normas jurídicas irretocáveis, do ponto de vista formal, quando as estruturas jurídicas não alcançam concretude na plena execução da tutela.

A busca da efetividade da norma, notadamente as de caráter protetivo, exige um criterioso cuidado hermenêutico, sob pena de se colocar em risco o sentido da produção legislativa.

Leis são criações humanas e, como tais, exigem rigorosa interpretação para o alcance de seu sentido e aplicação. Assim, a tarefa hermenêutica agiganta-se mormente diante de normas destinadas à tutela de grupos destinatários de proteção especial.

Prenhe do propósito de tutelar o consumidor em todas as fases do contrato de consumo, incluindo a posterior à contratação, o artigo 24 do Código de Defesa do Consumidor instituiu a garantia legal. E, nestes termos, o intérprete da norma irá se deparar com o seguinte texto a desafiarlo: “A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo

publicidade, nas demais práticas comerciais (interpretação sistemática do direito). 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴⁶ Conf. MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC*. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020.

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 36 e ss.

⁴⁸ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. *Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out. 2017.

⁴⁹ Conf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na*

expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.”

De início, chama a atenção o fato de que o CDC não aponta prazo para a denominada garantia legal. Com isso, o legislador codificado rompe com a ideia de que a garantia de adequação deve avocar um lapso temporal determinado. Peremptoriamente, esta não foi a opção normativa. Tem-se, assim, a garantia legal sem prazo, na tutela do consumidor vulnerável.

A ausência do prazo de garantia legalmente estabelecido não autoriza o intérprete a inserir aleatoriamente um termo destinado a desobrigar o fornecedor, pois isso não atenderá à razão existencial do CDC. A princípio, essa opção legislativa deveria ser utilizada em proveito do consumidor, parte vulnerável. Contudo, por conta da ausência de prazo, observamos marcantes dificuldades dos consumidores em efetivarem o direito a produtos e serviços adequados para o consumo, de acordo com a sua razoável expectativa.

Com os olhos na opção legislativa constante no CDC, analisaremos o regime de garantia legal presente na legislação dos Estados membros da CPLP.

2. O REGIME DE GARANTIA LEGAL NA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA DOS ESTADOS INTEGRANTES DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA – CPLP

Em 1996, em Lisboa, foi criada a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, a CPLP, organização composta por nove Estados-Membros, a saber: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Portugal, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. Dentre vários princípios da CPLP, merecem destaque a defesa da paz e da democracia; a promoção da justiça social e dos direitos humanos; a colaboração acadêmica e promoção da cultura e da língua portuguesas.

Devido à proximidade legislativa no âmbito da tutela dos consumidores, reservaremos este item para apresentarmos as regras jurídicas concernentes ao regime de garantia legal nos países integrantes da CPLP. Este propósito permitirá a compreensão comparativa dos regimes protetivos, no que tange ao tema desta pesquisa.

A regras jurídicas do regime de garantia dos produtos e serviços, nos Estados do continente africano que compõem os países da CPLP, sofreram

forte influência da legislação de Portugal. Tanto é que as leis de proteção do consumidor, de tais países, praticamente representam uma idêntica transposição da Lei de Defesa do Consumidor nº 24/96.

O espelho normativo de Portugal para a defesa do consumidor, nº 24/96, paradigma dos países africanos de língua portuguesa, estabelecia na versão original do seu artigo 4º os prazos mínimos para a Garantia Legal, sendo os seguintes: Para os bens móveis não consumíveis, o prazo mínimo de garantia legal era de 1 ano. Por outro lado, para os bens imóveis, o prazo mínimo de garantia legal era de 5 anos.

Convém ressaltar que a Lei nº 24/96, ainda hoje abre a oportunidade para o estabelecimento de prazos superiores de garantia, bastando acordo entre fornecedor e consumidor ou, ainda, prazo diverso em legislação específica⁵⁰.

Atualmente, o sistema jurídico português de proteção do consumidor ampliou os prazos de garantia legal, por meio de nova legislação. Assim, para atender às diretivas da União Europeia, concebeu-se em Portugal o decreto-lei

⁵⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada. Coimbra: Almedina, 1994.

84/2021, de 18 de outubro, destinado à regulamentação de novos prazos de garantia nos negócios jurídicos de consumo⁵¹.

Doravante, para os contratos de consumo sujeitos ao decreto-lei 84/2021, os prazos de garantia legal foram significativamente alterados, conforme segue. A) Prazo de garantia para bens móveis: 3 anos, impondo-se presunção de inadequação do produto em favor do consumidor nos 2 primeiros anos; B) Prazo de garantia de 2 anos para serviços e conteúdos digitais; C) Prazo de garantia de 10 anos para bens imóveis, quando ocorrerem anormalidades em suas estruturas.

Constata-se do decreto-lei 84/2021 que os prazos de garantia legal no regime português, atualmente, encontram-se mais benevolentes para com os consumidores, quando comparados com a anterior previsão constante na Lei nº 24/96.

Noutro giro, os países africanos, membros da CPLP, seguiram as mesmas diretrizes portuguesas

⁵¹ A respeito do papel das diretivas da União Europeia e os Tratados a elas correlatos, vide: LEITÃO, Luís Menezes. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. II*. Coimbra, Almedina, 2005; FROTA, Mário. *Direito Europeu do Consumo: Reflexo das Políticas de Consumidores da União Europeia*. Curitiba, Juruá, 2007.

constantes na antiga redação do artigo 4º, da Lei nº 24/96, sem qualquer alteração. Assim, semelhantemente ao antigo regime de garantia legal português, estabelecem prazos de 1 ano para bens não consumíveis e 5 anos para bens imóveis, os seguintes países: São Tomé e Príncipe, artigo 8º, da Lei 9/2017; Angola, artigo 5º, da Lei 15/03; Cabo Verde, Lei 88/V/98, artigo 8º; Moçambique, artigo 6º, da Lei 22/09; Timor Leste, Lei 22/09, artigo 7º. Infelizmente, não se encontrou disponível, na rede mundial de computadores, as normas atinentes à garantia legal nos ordenamentos jurídicos de Guiné-Bissau e Guiné-Equatorial.

Conforme se constatará abaixo, o Brasil, embora membro da CPLP, não optou pela determinação de prazo para a garantia legal, fato este que prejudica a proteção do consumidor

3. O AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR DIANTE DA AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DO PRAZO DA GARANTIA LEGAL NO CDC

A indefinição do prazo para garantia legal no CDC opera em detrimento do consumidor, pois ele fica à mercê da acomodação mercadológica,

por vezes, minuciosamente articulada para agravar a sua vulnerabilidade. Não obstante essa problemática, é possível encontrar na tradição doutrinária brasileira obras que sequer aventam o dilema da ausência de prazo de garantia legal, tampouco propõem soluções para a lacuna legislativa.

O silêncio doutrinário alcança até mesmo escritores ilustres, representantes da escola consumerista nacional. A título de exemplo, é possível destacar que os autores do anteprojeto de lei do CDC não enfrentaram, nem mesmo de longe, a ausência de fixação do prazo de garantia no artigo 24 do referido diploma.⁵² Na mesma linha, diversos outros autores do acervo doutrinário nacional deixaram de lado a oportunidade de desenvolver comentários a respeito da problemática ora posta à calva.⁵³

Cláudia Lima Marques, em seus

⁵² Vide: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 2001, p. 198.

⁵³ Citem-se, por todos: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Elsevier, 2010; KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Atlas, 2012; DEL MASSO, Fabiano. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Elsevier, 2011.

comentários à garantia legal, faz afirmação interessante em sua doutrina, *in verbis*: “Teria assim o CDC instituído não só uma garantia de *funcionamento* do produto, mas uma garantia até certo ponto de *durabilidade*”⁵⁴. Infelizmente, após essa importante constatação, a festejada doutrinadora não desenvolveu essa tese da garantia de durabilidade, que poderia influenciar as posteriores exegeses do artigo 24 do Código de Proteção do Consumidor, haja vista a influência de Marques na doutrina consumerista nacional.

Interessante observar que Antônio Herman V. Benjamin, em obra escrita em coautoria com Cláudia Lima Marques, rejeita a aplicação da garantia de durabilidade nas relações de consumo. Neste particular, destaca: “Não são poucas as vezes em que o fornecedor pretende, efetivamente, criar produtos e serviços com pouca durabilidade sem, contudo, informar o consumidor adequadamente”.⁵⁵ A partir dessa perspectiva, Benjamin segue em sentido contrário a Marques, que em

obra anterior defendeu, mesmo que timidamente, a garantia de durabilidade no CDC.

Diante da ausência do prazo de garantia, infelizmente, a tradição jurídica e mercadológica nacional valem-se dos prazos decadenciais previstos no artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁶. Com base nesse endereço normativo, atores sociais costumam afirmar que o prazo de garantia legal para os vícios aparentes e de fácil constatação é de 30 dias, diante de produtos e serviços não duráveis; porquanto será de 90 dias para produtos e serviços duráveis. Quanto aos vícios ocultos, o prazo decadencial, seja de 30 ou 90 dias, fluirá a partir do conhecimento do vício.

Destaque-se que o prazo

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2006, p. 404.

⁵⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 151.

⁵⁶ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis. § 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. § 2º Obstat a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; II - (Vetado). III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento. § 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

previsto no artigo 26 do CDC não deve ser confundido com o prazo de garantia, sob pena de grave erro interpretativo. Em verdade, o lapso temporal previsto na referida norma em destaque representa o lapso decadencial para o consumidor reclamar do vício junto ao fornecedor, requerendo-lhe providências em seu proveito. Trata-se de erro hermenêutico desmedido a afirmação de que os prazos do artigo em tela são os da garantia legal.

Infelizmente, os prazos decadenciais para o consumidor reclamar da inadequação do produto ou serviço são deveras reduzidos⁵⁷, o que prejudica a efetividade da norma protetiva em proveito do consumidor vulnerável. Acresça-se a isso a tentativa dos fornecedores em inculcar nos consumidores a compreensão de que o prazo de garantia é de 30 ou 90 dias. A todo o momento, é preciso lembrar que

⁵⁷ Preciosa é a crítica contundente de BENJAMIN acerca dos prazos exíguos de o consumidor se manifestar diante da inadequação do produto ou serviço. Neste sentido, anota: “Uma das práticas corriqueiras, particularmente no mercado brasileiro, é ‘cozinhar’, no próprio estabelecimento comercial, o consumidor que reclama, levando-o a crer que seu problema será resolvido. Sua reclamação é passada, sucessivamente, do vendedor para o gerente, deste para o diretor e, finalmente, para o departamento jurídico. Quando o consumidor resolve reclamar para um órgão oficial, seu prazo já foi ultrapassado.” (*Ibidem*, p. 150).

esses prazos dizem respeito ao período de reclamação eficaz. Reclamado no prazo, o consumidor poderá exigir, dentre outras opções, até mesmo a devolução da quantia paga.

Temos defendido que diante da ausência do prazo de duração da garantia legal, o caminho mais coerente é a adoção da teoria da vida útil dos produtos e serviços. Neste sentido, estamos em linha com Rizzatto Nunes⁵⁸ e Leonardo Bessa⁵⁹.

A teoria da vida útil apresenta considerável dificuldade para ser aplicada em nosso país, em especial em decorrência da indevida e inapropriada transfiguração dos prazos do artigo 26 do CDC, transformando-os em garantia legal.

Do ponto de vista prático, a técnica legislativa dos Estados integrantes da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, em que se estabeleceu o prazo para o gozo da garantia legal, mostra-se mais segura para os consumidores que contam com informações objetivas, sem se submeterem à sorte de suplicar ao Poder

⁵⁸ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 13ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo. 2019, p. 95.

⁵⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. Editora: Forense. São Paulo. 2019, 173.

Judiciário, ou órgãos de defesa do consumidor, o reconhecimento de um direito presente na norma fundamental de defesa do consumidor em território nacional, o CDC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual estágio civilizatório em que o país se encontra, a ausência de prazo para a garantia legal no CDC, opera para agravar a vulnerabilidade do consumidor, haja vista a tentativa dos fornecedores em negar ao consumidor prazos de garantia legal extensos, que levem em conta a vida útil dos produtos e serviços.

Na medida em que os Estados-membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, em suas respectivas legislações internas de proteção ao consumidor, optaram por estabelecer prazos de garantia legal, observa-se que, nesse particular, alcança-se maior efetividade na tutela consumerista. Tem-se, em tais regimes normativos, dados objetivos que facilitam a proteção da parte mais vulnerável das relações de consumo, o consumidor.

Diante da dinâmica do mercado de consumo nacional, anotamos a necessidade de radical alteração da interpretação do regime de garantia legal previsto no CDC, para que, a

partir desse cuidado, o consumidor obtenha tutela pós-contratual hábil para o reconhecimento de sua vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. Editora: Forense. São Paulo. 2019.

DEL MASSO, Fabiano. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Elsevier, 2011.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; SACCO NETO, Fernando. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Elsevier, 2010

FROTA, Mário. *Direito Europeu do Consumo: Reflexo das Políticas de Consumidores da União Europeia*. Curitiba, Juruá, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Atlas, 2012

LEITÃO, Luís Menezes. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Vol. II*. Coimbra, Almedina, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima.
Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2006.

MARTINEZ, Pedro Romano.
Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada. Coimbra: Almedina, 1994.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai.
Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

PASQUALOTTO, Adalberto;
SOARES, Flaviana Rampazzo.
Consumidor hipervulnerável: Análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out. 2017.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio.
Curso de Direito do Consumidor. 13ª Edição. Editora Saraiva: São Paulo. 2019.

**DOMINIUM DE TERRAS
INDÍGENAS NO BRASIL: A
HISTÓRIA DA ALDEIA DE SÃO
FRANCISCO XAVIER DE
ITAGUAÍ, NO RIO DE JANEIRO.**

*Marcus Fabiano Gonçalves*⁶⁰

*Regina de Paiva Alban*⁶¹

RESUMO

Este artigo é parte dos estudos que buscam compreender o processo de formação da propriedade privada no Brasil, desde as sesmarias à propriedade moderna, por meio da história da Fazenda Santa Cruz. Discute-se a origem e extinção da Aldeia de Itaguaí e o desfecho da comunidade indígena que, descida dos sertões pelos párocos da Companhia de Jesus no século XVII, permaneceu aldeada na região até o século XIX. Trata-se de um estudo de caso, de natureza exploratória, com abordagem qualitativa. Desenvolveu-se aqui uma pesquisa bibliográfica por meio de abordagem transdisciplinar que une direito, antropologia e história, destacando eventos – tais como projetos políticos e missionários perpetrados

⁶⁰Professor Adjunto I da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). fabiano.marcus@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/7436799669491341>.

⁶¹Estudante de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense PPGDC-UFF). reginaalban@id.uff.br, <http://lattes.cnpq.br/4144323151240806>.

pela Companhia de Jesus e pela Coroa Portuguesa, que envolviam índios e demais habitantes da Capitania do Rio de Janeiro – que influíram diretamente nas condições de conflitos de terras ao longo do tempo nos domínios da pungente Fazenda Santa Cruz.

Palavras-chave: Propriedade. Fazenda Santa Cruz. Aldeia de Itaguaí. Companhia de Jesus. Coroa Portuguesa.

ABSTRACT

This article is part of the studies that aim to understand the process of private property formation in Brazil, from the sesmarias to the modern property, through the history of Fazenda Santa Cruz. It discusses the origin and extinction of the village of Itaguaí and the outcome of the indigenous community that, descended from the backlands by the parish priests of the Society of Jesus in the seventeenth century, remained in the region until the nineteenth century. This is an exploratory case study, with a qualitative approach. A bibliographical research was developed here through a transdisciplinary approach that unites law, anthropology and history, highlighting events - such as political and missionary projects perpetrated by the Jesuits and by the Portuguese Crown involving natives and other inhabitants of the Capitania of Rio de Janeiro - that directly influenced the conditions of land conflicts over time in the domains of the pungent Fazenda Santa Cruz.

Keywords: Property. Fazenda Santa Cruz. Village of Itaguaí. Society of Jesus. The Portuguese Crown.

INTRODUÇÃO

Os conflitos envolvendo o domínio de terras, consubstanciados em complexas relações de conflitos e alianças entre índios, moradores e o arrematante da outrora jesuítica Fazenda Santa Cruz, se estenderam ao longo do século XIX, quando a Freguesia de Itaguaí foi elevada à categoria de Vila.

No presente trabalho, apresentamos alguns resultados alcançados no percurso de uma investigação maior, que busca compreender o processo de formação da propriedade privada no Brasil, desde as sesmarias à propriedade moderna, por meio da história da Fazenda Santa Cruz, no Rio de Janeiro. A absoluta e incontornável impossibilidade de registro de imóveis que se observa na região que hoje constitui o bairro homônimo causa perplexidade por se tratar de um espaço localizado na região metropolitana da capital fluminense.

O presente artigo, de caráter ensaístico, pretende empreender reflexões acerca da questão do *dominium* da terra pelos indígenas no Brasil tomando, como fio condutor a história da aldeia de São Francisco Xavier de Itaguaí, no Rio de Janeiro.

Dado o gigantismo do objeto da pesquisa principal a que nos dedicamos, cabe uma nota explicativa acerca do porquê da escolha do tema do presente

artigo, de modo a aclarar sua pertinência: após a expulsão dos inacianos e do confisco de seus bens, a aldeia, localizada nos limites da Fazenda Santa Cruz, que pertencera aos jesuítas, passou a ser alvo de disputas entre os índios e os novos administradores da fazenda. Trataremos, portanto, das origens e da extinção da Aldeia de Itaguaí, hoje transformada em município homônimo, como corolário de um conflito de terras ocorrido na Capitania do Rio de Janeiro, protagonizado por índios aldeados e colonos.

Para compreendermos a gestação do conflito, é fundamental destacar a concepção da Companhia de Jesus no tocante à organização dos aldeamentos, que serviram para consolidar os domínios ultramarinos portugueses no Brasil e para expandir as fronteiras da ocupação luso-brasileira, dada a configuração política do Império lusitano que se apoiava em profunda indissociabilidade entre o poder político e o religioso.

Com a expulsão dos inacianos, a partir das reformas pombalinas, a aldeia tornou-se Paróquia e, portanto, freguesia, em 1759. Localizada nos limites da Fazenda Santa Cruz, que pertencera aos jesuítas, a aldeia passou a ser alvo de disputas entre os índios e

os novos administradores da fazenda.

