



Revista de  
**DIREITO CIVIL**

---

ISSN 2596-2337

**10<sup>a</sup> Edição Especial**

**35 ANOS DA CF/88**

**20 ANOS DO CC/02**

**UNIAnchieta**

## **FICHA TÉCNICA**

**REVISTA DE DIREITO CIVIL, ISSN 2596-2337, v.5, n2, jul./dez.**

**Nº 10 – Edição Especial**

**Capa:** Gabriel Carlos de Azevedo Mataveli e Mariana de Oliveira Polini

**Editoração e diagramação:** Pedro Henrique Carvalho Gomes

**Revisão:** Regiane Maria Pankoski

**Prof. Me. João Vasconcelos**

*Diretor Acadêmico*

**Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo**

*Coordenador do Curso de Direito*

**Profª. Drª. Juliana Caramigo Gennarini**

*Coordenadora Adjunta do Curso de Direito*

**Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella Dellova**

*Coordenador da Revista de Direito Civil*

## CONSELHO EDITORIAL

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Maria Motta Ribeiro**

(Universidade Federal Fluminense)

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ana Paula Teixeira Delgado**

(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)

**Prof. Dr. Antonio Carlos Morato**

(USP - Universidade de São Paulo)

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> 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. Giuseppe Pietro Buono Nardella Dellova**

(EMERJ, PUC/SP, UFF, FADIPA, CNPq)

**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.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Luzia Batista de Oliveira Silva**

(Programa de Doutorado/Educação USF, CNPq)

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Myriam Benarrós**

(CEUNI/FAMETRO, USP, CNPq)

**Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**

(Ordem dos Advogados do Brasil, SP)

**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. Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova**

## SUMÁRIO

<b>A TÍTULO DE INTRODUÇÃO: DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>1</b>
	Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova
<b>A VISÃO SISTÊMICA DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>7</b>
	Myriam Benarrós
<b>DANO MORAL COLETIVO .....</b>	<b>37</b>
	Cláudio Antônio Soares Levada
<b>A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O DESCABIMENTO DAS CRÍTICAS AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>45</b>
	Paulo Iotti
<b>A FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS CÓDIGOS CIVIS DO ESTADO DE LUISIANA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DO BRASIL.....</b>	<b>112</b>
	Pedro Henrique da Silva Bezerra Pietro Nardella-Dellova
<b>A (NÃO) VACINAÇÃO DOS FILHOS MENORES: RESPONSABILIDADE CIVIL E PODER FAMILIAR .....</b>	<b>129</b>
	Letícia Maria Lima Melaré Renato Dellova
<b>DIREITOS SEXUAIS E SUA APLICABILIDADE EM DIVERSAS PRÁXIS .....</b>	<b>144</b>
	Aline Santarém Ernesto Priscila Junqueira
<b>A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS CONCEBIDAS POR MEIO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA E A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DAS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES .....</b>	<b>155</b>
	Maria Luiza Neto Baeta Lúcia Souza d'Aquino
<b>REMINISCÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE A ORIGEM DA VIDA E O MOMENTO DO SURGIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ....</b>	<b>175</b>
	Lucas Foratto Silva Pietro Nardella-Dellova
<b>OS MAIS VELHOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UMA cONTRIBUIÇÃO DOS ADVOGADOS DO CONSELHO DE NOTÁVEIS DA OAB/SC SUBSEÇÃO BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC .....</b>	<b>200</b>
	Maria Cecília Sada de Amorim Reinaldo Assis Pelizzaro Retijane Popelier

**EQUIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO PARA OS LGBTQIAP+: DA ATUAÇÃO NECESSÁRIA DO STF EM FACE DA LACUNA SUBJETIVA DO PODER LEGISLATIVO .....205**

Gabriel Gomes Dantas Grassi  
Larissa Cristine Gondim Porto

**EM BUSCA DA COMPREENSÃO DO MUNDO DO TRABALHO DOMÉSTICO A PARTIR DOS DEBATES PÚBLICOS SOBRE SUA REGULAMENTAÇÃO NOS ANOS FINAIS DO IMPÉRIO (1870-1910).....222**

Ênio José da Costa Brito

## APRESENTAÇÃO

Na presente 10ª edição da nossa RDC – Revista de Direito Civil –, temos a honra de celebrar os 20 anos de vigência do Código Civil (CC/02), marco civilizatório do sistema privatístico brasileiro. Ao mesmo tempo, celebramos com imensa satisfação, o 35º aniversário da promulgação da Constituição Federal (CF/88), resiliente, cidadã, registro imorredouro da opção feita pelo Estado Democrático de Direito.