Em 1785, o silvícola José Pires Tavares, Capitão-Mor da Aldeia, requereu à Rainha D. Maria I a permanência dos índios, trazidos dos sertões da Lagoa dos Patos, supostamente, pelo Padre José de Anchieta, nas terras do antigo aldeamento jesuítico. Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, a aldeia teria sido extinta três vezes, voltando a se constituir a partir dos esforços dos índios e de seu líder, que chegou a viajar para a metrópole para pleitear a restituição das terras.

O desfecho dessa disputa dominial se dá por meio da atuação da Câmara Municipal. Segundo a Câmara, a criação da Vila, em 1818, teria marcado o fim da aldeia, com a integração do indígena à sociedade por meio de sua assimilação aos demais grupos nacionais que compõem a noção de povo brasileiro. Não obstante, permanecia em vigor o Aviso Régio de 1824, que atendia à solicitação do índio Thomaz Lopes, concedendo a porção de terra da aldeia, no interior dos limites territoriais da Fazenda de Santa Cruz, para cultivo dos índios. No mesmo ano, a portaria da lavra do Imperador D. Pedro I tornava os índios cidadãos brasileiros, consagrando-lhes o direito de acesso individual a pequenos lotes

das terras do aldeamento.

Estas são as reflexões que esse breve artigo procura suscitar, a fim de refletir sobre situações atuais emblemáticas, que envolvem as noções de terra, território e propriedade no Brasil.

O projeto político e missionário da Companhia de Jesus na América portuguesa

Para entendermos a estrutura fundiária de um país, é preciso acompanhar a formação de seu território desde as unidades mais modestas — arraiais, aldeias, povoados e freguesias — até as vastas extensões que acabam por delimitar suas fronteiras. (FRIDMAN, 2009, p. 93)

De acordo com dois importantes historiadores brasileiros, Caio Prado Jr. e Fernando Novais, a colonização é um ponto de partida fundamental. E, se recorrermos a Bosi, quando diz “colo é a matriz de colônia enquanto espaço que se está ocupando, terra ou povo que se quer trabalhar ou sujeitar [...] tomar conta de, no sentido básico de colo, importa não só em cuidar, mas também em mandar”, indagaremos acerca dos agentes da dominação. Aquele que desempenhou papel fundamental neste processo de sujeição foi a Igreja católica que, desde a Idade Média, através de

suas circunscrições ou polos de “cristianização” — paróquias, dioceses e províncias metropolitanas — possuía a vocação de dominar as áreas e definir o quadro de vida cotidiana, isto é, “colonizar e evangelizar se colocam em pé de igualdade [...]”.(FRIDMAN, 2009, p. 94)

O território americano foi ocupado pelos europeus com fundamento no direito de conquista⁶².

⁶²Em 1418, Dom Henrique conseguiu sagrar uma importante aliança: uma bula papal deu aval para o projeto de navegação, classificando-o como uma cruzada. Em termos técnicos, o reconhecimento desse estatuto na bula transferia à Ordem de Cristo o poder de organizar e administrar a Igreja nos territórios conquistados. Da cobrança dos impostos eclesiásticos à criação de bispados ou paróquias, tudo dependia do grão-mestre da ordem. Ao mesmo tempo o papa reconhecia o direito desta aos territórios conquistados aos infiéis e se comprometia a lutar pelo reconhecimento desses direitos entre outros reis católicos. Daí em diante, cada avanço para o sul e para o oeste será seguido da negociação de novos direitos. Em um século, os papas emitiram onze bulas privilegiando a Ordem de Cristo com monopólios de navegação na África, posse de terras, isenção de impostos eclesiásticos e autonomia para organizar a ação da Igreja nos locais descobertos. Já em Lagos a vida era muito cosmopolita para o tempo. Vinham viajantes de todo o mundo, de “desvairadas nações de gentes tão afastadas de nosso uso”, como diz Gomes Eanes de Zurara, na Crônica da tomada da Guiné. Entre outros, o autor cita moradores das ilhas Canárias, caravaneiros do Saara, mercadores de Timbuctu (hoje no Mali), monges de Jerusalém, navegadores venezianos, alemães e dinamarqueses,

Por intermédio do Padroado Real Português, Coroa e Igreja estabeleceram uma aliança estreita, definindo direitos e deveres que conferiam à primeira o título de “[...] patrono das missões católicas e instituições eclesiásticas na África, Ásia e Brasil” (ALMEIDA apud BOXER, 1981, p. 99).

Porquanto a primeira e principal obrigação dos reis de Portugal é promover a obra da conversão por todos os meios a seu alcance [...]” (ALMEIDA apud BOXER, 1981, p. 227). Segundo Almeida, esta observação inicial, presente em inúmeros despachos reais dirigidos a autoridades civis e eclesiásticas no além-mar, evidencia a dimensão religiosa da expansão ultramarina portuguesa e aponta para o papel relevante desempenhado pelas ordens religiosas na colonização, como principais agentes do trabalho missionário nas mais longínquas regiões do Império. (ALMEIDA, 2006, p. 1)

Não obstante afirmar o ideal religioso da colonização não significa, de forma alguma, subestimar os interesses políticos e econômicos tão

cartógrafos italianos e astrônomos judeus (CALDEIRA, 2017, p. 46).

fortemente aí associados. Trata-se, ao contrário, de enfatizar o vínculo estreito entre esses aspectos, indissociáveis, deve-se dizer, na Europa quinhentista e, sobretudo, nos países ibéricos.

Nesse passo, a menção à atuação do padre jesuíta Antônio Vieira e sua intensa articulação “político-religiosa” é referência fundamental à compreensão dos ideais amplos e globalizantes do projeto colonial português, visto em sua perspectiva de empreendimento político, econômico e religioso. Afinal, o Reino português devia ser forte, política e economicamente, para concretizar a missão divina que lhe fora destinada. (ALMEIDA, 2006, p. 1)

De fato, a historiografia jurídica luso-brasileira deve um tributo à figura do Padre Antônio Vieira. E vivemos, há alguns meses, um momento histórico no âmbito da literatura em língua portuguesa a partir da descoberta dos originais de sua obra-prima “*Clavis Prophetarum*” – Chave dos Profetas, obra a que Vieira, o “Imperador da Língua Portuguesa”⁶³, dedicou mais de cinco décadas. Seja enquanto discussão histórica, seja enquanto elocução literária, Padre Antônio Vieira é o homem-chave do

⁶³Epíteto que lhe foi atribuído por Fernando Pessoa. (Nota dos autores).

Século XVII em língua portuguesa. As proposições que se contêm na obra “*Clavis Prophetarum*” foram censuradas pelo Tribunal da Inquisição de Coimbra, instituição cujos métodos de atuação foram criticados por Vieira, simpático à manutenção dos Judeus em território português, juntamente com seus capitais, a serviço do projeto expansionista do império ultramarino.

Afigura-se, portanto, impossível realizar um estudo profícuo sobre o Brasil colonial sem considerar a atuação missionária e política do Padre Antônio Vieira. Para termos ideia da dimensão inevitável e incontornável de sua figura, consideremos que, em seus noventa anos de vida⁶⁴, Vieira não só testemunhou, como desempenhou papel decisivo em todas as questões relevantes da história portuguesa do século XVII.

O ‘projeto’ do padre Antônio Vieira coloca-se como parte de um esforço para garantir a soberania lusitana. Em vários de seus sermões o endereçamento é claro: são os nobres que devem sacrificar seu tempo e compartilhar a tarefa de remissão econômica do Reino⁶⁵. Neste sentido,

⁶⁴Vieira nasceu em 1608 e faleceu em 1697.

⁶⁵Vieira defendia a reestruturação do sistema tributário para garantir a segurança de um Império que estava duplamente

que muitas de suas posições, como a proposta de criação de companhias comerciais com dinheiro judeu ou a da entrega de Pernambuco aos neerlandeses, podem ser entendidas. (MANDUCO, 2005, p. 246).

Certo é que o século XVII fora decisivo para a legitimação da soberania lusitana, tendo em vista que, em 1640, Portugal recuperara a Coroa anexada por Castela, em 1580, após uma disputa sucessorial que dera a Filipe II o trono lusitano. Da coroação de D. João IV, em 01 de dezembro de 1640, até 1669, quando Castela reconheceu a soberania portuguesa, deu-se o processo de consolidação da nova dinastia, levando a Coroa a enviar diplomatas para diversas cortes europeias, principalmente, àquelas que tinham uma posição contrária a Castela, como a França e os Países Baixos. É neste contexto de instabilidade política que devemos entender a atuação do Padre Antônio Vieira, confessor e conselheiro do rei, que teve atuação marcante em quase todos os episódios referentes à Restauração Portuguesa. A questão que mais o preocupava: como garantir a soberania de Portugal contra um inimigo tão grande e poderoso quanto

ameaçado: pela Espanha nas fronteiras europeias, e pelos Países Baixos, nas disputas coloniais. (Nota dos autores)

Castela? Como reconquistar o papel que tivera outrora, ou seja, o de senhor dos mares e do comércio colonial? Nas palavras de Antônio Vieira: “Como se há de sustentar um poderoso exército para resistir às forças de Castela e com que se há de refazer este, no caso que se rompa, ou diminua⁶⁶ (MAGALHÃES, 2006, p. 87).

Seu olhar arguto passa pelos negócios do governo e pela maneira de conduzi-los. Há espaço em seus escritos e sermões para pensar e refletir sobre discussões como a necessidade do ‘dinheiro sem fé’ dos cristãos novos, a exemplo da proposta de criação de companhias comerciais com dinheiro judeu. Pode-se citar, ainda, neste sentido, a crítica realizada aos modos da Inquisição e, conseqüentemente, as propostas de alteração de seu exercício. A própria situação colonial, dados os conflitos jurisdicionais na questão do índio e do negro, é vivida de perto por descontínuos mais de 40 anos. (MANDUCO, 2005, p. 246).

Feitas essas breves considerações sobre a atuação política

⁶⁶VIEIRA, Padre Antônio. Proposta feita a El-rei D. João IV em que se lhe representa o miserável estado do reino e a necessidade que tinha de admitir os judeus mercadores que andavam por diversas partes da Europa. In: PÉCORA, Alcir (Org). *Escritos Históricos e Políticos*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 287.

de Vieira, passaremos a tratar de sua ação missionária, por meio de breve exposição do indigenato da Companhia de Jesus aplicado no Brasil, concepção teórica de Antônio Vieira.

O primeiro dado a reconhecer é o seguinte: os jesuítas portugueses genericamente partilham o temário e as posições dos tratadistas espanhóis da Segunda Escolástica que discutiram os títulos de justificação da Conquista, ao longo dos séculos XVI e XVII. (PÉRCORA, 2019)

Em consonância com a posição defendida pela maioria dos autores da Segunda Escolástica⁶⁷, Padre Antônio Vieira vai supor legítimas certas formas de organização política dos índios, bem como o direito de que mantenham consigo a posse de seus bens. Essa admissão de política e propriedade, embora bastante condicionada, bastava para impedir que se tomasse por justa causa de escravidão a recusa das tribos de se mudarem para as missões (PÉRCORA, 2019, p.154).

A política indigenista dos jesuítas perdurou por cerca de cem anos

⁶⁷O teólogo Dominicano Francisco de Vitória desenvolveu o conceito de *dominium* para sustentar o corolário de que “os cristãos não podem ocupar as terras dos infiéis se aqueles infiéis forem delas verdadeiros senhores” (FOUTO, 2021 p. 138).

e sofreu modificações ao longo do tempo, desde o momento em que Padre Antônio Vieira ocupava o cargo de visitador no Maranhão, detendo, portanto, o poder de formular a política da província, até o momento de sua morte. A política indigenista, de modo geral, pode ser descrita como o processo de educação que visa a despertar a natureza divina dos índios por meio da separação do índio de tudo o que remeta à prática de seus costumes e da segregação dos índios do convívio deles com os brancos e com os demais cristãos.

Assim, a primeira providência necessária a tal mister era constituir um local, denominado “missões D’El Rey”, no qual os índios ficavam separados de seus pais e antepassados e eram instados a abandonar o nomadismo.

A segunda separação, com relação aos brancos e dos demais cristãos, visava à manutenção da integridade física dos índios, pois, ao contrário dos espanhóis e de seu sistema de *repartimiento*, consubstanciado na entrega dos índios como mão-de-obra escrava para famílias de colonos, os jesuítas em atuação na América Portuguesa no tempo de Vieira contestavam o referido sistema, pois julgavam que os colonos compeliavam os índios a trabalharem até a exaustão e,

possivelmente, até a morte, sem qualquer tipo de educação religiosa. Vieira observa que parte desses colonos – em particular os paulistas – já se comportavam como os índios, praticando a poligamia, por exemplo. A separação dos índios dos brancos possibilitava, ainda, o controle sobre a educação e sobre a mão de obra indígena. Mesmo que os índios tivessem de servir nas cidades, o que ocorria de forma negociada, em momentos de pressão em razão da escassez de mão de obra, com alguma contrapartida (pagamento em tecidos, por exemplo) e por determinado período do ano. Essa dupla separação é a base da política indigenista jesuítica.

A causa das missões encerra a pretensão jesuítica pelo monopólio completo da questão indígena controlada pela Companhia de Jesus e apartada da política do Estado. Consideravam os índios a nova cristandade, o novo exército da igreja. Nesse sentido, o tipo de ação dos jesuítas preservava o corpo do indígena, mas evidentemente não o preservava como cultura ou concepção. Depois eles entram dentro do jogo do Estado, fazendo alianças com o Estado.

Os colonos contestavam a pregação, pois os jesuítas trabalhavam em favor de uma Igreja, que é

internacionalista e que também é fortemente articulada e relacionada com as monarquias europeias. Ademais, os colonos radicados no Brasil começam a ter seus próprios interesses políticos e econômicos, e, a exemplo dos Jesuítas, também lutam em favor de suas próprias proeminências locais. Por exemplo, na perspectiva de Manoel da Nóbrega, que é a mesma de Vieira, os Jesuítas têm de ter o monopólio, a hegemonia dos negócios indígenas. Nessa perspectiva, é a política indigenista dos jesuítas que deve regular a política do Estado e não o contrário. Eles eram totalmente avessos à intervenção dos governos locais nas missões, por exemplo.

Ao longo do Século XVII, observa-se, porém, que os jesuítas perdem força, em razão de divergências internas entre os próprios padres e em razão da morte de Dom João IV, apoiador incondicional de Vieira. Em geral, os governadores não o enfrentavam diretamente, sabedores de sua influência em Portugal. Em 1694, três anos antes de sua morte, no Colégio da Bahia, Vieira é o único a votar contrariamente ao negócio de apresamento dos índios, oferecido pelos paulistas ao governador da Bahia. Nesse momento, portanto, a causa das missões separadas da política do Estado já está

perdida.

Não se pode olvidar, porém, que em sua obra *Casa Grande e Senzala*, Gilberto Freyre⁶⁸ defende que os jesuítas contribuíram para dispersar, através da catequese e dos aldeamentos, a unidade que eles próprios articulavam através de seu sistema moral e educacional. Em sua concepção, o grande erro da empresa inaciana é a segregação religiosa dos índios nas aldeias. O controle sobre as populações indígenas teria levado os jesuítas ao mercantilismo e ao escravagismo, explorando o trabalho indígena em proveito próprio. Em *Formação do Brasil Contemporâneo*, o historiador Caio Prado Jr.⁶⁹ defende tese semelhante, argumentando que os aldeamentos, traçados a partir dos interesses específicos defendidos pela Igreja no âmbito da empresa colonial, segregavam a população indígena e impediam o índio de se tornar elemento ativo na sociedade, “participante integrado na vida colonial”. A ideia de

⁶⁸Gilberto Freyre dedicou-se à ensaística da interpretação do Brasil sob ângulos da sociologia, antropologia e da história (nota dos autores)

⁶⁹As obras de Caio Prado Jr. inauguraram, no país, uma tradição historiográfica identificada com o marxismo, buscando uma explicação diferenciada da sociedade colonial brasileira (nota dos autores)

que os aldeamentos teriam se tornado “coletividades enquistadas” no seio da civilização colonial reproduz, sem dúvida, a opinião de Capistrano de Abreu⁷⁰. Para ele “as aldeias tornaram-se não só um estado no estado como uma igreja na igreja” (SANTOS, 2014, p. 108).

A Companhia de Jesus na Capitania do Rio de Janeiro

A fundação da Capitania do Rio de Janeiro contou com a atuação decisiva do projeto político e missionário da Companhia de Jesus. Ocupado por motivos estratégicos, estando as possessões portuguesas continuamente ameaçadas por invasões, o Rio de Janeiro era dotado de um sistema de defesa para o qual as aldeias indígenas desempenhavam um papel fundamental, conforme passaremos a expor (ALMEIDA, 2013).

O território do Rio de Janeiro foi conquistado por meio de violentas guerras contra invasores franceses que se aliaram a tribos indígenas hostis. O então governador-geral Mem de Sá, recém indicado pela regente D Catarina,

⁷⁰A obra de Capistrano de Abreu é caracterizada por uma rigorosa investigação das fontes e por uma visão crítica dos fatos. (Nota dos autores)

avó de D. Sebastião, ao desembarcar no Brasil em 1557, em vez de seguir para o palácio do governo, internou-se no Colégio da Companhia de Jesus. Durante vários dias discutiu ponto por ponto os planos para a colônia, elaborados pelo padre Manuel da Nóbrega. Compreendeu que a capacidade de arregimentar tropas aliadas recebeu notável incremento em razão da atuação dos jesuítas, que haviam estabelecido relações entre os vários espaços portugueses, baseadas na convergência entre os interesses tribais e mercantis. Essas alianças possibilitaram um novo tipo de investida, que resultou na tomada do forte francês na Baía de Guanabara, em 1560.

A vitória dos Portugueses e Tupis sobre os franceses foi rápida, mas a ela seguiu-se um longo e demorado embate com a verdadeira base da atividade econômica francesa: os miscigenados e Tamoios (esse é o nome dado pelos demais Tupis aos Tupinambás da região que se haviam aliados aos franceses), que afinal eram os governantes de fato do território (CALDEIRA, 2017, p. 52).