Nesta oportunidade, renovamos uma reflexão sobre as relações entre Constituição e Código Civil, relações, estas, umbilicais que permitem afirmar haver, hoje, sob os ensinamentos do mestre italiano, Pietro Perlingieri, e dos mestres brasileiros, Edson Fachin e Gustavo Tepedino, um certo Direito Civil-Constitucional que, embora a expressão, em nada desfaz o sistema civilístico, mas o dignifica com as luzes constitucionais quando não, em sua lacuna ou insuficiência, fundamenta direitos básicos das relações entre pessoas.

Na sequência, faremos uma viagem à visão de Teixeira de Freitas, o grande artífice da codificação, e, embora não aprovada, serviu como fundamento louvado para o Código Civil de 1916.

Em espírito de homenagem e, também, reavivamento de ideias, retomamos a publicação do texto Dano Moral Coletivo, da lavra do Desembargador e Prof. Dr. Claudio Levada, grande entusiasta e incentivador dessa nossa RDC e da coordenação dessa Revista. Trata-se de uma pérola doutrinária e jurisprudencial que a todos nós ilumina e esclarece.

No mesmo sentido, publicamos uma defesa do Direito Civil Constitucional e à luz do novo Direito Civil que, à semelhança do neoconstitucionalismo, não é um desfazimento do antigo sistema, mas seu fortalecimento.

E porque muitos acreditam que o Código Civil tenha origem apenas no sistema romano-germânico, temos a alegria de publicar um estudo sobre a formação histórica do Código Civil da Luisiana, Estados Unidos da América.

Entrementes, considerando estes tempos difíceis de pandemia, publicamos um texto sobre a responsabilidade familiar em relação aos filhos menores.

Da mesma forma, à luz do novo constitucionalismo e novo direito civil, assim como, valores inegociáveis dos direitos humanos, leremos um estudo sobre direitos sexuais e sua aplicabilidade.

No campo das famílias, temos a alegria de publicar um texto que trata da proteção das crianças concebidas por meio de inseminação artificial caseira e a necessidade de reconhecimento das novas configurações familiares.

De outro lado, posto ser de grande relevância, leremos um estudo sobre a origem da personalidade jurídica.

Também, com muita honra e homenagem, recebemos um texto de tarimbados Advogados que nos brindam com reflexões acerca do Código Civil e do trabalho de longa estrada destes, diretamente da Ordem dos Advogados de Balneário de Camboriú.

Diante do debate diuturno e da incompreensível lacuna jurídica no que se refere aos direitos LGBTQIA+, vamos ler e refletir um pouco sobre a atuação necessária diante do STF, com o propósito de fazer valer direitos constitucionais fundamentais.

Por fim, somos contemplados com um estudo reflexivo sobre o trabalho doméstico a partir dos anos finais do Império (1870-1910).

Nosso objetivo incansável, é propiciar leitura e estudos de alto nível acadêmico e relevância para o sistema jurídico, sobretudo o que diz respeito à humanização do Direito Civil com valores constitucionais.

É nosso trabalho, nosso desejo e nosso empenho. Boa leitura, bons estudos.

**Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova**  
Coordenador da RDC - Revista de Direito Civil

## A TÍTULO DE INTRODUÇÃO: DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

*Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova<sup>1</sup>*

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, como ensina Arguello, a redação dos vários Códigos manteve a estrutura e as ideias romanas:

*En efecto, nuestro Código Civil (...) resultó una obra de contenido esencialmente romano. A través de su articulado y de sus notas se aprecia que una gran masa de conceptos romanos se hallan consagrados em dicho ordenamiento (...)<sup>2</sup>*

As relações jurídicas, de caráter civil, 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

---

<sup>1</sup> *Pietro Nardella Dellova é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, UFF; Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, USP; Doutor e Mestre em Ciência da Religião pela PUC/SP; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; Pós-graduado em Literatura; Formado em Filosofia e Bacharel em Direito. Atualmente desenvolve estudos de Pós-Doutorado em Direito, Religião e Neofascismo, pela PUC/SP e, também, Educação Judaica e Direitos Humanos, na Universidade Hebraica de Jerusalém, Israel. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro Honorável da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores; Em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, stricto sensu (Mestrado e Doutorado), em Educação da USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, História do Direito e Direitos Humanos em vários Cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Uff, Fadipa, ESA – Escola Superior da Advocacia, 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 tem “Direito Hebraico”. É Pesquisador bolsista CAPES no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”. É Membro do Observatório Judaico de Direitos Humanos.*

<sup>2</sup> *Luis Rodolfo Aegüello. Manuel de Derecho Romano. 3ª ed., Buenos Aires: Astrea, p. 5;*

diversidade. Além disso, não apenas não são sociedades romanas (embora romanizadas!), mas 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 eles sejam adequados e entrem em harmonia com a realidade dos tempos atuais.

Por exemplo, não se pode simplesmente falar em *pacta sunt servanda* (princípio da obrigatoriedade dos contratos) sem levar em consideração alguns aspectos: tempo do contrato, tempo da manifestação de vontade e condições socioeconômicas e, por isso mesmo, o princípio *pacta sunt servanda*, embora continue valendo, é submetido a outro princípio: *rebus sic stantibus* (enquanto as condições se mantiverem tais como as do momento em que a manifestação de vontade se manifestou). Ao tempo romano havia certa estabilidade nas relações contratuais, o que não se verifica nos dias de hoje.

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 *honesti vivere*, isto é, viver cumprindo o papel social. No dizer de Luis Edson Fachin

(...) quem contrata não contrata mais apenas com quem contrata, e quem contrata não contrata mais o que contrata; há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos. O novo Código traz a função social do contrato e os princípios de probidade e boa-fé.<sup>3</sup>

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.

Tais direitos dão o caráter do projeto de país que se deseja. Uma vez na Constituição Federal, são direitos formais, textuais. Na medida em que se concretizam, tornam-se direitos

---

<sup>3</sup> Luis Edson Fachin. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª ed.. RJ: Renovar, 2006, p. 2;

concretos. Em outras palavras, vão adquirindo um caráter de constituição real da sociedade. E, neste sentido, conforme dispõe o texto constitucional, tais direitos têm aplicação imediata em quaisquer relações jurídicas, sociais, políticas e econômicas.

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. Da minha parte, não vejo exatamente um Direito Civil-Constitucional, pois entendo que se mantêm as esferas de cada uma das Leis, mesmo sendo uma delas a Lei Maior, a Carta Magna. Porém não é possível mais deixar o Direito Civil 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. Mas tal comportamento, a que chamo de ética constitucional, não é simplesmente uma aplicação de princípios constitucionais como se fossem outros princípios, mas da realização do espírito constitucional. Tepedino defende tese semelhante:

As relações entre a Constituição e o Direito Civil não podem ser reduzidas, portanto, a um problema de técnica legislativa. E a chamada constitucionalização do Direito Civil não coincide, como pretendem alguns, com uma utilização fugaz de princípios constitucionais por parte da magistratura, enquanto faltavam soluções legislativas específicas. Cabe à magistratura – agora ainda com mais vigor, tendo em conta a nova codificação – harmonizar as fontes normativas, a partir da compreensão desta imbricação irreversível entre a legislação infraconstitucional e a Constituição, a ser diretamente aplicada às situações disciplinadas pelo Código Civil.<sup>4</sup>

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. No mesmo sentido, Caio Mário trata de um direito civil constitucional nos seguintes termos:

---

<sup>4</sup> Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 384-385;*

Diante da primazia da Constituição Federal, cujos valores se espraiam por todos os setores do ordenamento, unificando-os, os direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos por lei.<sup>5</sup>

É o que se verifica, por exemplo, no caso da propriedade, que, ainda que mantida sua natureza de instituição privada, ganhou um aspecto constitucional: a função social. A propriedade, garantida no Direito Civil, é também garantida na Constituição, aliás, como direito fundamental, mas ali mesmo, na Constituição apenas se justifica quando anda de mãos dadas com a função social. De um lado, o direito individual; do outro, a responsabilidade social.

Não é diferente no que concerne ao direito privado empresarial, também criado e desenvolvido na iniciativa privada e na autonomia societária privada. Porém a iniciativa privada, uma vez que a organização socioeconômica brasileira é liberal e constitucional, deve ater-se aos dispositivos constitucionais do Artigo 170 da CF/88. É livre a iniciativa, desde que obedecido o princípio de respeito ao consumidor, ao direito do trabalho, ao meio ambiente, à dignidade da pessoa humana e, ainda aí, o princípio da função social da Empresa ou atividade econômica.