Somente em 1575, os Tamoios foram expulsos de Cabo Frio. Com essa vitória, a guerra tribal em escala ampliada promovida pelo governo-geral

cumpriu seu efeito: refugiando-se no interior, os Tamoios perderam contato com o aliado europeu com quem trocavam mercadorias – e os franceses perderam tanto o negócio como o domínio, por falta de produtos para trocar. A partir desse momento, cessaram os fluxos do Rio de Janeiro para Rouen, as exposições para a Corte francesa, as possibilidades de comprar pau-brasil, algodão e tabaco (CALDEIRA, 2017, p. 52).

Em teoria, o território conquistado deveria pertencer a dois capitães donatários: os descendentes de Martim Afonso de Sousa (um quinhão de São Vicente) e Pero Góis da Silveira (São Tomé). Mas o governador-geral promulgou uma lei na qual se dizia que uma vez que a terra tinha sido abandonada, justificava-se a criação de uma nova capitania real, a do Rio de Janeiro (CALDEIRA, 2017, p. 52).

Também por decreto, o governador-geral nomeou o sobrinho Estácio de Sá capitão-mor da capitania recém-criada. Para ele e outros amigos, o governador-geral distribuiu as melhores terras, como sesmarias, fazendo da região quase uma capitania hereditária dos Sá. Mem de Sá não se esqueceu dos aliados. Os jesuítas receberam generosas doações de terras,

nas quais montaram engenhos e fazendas. Ao longo dos séculos seguintes, as propriedades jesuíticas do Rio de Janeiro, em especial o Engenho de Dentro e a Fazenda Santa Cruz, seriam das mais rentáveis da região (CALDEIRA, 2017, p. 52).

Conquistada a Guanabara, a região passou a ser ocupada pelas aldeias indígenas que se estabeleciam. O projeto missionário e político da Companhia de Jesus foi, portanto, fundamental à inserção dos índios no mundo colonial. Além de garantir força de trabalho aos colonos, os missionários deveriam assegurar a soberania portuguesa sobre os territórios conquistados e sua expansão para novas áreas. Avançar sobre os sertões e integrar os índios era tarefa importante para a coroa, o que se fazia por meio de guerras justas, expedições de resgate e de descimento. As expedições de descimento transferiam os índios de suas tribos de origem para outras, estabelecidas nas proximidades dos núcleos portugueses, constituindo atividade essencial ao avanço da colonização (ALMEIDA, 2013, p. 46).

Mesmo após a ocupação estratégica da capitania do Rio de Janeiro, esta permaneceu continuamente ameaçada por novas invasões. Assim, o

Rio de Janeiro manteve suas funções militares e defensivas, para as quais os aldeamentos desempenharam papel fundamental⁷¹.

A aldeia de São Francisco Xavier de Itaguaí

Estabelecer uma aldeia implicava a concessão de terras pela coroa, pelos clérigos ou por particulares. A forma mais comum era a doação de sesmarias, como foi o caso de várias aldeias existentes no Rio de Janeiro.

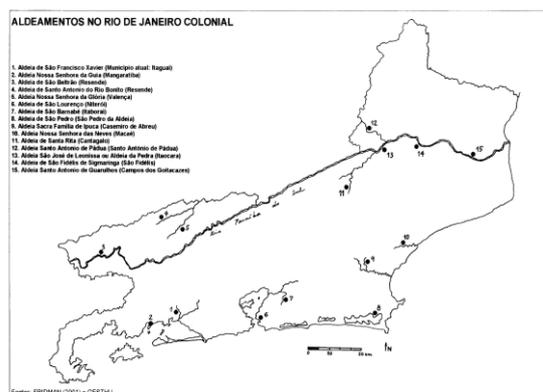


Figura 1 – Aldeamentos no Rio de Janeiro colonial.

⁷¹Os sítios em que ficaram as três aldeias - São Lourenço (Niterói), São Francisco Xavier (Itingá-Itaguaí), São Barnabé (Macacu) – caracterizam, sobretudo, o pensamento de defesa, à roda do incomparável centro geográfico fluminense, que é a Guanabara, uma de cada lado da Baía, e outra no fundo dela, formando o triângulo defensivo da cidade. (LEITE apud ALMEIDA, 1950, p. 95).

Fonte: FRIDMAN, 2009.

No caso da Aldeia de Itaguaí, quando de sua fundação, o Estado não doou sesmaria aos índios por localizar-se na famosa Fazenda de Santa Cruz, de titularidade da Companhia de Jesus, cabendo à Companhia fazer a citada doação (CAVALCANTI, 2013, p. 239).

A partir de 1751, tem início, na região norte da América portuguesa, uma nova política no tocante aos aldeamentos indígenas, os quais eram vistos como verdadeiras “empresas”, cuja prosperidade provocava nos colonos uma oposição ferrenha às ordens religiosas e à catequese (ALDEN, 1970). O objetivo era conter o “excessivo domínio” que os religiosos supostamente possuíam sobre as terras e as populações indígenas⁷² (SANTOS, 2014, p. 114).

Em 1755 foram promulgadas duas Leis concedendo plena liberdade aos índios e tirando das mãos dos missionários a autoridade civil e religiosa sobre os aldeamentos, a qual lhes havia sido outorgada, depois de idas e vindas, pelo Regimento das

⁷²INSTRUÇÕES públicas e secretas para o governador do Estado do Grão Pará e Maranhão (1751). In: AZEVEDO, João Lúcio de. Os jesuítas no Grão-Pará. Lisboa : Tavares, 1901, p. 351

Missões de 1686 (SANTOS, 2014, p. 115).

Com a expulsão dos jesuítas do Reino de Portugal e de suas colônias, a partir de 1759, os imóveis a eles pertencentes passaram para o domínio real (CAVALCANTI 2013, p. 239).

Para a gestão da metrópole, as donatarias dividiam-se em comarcas, abarcando os termos das vilas e cidades e estes se fracionavam em freguesias (ou paróquias ou capelas) “o que evidencia carência de sólida distinção conceitual entre poderes civil e eclesiástico, levando aquele a servir-se da freguesia, circunscrição deste, confirmando a regra, frequente, de a organização religiosa preceder à civil” (FRIDMAN, 2009 p. 95).

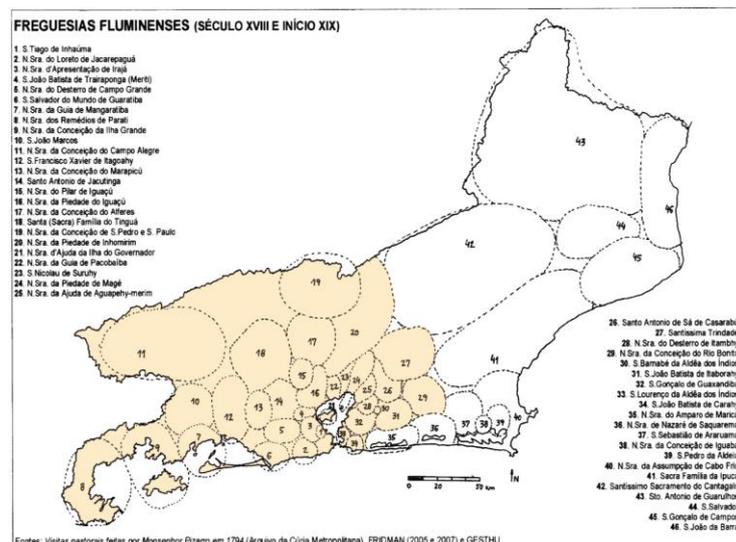


Figura 2 – Freguesias fluminenses (Século XVIII e início do século XIX).

Fonte: FRIDMAN, 2009.

A vida política também possuía caráter local: se o início de uma pequena povoação era sempre um cruzeiro ou capela, cuja acomodação dependia do patrimônio do santo, isto é, das terras doadas pelos grandes proprietários fundiários, tal fato pode ser interpretado como um sistema patriarcal do domínio político e uma mistura entre a coisa pública e o negócio privado na ordem espacial (FRIDMAN, 2009 p. 96).

O Concílio de Trento e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707) – um conjunto de normas para as terras portuguesas no Brasil – regravam a vida social, pois a instituição cristã era o principal balizador da mentalidade e da moral (FRIDMAN, 2009 p. 96-97).

A corrida do ouro, descoberto ao final do século XVII, deu origem à abertura de caminhos⁷³ e à conquista das

⁷³Segundo Roberto C. Simonsen, Capistrano de Abreu em “n’Os Caminhos Antigos e do Povoamento do Brasil” esclarece: “Ofereceu-se a Artur de Sá para abrir comunicação direta (das Minas Gerais) com o Rio um paulista, Garcia Rodrigues Pais, filho de Fernão Dias Pais, o governador de esmeraldas. Isso fez partindo dos descobertos já lavrados, beirando o Paraíba até o Paraíba do Sul e transpondo a divisa até o rio Morobal ou Pilar, traçado em parte coincidente com a via férrea que já não se chama “D. Pedro II” e com a de Melhoramentos a esta reunida (1707). “As comunicações entre São Paulo e Rio faziam-se em sistema misto de viação terrestre e marítima. Seguia-se de São Paulo ao Vale do Paraíba e daí alcançava-se

terras fluminenses através da doação de sesmarias e da fundação de roças, estalagens, casas de comércio, postos de fiscalização, arraiais e de freguesias no interior da capitania – até então ocupado descontinuamente pelos brancos – através do apoderamento das terras dos nativos, exterminados física ou culturalmente pela submissão às aldeias de repartição. Organizadas desde 1575, serviam para submeter os silvícolas e utilizá-los no domínio do território, na segurança dos caminhos e na produção econômica. Nota-se a importância de sua localização – no litoral, servindo de guarda, ou nas margens dos rios, facilitando a comunicação (FRIDMAN, 2009, p. 98).

O Rio de Janeiro era a entrada e saída das Gerais, servindo de porto escoador do ouro e de entreposto comercial. Como a região da mais importante cidade portuguesa do além-

Parati, pela antiga estrada dos guaianases. “Com a exploração das minas e os perigos que sofriam os quintos de ouro em naufrágio e assaltos de piratas na baía de Sepetiba, resolveram as autoridades portuguesas abrir um caminho terrestre entre São Paulo e Rio, O trecho paulista foi iniciado ainda no governo de D. Rodrigo César de Meneses, em 1725. A oposição dos habitantes de Parati e dos jesuítas de Santa Cruz e outras dificuldades só permitiram a conclusão do caminho em 1754. Em 1773 foi estabelecido um correio terrestre entre São Paulo e Rio.” (CAPISTRANO apud SIMONSEN, 2005, p. 300)

mar necessitava de segurança, ampliaram-se as obras de defesa, restaurando ou construindo fortificações e organizaram-se tropas e postos de fiscalização (registros) para coibir o contrabando.

São Francisco Xavier de Itaguaí tornou-se igreja paroquial em 1759. Expulsos os padres, as terras da aldeia, localizadas na Fazenda de Santa Cruz, continuaram a aparecer na documentação de forma separada da freguesia de mesmo nome e seus habitantes permaneceram apartados dos não-índios. Segundo Maria Regina Celestino de Almeida, a partir de informação extraída do documento intitulado “Memória de todas as freguesias do Bispado do Rio de Janeiro”, de 1766, os índios de Itaguaí permaneceram na aldeia, cultivando pequenas porções de terra ou arrendando-as.

A partir da reforma pombalina, São Francisco Xavier de Itaguaí, que já se constituía em freguesias⁷⁴, tomou

⁷⁴ A freguesia, designação portuguesa de paróquia, é um território submetido à jurisdição espiritual de uma cura que também exerce a administração civil. A palavra paróquia vem do grego *parochos* (aquele que fornece as coisas necessárias) ou *paroikia* (vizinhança; para, perto e oikos, casa). Trata-se de uma circunscrição eclesial em que se divide a diocese, palavra igualmente de origem grega e utilizada no

denominações de vilas do reino e suas terras foram esbulhadas pelos colonos (FRIDMAN, 2009, p. 98-99).

Se observamos a regulação histórica das sesmarias, veremos que o fundamento do cultivo foi a nota mais característica do modelo de propriedade em vigor no Brasil durante todo o período colonial e em boa parte do século XIX. Foi, porém, no texto do Diretório que o cultivo, vinculado a uma ideia de civilização como estágio ideal de sociabilidade, ficou explicitamente vinculado, também, à raça (art.º 11)⁷⁵ (MACEDO 2019, p. 320).

Segundo o texto do Diretório, o objetivo principal dessas políticas era o “sólido estabelecimento do Estado” (art.º 16). Os meios defendidos para a sua consecução eram a implantação da agricultura comercial entre os indígenas, ou seja, uma agricultura que tivesse como finalidade não só a mera subsistência, mas que também se

Império romano, que tem o sentido de governo (FRIDMAN, 2009, p. 95).

⁷⁵ Segundo o texto do Diretório, o objetivo principal dessas políticas era o “sólido estabelecimento do Estado” (art.º 16). Os meios defendidos para a sua consecução eram a implantação da agricultura comercial entre os indígenas, ou seja, uma agricultura que tivesse como finalidade não só a mera subsistência, mas que também se baseasse na lógica dos excedentes destinados ao comércio.

baseasse na lógica dos excedentes destinados ao comércio. Essa política situava a população indígena como braços trabalhadores que serviriam aos habitantes do Estado e os ajudariam na colheita dos frutos e na extração das drogas do sertão (arts. 16 e 22-25). E, nessa tentativa de consolidação do Estado, a política indigenista pombalina começou precisamente a articular o exercício público da tutela indígena como uma extensão dos braços estatais em detrimento dos braços eclesiásticos. O projeto civilizacional se converteu, dessa forma, na bandeira da tutela estatal sobre a população indígena e as terras, numa clara metáfora da assimilação (MACEDO, 2019, p. 313).

Existe certo consenso na historiografia em relação à lacuna na legislação referente às questões indígenas para o período compreendido entre o fim do Diretório Pombalino, em 1798, e o Regulamento de Missões de 1845. Para Manuela Carneiro da Cunha, desde a Carta de 1798 até a posterior aprovação do Regulamento das Missões em 1845, parecia haver um vazio legal no relativo à política indigenista, que foi coberto com a aplicação oficiosa do Diretório. Porém interpretações posteriores sugerem que essa aplicação do Diretório, mais que oficiosa, derivava e explicitava a pluralidade de

fontes normativas durante o século XIX brasileiro (MACEDO, 2019, p. 313).

A petição do Capitão Mor da Aldeia

A Fazenda Santa Cruz, conhecida como “a joia da capitania” teve origem em 1589, com a doação de metade da sesmaria de Guaratiba pela viúva do primeiro ouvidor-mor do Rio de Janeiro aos jesuítas, que, através da permuta de terras em Bertioiga e de várias aquisições, acumularam cinquenta léguas. A fazenda possuía dois quadros: o primeiro, da faixa litorânea até o alto da serra, era dividido em arrendamentos; e o segundo, considerado pelos clérigos como reserva “de admirável qualidade, fertilíssima”, chegava ao vale do rio Paraíba do Sul. Já antes da expulsão dos eclesiásticos em 1759, quando grande parte do primeiro quadro foi incorporada aos bens da coroa com a denominação de Fazenda Real de Santa Cruz, verifica-se a transferência de parcelas de terras do segundo quadro aos “amigos do rei” (FRIDMAN 2009, p. 145).

Desde meados do século XVIII e início do século XIX, a metrópole “interiorizou-se” com o povoamento facultado pela abertura de caminhos, pela dificuldade de resistência da população indígena e pela criação de

vilas. No caso fluminense, a conquista da terra cobria todo o território, não se limitando a algumas áreas. No caso em questão, para estimular a construção e a manutenção do “caminho novo da freguesia de Nossa Senhora da Piedade até a Fazenda de Santa Cruz”, foram distribuídas sesmarias ao longo da carreira. Assinale-se a mudança na composição das classes sociais entre os foreiros, com a privatização de porções da Fazenda através de concessões, da usurpação das terras indígenas e da invasão de áreas em comisso (FRIDMAN, 2009, p. 145).

À política de privatização somou-se a venda dos engenhos de Itaguaí e Piaí, acompanhada ainda por um conjunto de medidas referentes à demarcação de seus limites, à abertura de estradas e à permissão da entrada de colonos e arrendatários, submetidos às feitorias de Bom Jardim, Santarém e Peri-Peri (FRIDMAN, 2009, p. 145).

No momento em que a Coroa, no fim do século XVIII, resolveu privatizar as terras do engenho estatal de Itaguaí, eficiente produtor de açúcar, constatou-se que os jesuítas não haviam feito doação do terreno da aldeia para o próprio indígena. Assim, os índios ali sediados poderiam ser expulsos das terras sem nenhuma indenização (CAVALCANTI, 2014, p.

239).

Assim, em setembro de 1785, os índios itaguaienses, através do capitão-mor da aldeia, o índio José Pires Tavares, denunciaram à rainha Dona Maria I que estavam sofrendo ameaças de invasores de suas terras por parte de senhores poderosos: José Teixeira, Manuel de Araújo e Manuel Joaquim. Além disso, denunciaram a Resolução da Junta da Fazenda de 15 de maio de 1784, que defendia a expulsão dos índios de Itaguaí (CAVALCANTI, 2014, p. 239).

José Pires Tavares, nomeado para o cargo no tempo do vice-rei marquês do Lavradio (1769-1779), fez interessante histórico da sua gente e dos conluios entre autoridades e particulares interessados em expulsar os índios. Texto muito rico em detalhes, esclarecendo como se dava a tortuosa relação entre a administração pública e os índios, tratados como se escravos fossem, sem direito a terra⁷⁶(CAVALCANTI, 2014, p. 241).