Outro aspecto importante do então chamado Direito Civil-Constitucional que, como dito acima, preferimos 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 que 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 como os que se referem aos Direitos da Personalidade.

---

<sup>5</sup> Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil. Vol. I. 29ª edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016, p. 20;*

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. Agora, 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.<sup>6</sup>

Como outro exemplo desse processo de constitucionalização do direito privado, ou de nova hermenêutica constitucional para o direito privado, está a Usucapião (familiar), prevista no (novo) Artigo 1240-A, do CC/02, que foi pensada e implementada com base na dignidade (constitucional) da pessoa humana. Não se podia mais suportar, por conta de questões religiosas, que uma pessoa abandonada (no sentido jurídico do termo) tivesse que amargar, não apenas o próprio abandono, mas, depois, ainda a perda ou supressão parcial dos bens, mormente imóveis para moradia. Aqui, se juntaram dois princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana e direito à moradia (ambos compondo o contexto dos direitos fundamentais).

Uma das áreas, tradicionalmente civilísticas, que mais sentiu a influência da Constituição, foi a área do Direito de Família. Hoje, chamada de Direito das Famílias,<sup>7</sup> ainda por constitucionalização do termo, esta área incorporou textos constitucionais completos, ampliou o reconhecimento dos vários núcleos familiares, estabeleceu o afeto como valor jurídico e, a partir daí, passou a caracterizar as relações socioafetivas, inimagináveis em outras épocas!

Por exemplo, o que era concubinato (com todo o preconceito desse termo) tornou-se união estável no Artigo 226 da CF/88. Se o concubinato trazia dissabores aos pares, com forte julgamento negativo por parte da sociedade, a união estável foi alçada à dignidade matrimonial.

O mesmo se diga dos filhos, anteriormente discriminados pelas formas mais abusivas, estão, hoje, em pé de igualdade. Todos os filhos são iguais, proibidas quaisquer discriminações. É o que dispõe a CF/88, o Código Civil e o ECA – Estatuto da Criança e Adolescente. Todos esses instrumentos legais são posteriores à CF/88 e por ela influenciados.

Os exemplos se multiplicam, mas o objetivo desse artigo é dar um sinal, a título de introdução, e não esgotar os temas, um a um. Por isso mesmo, finalizamos apontando um

---

<sup>6</sup> Gláucia Correa Retamozo Barcelo Alves: “Sobre a Dignidade da Pessoa”, in Judith Martins-Costa (org.): *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo: RT, 2002, p. 2015 e segs.;

<sup>7</sup> Importante obra neste sentido: Maria Berenice Dias. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª edição. São Paulo: RT, 2016;

critério de pensamento, de pensar (do latim *pensare*, isto é, colocar nos pratos da balança). Se não se pode falar em Direito Civil-Constitucional, mantida a natureza do Direito Civil, não obstante não se pode mais falar em apenas Direito Civil. Urge um conceito que tenha como referência o Direito Civil em chave constitucional, ou um Direito Civil no contexto da Constituição.

### Referências bibliográficas

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*. 3ª ed.. Buenos Aires: Astrea, 1997;

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ª Edição. São Paulo: RT, 2016;

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18ª edição atualizada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016;

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

MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002;

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. I. 29ª edição revista e atualizada por Maria Cecília Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016;

RANDAZZO, P. Mirto. *Istituzioni di Diritto Romano*. 4ª edizione. Roma: Edizioni CT Adriani Università, 1991;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001;