⁷⁶Andou o padre José de Anchieta [y Llarena, 19/3/1534-9/6/1597], da referida Companhia [de Jesus], em Missões pelo Sul, trouxe consigo uns casais de Índios dos sertões da Lagoa dos Patos, tanto para se aproveitarem da sua doutrina, como para o conduzirem até o Rio de Janeiro, onde chegados à Fazenda de Santa Cruz, deu o dito Padre conta ao Reitor do Colégio, que mandou agasalhar com piedade os Índios, assim por observância das Reais Ordens,

como pela obediência e serviços, que o referido Padre alegou terem-lhe feito. Ao Sul da dita fazenda, e em distância de 4 léguas [26.400m], pouco mais ou menos, está a ilha de Marambaia, nela puseram os Índios os próprios Padres; por impedimento o dono dela; transmutaram-nos para as terras da mesma fazenda, em sítio junto à marinha de Sepetiba; onde não havendo bastante água [doce] viviam tristes os Índios; temendo os Padres, que por isso lhes fugissem para o sertão, o tornaram a mudar para terras da relatada fazenda e sítio chamado Itinga, ou Água Clara; ali lhes puseram Padre Superior para administração dos Sacramentos, fizeram Igreja e casas de vivenda ao mesmo Padre. Trabalhavam três [3] dias para os Padres e três [3] para seu sustento; foram os Índios por ali conhecendo os sertões por saídas à caça; para o Norte conheceram melhores terras, uns aos outros se convidaram para elas a fazer lavouras e agasalhos, com suas famílias de sorte, que já a alguns lhes não embarçavam a falta de Missa. O que é sabido pelo Padre Superior deu parte ao Reitor, que ordenou os fosse caminhar para a dita Aldeia Itinga; não sendo conseguida essa pretensão, foi remédio convir com a vontade dos Índios na dita situação; eleita por eles; que denominaram Itaguaí, hoje Aldeia de São Francisco Xavier de Itaguaí, onde sítio de seu gosto fizeram vivendas para si, uma formosa Igreja e Casa, ou Convento para habitação dos Padres. Em essas referidas três situações da dita fazenda, em que os Índios tem habitado, até o ano de 1784 são decursos 187 anos, pouco mais, ou menos; na última de Itaguaí tem terreno apontado para sua cultura sem que mais pessoa alguma se utilize dele; assim ficaram na falta dos ditos Padres, por especial mercê Régia, gozando de liberdade inapreciável, graças, e mercê, notórias por Decretos Reais, tendo cada um por sua, próprias as terras que cultivavam. Nesta forma pacífica foram conservados os índios na dita Aldeia, e suas terras, por muitos anos, com o administrador e Inspetor Ministro, postos pelo Governador do Estado à relatada fazenda haverá 15, ou 16 anos, que um Administrador principiou a dar de aforamento dos ditos Índios algumas terras que eles reputavam suas próprias, e

O parecer do chanceler da Relação, José Luiz França, volta-se

da mesma fazenda de Santa Cruz. Um vizinho dos mencionados Índios da relatada Aldeia, chamado José Teixeira, reinícola, é tão rico que só ele cultiva mais terreno, que o circuito da mesma Aldeia, logo que o Marquês do Lavradio deu ao suplicante Patente de Capitão-Mor, para evitar, que este, e outros de igual riqueza, para que da sobredita Fazenda de Santa Cruz demarcasse mais da terra bravia ou maninha, tanto para largura e cultura dos Índios, como para se aforar e servir o rendimento para as precisões dos Índios, como são a educação dos meninos, sustentação e casamento de órfãos, ou viúvas, deferiu, que informasse o Mestre de Campo Ignácio de Andrade Soto Maior Rendon, depois da qual informação, não teve resolução a dito requerimento, por moléstia do suplicante [índio José Pires Tavares] e retiro do referido Governador para este Reino. Logo que ao Estado do Rio chegou o atual Governador [vice-rei Luís de Vasconcelos e Souza, 1779-1790] mandou inventariar a dita fazenda e seus pertences, que constam de 6 léguas [39.600m] de testada, ou largura, e 10 [66.000m] de sertão [profundidade] em comprimento; a que foi o Juiz de Fora, e com ele a notícia, de que se vendia a mencionada fazenda e seus sertões; apenas o dito José Teixeira o soube, por ser rico, e com alguma inumanidade, intentou comprar uma légua de terra cultivada e habitada pelos Índios, influenciando que estes se pusessem fora. (...) Os mencionados Índios na dita Aldeia de Itaguaí, não só são úteis, mas necessários a V. Majestade, para dirigirem as Guardas da Tropa paga, para meterem, como tem metido, Guardas nas fortalezas em tempo de Guerra, para conservarem as públicas entradas daquele país para os mais Estados de V. Majestade, para socorrerem com seus frutos a Tropa, passageiros a cidade, para o serviço das lanchas, que andam em recondução de munições Reais (CAVALCANTI, 2014, p. 241).

principalmente para a questão da titularidade da propriedade ocupada pela aldeia e sobre o pedido do capitão-mor dos índios à rainha para receberem sesmaria de uma légua em quadra para ampliação das terras indígenas. Segundo o parecerista, a Companhia de Jesus não doou terras para a aldeia. Ao contrário, arrendava-as ao próprio jesuíta nomeado como administrador da aldeia. Renovava esse arrendamento a cada novo administrador, o que juridicamente conservava a fazenda como bem da Ordem. Cita e anexa ao seu parecer o arrendamento feito, em 28 de abril de 1724, pelo reitor do Colégio do Rio de Janeiro ao padre Inácio Pinheiro, “Superior da Aldeia de Itinga, um sítio nas terras de Itaguaí”, com os devidos limites para nelas “situar a dita Aldeia.” (CAVALCANTI, 2014, p. 246)

Porém vale ressaltar que os terrenos eclesiásticos, à época, eram qualificados como bens de mão morta. Logo, temos dúvidas acerca da possibilidade jurídica da doação de Sesmaria, dos bens de titularidade da Companhia de Jesus aos indígenas aldeados nos domínios da Fazenda Santa Cruz⁷⁷.

⁷⁷“Mão morta” é qualidade referente à propriedade (móvel ou imóvel, mas em especial esta) dos clérigos e religiosos, bem

O vice-rei Luís de Vasconcelos, depois de receber carta real de 24 de setembro de 1785, comunicando-lhe que a rainha fora informada dos problemas da Aldeia de Itaguaí, tratou de justificar, em carta ao ministro Martinho de Melo e Castro, com mais acusações ao capitão-mor e ao seu protetor, o mestre de campo Inácio de Andrade Souto Maior Rendon. Acusa-o de ter promovido a fuga do índio e que, “desde o ano de 1783, anda fomentando a desobediência do dito José Pires às ordens da Junta, que são de Sua Majestade, enquanto às não desaprova, e oferecendo-lhe patronos na Corte” (CAVALCANTI, 2014, p. 246).

A questão da Fazenda de Santa Cruz e a existência da aldeia em suas terras entraram em “banho-maria” até a substituição do vice-rei Luís de Vasconcelos. Assumiu o vice-reinado o

como a condição jurídica destes titulares, (Ordens, conventos, “misericórdias”, etc.). Tais bens não se transmitiam, nem ingressavam no mercado de bens. A condição do sujeito – em geral coletivo, corporações - “mão morta” se irradiava sobre a coisa imóvel que ficava “amortizada”. Os bens imóveis e móveis do clero e religiosos em geral eram “fora de comércio” por conta da condição de bens sagrados, de culto. Tais bens, porque gravados com cláusulas “pias” e encargos espirituais dos doadores que ansiavam pelos bens celestes, tinham a circulação muito restrita, a mudança de titularidade, quando havia, ficava dentro da instituição eclesiástica. (FONSECA, 2017)

conde de Resende (1790-1801), que era contrário a venda de terras da Fazenda de Santa Cruz. Queria que o Estado a explorasse melhor (CAVALCANTI, 2014, p. 249).

A pujança da Fazenda de Santa Cruz despertou mais ainda a cobiça dos grandes comerciantes do Rio de Janeiro. Reiniciaram a proposta de comprarem os engenhos e as terras necessárias para seu funcionamento, oferecendo deságio das dívidas que a Fazenda Real tinha com eles. Aos interesses dos comerciantes fluminenses acoplaram-se autoridades da Corte. Vaticinaram até que o Estado não tinha capacidade de gerir a propriedade rural e que esse não era seu papel (CAVALCANTI, 2014, p. 249).

Continua sua carta elogiando o inspetor da Fazenda de Santa Cruz, Manuel Joaquim, como “um honrado paulista e o único administrador da Real Fazenda, zeloso e inteligente, que em pouco tempo a tem melhorado muito”. Conclui desculpando-se pelo despacho que deu como presidente da Junta da Fazenda e que sentia “muito não ter acertado porque certamente desejam e procuram [os membros da Junta], quanto entendem, conformar-se com as Reais Intenções de Sua Majestade, que resolverá o que for Servida.

(CAVALCANTI, 2014, p. 249)

O vice-rei foi categórico em posição contrária à privatização: a fazenda estava dando lucro direto com a venda de seus produtos, além de abastecer, com carne e demais alimentos, o contingente militar, do Exército e da Marinha, evitando-se a compra no mercado a preços especulativos. Destacou ainda que a madeira de lei existente na Fazenda de Santa Cruz era fundamental para construção de navios e obras reais (CAVALCANTI, 2014, p. 250).

Alertou que, do ponto de vista de segurança e combate ao contrabando, seria fundamental que aquelas terras continuassem de posse da Coroa:

Porque, sendo esta Fazenda uma continuação de portos por todo o seu lado Meridional, banhado pelo mar de Sepetiba e no círculo da sua vizinhança muitas ilhas, enseadas, e ancoradouros,

além das duas
barras francas
dos rios Itaguaí
e Guandu, que
diametralmente
cortam e regam
as suas
campinas. E
tendo
juntamente pelo
seu centro a
passagem da Es-
trada Geral das
Minas e São
Paulo, sempre
frequentada de
viandantes,
ninguém pode
duvidar, que
com estes
favoráveis
subsídios,
possam muito
a seu sabor,
qualquer
possuidor,
exercitar, e
proteger quantos
contrabandos lh
e vier à
imaginação,
quando a honra
e um louvável
patriotismo o

não contenha, e
aparte de uma
tentativa tão
oposta e
prejudicíssima
ao Serviço de S.
M., bem
persuadido da
segurança e
igualmente certo
de que para
impedi-lo não
valeriam as mais
exatas
diligências, e
cauteladas de um
zeloso e ativo
Magistrado
porque se para
evitarem e
proibirem os
acessos dos
contrabandistas
do Rio de
Janeiro, onde as
entradas se
dificultam, não
tem bastado
esgotarem-se
ajustadas
providências,
repartidas pelas
atuais
vigilâncias de

tantas Fortalezas e das Guarda-Costas, parece que de Santa Cruz pelas vias do Mar e de Terra tudo plenamente se poderá executar sem receio de embarços que os possa malograr. O pau-brasil de que a Fazenda abunda (tão desejado no comércio estrangeiro, e que as mesmas embarcações da pescaria inglesa) diligenciam. O ouro e os diamantes que descem extraviado dos sertões, teriam em Santa Cruz o mais seguro refúgio, quando o possuidor suposto desta

Fazenda, tivesse os caracteres e gênio próprio de um bem instruído e acérrimo contrabandista. Do mesmo modo, os contrabandos importados, ou vindos diretamente da Europa, ou de outros portos, acharão, com a segurança do apoio, igual facilidade na extração. (...) As arrematações dos bens da Coroa no Brasil, em nenhum tempo foram vantajosas, e se nós quisermos recordar das grandes fazendas sequestradas no Rio de Janeiro aos denominados

Jesuítas,
confessaremos q
ue ou se deram
de graça, ou se
venderam
precipitadament
e pela
quarta parte de
seu justo valor:
assim a dos
Campos [dos
Goytacazes]
denominada do
Colégio, a de
Guruparim, a de
Murubeca,
Campos
Novos, Macaé,
Papucaia
[distrito de
Cachoeiras de
Macacu],
Engenho Novo,
e outras, que não
refiro. E que
utilidades
percebeu S. M.
neste
inadvertido e
lesivo
desmancho de
tão ricos
prédios.
Nenhuma. Em

papéis velhos,
adquiridos com
execrandos
monopólios,
recebeu o seu
pagamento por
encontro de
dívidas, das
quais se podia
desonerar
facilmente,
aplicando os
reditos das
mesmas
Fazendas, até
cabal satisfação,
com cuja
deliberação suav
e, ficaria
gozando delas,
sem que muitos
vassalos se
prejudicassem n
o perdimento
das metades do
valor das letras,
cedidas aos
ardilosos
compradores,
talvez pela
necessidade em
que se viam, e
nenhuma espe-
rança de jamais

poderem cobrá-
las da Fazenda
Real
(CAVALCANTI
I, 2014, p. 252-
253).

O conde de Resende ainda faz críticas às avaliações feitas pelos peritos. Para ele, eram coniventes com os interesses dos compradores, sempre abaixo do justo valor do bem. Cita o caso da arrematação da Fazenda do Colégio, em Campos dos Goytacazes, por Joaquim Vicente dos Reis, que valia 700 contos de réis e foi comprada por apenas 191 contos de réis. “Este homem hoje é reputado neste Continente pelo mais bem estabelecido, ou pelo mais rico vassalo dele.” (CAVALCANTI, 2014, p. 252-253)

Enquanto o conde de Resende foi vice-rei, a Fazenda de Santa Cruz não teve nenhuma parte vendida e os índios continuaram na Aldeia de Itaguaí. Em 1804, a negociação foi consumada e os índios postos sob administração da conservatória (aldeamento sob responsabilidade de um juiz) (CAVALCANTI, 2014, p. 253).

Foi arrematado o engenho de Itaguaí, com a condição de que a “Real Fazenda mudaria a aldeia de índios

situada nas terras do engenho, a qual lhe ficaria pertencendo”. O novo titular do domínio aprovou tal medida, porém esforçou-se em vão para executá-la. Alguns índios aceitaram as terras que lhes foram dadas em outra parte, “outros, porém, com seu capitão-mor, souberam iludir essa régia determinação, deixando-se ficar e se conservaram ainda dentro das terras do arrematante, insinuados talvez, segundo Maria Regina Celestino de Almeida, para dar mais força à pretensão da vila. Sobre as terras da aldeia, discutia-se se deviam pertencer à vila, mas a decisão do procurador da fazenda foi que elas pertenciam aos índios (ALMEIDA, 2013, p. 65).

A disputa intensificou-se pela decisão de se elevar a freguesia à categoria de vila, o que o arrematante do engenho lhe considerava prejudicial. Os argumentos favoráveis à criação da vila naquele mesmo local onde a aldeia se situava ressaltavam as vantagens para o crescimento dos povos e afirmavam existir na freguesia gente de qualidade para ocupar os cargos e empregos da governança e as possibilidades necessárias para as despesas da casa de câmara e cadeia (ALMEIDA, 2013, p. 65).

Em 1818, o arrematante do engenho de Itaguaí insistia na

solicitação para que a vila criada na aldeia de Itaguaí fosse transferida para outro local. Vários argumentos foram favoráveis ao arrematante e a seu produtivo engenho e contra a aldeia, que, segundo o juiz informante, reunia apenas cinco ou seis palhoças de índios e podia, conforme muitas opiniões, mudar-se para Mangaratiba. Os índios não se mudaram e a vila foi criada em 1818⁷⁸ (ALMEIDA, 2013, p. 66).

Estabelecida a vila, a Câmara Municipal logo consideraria que o evento assinalava o fim da aldeia. Tal consideração, no entanto, deve ser problematizada, levando-se em consideração documentos posteriores que fazem referência à aldeia e ao recebimento das terras solicitadas pelos índios. O aviso régio de 1824, atendendo ao requerimento de Thomás Lopes, índio da Aldeia de Itaguaí, concedeu a ele a aos “mais índios da mesma aldeia a porção de terra da Real Fazenda de Santa Cruz que for suficiente para fazerem as suas plantações”; “negou-lhe, no entanto, a concessão de terras para a criação de

⁷⁸Há muita discussão sobre o fato de os índios compreenderem que a criação da vila conduziria à extinção da aldeia. Parece-nos que os índios, os moradores e as câmaras municipais que enfrentavam-se por questões de terra aliaram-se contra o arrematante da usina.(nota dos autores)

gado que igualmente pedia”⁷⁹ (ALMEIDA, 2013, p. 67).

No mesmo ano de 1824, uma portaria do imperador considerava os índios cidadãos e, portanto, livres de tutelas, tendo estabelecido que os índios misturados na Fazenda de Santa Cruz, ao pé da vila de Itaguaí, fossem doravante tidos como foreiros pertencentes à mesma imperial fazenda “(...) e como tais devedores de que lhes será arbitrado, conforme a porção de terreno que cada um possuir; e à vista do competente terreno que se lhes há de dar”⁸⁰ (ALMEIDA, 2013, p. 67).

Conforme sugerem os documentos supramencionados, os índios da aldeia de Itaguaí obtiveram, em 1824, o direito à terra na condição de cidadãos, o que aponta a extinção da aldeia e do direito às terras coletivas.

CONCLUSÃO

Neste artigo, buscou-se entender o que ocorreu com a aldeia de São Francisco de Itaguaí após a privatização do Engenho Estatal de Itaguaí, quando

⁷⁹ “Aviso régio de 24 de Outubro de 1824 permitindo dar terras da Fazenda Santa cruz para cultura dos índios da aldeia de Itaguaí”. (ALMEIDA apud SILVA, 1854, p.382)

⁸⁰ “Portaria”, 9 set. 1824.(ALMEIDA apud SILVA, 1854, p. 412)

foi constatado que os índios residentes no local não tinham direito à terra, já que não a haviam recebido como doação por parte dos padres Jesuítas, que anteriormente haviam sido senhores da propriedade.

Fica também evidente que em um primeiro momento a ocupação daquele território pelos europeus se deu a partir de um projeto político em que a Coroa e a companhia jesuítica estavam alinhadas. No entanto, no fim do século 1759, com a expulsão dos religiosos do Brasil, o território passou para o Estado e, na sequência, foi privatizado, causando insegurança jurídica para a situação dos índios residentes no território, sobre os quais não se tem notícia do destino final.

Por se tratar de um objeto de pesquisa amplo, é importante ressaltar que os eventos de disputa territorial, acontecidos na região durante a monarquia, repercutem, ainda hoje, nas dificuldades de se registrar imóveis naquela área, o que orienta, como ponto central, a pesquisa.