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

## A VISÃO SISTÊMICA DE AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Myriam Benarrós<sup>8</sup>

### RESUMO:

O trabalho busca traçar a linha da tradição romanística na construção inicial do direito civil brasileiro. Em particular, busca-se evidenciar a importância e a originalidade da obra de Augusto Teixeira de Freitas, que não só consolidou o disperso e confuso direito português aplicado no Brasil quando da independência, sendo a “Consolidação das Leis Civis” uma obra que o próprio Teixeira de Freitas considerava preliminar à feitura do Código Civil, mas, encarregado pelo governo brasileiro e em cumprimento ao disposto na constituição imperial de 1824, também deu início ao projeto do primeiro código civil brasileiro, publicado paulatinamente para que a comunidade científica e a sociedade pudessem opinar sobre a obra, com o título de “Esboço”. Infelizmente, divergências metodológicas e profundas convicções científicas fizeram com que o grande jurista baiano, após ter elaborado mais de 4.000 artigos, renunciasse à obra em face das pressões políticas para que o código fosse promulgado o mais rápido possível, contudo, ironia do destino, iremos aguardar a promulgação do primeiro código civil brasileiro, em 1916, por quase um século, pois, já a constituição imperial de 1824 determinava a necessidade de se proceder a codificação do direito a ser aplicado no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVES:** direito romano, sistema jurídico, codificação, código civil brasileiro

### ABSTRACT

This work seeks to trace the line of romanistic tradition in the initial construction of Brazilian Private Law. In particular, it seeks to highlight the importance and originality of the work of Augusto Teixeira de Freitas, who not only consolidated the scattered and confused Portuguese Law applied in independent Brazil, the *Consolidação das Leis Civis* being a work that Teixeira de Freitas himself considered preliminary to the making of a Civil Code, but, charged by Brazilian government, according to what was set in 1824 Imperial Constitution, he began the project of the first Brazilian Civil Code, published gradually so that scientific community and society could opine about that work, named *Esboço* (Draft). Unfortunately, methodological divergencies and deep scientific convictions made the great jurist, after elaborating more than 4.000 articles, resign from the work in the face of political pressure, claiming that the Code was promulgated as fast as possible. But, ironically, we should wait until 1916 for the promulgation of the first Brazilian Civil Code, that is, almost a century, since the Imperial Constitution of 1824 decreed with it was necessary to proceed with the codification of law to be applied in Brazil.

**KEYWORDS:** roman law; codification; Brazilian Civil Code

---

<sup>8</sup> Doutora em Direito Civil e Mestre em Direito Romano pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Romano e Direito Informático pela Universidade de Roma ‘La Sapienza’. Professora de Direito Civil e História do Direito no Centro Universitário CEUNI-FAMETRO (Manaus-AM). Pesquisadora do Grupo CNPq-GP-TCTCLAE-Teoria Crítica e Teorias Críticas Latino-Americanas e Educação. E-mail: myriam.clementoni@fametro.edu.br

## 1. A tradição do direito romano

Devido aos processos de colonização, as ordens jurídicas latino-americanas decorrem da tradição jurídica de Portugal e da Espanha, portanto, cumpre-nos, preliminarmente, examinar, em sucintas linhas, a evolução do direito na Europa continental, em particular, na península ibérica.

### 1.1 A difusão do direito romano

A invasão dos povos germanos no século V acarreta a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C.. Populações romanizadas e tribos germânicas passam a conviver lado a lado, segundo suas próprias leis. Com o desaparecimento da estrutura institucional romana, passa-se, diante da necessidade de normação no âmbito privatístico, da aplicação do princípio de territorialidade (aplicado de maneira uniforme a partir da concessão generalizada da cidadania, com a *Constitutio Antoniniana*, em 212 d.C.), à aplicação do princípio da personalidade do direito (direitos pessoais sobre base étnica). Tais direitos sobre base étnica se consubstanciam em normas consuetudinárias.

Este direito consuetudinário bem corresponde ao sentir jurídico dos povos bárbaros, cujos sistemas jurídicos nacionais não preveem fontes de produção escritas. As primeiras compilações elaboradas pelos bárbaros a partir do V século são, essencialmente, a redução à forma escrita de normas costumeiras. Diversamente, as populações romanizadas continuam, de forma consuetudinária, a aplicar os preceitos da consolidação teodosiana (*Codex Theodosianus*, 438-439 d.C.).

S. GASPARINI, com muita clareza, explica:

*Si verifica insomma un peculiare fenomeno di delegificazione del diritto romano, e in particolare della forma da esso assunta tramite la consolidazione teodosiana, secondo il quale esso passa da diritto legislativo a diritto consuetudinário e da diritto territoriale (imposto a tutta l'estensione dell'impero dalle istituzioni romane fino al 476 d.C.) a diritto personale della sezione latina della popolazione, assoggettata al dominio dei conquistatori barbari.<sup>9</sup>*

Note-se, também, que o direito romano puro nunca foi integralmente recebido e aplicado nas províncias e no que concerne à península ibérica, M.J. DE ALMEIDA COSTA afirma:

<sup>9</sup> GASPARINI, Silvia, *Appunti minimi d Storia del Diritto. 1. Antichità e medio evo*. Padova: Imprimerie ed., 2002, p. 47.