A sorte desconhecida dos indígenas habitantes da antiga aldeia de São Francisco de Itaguaí nos demonstra como a história dos conflitos por terra no Brasil ainda guarda muitas lacunas que merecem ser preenchidas, o que

demanda abordagem ampliada de diferentes áreas, como direito, antropologia e história, para que se possa compreender o atual estado de coisas referentes à complexa questão de terras no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. A aldeia de Itaguaí: das origens à extinção (século XVII -XIX). In: ENGAMANN, Carlos; AMANTINO, Marcia. Santa Cruz: de legado dos jesuítas à pérola da coroa. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2013.

_____. Evangelizar e reinar: poder e relações sociais na prática missionária do Rio de Janeiro colonial. *Caminhos*, Goiânia, v. 4, n. 1, p. 115-141, jan./jun. 2006. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/ENSI_NORELIGIOSO/artigos4/evangelizar_reinar.pdf. Acesso em: 3 set. 2022.

CALDEIRA, Jorge. *História da riqueza do Brasil*. São Paulo: Estação Brasil, 2017.

CAVALCANTI, Nireu Oliveira. *Histórias de conflitos no Rio de Janeiro colonial: Da carta de Caminha ao contrabando de camisinha (1500 -1807)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

FONSECA, Paulo Henrique da. A desamortização fundiária no Brasil e contexto histórico e normativo das enfiteuses. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, [s.l.], jan.-mar. 2017. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/20>*

[17/01/enfiteuses.html](#). Acesso em: 5 set. 2022.

FRIDMAN, Fania. Freguesias fluminenses ao final do Setecentos. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 49, p. 91-143, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/34641/37379>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. Uma cidade nova no Rio de Janeiro. *Revista do Arquivo Nacional*, Rio de Janeiro, n. 1, v. 22, p. 139-152, jan-jun. 2009. Disponível em: <https://revista.an.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/105/105>. Acesso em: 1 set. 2022.

MACEDO, Camilla de Freitas. Apontamentos sobre a propriedade moderna e a alteridade indígena (BRASIL, 1755-1862). In: DOMINGUES, Angela; RESENDE, Maria Leônia Chaves de; CARDIM, Pedro (Eds.). *Os Indígenas e as Justiças no Mundo Ibero-Americano (Sécs. XVI-XIX)*. Lisboa: Centro de História da Universidade de Lisboa, 2019.

MAGALHÃES, Leandro Henrique. Padre Antônio Vieira e a economia portuguesa na época da restauração. *Revista de História Regional*, Ponta Grossa, v. 11, n. 1, p. 87-107, dez.- mar. 2006. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2224/1705>. Acesso em: 2 set. 2022.

MANDUCO, Alessandro. História e Quinto Império em Antônio Vieira em Antônio Vieira. *TOPOI*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, jul.-dez., p. 246-260, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/MbBDZ Zx3ZG6BtkVMYsf4HXN/?lang=pt&format=pdf>.

PÉCORA, Alcir. A escravidão nos sermões do Padre Antonio Vieira. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 33, n. 97, 2019, p. 151-170. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/VmDprFddmBc7rBqg3C94hrq/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. *Padre Antônio Vieira*. Os jesuítas. 1 vídeo. 61 min. Disponível em: https://tvcultura.com.br/videos/51847_na-integra-alcir-pecora-padre-antonio-vieira-os-jesuitas.html. Acesso em: 3 set. 2022.

SANTOS, Fabricio Lyrio. Aldeamentos jesuítas e política colonial na Bahia, século XVIII. *Revista de História*, São Paulo, n. 156, p. 107-128, 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/19051>. Acesso em: 4 set. 2022.

SANTOS, Nivaldo Germano dos. *Discórdias da monarquia: os poderes régio e episcopal no estado do maranhão, 1677-1750*. 2014. 240f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/stricto/td/1867.pdf>. Acesso em: 1 set. 2022.

SIMONSEN, Roberto. *História econômica do Brasil: 1500-1820*. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

**NOTAS HISTÓRICAS SOBRE A
INCAPACIDADE CIVIL DOS
PRÓDIGOS: DA ANTIGUIDADE
GRECO-ROMANA AO CÓDIGO
CIVIL BRASILEIRO E A
DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

Renata ARY⁸¹

RESUMO

A partir da análise de obras doutrinárias em diferentes contextos de tempo e espaço e com a intenção de fornecer elementos para o debate, buscou-se com o presente artigo demonstrar, através de notas históricas e contemporâneas, que a figura do pródigo sempre foi desvalorizada e colocada à margem da sociedade. O desmerecimento do sujeito que gasta o próprio patrimônio, tornando-o relativamente incapaz e impossibilitando-o de dispor de seus bens reflete, desde a antiguidade, que a sociedade privilegia o “ter” em detrimento do “ser”, em flagrante violação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Antiguidade. Pródigo. Pessoa Humana. Incapacidade Civil. Desvalorização.

⁸¹ Doutoranda em Educação pela Universidade São Francisco. Mestre em Direito Difusos e Coletivos. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Advogada. renatary@hotmail.com.

ABSTRACT

From the analysis of doctrinal works in different contexts of time and space and with the intention of providing elements for the debate, this article sought to demonstrate, through historical and contemporary notes, that the figure of the prodigal has always been devalued and placed on the fringes of society. The unworthiness of the subject who spends his own patrimony, making him relatively incapable and making it impossible for him to dispose of his goods, reflects, since antiquity, that society privileges having to the detriment of being in flagrant violation of the dignity of the human person.

Keywords: *Antique. Prodigal. Human Person. Civil Disability. Devaluation.*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a evolução história da incapacidade civil do pródigo desde a antiguidade greco-romana até os dias atuais, bem como a sua relação com a dignidade da pessoa humana. Visitou-se, através da pesquisa bibliográfica, os tempos antigos e verificou-se que nele o pródigo era desacreditado, desvalorizado, desmerecido e muitas vezes, confundido com os “loucos”.

No direito nacional, desde os tempos pré-codificados até a vigência do Código Civil de 1916⁸², o pródigo

⁸² Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916;

foi tratado como uma pessoa incapaz de, livremente, praticar os atos da vida civil, em especial, a disposição de seu patrimônio. De acordo com o Código Civil atual, a pessoa pródiga continua sendo considerada relativamente incapaz, não podendo, sem a representação de seu curador, “emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.⁸³

Considerando que a evolução social e a mentalidade jurídica das pessoas alteram-se no decorrer dos tempos, evidenciou-se que num passado bem distante e em diversos povos, os animais detinham capacidade para responder pelos próprios atos que praticavam. Relacionou-se a tutela dos animais com a incapacidade dos pródigos e, a fim de estruturar a problematização da pesquisa, buscou-se demonstrar que considerar o pródigo incapaz e interdita-lo com o escopo de impedi-lo de dispor dos próprios bens, viola a dignidade da pessoa humana, pois se a pessoa é livre para adquirir, através do seu trabalho, um determinado patrimônio, com mais razão ela deveria

⁸³ Código Civil Brasileiro. Lei 10416 de 16 de janeiro de 2002. Artigo 1782;

ser livre para vendê-lo no tempo, modo e lugar que desejasse, ainda que de forma desordenada.

Da análise histórica das sociedades, concluiu-se que mudam-se os tempos, mudam-se as culturas dos povos, mas a mente humana, ainda que por crenças diversas, continua a mesma, sempre enaltecendo o capital em detrimento do ser humano e de seus valores intrínsecos.

2. CONCEITO DE PRÓDIGO

Através da conceituação léxica e jurídica, é imperioso definir o que é ser “pródigo”.

De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, pródigo é o “esbanjador, dissipador”.⁸⁴ Plácido e Silva aduz que a palavra pródigo deriva do latim *prodigus*, assim entendido o “dissipador, o gastador desabusado”⁸⁵, ou seja, “a pessoa que gasta ou se desfaz de seus haveres ou bens, sem justificativa, desabusada e desordenadamente, em visível ameaça à estabilidade econômica de seu

⁸⁴ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. *O dicionário da língua portuguesa*. 2004. p. 443;

⁸⁵ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 2016. p. 2915;

patrimônio ou de sua fortuna”. De acordo com o autor, pródigo é aquele que:

sem justa razão, esbanja a fortuna, gastando-a inutilmente ou fazendo gastos e despesas insensatas e excessivas, que possam destruir seus haveres. A qualidade jurídica de pródigo advém, pois, dos gastos desordenados, dos gastos sem finalidade alguma e do desperdício, que possam ameaçar a própria fortuna. Assim, “pródigo é o que não distingue ocasião nem limite de gastos, pois que atira seus bens, dilapidando-os e os dissipando.”⁸⁶

No entender de Clóvis Bevilacqua, pródigo é “aquele que desordenadamente gasta e destrói a sua fazenda, reduzindo-se à miséria por sua culpa”. Esta definição legal, ainda de acordo com o renomado autor, “corresponde à que oferecem Aubry et Rau, que se tornou clássica em direito civil: *celui qui, par déreglement*

⁸⁶ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Forense. 2016. p. 2915;

d'espirit ou de moeurs, dissipe as fortune em excessive et folles dépenses.”⁸⁷

Segundo Pontes de Miranda, entende-se por prodigalidade o gasto do que se tem, “sem qualquer consideração, tendo família (cônjuge ou parentes da linha reta, consanguíneos)”⁸⁸ Trata-se de uma condição pessoal que impede o indivíduo, de forma autônoma e de acordo com sua própria vontade, de exercer seus direitos e cumprir suas obrigações.

Valdemar P. da Luz pontua que pródigo é aquele que “gasta ou dissipa o seu patrimônio de maneira imoderada. Quem faz, habitualmente, gastos injustificados, imoderados, sem proveito, com risco de perda de patrimônio.”⁸⁹

Pródigo, portanto, é a pessoa que dilapida seus bens de forma desordenada, comprometendo seu patrimônio e ficando na miséria.

Atualmente, a prodigalidade é

⁸⁷ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 144;

⁸⁸ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. T. 53. 1966;

⁸⁹ Valdemar P. da Luz. *Dicionário Jurídico*. 2014. p. 305;

vista como uma fraqueza de espírito e não uma doença da mente. Como tal, o sistema normativo impõe o controle da pessoa pródiga como forma de evitar que ela esbanje todo o seu dinheiro com prazeres mundanos e imorais, comprometendo insensata e fatalmente o seu patrimônio com gastos excessivos e anormais para a sociedade de capital em que vivemos.

De pouca aplicabilidade concreta, a legislação atual considera o pródigo relativamente incapaz e protege o patrimônio em detrimento da pessoa humana, em flagrante inversão de valores entre a pessoa e a coisa, o ser e o ter.

3. NOÇÕES PRELIMINARES

Num passado longínquo, muito se discutiu sobre a capacidade dos animais perante a sociedade. Aos animais eram garantidos direitos como também deveres, de modo que o animal poderia ser responsabilizado por seus atos como também ressarcido em casos de eventuais danos contra o seu corpo. De acordo com Pontes de Miranda, no *Sachsenspiegel*⁹⁰, II, 54, §5º e 61, §2º

⁹⁰ O mais importante livro e costumal do Sagrado Império Romano. Datado entre 1220 e 1235 como um registro de lei consuetudinária;

“havia regras jurídicas sobre direitos e deveres dos animais, como nas tribos e outros povos. A touros de raça atribuíam-se direitos de pasto”.⁹¹ A *Lex Burgundionum*, Tit. 97, na mesma linha de entendimento, previa o dever do ofensor que ferisse um animal, ressarcilo diretamente. Na história da responsabilidade, sanções eram aplicadas a animais, vegetais e até a corpos inorgânicos, haviam casos em que os animais suscitavam responsabilidades de outrem. “Nos Rukis, das cercanias de Chittagong, a família de alguém, que um tigre matou, mata o tigre ou outro qualquer, e come-lhe a carne”.⁹²

Na linha historiográfica da personalidade e da capacidade, é sabido que em “muitos povos, os animais eram considerados como obrigados por juramento a não comer homens” e em caso de recusa, o animal seria punido. “Se um Kuki cai da árvore e morre, deve ser vingado na árvore: os parentes da vítima cortam-na e despedaçam-na” e ainda, entre certos “australianos queimam-se as armas com que algum

⁹¹ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. T. 53. 1966. p. 303;

⁹² Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. T. 53. 1966. p. 303;

dolês foi morto”.⁹³ Há notícias de processos instalados contra insetos e na França, de 1120 a 1741, muitos animais foram julgados e condenados à morte. Via-se cães reconhecendo assassinos e, na Idade Média, insetos eram julgados quando invadiam os campos, bem como ações eram propostas contra lagartos e lesmas.⁹⁴ Animais e plantas tinham personalidade e capacidade jurídica, respondiam diretamente por seus atos.

Com a evolução cultural e social das sociedades e do conhecimento, atualmente, essas condutas são consideradas ridículas e até absurdas, mas elas nos ensinam que determinados comportamentos e entendimentos vigentes hoje podem, em algum momento do tempo histórico, perderem o consenso e o sentido social. O pródigo poder-se-ia ser um desses casos.

O pródigo é considerado pelo Código Civil Brasileiro, artigo 4º, inciso IV, relativamente incapaz, ou seja, uma pessoa que não tem plena capacidade civil e incapaz de, por conta própria e de acordo com sua vontade, praticar livremente os atos da vida civil. A tipificação da figura do pródigo é

⁹³ Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. T. 53. 1966. p. 304;

⁹⁴ Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. T. 53. 1966. p. 304;

interessante para sociedade burguesa, capitalista e de consumo hodierna, que transformou a mercancia em atividade rotineira, festiva, prosaica e absolutamente normal e, ao mesmo tempo, entende que gastar muito, desordenadamente, sem finalidade, comprometendo o seu patrimônio, é sinal de “loucura”, de prodigalidade, ou seja, fora dos padrões estipulados e previstos socialmente.

A questão do pródigo é muito discutida na doutrina, que debate a conveniência de sua inscrição no direito positivo. Alguns Códigos, como o Francês e o Italiano, optaram por uma medida menos extrema. Esses códigos “não retiram do pródigo a administração dos bens, mas estabelecem providências para impedi-lo de ser prejudicial”.⁹⁵ A flexibilização na positivação quanto às restrições à prodigalidade no modelo Francês tem sua gênese no individualismo extremo que prosperou no tempo da Revolução Francesa e que repercutiu no Código de Napoleão, “que eliminou a interdição do pródigo, sustentando Tronchet o desinteresse pela incapacidade em nome de princípios econômicos e psicológicos sob a alegação de que o

⁹⁵ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 147;

empobrecimento do indivíduo não atinge a riqueza coletiva”⁹⁶ tendo em vista que os gastos individuais põem em circulação haveres que não saem do giro social. “Para Cauwês, os pródigos são inofensivos, porque aquilo que dispendem, entra em circulação da riqueza social”.⁹⁷

Numa visão mais extremada, há os que defendem radicalmente a interdição do pródigo por acreditarem que seu perdularismo é, em geral, “fruto de um desequilíbrio psíquico, comumente ligado à prática de jogo e ao vício de bebidas alcóolicas, e mais, que não pode haver riqueza social onde falta a acumulação de fortuna nas mãos dos indivíduos”.⁹⁸ Para estes, ao pródigo “falta o elemento indispensável para que se acumule o cabedal em suas mãos, e a sociedade só é rica sendo ricos os indivíduos”.⁹⁹ Seguindo esta esteira de raciocínio, temos o Código Civil Português, Chileno, Espanhol e

⁹⁶ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 243;

⁹⁷ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 146;

⁹⁸ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 243;

⁹⁹ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 146;

Suíço.¹⁰⁰

De forma intermediária, o legislador brasileiro ao considerar o pródigo relativamente incapaz o privou apenas dos atos que possam comprometer a sua fortuna (emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, agir em juízo na qualidade de autor ou réu), mas permitiu-lhe atos que importem em simples administração. O escopo do legislador foi proteger as pessoas que do pródigo dependem, bem como protegê-lo de si próprio devido a sua *capitis deminutio*. No entanto é sabido “pela psicologia dos pedidos de interdição, que, muitas vezes, eles abrigam a cobiça imoral de locupletar-se o impetrante com a fazenda do parente”.¹⁰¹

A figura do pródigo, para muitos, é mera ficção jurídica pautada em regras morais, resquício da sociedade burguesa, capitalista e que retrata reflexões inconclusas do passado, além de privilegiar o patrimônio da pessoa em detrimento da sua própria vontade e liberdade ou de privilegiar a defesa de um direito sucessório em prejuízo da vontade e

¹⁰⁰ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 147;

¹⁰¹ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 146;

liberdade do verdadeiro titular dos bens. Para estes, a dignidade humana do pródigo é claramente violada e a prodigalidade deveria ser eliminada do Código como causa de incapacidade, assim como já ocorreu no Código Civil Alemão, uma vez que fere os direitos humanos e o direito de propriedade. Para outros, a prodigalidade resulta da desordem das faculdades mentais e deve ser tutelada.

Através dos tempos, a pessoa do pródigo foi vista e interpretada de diferentes maneiras, variando de acordo com a cultura dos povos e com o conjunto de leis e normas vigentes à época.

4. APONTAMENTOS SOBRE PRODICALIDADE NO DIREITO ANTIGO: Grécia e Roma.

A desvalorização da pessoa pródiga já era evidenciada desde o direito antigo, sobretudo porque prodigalidade e loucura eram estados da pessoa que se confundiam.