O sistema jurídico hispânico, nas vésperas das invasões germânicas, encontrava-se longe da perfeição do direito romano clássico. Vigorava o chamado direito romano vulgar (*Vulgarrecht*), que possuía uma estrutura menos complexa e cuja disciplina resultava da interferência de elementos autóctones. Era o reflexo do quadro social, económico e jurídico da Península. [...]

Múltiplos fatores estão na génese do direito romano vulgar. Podem, contudo, reconduzir-se a dois parâmetros básicos: a descaracterização do sistema romano clássico e a persistência ou revitalização de direitos locais e regionais.<sup>10</sup>

Por outro lado, uma das virtudes do direito romano, criado pacientemente pelos juristas clássicos, é a sua capacidade de se adaptar às mais diversas realidades socioculturais, embora esta adaptação produza um efeito de fragmentação, como bem observa M. LOSANO: “*La concretezza del giurista romano genera così un diritto che potremmo chiamare modulare o aperto: il diritto può svilupparsi in qualsiasi direzione per adattarsi a situazioni nuove. Il difetto di questa virtù è la farraginosità delle disposizioni.*”<sup>11</sup>

A multiplicidade de sistemas normativos, porém, não facilitava a composição de controvérsias, minando a certeza do direito nas relações jurídicas, intensificadas com o renascer das cidades e do comércio, nos séculos XII e XIII, no Ocidente europeu.

A redescoberta da compilação justinianeia, por volta do ano Mil, parece ser a resposta aos inúmeros conflitos de uma sociedade em que atuavam vários sistemas de normas.

## 1.2 *O ius commune*

Com a queda do Império Romano do Ocidente, a unidade político-jurídica da Europa continental se desfaz e os povos passam a ser regidos por diversas ordens jurídicas.

No Oriente, a compilação justinianeia permanece até a queda de Constantinopla (1453), profundamente modificada, pois após a morte de Justiniano a sua obra legislativa foi objeto de paráfrases, traduções para o grego, adaptações a realidades totalmente diversas. No Ocidente, a aplicação da legislação justinianeia foi, de fato, pouco relevante.<sup>12</sup>

Verifica-se, nos séculos anteriores aos séculos XI e XII (período de renascimento dos estudos jurídicos), um empobrecimento da cultura em geral, em particular dos estudos jurídicos. Coube à Igreja, conforme salienta C. A. CANNATA, ser a depositária da cultura antiga:

<sup>10</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Portugues*. 5ª edição rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012, p. 110 ss.

<sup>11</sup> LOSANO, Mário. *I grandi sistemi giuridici*. Torino: Einaudi Editore, 1988, p. 28.

<sup>12</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit, pp. 232-233.

*La potenza temporale della Chiesa conferisce particolare valore al più saliente fenomeno culturale svoltosi nel suo âmbito in questo periodo: nel lungo tratto di tempo che corse tra il tramonto della cultura antica e il sorgere della nuova cultura medioevale, legata al fiorire delle città, nel período, cioè, durante il quale si delinea e si afferma il sistema feudale, la Chiesa fu la sola depositaria della tradizione culturale del mondo antico; conventi e cattedrali (talora la Cappella regia) furono i luoghi di una continuità mai sopita dello studio e dell'insegnamento delle artes liberales (grammatica, dialettica e retórica); [...] Fu così che pure in età feudale la Chiesa conservò spunti e saggi di elaborazione tecnica di apparati normativi, i quali ebbero un'importanza capitale nei fenomeni legati in particolare alla Scuola di Bologna ed alle università francesi, sia nel campo del diritto canonico che in quello del diritto civile.<sup>13</sup>*

Com o surgimento do Império carolíngio (Carlos Magno é coroado em 25 de dezembro do ano 800), e posteriormente no século X, do Sacro Império Romano-Germânico (Otão I, 962), reconstitui-se, pelo menos formalmente, uma unidade político-jurídica na Europa continental, perdida com o fim do Império Romano do Ocidente. Sob a proteção da Igreja de Roma, ocorre essa renovação política e, com ela, a aplicação das coletâneas justinianeias, adaptadas às novas exigências, às matérias temporais.<sup>14</sup> No entanto a unidade do império carolíngio se demonstra efêmera, pois, após a morte de Carlo Magno, a partir do tratado de Verdun (843), fragmenta-se em vários reinos e inúmeros feudos.