Na Grécia antiga, a depreciação da pessoa pródiga era evidenciada através do pensamento e narrativas de diversos filósofos da época. Aristóteles, por exemplo, em sua obra *Ética a Nicômaco* considera a “prodigalidade extremamente nociva porque ela é uma

combinação de vícios”. Para o autor, o pródigo tem um vício em particular, ou seja, o de desperdiçar os próprios recursos, sendo arruinado pelas suas próprias ações e tornando-se um caso de desesperança, pois o acúmulo de riqueza é a essência da própria vida.¹⁰²

Nos fragmentos das poesias de cunho político de Sólon, sob a influência da crise social que afligia Atenas e o espírito de instabilidade social das *pólis*, o pródigo foi banido das Assembleias Públicas e considerado infame para exercer empregos públicos e privados. Nos versos de Sólon há a tendência em problematizar a riqueza, apontando-a como a causa principal das discórdias em sociedade sendo, “recorrente o questionamento da busca desenfreada pela riqueza como forma de impulsionar o surgimento da sociedade e sua relação com a divisão e desarmonia social”. O poeta não desmerece a riqueza, desde que adquirida de forma justa e de acordo com a vontade dos deuses. Segundo o autor, os humanos deveriam dirigir a sua riqueza de forma moderada, evitando-se o excesso. As condutas humanas são tanto as causas de decadência quanto o caminho para o

¹⁰² Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. 2006. p. 111;

restabelecimento da *pólis*.¹⁰³

Por vezes aos pródigos era recusada a sepultura de seus antepassados. O sepulcro era consagrado aos ancestrais e o pródigo era considerado inimigo da família, pois dilapidava seus bens, comprometendo-lhes o sustento e a propriedade. Desta forma, os aeropagistas,¹⁰⁴ em seus julgamentos, consideravam os pródigos criminosos e lhes retirava o direito de inumação no túmulo familiar. Proibir o sepultamento do pródigo no jazigo de sua linhagem era uma das formas mais cruéis de punição, de castigo e tinha natureza de vingança, pois os povos da antiguidade acreditavam que sem sepultura a alma tornava-se miserável e errante. Fustel de Coulanges nos ensina que nas crenças primitivas e ágrafas, a alma do falecido não passava para um mundo diferente do que vivemos, ela continuava sobre a terra, entre os vivos. Era comum ao final de cerimônia fúnebre, chamar a alma do morto pelo nome, e por três vezes, desejando-lhe uma vida feliz no mundo dos vivos. Junto ao túmulo eram enterrados

¹⁰³ Gilda Naécia Maciel de Barros. *Sólon de Atenas: A cidadania antiga*. 2020. p. 23-59;

¹⁰⁴ Aeropagistas eram os membros do areópago ou seja, o antigo tribunal ateniense conhecido pela honestidade e imparcialidade que conduziam seus julgamentos e os dedicavam à Marte;

pertences pessoais que o finado necessitaria, como roupas, armas, animais e escravos mortos. Acreditava-se que os objetos do defunto o auxiliariam após a morte. No epitáfio declarava-se que o morto ali repousava, derramava-se vinho sobre a sepultura para matar a sua sede e levavam-lhe alimentos para saciar a sua fome.¹⁰⁵ Punia-se a própria alma do condenado, oprimindo-a e levando-a ao suplício eterno. Família, antepassados, religião doméstica e propriedade eram considerados inseparáveis na sociedade ágrafa grega. O homem morria, mas a alma e culto eram perpétuos.

Nesta toada, reza o mito que, após a conquista de Tróia, os gregos retornaram para o seu país e cada qual levou consigo uma bela escrava, Aquiles, no entanto, que estava morto, exigiu a princesa Troiana Polixena como escrava para ser enterrada viva em seu túmulo.

No Direito Romano, a ideia de prodigalidade foi se modificando ao longo das etapas de evolução de Roma, mas em todas elas o pródigo não tinha capacidade de fato, ou seja, a capacidade de, por si próprio, adquirir e exercer direitos ou contrair obrigações.

¹⁰⁵ Numa-Denys Fustel Coulanges. *A cidade antiga*. 1961;

De acordo com os antigos costumes romanos, a preservação do patrimônio estava associada à religião doméstica. A interdição por prodigalidade surgiu num período de tempo em que havia a compropriedade da família, na qual os herdeiros de uma pessoa eram considerados, ainda em vida, condôminos da propriedade. Nesse tempo, a interdição versava apenas sobre os bens que o indivíduo, por força de lei, herdava de seus parentes. Os herdeiros de uma pessoa, ainda durante a vida desta, eram considerados seus consórcios e a interdição do pródigo referia-se apenas aos bens que ele herdava de seus familiares. Todos os outros bens adquiridos pelo trabalho próprio ou por testamento podiam ser gastos à vontade pelo indivíduo, sem que este estivesse ameaçado de interdição.

Neste período primitivo, pródigo era aquele que gastava desordenada e loucamente os bens que, na qualidade de herdeiro legítimo, havia recebido como herança de seu pai ou por testamento. Interditava-se a pessoa com a intenção de proteger os bens da família. Na República de Roma, por pressão dos plebeus que desconheciam seus direitos, já que todas as normas eram elaboradas e aplicadas pelos patrícios, foi positivada a Lei das XII

Tábuas (451 AEC) que tipificou como deveriam ser os julgamentos, as punições para os devedores e o poder do *pater* sobre a família, além da preocupação com o pródigo que herdaria os bens de seu pai. “Tábua Quinta: Das heranças e tutelas. 8. Se alguém tornar-se louco ou pródigo e não tiver tutor, que a sua pessoa e seus bens sejam confiados à curatela dos agnados e, se não houver agnados, à dos *gentis*.”¹⁰⁶

A Lei das XII Tábuas determinava a interdição daquele que publicamente fosse considerado pródigo e que seus bens fossem colocados sob a curatela dos *agnados*. A curatela do pródigo era chamada de *cura prodigi* e era dever do pretor nomear o curador e na sua ausência, do magistrado. A *curatio* era um *múnus publicum* e o curador era um administrador nomeado publicamente.¹⁰⁷

No direito pretoriano, o pretor estendeu o alcance da prodigalidade, autorizando a decretação da interdição como garantia do próprio indivíduo e não da família, desaparecendo a distinção entre bens herdados e os

¹⁰⁶ José Fábio Rodrigues Maciel. *Manual de história do direito*. 2019. p. 139;

¹⁰⁷ Luís Antônio Vieira da Silva. *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*. v. 106. 2008. p. 159-160;

adquiridos pela atividade do proprietário, ou ainda por testamento, de modo que a interdição por prodigalidade adquiriu uma feição diversa daquela oferecida primitivamente. A interdição dos pródigos foi mantida até o advento da Constituição Francesa do ano terceiro.¹⁰⁸

Com Justiniano, no direito clássico, a definição de pródigo foi ampliada. Era considerado pródigo aquele que desordenada e loucamente dilapidava o seu patrimônio, independente da procedência deste. Pretendeu-se com essa ampliação evitar que o sujeito nessas condições fosse reduzido à miséria, tornando-se um perturbador da ordem social, bem como proteger a pessoa que agia como louco, mas não o era. Em Roma, os pródigos, ao contrário dos loucos, podiam praticar certos atos jurídicos por serem apenas relativamente incapazes.¹⁰⁹

5. O PRÓDIGO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: do direito pré-codificado ao Código Civil de 2002.

¹⁰⁸ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 145;

¹⁰⁹ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. 2021. p. 150-151;

O Código Civil Brasileiro “é o conjunto de normas que disciplinam as relações jurídicas de natureza privada, é também o ramo mais importante do direito privado, visto ter sido a primeira regulamentação das relações entre os particulares.”¹¹⁰

O Brasil, antes da emancipação política que ocorreu com a Independência, era regido pelas Ordenações do Reino de Portugal expedidas por Filipe I em 1603. Nelas, os pródigos em conjunto com os “mentecaptos” eram regulados nos parágrafos 6º, 7º e 8º do Título 103 do 4º Livro:

Título CIII - Dos Curadores, que se dão aos Pródigos e mentecaptos: Porque além dos Curadores, que hão de ser dados aos menores de vinte cinco anos, se devem lambem dar curadores aos Desasisados e desmemoriados, e aos Prodigos, que mal gastarem suas fazendas.

6. E se o Juiz per inquirição souber, que em a Cidade, Villa, ou lugar de seu julgado ha alguma pessoa, que como Prodigio

¹¹⁰ Carlos Alberto Dabus Maluf. *Introdução ao Direito Civil*. 2017;

desordenadamente e gasta e destrue sua fazenda, mandará pôr Alvarás de edictos nos lugares publicos, e apregoar per Pregoeiro, que dahi em diante ninguem venda, nem escaimbe, nem faça algum outro contracto, de qualquer natureza e condição que seja, com elle, sendo certos, que todo os contractos, que com elle forem feitos, serão havidos por nenhuns. E além disso, se o dito Prodigio per virtude de taes contractos alguma cousa receber, não poderá mais por ella ser demandado. E feito tudo isto, e scripto pelo Scrivão dos Orfãos, dará o Juiz Curador á fazenda e bens do tal Prodigio, guardando em tudo o que acima dissemos do Desasisado.

7. E esta Curadoria durará, em quanto o dito Prodigio preservar em seu mão governo; e tornando elle em algum tempo a bons costumes e temperança de sua despesa, pola

fama, que delle houver, e pelo arbitrio e juizo de seus parentes, amigos e visinhos, que o saibam e affirmem per juramento dos Evangelhos, em tal caso lhe serão entregues seus bens, para os livremente reger e administrar.

8. E estes Curadores dados assi aos Desasisados, como aos Prodigos, não serão obrigados a servir mais em cada huma Curadoria, que dous annos cumpridos, segundo acima he ordenado ácerca do Curador dativo, que he dado ao menor de vinte cinco annos, salvo no caso, onde lhe fôr dado por Curador seu pai, ou sua mulher ou avó, porque cada hum destes terá a Curadoria, em quanto o Sandeu durar na sandice, ou o Prodigio em seu mão governo.

Nas ordenações Filipinas, o tratamento dado ao pródigo era objetivo e relacionado exclusivamente aos seus bens, ao ‘máo governo de sua fazenda’, e apesar do tratamento conjunto com o

sandeu, o pródigo estaria liberto da curatela ao restar comprovado o bom governo de seu patrimônio.

O texto das Ordenações Filipinas vigorou no Brasil mesmo após a Independência (1822) e a consequente ruptura dos vínculos com a metrópole. Desta forma, as Ordenações produziram efeitos durante o Império Independente e nos primeiros anos da República.

Em 1916 foi aprovada a Lei 3071 de 1º de janeiro de 1916, o 1º Código Civil Brasileiro denominado *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. Posteriormente, devido a passagem do tempo histórico e a evolução dos costumes, diversas leis especiais foram elaboradas, modificando significativamente o Código Civil de 1916.¹¹¹

No Código Civil de 1916, e em comparação com as Ordenações, há uma clara separação entre o louco e o pródigo. Dispõe o artigo 6º:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos ([art. 147, n. 1](#)), ou à maneira de os exercer:
I. Os maiores de dezesseis e

menores de vinte e um anos ([arts. 154 a 156](#)).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os **pródigos**.

IV. Os silvícolas.
Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz.

Os pródigos eram considerados relativamente incapazes, assim entendido: aqueles “que podem praticar, por si, os atos da vida civil, que não lhes são vedados, devendo praticar todos os mais, autorizados por outrem.”¹¹² A fim de suprir a falta de capacidade, ao pródigo ser-lhe-ia nomeado um representante legal através da curatela¹¹³

¹¹² Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 154;

¹¹³ Sobre a interdição do pródigo dispunham os artigos 616-620 do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939): “Art. 616. A interdição do pródigo será requerida pela mesma forma, citado o interditando, e a petição mencionará, circunstanciadamente, os fatos reiterados e indicativos de dissipação, processando-se, de acôrdo com o estabelecido nos artigos anteriores. Art. 617. Decretada a interdição,

¹¹¹ Carlos Alberto Dabus Maluf. *Introdução ao Direito Civil*. 2017;

e lhe seria garantido a restituição *in integrum* dos valores administrados pelo curador, caso este lhe causasse algum prejuízo. O *in integrum* era o “benefício concedido aos menores e às pessoas, que se lhes equiparam, a fim de poderem anular quaisquer atos, válidos sob outros pontos-de-vista, nos quais tivessem sido lesados”.¹¹⁴

O diploma legal de 1916 foi revogado e após o período de *vacatio legis* de um ano, o atual Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003. Nele, a figura do pródigo foi mantida, de forma dogmática, como relativamente incapaz,

o juiz nomeará curador provisório, cujas funções se tornarão definitivas logo que a sentença transite em julgado. Art. 618. A interdição poderá ser levantada por meio de requerimento e prova de haver o pródigo readquirido capacidade para a administração de seus bens, ou de não mais existirem conjuge e ascendentes ou descendentes legítimos. Art. 619. Para o levantamento da interdição serão ouvidos o curador e o órgão do Ministério Público, e a sentença, que o decretar, será publicada ou registrada, na forma do art. 609. Art. 620. Si a prodigalidade resultar de desordem das faculdades mentais, o pródigo será submetido a exame médico-legal, para os efeitos da interdição por incapacidade mental”. O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973) previu o procedimento da Ação de Interdição em seus artigos 1177-1186, mas diferente do Código anterior, não previu um procedimento específico para o pródigo;

¹¹⁴ Clóvis Bevilacqua. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2001. p. 154-155;

conforme dispõe o artigo 4º, inciso II:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.

Hodiernamente, a incapacidade relativa diz respeito “àqueles que podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega deste ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou designação judicial.”¹¹⁵

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho¹¹⁶, a prodigalidade “trata-se de um desvio comportamental que, refletindo-se no patrimônio individual, culmina por prejudicar,

¹¹⁵ Maria Helena Diniz. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1. 2009. p. 171;

¹¹⁶ Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil I – parte geral*. 2020. p. 141;

ainda que por via obliqua, a tessitura familiar e social.”

Maria Helena Diniz aduz:

Até nosso direito anterior já restringia a capacidade daquele que, desordenadamente, dilapidava os seus bens ou patrimônio, fazendo gastos excessivos e anormais, mandando que fosse apregoado o seu estado, para que ninguém fizesse qualquer negócio com ele, qualificando a prodigalidade como uma espécie de alienação mental em razão de manifestação de ação perdulária.¹¹⁷

Ao enquadrar o pródigo como relativamente incapaz, o Código Civil o privou, exclusivamente, dos atos que possam comprometer seu patrimônio, não podendo, sem assistência de seu curador¹¹⁸, “emprestar, transigir, dar

¹¹⁷ Maria Helena Diniz. *Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. v. 1. 2009. p. 171;

¹¹⁸ De acordo com o art. 1.767 do Código Civil Brasileiro: “Estão sujeitos a curatela: V - os pródigos”;

quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. (Código Civil, art. 1782) Todos os demais atos poderão ser, livremente, praticados pelo pródigo, como por exemplo: casar, adotar, fixar de domicílio, votar, ser testemunha e exercer sua profissão, desde que não seja a de comerciante.

Para que o pródigo seja considerado incapaz, é necessário que se proceda a ação de interdição e, por sentença, lhe seja nomeado um curador. Antes da interdição, o pródigo é considerado capaz e pode praticar todos os atos da vida civil livremente. Após a interdição, os atos praticados pelo pródigo, sem assistência, serão considerados anuláveis (Código Civil, art. 171, I).

Vivemos em uma sociedade capitalista e consumerista, na qual o capital é o arcabouço da vida social, e nesse contexto, teoricamente, se justificaria a interdição do pródigo pelo fato dele encontrar-se permanentemente sob o risco de reduzir-se à miséria, afetando a sua própria pessoa e a sua família, pois fatalmente seria ela quem iria ampará-lo caso a “paupérie” imperasse em sua vida. No entanto o pródigo é um ser humano e, como tal, tem suas liberdades constitucionais

garantidas, dentre elas o direito de, livremente e sem intervenção de qualquer outra pessoa, decidir se e quando disporá de seus bens. Todas as pessoas deveriam ser livres para decidir sobre o futuro de seus “próprios” bens, pois se somos livres para adquiri-los, de forma justa, deveríamos ser livres para aliená-los em total respeito à dignidade do ser humano. As pessoas deveriam ser livres para escolherem privilegiar o “ser” em detrimento do “ter” e não ser interdita devido a essa escolha.

Atualmente, não é considerado prodigalidade o gasto excessivo na esperança de alcançar um lucro futuro ou, ainda, em caso de aquisição de patrimônio que propicie à pessoa melhor qualidade de vida, desde que dentro dos parâmetros da razoabilidade.

Importante ressaltar que o superendividado, figura cada vez mais comum na sociedade moderna, não é considerado pródigo. O consumo desmedido, marcado diariamente por aquisições desnecessárias e que ultrapassam as condições financeiras do consumidor, é marca registrada da vida atual. O superendividado é a pessoa que gasta mais do que ganha, seja porque compulsoriamente acumulou dívidas, seja devido a uma situação fortuita da vida, como um desemprego ou doença. É certo que grande parcela da população

atual se encontra nessa situação de superendividamento e de insolvência, fato que por si só não torna a pessoa pródigo. O consumo exagerado, constante e contumaz é símbolo da sociedade em que vivemos.

Claude Lévi-Strauss, no episódio *O suplício do Papai Noel*, tece uma crítica ao consumismo, narrando a morte do Papai Noel, símbolo ímpar do consumismo e quicá da prodigalidade:

Papai Noel é queimado no átrio da catedral de Dijon diante de crianças de orfanatos: Papai Noel foi enforcado ontem à tarde nas grades da Catedral de Dijon e queimado publicamente em seu átrio. Essa execução espetacular se realizou na presença de várias centenas de internos de orfanatos. Ela contou com o aval do clero, que condenara Papai Noel como usurpador e herege. Ele foi acusado de paganizar a festa de Natal e de se instalar como um intruso, ocupando um espaço cada vez maior.

Censuram-no, sobretudo, por ter-se introduzido em todas as escolas públicas, de onde o presépio foi meticulosamente banido. Às três horas da tarde do domingo, o infeliz velhinho de barbas brancas pagou, como muitos inocentes, por um erro cujos culpados eram os que aplaudiram a execução. O fogo queimou suas barbas e ele se esvaiu na fumaça.¹¹⁹

Ao longo da história, a prodigalidade foi entendida como oniomania ou cibomania, foi associada ainda a outras alienações, como mania de jogos, dipsomania (vontade impulsiva de beber) ou imoralidade do sujeito que dilapidava seu patrimônio para satisfazer interesses sexuais. Atualmente, acredita-se que o pródigo é fraco da mente por agir em desacordo com os “interesses” sociais, daí a necessidade de sua interdição. Tutela-se o patrimônio em detrimento da pessoa humana, o “ter” é enaltecido em detrimento do “ser”, e nas palavras de Manuel Antônio Duarte de Azevedo,

¹¹⁹ Claude Lévi-Strauss. **O suplício do papai noel**. 2008. p. 5-6;

“no interesse da conservação da sua fortuna, a lei *creou fictamente a sua incapacidade*, muito diferente da do louco, que é *producto da natureza*”¹²⁰, definindo-a como o “esbanjamento da própria fortuna e considerando-a como perversão do juízo prudencial que aliás pode existir com o desenvolvimento harmônico das faculdades de espírito e até com as agudezas do talento e do gênio”.¹²¹

6. CONCLUSÃO

Ao término da visita aos tempos antigos, através de obras bibliográficas e do estudo sobre a legislação pré-codificada e codificada nacionais, constatou-se que é lamentável que, em pleno século XXI, as pessoas que adquirem patrimônio e posteriormente vendem seus bens para garantir prazeres da vida sejam consideradas pródigas e relativamente incapazes. A dignidade humana é ferida, a tutela do “ter” é notoriamente engrandecida.

¹²⁰ Manuel Antônio Duarte de Azevedo. **Controvérsias Jurídicas**. São Paulo: Escolas Profissionaes Salesianas. 1097. p. 13;

¹²¹ Manuel Antônio Duarte de Azevedo. **Controvérsias Jurídicas**. São Paulo: Escolas Profissionaes Salesianas. 1097. p. 13;

Imperiosa é a necessidade do debate sobre a incapacidade relativa do pródigo, a fim de que o legislador e a sociedade se conscientizem que o gastador desabusado não é uma ameaça para a sociedade, mas talvez uma pessoa despreendida de valores materiais e que almeja viver livremente a vida.

Nas palavras de Eça de Queiroz em *Ecos de Paris*, “somos ainda religiosamente e juridicamente províncias de Roma.” Somos provincianos, trazemos conosco os ensinamentos de Roma e quanto à prodigalidade, apesar da emancipação cultural, social e do conhecimento hodierna, ainda carregamos os dogmas que nos foi passado desde os tempos antigos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. Grupo Gen. 2021.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret. 2006.
- AZEVEDO. Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral do direito civil: parte geral**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2018
- AZEVEDO. Manuel Antônio Duarte de. **Controvérsias Jurídicas**. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas. 1907.
- BARROS, Gilda Naécia Maciel deb. **Sólón de Atenas: A cidadania antiga**. 2. ed. São Paulo: Editora ffllch. 2020.
- BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros. 2001.
- CÓDIGO PHILIPPINO (Ordenações e leis do Reino de Portugal) recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico. 4ª ed. 1870 segundo a 1ª de 1603 e a 9ª de Coimbra de 1824. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em 15 ago 2021.
- COULANGES, Numa-Denys Fustel. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 1961.
- Código dos Estados Unidos do Brasil. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcis/13071.htm. Acesso em 17 ago. 2021.
- Código Civil Brasileiro. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 17 ago. 2021.
- Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em 17 ago. 2021.
- Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcis/15869impressao.htm. Acesso em 17 ago. 2021.
- Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 17 ago. 2021.
- DINIZ, Maria Helena. *Direito*

Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. v. 1. São Paulo: Saraiva. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa.** 3. ed. São Paulo: Editoria Nova Fronteira. 1989.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** Parte geral. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O dicionário da língua portuguesa.** 6.ed. Curitiba: Editora Positivo Ltda. 2004.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O suplício do papai noel.** Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Cosac Naify. 2008.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário Jurídico.** 1. ed. São Paulo: Editora Manole Ltda. 2014.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. AGUIAR, Renan. **Manual de História do Direito.** 9. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Introdução ao Direito Civil.** São Paulo: SaraivaJur. 2017.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** Ed. Borsoi. T. 53, 1966.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e a legislação civil em vigor.** São Paulo: Saraiva. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense. 2021.

QUEIROZ, Eça. **Ecos de Paris.** Coleção Obras Completas. São Paulo:

Le Livros. 2015.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Ferreira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda. 2016.

SILVA, Luís Antônio Vieira da. **História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano.** Brasília: Edições do Senado Federal. v. 106. 2008.

STOLZE Pablo; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo curso de direito civil 1 – parte geral.** 22. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2020.

**SLAVE LABOR IN BRAZIL:
SLAVERY AND THE BRAZILIAN
EXPLORATORY MENTALITY**

*Pietro Nardella Dellova*¹²²

¹²² Pietro Nardella-Dellova, PhD. Doctor of Civil Law, UFF - Federal University, Rio de Janeiro. Doctor of Science in Religion, Catholic University of São Paulo. Master of Law, School of Law from University of São Paulo-USP. Thesis entitled: "The Crisis of the Sacrificial Law: a study of Renè Girard and Martin Buber," Sao Paulo, 2000. Master of Science in Religion (Anthropology and Literature), Catholic University of Sao Paulo –PUC. Thesis entitled "A Word With Construction of the Sacred: A Study of Literature and the Sacred", São Paulo, 1998. Post-graduate in Civil Law, School of Law of St. Bernardo. Dissertation: "Rights of Personality", Sao Paulo, 1992. Post-graduate in Literature, the Faculty of Arts University of San Marco. Dissertation on "The Ground Zero of the Word and Other Degrees", Sao Paulo, 1994. Graduated in Philosophy, Faculty of Education and Social Sciences of San Francisco. Thesis: "Philosophy and Sacrifice in the work of René Girard," Sao Paulo, 1997. Graduated in Law. School of Law of St Bernardo, São Paulo, 1990. Recently, participated in a partnership with the Association of Judges for Democracy for the approval of the amendment of the Constitution of Brazil, against slavery labor

and Human Trafficking. Since 1995, is an Attorney and consultant in Brazil and Italy in the field of citizenship. A former defense lawyer in the field of Social and Human Rights of Union Workers SITIPLESP, São Paulo Professor of Literature and Philosophy at the School for the State of Sao Paulo. Professor of Civil Law at the University Sao Francisco, Sao Paulo Brazil. Pedagogical Coordinator of a Humanist Law Project. Coordinated the initiative of a bill of Environmental Law and Indigenous peoples in Amazon, Brazil. Supports the "Gruppo Martin Buber," in Italy, for dialogue between Jews and Arabs. Currently, is an invited professor of History of Law at School of Law for the University of Sao Paulo USP, lecturing "Hebrew Law and Western influences". Publications: Love, 1989; The Chest; 1989, Adsum, 1992; Death Of The Poet In The Cliffs And Others Monologues, 2009; Legal Anthropology, 2017; Judaism And Human Rights, 2020; Pierre Proudhon And Civil Law, 2021; Law, Myth And Society: Anthropological And Sociological Studies Of Law, 2021. Currently preparing the book "Civil Law and the Universal Declaration of Human Rights: the right codified civil law for the third millennium." Lectures: Delivered many lectures world wide, the main lectures are: The Child Labor in Brazil and the Statute of Children and Adolescents at Nove Univerity, in Brazil. Images of Good and Evil in Brazil. The Kibbutz and the Emancipatory Process at

ABSTRACT

This text serves to point out and discuss some aspects of human rights violations, namely the exploitation of labor, slave labor or similar and analogous to the slave who, despite being abolished many generations ago it always is very hateful and perverse, especially in Latin America and South America, especially Brazil, a major regional and global economic power.

key words: *human rights, exploitation of labor, Latin America, economic power*

Kibbutz Ramat Rahel in Jerusalem. The History of the Jews Expelled from Spain in 1492, in Spain. Human Rights and the European Immigration Crisis at the University of Zürich, Switzerland. Slavery and Civil Rights, in Amazon, Brazil. Development of Civil Rights in Latin America, at Fluminense Federal University, Brazil. The lack of legal Education at the Association of Judges for Democracy in Sao Paulo, Brazil. Professor of Civil Law at Fluminense Federal University of Rio de Janeiro - UFF. Professor of Civil Law in Post-graduate program at Advanced School of Law- ESEA. Lives in Rio de Janeiro, New York and in Naples.

RESUMO

O presente texto serve para apontar e discorrer sobre alguns aspectos de uma das violações aos Direitos Humanos, ou seja, a exploração da mão-de-obra escrava ou similar e análoga à escrava que, apesar dos idos das muitas gerações e abolições, persiste, sempre, de forma odiosa e perversa, especialmente nos países da América Latina e América do Sul, com destaque para o Brasil, uma das grandes forças econômicas regionais e mundiais.

Palavras-chave: *direitos humanos, exploração de mão-de-obra, América Latina, poder econômico*

Introduction

This text serves to point out and discuss some aspects of human rights violations, namely the exploitation of labor, slave labor or similar and analogous to the slave who, despite being abolished many generations ago it always is very hateful and perverse, especially in Latin America and South America, especially Brazil, a major regional and global economic power.

Slavery, in any form, it is not only the exploitation of labor. It is more. It is the destruction of the human being, freedom and dignity. It is in fact the destruction of the whole human person, the body, the soul, the intellect and social relationships. It is the undoing of the identity of a person, the destruction of its history and prospects!

Slave labor is at all times the injustice and denial of full human being and the denial of one's personality.

1. In Brazil

In Brazil, as its history reveals, there is an enslave praxis and mentality, at least, an attitude exploitation that will, in this sense, permeate all relations of production and trade, with repercussions on the social, family and education of the society.

The process of enslavement was, and still is multifaceted. It began with an attempt to subdue the indigenous peoples of Brazil, then to trade and enslave Africans to South America, initially this process was allowed by Brazilian laws, then after doing in an illegal way.

With the international pressure from the late nineteenth century, Brazil, the last country in the world (and Sao Paulo, last province) to liberate the slaves, made a campaign in Europe, focusing on Italy, recently unified, in order to co-opt people to work for their coffee plantations, in this case, aiming to replace the black Africans for the Italian people.

With the difficulties to uphold the oppression of the Italians and their children, in the second half of the

twentieth century, especially with the installation of the automobile industry in the ABC region in São Paulo, there was a new campaign, now in a domestic way, to "purchase" the workforce from the northeastern region of Brazil- the so-called *nordestinos*!

Finally, on the end of the twentieth century with the exploitation of the natural resources, the exploitation of the workforce was redirected to the Midwest, of the rainforest in Amazon, north of Brazil to serve the purposes of the agriculture business.

According to the report A GLOBAL FIGHT AGAINST SLAVE LABOR OR (A GLOBAL INICIATIVE TO COMBAT HUMAN TRAFFICKING, 2005, the ILO - International Labor Organization, 12.3 million people suffer exploitation of slave labor, of this total, 1.3 million happen in Latin America.

Currently, although with advances against the practice of exploitation of slave labor, recognized by the UN and the same ILO - International Labor Organization, this practice still persists in Brazil.

2. The slave labor

The slave labor is used mainly in two sectors of the Brazilian economy:

the rural slave labor in agricultural business and the manufacturing clothing sectors. There is also another cruel kind of slave labor, the sexual exploitation, with grooming and trafficking of women, in which many of them are minors who are drawn from distant regions to be subduing in different parts of Brazil. Others are transferred to Europe and prevented from returning and also to communicate with their families. But the issue of exploitation of slave labor derived from prostitution will be left for another opportunity, considering we are here today concerned about rural slavery.

In the countryside, the slaves are recruited in their villages, often Northeasterners (originating from the states of Ceara, Piaui, Maranhao, Pernambuco, Bahia, Alagoas, Sergipe, Rio Grande do Norte, among others). Such people, being unemployed and in poverty, or worse, absolute misery, believe in strangers and are taken to farms in remote places, often in the Amazon region. Upon arrival, they are obliged to contract debts with tools and food, and they are prevented from leaving, because they are under constant guard of armed overseers. They often work in agriculture or livestock, with no minimum or no labor rights. Since 1995, approximately 39,000 workers

were rescued in these regions.

Brazil has 27 states, of which 19 were listed as traffickers of exploitation of slave labor in agroindustry.

In urban areas, to coax workers also occurs between the Northeast and among the neighbouring countries of Brazil, including advertising in newspapers and radio, promising economic success. The recruiters do as it was once done in Europe, especially in Italy in the late nineteenth century. As it was done in the nineteenth century the recruiters sell Brazil as a country of opportunities, and easy enrichment. Currently, Bolivia has a large contingent of workers in Brazil.

The most serious situation refers to the Bolivians who are brought illegally (smuggling) and taken to the central areas of the City of São Paulo, where they are living in small rooms with many people, women and children. The type of work performed is usually in the manufacturing sector providing indirect products for large chain of clothing shops. When they arrived the recruiters confiscate their documents and they are in constant threat and fear. These people cannot leave their location without being supervised.

In 2011, the UN denounced Brazil in its report, indicating the presence of 100,000 Bolivians in São Paulo, the

richest state of Brazil, of which half were under illegal conditions and thus suffering some kind of abuse and exploitation. There is also the recruitment of Paraguayans and in this case, for illegal domestic service.

The Brazilian authorities are on constant alert and always curbing such practices, but, as occurs in other sectors, the exploitation resist, persists and deepens.

Government institutions in conjunction with the Federal Police have forward denounces to federal prosecutors, and also federal employees are able to provide surveillance to combat rural slavery

There is also a National Register of Slave Labor that holds updatable list of operators in order to inhibit any type of financing.

Congress, created the CPI (Parlament Committee Inquiry) of Slave Labor in order to map, and verify the way in which slave labor is established in Brazil.

Since 1995, the Special Audit with the support of the Federal Police and prosecutors rescued 39,000 rural workers in slavery. In order to sustain the rescued 10.608/2002 Act was passed that provides a certain value such as unemployment insurance, and financial resources to return to the city of origin.

In 2003 there was a change in the criminal code, which deals with reducing a person to a condition analogous to slavery in its various facets, with a conviction of 2 to 8 years and a fine, aggravated in the case of child or adolescent victim or subject of prejudice against race, ethnicity, color, religion or origin.

In cases of convicted, and the application of criminal penalties, the courts have imposed million dollar fines and this value is directed to FAT - Worker Support Fund.

It was found that, in the case of urban slave labor, especially in relation to thousands of clothing manufactures found illegally, in the central areas, there is a phenomenon that favors the recruitment of labor, as well as the difficulty of accountability. The manufacturing process is divided into many different stages, and some of these stages are produced in hundreds of small home business, often illegal.

Because it is thousands of small businesses in microcosmic operation, it is very difficult to prosecutors to criminalize the traffickers. The way they found is to verify with the work and products of big stores to respond effectively and to account the products sold.

These actions have been restless,

but still the results are not totally effective.

Hoping to inflict a greater punishment, in 1995 – a Draft Constitutional Amendment was presented to punish more harshly the traffickers of slave labor. But, this draft namely PEC 232/95, was unsuccessful, being blocked in the Congress, where many Representatives and Senators, are themselves, the large landowners, or are representatives of the landowners, composing in any case the so-called "Bench Rural" in which made a greater resistance to punish slave labor.

Another PEC of slave labor was presented in 1999, which was accepted, but with the same resistance of the rural bench. It is called PEC 438/2001 laying down the amendment of Article 243 of the Federal Constitution of Brazil, expanding its scope and application. Currently, this constitutional provision, it is possible to expropriate land without payment of compensation, which grow illegal plants, especially the psychotropic.

With the PEC 438/2001, the device would also be applied against those who use slave labor, with the same effect, i.e., expropriation of land without compensation and thus confiscated to meet the settlement program for families and agrarian reform.

But, although accepted and adopted by the Senate in 2001, the PEC 438 stood in the House of Representatives, where the rural bench was able to hold it, as we use to say in Brazil "in the drawer." But on January 28, 2004 a horrible event occurred in the city of Unai - Minas Gerais; four federal employees who has to perform the supervision of the lands to prevent rural slavery were killed. This event has given the large impact that triggered the massacre, following the House of Representatives quickly passed in the first turn the PEC 438. At the same time, coincidentally the congress sanctioned the Bill 12064 establishing the day of the massacre, January 28 as THE NATIONAL DAY TO COMBAT SLAVE LABOR. Because it is a Constitutional Amendment, regarding slave labor the PEC 438, since 2004, is awaiting a vote in the second turn, which had been prevented by the House of Representatives.

However, in June 2007, a new event gave a new "breath" to the PEC 438, the a group who has the role to supervise slave labor, which is linked to the Ministry of Labor and Employment, rescued 1064 people from the Farm Pragisa in the state of (..) and a group of Senators, who were linked to the farmers, bitterly criticized the work of

the group. Some senators considered the work of the group hard, I mean like a threat to the farmers. On contrary, in light of these criticisms the civil society and some congressman has moved to approve the PEC 438 on the second turn and make the constitutional reform

In the domestic context, various groups and institutions such as the CUT – (*Central Única dos Trabalhadores*) The central Union of workers, various programs of federal public universities, the AJD - Association Judges for Democracy, and the international level, the ILO - International Labor Organization, the UN, have declared support for the final approval of the PEC 438, in order to force the House of Representatives to vote.

Since then, unions have lobbied intensely for the approval of PEC. The AJD - Judges Association for Democracy made its way, as well as their communication channels to discuss the issue with experts, and professors and, finally to gather signatures, especially from Magistrates who are concern to the emancipation of the workers, and send the petitions to the Supreme Court of Brazil- STF.

In southern Brazil, a movement called Alternative Law especially, since the early 1990s has had an impressive battle against unjust practices, including

slave labor.

After the official release of 2011 there were 230 instances of slave labor in 19 Brazilian states, with approximately 4,000 persons rescued, law students, professors, and the Association of Judges for Democracy, among others are pressuring the congress.

So after 12 years being processed and blocked in Congress, on May 2012 the PEC 438 was finally approved in order to create a Constitutional Amendment and treat more rigidly, the exploitation of slave labor. It was a great lost to the rural bench, which lost its breath in front of all social movements and civil rights in favor of the PEC 438.

Much remains to be done. Most of the battles, as announced in my theme in this Conference, refers to an "Ethos," a way of thinking and acting in Brazil in relation to take advantage of slave labor in any of its characteristics.

Even though the current laws and systems are improved, in order to combat human trafficking; there is still a need to go deeper than that, and change the educational system in Brazil, not only law schools, but also all other department especially the ones related to humanities.

A variable of this study also lies

in the formation of a united front work to clarify the consumer, teaching him to verify the origin of the goods one's buy, because as taught in the book Zino Zini Giustizia, 1907, it is possible and not to buy, goods whose production was a result of slave labor. As regards to human rights, the act violated by this crime and wickedness, we remember, too, the teachings of Norberto Bobbio, L'ETA DEI DIRITTI, 1990, for whom it is not enough to have Human Rights or the Declaration of Human Rights but now it is needed to make it effective. The great struggle today is not about the Declaration itself, but rather in putting it into effect.

Therefore, the approved PEC 438, the mobilization continues, now for training and information, clarification and discussion listed because there will always be someone wanting to explore, there will always be someone exploitable; therefore, there must always working groups, within governments, and universities, in order to, first, to resist and prevent exploitation, on the other, forming and shed light to a future of enlightened society, and above all, emancipated.

Conclusion

There are today, in Brazil, a concentrated effort of the Judiciary,

especially of Judges for Democracy, AJD, the Federal Law Schools, the Federal Public Ministry, the Ministry of Labor, and much of others organized civil society in order to enforce the laws against slave labor, as well as the PEC 438.

But there is a consensus among those who work in the fight against human trafficking that the only change of the legislation is insufficient. Slave labor today is created with four elements: the juridical, the economics, the education and the environmental. The poverty (economics) is the main source of the crime and, given this fact, the Brazilian government has in the last fifteen years, working in this area with specific programs to combat poverty: Solidarity Program, Zero Hunger and Poverty Eradication (1994 2012) that has reached levels of success and recognition. The area of Environmental and Education are still without proper attention, which is a sadness situation.

The fight against human trafficking is forever, every day, every hour and every minute.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

BOBBIO, Norberto. *L'eta dei Diritti*. Milano: Mondatori:1990;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Conference: Slave Labor in Brazil:*

slavery and the Brazilian exploratory mentality (St Thomas University, Miami, Florida, 2012;

TRADUÇÃO EM PORTUGUÊS

***TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL:
ESCRAVIDÃO E A MENTALIDADE
EXPLORATÓRIA BRASILEIRA***

Pietro Nardella-Dellova

O presente texto serve para apontar e discorrer sobre alguns aspectos de uma das violações aos Direitos Humanos, ou seja, a exploração da mão de obra escrava ou similar e análoga à escrava que, apesar dos idos das muitas gerações e abolições, persiste, sempre, de forma odiosa e perversa, especialmente nos países da América Latina e América do Sul, com destaque para o Brasil, uma das grandes forças econômicas regionais e mundiais.

Uma grande força econômica, mas não, necessariamente, legítima! Pois, fazemos uma pergunta: uma grande força, mas a que custo? A pergunta e a resposta são facilmente compreensíveis, pois quaisquer economias que se baseiam no progresso econômico em detrimento do bem estar da pessoa humana, bem como de sua dignidade, merecem críticas e mudanças.

O trabalho escravo, em qualquer modalidade, não é apenas a exploração da mão de obra. É mais. É a destruição do ente humano, da liberdade e da dignidade humanas. É o fato destruidor do ser humano integral, ou seja, de seu corpo, de sua alma, de seu intelecto e de suas relações sociais. É o desfazimento da identidade de uma pessoa, a destruição de sua história e a quebra de suas perspectivas!

O trabalho escravo é, a qualquer tempo, a injustiça plena e a negação da pessoa humana como sujeito de direito e, acima de tudo, dos direitos da personalidade.

No caso do Brasil, como denuncia sua História, há uma práxis e mentalidade escravocratas ou, para dizer o mínimo, de uma mentalidade exploradora que vai, neste sentido, permear toda e qualquer relação de produção e comércio, com repercussões nas áreas sociais, de família e de educação.

O processo de escravização foi, e ainda é, multifacetado. Começou com uma tentativa de submeter os índios, habitantes originais da terra, para depois, fazer o tráfico de negros da África para a América do Sul, de início legal e, depois, de forma ilegal.

Com as pressões internacionais do final do século XIX, o Brasil, último país do mundo (e São Paulo, última

província) a liberar os escravos, fez uma campanha na Europa, com foco sobre a Itália, então recém-unificada, para cooptar mão de obra para suas lavouras de café, neste caso, objetivando uma substituição da mão de obra negra por aquela italiana.

Com dificuldades de manter a opressão sobre os italianos e seus filhos, na segunda metade do século XX, especialmente, com a instalação da indústria automobilística na região do ABC, no Estado de São Paulo, houve nova campanha, agora interna, para aquisição de mão de obra da região nordeste – os chamados nordestinos!

Finalmente, ao final do século XX, com a exploração das reservas naturais, a mão de obra foi reconduzida para o centro-oeste, floresta amazônica, norte, a fim de servir aos propósitos agropecuários.

Conforme o relatório *Uma Aliança Global Contra o Trabalho Escravo*, de 2005, da OIT – Organização Internacional do Trabalho, 12,3 milhões de pessoas sofrem exploração de trabalho escravo. Deste total, 1,3 milhões apenas na América Latina.

Atualmente, embora com avanços no combate à prática da exploração do trabalho escravo, reconhecidos pela ONU e pela mesma OIT – Organização

Internacional do Trabalho – infelizmente, este persiste, ainda, no Brasil.

O trabalho escravo é utilizado, principalmente, em dois setores produtivos da economia brasileira. O trabalho escravo rural, do campo, do agronegócio e o trabalho escravo urbano, especialmente, nos setores relacionados às confecções e às grandes lojas de roupa. Há, ainda, um terceiro campo de trabalho escravo, referente à exploração sexual, com aliciamento e tráfico de mulheres, muitas das quais, ainda menores de idade, que são retiradas de regiões distantes para serem submetidas à exploração nas capitais brasileiras. Muitas dessas mulheres são transferidas para Europa e impedidas de retornar e, também, de se comunicarem com seus familiares. Mas o assunto da exploração do trabalho escravo derivado da prostituição será deixado para uma nova oportunidade, tendo em vista que nos preocupamos aqui com o trabalho no setor econômico, principalmente rural.

No campo, os escravizados são aliciados em suas cidades, geralmente nordestinos (originados dos Estados do Ceará, Piauí, Maranhão, Pernambuco, Bahia, Alagoas, Sergipe, Rio Grande do Norte, entre outros). Tais pessoas, por estarem desempregadas e em estado de

pobreza ou, pior, de miséria absoluta, acreditam no discurso dos aliciadores e são levados para fazendas localizadas em lugares remotos, comumente, na região amazônica. Ao chegarem, são obrigados a contrair dívidas com ferramentas e alimentos, sendo-lhes impedida a saída, pois ficam sob guarda constante de capatazes armados. Trabalham tanto na agricultura como na pecuária, sem condições mínimas e sem direitos trabalhistas. Desde 1995, foram resgatadas aproximadamente 39.000 pessoas nestas regiões.

O Brasil possui 27 Estados, dos quais 19 foram arrolados como praticantes de exploração de trabalho escravo, em agronegócios.

Na área urbana, o aliciamento ocorre, também, entre os nordestinos e, entre os países vizinhos do Brasil, inclusive com propaganda em jornais e rádios, prometendo sucesso econômico. Os aliciadores fazem, aliás, como também faziam os agenciadores na Europa, especialmente na Itália em fins do século XIX. Assim como naquele século, os aliciadores apontam o Brasil como um país de oportunidades, fácil enriquecimento e estrutura social de acolhida. Atualmente, da Bolívia vem um grande contingente de trabalhadores para o Brasil.

Em 2011, a ONU denunciou o

Brasil em seu relatório, apontando a presença de 100.000 bolivianos no Estado de São Paulo, a região mais rica do Brasil, dos quais, a metade estava em condições ilegais e, assim, sofrendo algum tipo de abuso e exploração. Há, também, o aliciamento de paraguaias e, neste caso, para o serviço doméstico irregular e ilegal.

A situação mais grave refere-se aos bolivianos que são trazidos de forma ilegal (contrabando de pessoas) e levadas para as zonas centrais da Cidade de São Paulo, onde ficam morando em pequenos quartos com muitas pessoas, incluindo mulheres e crianças. Seu trabalho em turno constante é no setor de confecções, que atende, de forma indireta, às grandes lojas de roupas. Ao chegarem, seus documentos são apreendidos pelos aliciadores e, sem documentos, ficam sob regime de ameaça e medo constantes, não podendo, também, se retirar do local ou se movimentar sem acompanhamento constante e violento.

As autoridades brasileiras estão em alerta constante e, sempre, coibindo tais práticas, mas, assim como ocorre em outros setores, a exploração resiste, mantém-se e aprofunda-se.

O Governo, por intermédio do MTE – Ministério do Trabalho e do Emprego, da SIT – Secretaria Especial de

Fiscalização, da PF – Polícia Federal, em conjunto com os Grupos Estaduais de Fiscalização Rural e MPT – Ministério Público do Trabalho, abriu muitas frentes de combate que vão desde ações de “denúncia”, diretamente ao Ministério e à Procuradoria, bem como, ações de enfrentamento direto com os Grupos Móveis de Fiscais do Trabalho em conjunto com a Polícia Federal.

Há, também, um Cadastro Nacional do Trabalho Escravo que mantém lista atualizável dos exploradores, a fim de inibir qualquer tipo de financiamento.

Pelo lado do Congresso Nacional, criou-se a CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito – do Trabalho Escravo, a fim de se mapear, responsabilizar e verificar o caminho pelo qual o trabalho escravo se estabelece no Brasil.

Desde 1995, a Secretaria Especial de Fiscalização com o apoio da Polícia Federal e a atuação do Ministério Público Trabalho, resgataram 39.000 trabalhadores rurais em regime de escravidão. A fim de amparar os resgatados, foi aprovada a Lei 10.608/2002, que fornece certo valor como seguro-desemprego especial para o resgatado, além de recursos financeiros para o retorno à cidade de origem.

O Judiciário brasileiro tem efetivamente julgado, mas com base no vigente Código Penal de 1940, Artigo 149, modificado e aumentado – Lei 10.803/2003 – que trata da redução de uma pessoa à condição análoga a de escravo em suas variadas facetas, e pena de 2 a 8 anos e multa, com agravante para o caso da vítima ser criança ou adolescente ou motivo de preconceito em relação à raça, etnia, cor, religião ou origem.

Nos casos de condenação, além da aplicação das sanções penais, o Judiciário tem imposto multas milionárias, cujo valor é direcionado ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Verificou-se que, no caso do trabalho escravo urbano, sobretudo em relação às milhares de confecções encontradas, de forma ilegal, nas áreas centrais, há um fenômeno que propicia o aliciamento da mão de obra, bem como a dificuldade de responsabilização. Trata-se da terceirização. As grandes lojas terceirizam sua fabricação de roupas que, por sua vez, multiplica-se em mil faces produtivas, com a base ilegal. Por se tratar de milhares de pequenas oficinas, em operação microcós mica, o Ministério Público encontra dificuldade para dismantelar e responsabilizar os

criminosos. Então, uma das atuações, agora, tem sido contra as grandes lojas, chamadas para responder de forma efetiva e para dar conta do produto vendido em suas vitrines.

São ações incansáveis, mas com resultado ainda a desejar.

Com a esperança de impingir uma sanção ainda maior, foi apresentada em 1995 uma PEC – Projeto de Emenda Constitucional – a fim de punir com mais rigor o explorador de mão de obra escrava. Mas esta PEC, de número 232/95, não logrou êxito, sendo bloqueada no Congresso Nacional, onde muitos Deputados e Senadores ou são, eles mesmos, os grandes latifundiários, ou são representantes dos latifundiários, compondo em qualquer caso a chamada “Bancada Ruralista”, com maior resistência à punição do trabalho escravo.

Outra PEC do Trabalho Escravo foi apresentada em 1999, recepcionada, mas com resistência da mesma Bancada Ruralista. Tornou-se a PEC 438/2001, que prevê alteração do Artigo 243 da Constituição Federal, ampliando o seu alcance e aplicação. Atualmente, por conta deste dispositivo constitucional, é possível expropriar terras, sem pagamento de indenização, de quem

cultivar plantas ilegais, especialmente, as psicotrópicas.

Com a PEC 438/2001, o dispositivo seria, também, aplicado contra os que se utilizam do trabalho escravo, com a mesma repercussão, ou seja, expropriação das terras sem indenização e, assim, confiscadas para atender ao programa de assentamento de famílias e reforma agrária.

Mas, embora recepcionada e aprovada pelo Senado Federal em 2001, a PEC 438 ficou parada na Câmara dos Deputados, onde a Bancada Ruralista conseguiu mantê-la “na gaveta”. Mas no dia 28 de janeiro de 2004 ocorreu uma chacina em que foram assassinados quatro funcionários ligados à Auditoria do Trabalho na Cidade de Unaí, no Estado de Minas Gerais, que realizavam ali uma fiscalização contra o trabalho escravo. Por isso mesmo, em face da grande repercussão que a chacina desencadeou, a Câmara dos Deputados rapidamente aprovou em primeiro turno a PEC 438, período em que, também, foi sancionada a Lei 12.064 instituindo o dia da chacina, 28 de janeiro, como Dia Nacional Do Combate ao Trabalho Escravo. Por tratar-se de Emenda Constitucional, a PEC 438 ficou, então desde 2004, aguardando a votação em segundo turno, o que vinha sendo impedido por parte dos Deputados.

Porém, em junho de 2007, um novo fato deu fôlego à PEC 438, o Grupo Móvel de Fiscalização, ligado ao Ministério do Trabalho e Emprego, resgatou 1.064 pessoas da Fazenda Pragisa, e um grupo de Senadores, ligados aos produtores rurais, teceu duras críticas ao trabalho do Grupo. O grupo de senadores considerou o trabalho do GMF duro. Em função destas críticas, a sociedade civil e parlamentar movimentaram-se no sentido de aprovar a PEC 438 em segundo turno e fazer a reforma constitucional.

No contexto interno, vários grupos e instituições, tais como a CUT – Central Única dos Trabalhadores – vários Programas das Universidades Federais, a AJD – Associação Juízes para Democracia – e, no plano externo, a OIT – Organização Internacional do Trabalho – e a ONU, declararam apoio à aprovação final da PEC, forçando a Câmara dos Deputados a votarem.

Desde então, os sindicatos fizeram intensa campanha junto às suas bases para a aprovação da PEC.

A AJD – Associação Juízes para Democracia abriu seu espaço, bem como, seus canais de comunicação, para debater o tema com especialistas e professores e, finalmente, agremiar assinaturas em abaixo-assinado,

especialmente dos Magistrados ligados à emancipação do trabalhador e encaminhar ao STF – Supremo Tribunal Federal.

No sul do Brasil, um movimento chamado especialmente Direito Alternativo, vem desde o início dos anos 1990 com um expressivo combate às práticas de injustiça, incluindo entre elas o trabalho escravo.

Após a divulgação oficial do ano de 2011, que houve 230 ocorrências de trabalho escravo em 19 Estados brasileiros, com aproximadamente 4.000 pessoas resgatadas, acentuou-se a pressão sobre os Deputados, agora envolvendo estudantes de Direito, Professores, a mesma AJD - Associação Juízes para Democracia – entre outros.

Assim, depois de 12 anos tramitando e bloqueada no Congresso Nacional, a PEC 438 foi finalmente aprovada em maio de 2012, a fim de criar a anunciada Emenda Constitucional e tratar com maior rigor, mantidas as sanções administrativas e penais, a exploração do trabalho escravo. Foi uma grande derrota para a bancada ruralista, que perdeu seu fôlego em face de todos os movimentos sociais e civis a favor da PEC 438.

Mas há muito ainda por ser feito. A maior das lutas, como anunciado no tema desta minha Conferência, refere-se

a um “Ethos”, um modo de pensar e agir no Brasil em relação a tirar vantagem do trabalho escravo, em qualquer de suas características.

Por isso mesmo, mantidas as leis penais e administrativas, o trabalho incessante dos Ministérios relacionados, a aprovação da Emenda Constitucional, é preciso avançar ao fundo do problema. Então, há movimentos Universitários, refiro-me às Universidades Federais, com o propósito de juntar esforços para a formação de uma mentalidade e de uma práxis educacional, a começar com os estudantes, não apenas dos Cursos de Direito, mas de quaisquer outros Cursos, especialmente, os das Ciências Humanas.

Uma variável deste trabalho, também, reside na formação de uma frente de trabalho para esclarecimento do consumidor, ensinando-lhe a verificar a procedência das mercadorias que adquire, pois conforme ensinou Zino Zini em seu livro *Giustizia*, de 1907, é possível resistir e não comprar, por exemplo, mercadorias cuja produção tenha sido fruto de um trabalho escravo ou injusto.

No que respeita aos Direitos Humanos, flagrantemente violados por este crime e perversidade, lembramos, também, dos ensinamentos de

Norberto Bobbio, em *L’età Dei Diritti*, de 1990, para quem não basta haver Direitos Humanos ou Declaração dos Direitos do Homem, mas, agora, é preciso efetivá-los. A grande luta é, hoje, na efetivação e não mais na Declaração.

Por isso mesmo, aprovada a PEC 438, a mobilização continua, agora para formação e informação, esclarecimento e debates constantes, pois sempre haverá alguém querendo explorar, sempre haverá alguém explorável por quaisquer razões, em especial, por razões de necessidade e, portanto, deve haver sempre grupos de trabalho, governamentais, universitários, nacionais e internacionais, com o objetivo de, por um lado, resistir e impedir a exploração; por outro, formar e lançar luzes para um futuro de sociedade esclarecida e, sobretudo, emancipada.

Conclusão

Há hoje, no Brasil, um esforço concentrado da Magistratura, especialmente, da AJD – Juízes para Democracia – dos Cursos de Direito federais, do Ministério Público Federal, do Ministério do Trabalho e Emprego e grande parte da sociedade civil organizada, no sentido de fazer valer as

leis contra o trabalho escravo, bem como, o dispositivo da PEC 438.

Mas é consenso entre aqueles que atuam na luta contra o trabalho escravo que apenas a alteração da Legislação é insuficiente. O trabalho escravo, hoje, se cria com quatro elementos: o Jurídico, o Econômico, a Educação e o Ambiental. A miséria (Economia) é a principal fonte deste crime e, em face desta constatação, o governo brasileiro vem, nos últimos quinze anos, atuando nesta área com programas específicos de combate à miséria: Programa Solidariedade, Fome Zero e Erradicação da Pobreza (1994 a 2012), que tem alcançado níveis de sucesso e reconhecimento. A área da Educação e Ambiental ainda está sem a devida atenção, o que é lamentável.

A luta contra o tráfico de pessoas é para sempre, a cada dia, a cada hora e a cada minuto!

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *L'eta dei Diritti*. Milano: Mondatori:1990;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Conference: Slave Labor in Brazil: slavery and the Brazilian exploratory mentality* (St Thomas University, Miami, Florida, 2012;