Embora o Império medieval apresente características absolutamente diversas das do Império Romano, toma força a ideia de que o antigo Império Romano tivesse ressurgido e que o seu poder político tivesse sido transferido aos novos imperadores (*translatio imperii*). Nesse diapasão, os livros do *Corpus Iuris*, redescobertos na Itália, dão ensejo à ideia de que este é o direito dos novos impérios.<sup>15</sup>

No que concerne à estrutura da sociedade na Alta Idade Média, trata-se de uma organização fechada; o feudo é uma entidade autárquica que não possui nenhuma atividade de escambo, desenvolvendo, principalmente, atividades agrárias.

Fatores econômicos irão determinar a mudança desse modelo. A cidade, com seus artesãos e comerciantes, lentamente, tornar-se-á o elemento determinante de um novo modelo social. M.J. DE ALMEIDA COSTA assevera:

Em síntese: motivos de ordem política, religiosa, cultural e económica apontavam para o incremento do estudo do direito romano justinianeu.

<sup>13</sup> CANNATA, Carlo Augusto. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all'epoca contemporanea*. Torino: Giappichelli Editore, 1976, p. 11

<sup>14</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit, p. 233 ss.

<sup>15</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 131 ss.

Formou-se uma dinâmica que se aceleraria no século XII com os juristas bolonheses.<sup>16</sup>

O renascimento dos estudos de direito romano irá ocorrer, somente, no final do século XI, tornando-se intenso no século XII com a atividade dos juristas da Escola de Bolonha, os Glosadores.

O comparatista R. DAVID, tratando do renascimento e da ideia de direito, afirma:

*La société, avec la renaissance des villes et du commerce, prend conscience à nouveau de la nécessité du droit: elle vient à penser que seul le droit peut assurer l'ordre et la sécurité qu'exige le plan divin et qui permettent le progrès. [...] L'idée que la société doive être régie par le droit, et soumise à des règles de raison, n'est pas une idée nouvelle, elle avait été admise, en ce qui concerne les rapports entre particuliers, par les Romains.*<sup>17</sup>

O direito estudado e cultivado nas universidades europeias, entre os séculos XII e XVII, com base no direito justinianeu convive com os direitos consuetudinários locais, mas constitui tendencialmente uma unidade, um direito comum a todo o espaço europeu ocidental.<sup>18</sup>

Quanto à península ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido da obra dos Glosadores são atestadas já nos finais do século XII, em regiões hispânicas que tinham maior contato com o resto da Europa. Evidências mostram que ao longo da segunda metade do XII encontramos na região jurisconsultos de formação estrangeira.<sup>19</sup>

Ademais, releve-se que as Ordenações Afonsinas no livro II, título 9, dispunham que diante do caso concreto, na falta de norma de direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte ou os costumes antigamente usados), dever-se-ia utilizar em questões jurídicas temporais o direito romano (leis imperiais); em questões espirituais, o direito canônico e se houvesse conflito entre os dois, prevaleceria o direito canônico. Não se encontrando a norma aplicável ao caso, nestas diversas ordens jurídicas, recorrer-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, por último, a opinião de Bártolo.<sup>20</sup>

Em conclusão, entende-se por direito comum (*ius commune*), segundo M.J. de Almeida Costa, um sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a escola dos

<sup>16</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit, p. 235

<sup>17</sup> DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1969, p. 41.

<sup>18</sup> HESPANHA, António Manuel. Op. cit., p. 114 ss.

<sup>19</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit, p. 244 ss.

<sup>20</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 341 ss

Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII.<sup>21</sup>

## 2. A Codificação

A expressão “codificação do direito” deve ser inserida no âmbito do fenômeno da codificação, que é um movimento bastante recente, cujo início se situa no final do século XVIII. Codificar o direito é algo diverso como “fixar o direito”, como bem explica Alejandro Guzmán:

*La expresión “codificación del derecho”, si queremos emplearla con sentido técnico, designa un fenómeno reciente, que se inició a fines del siglo XVIII, no bien haya sido preparado desde los dos siglos anteriores. Antes, pues, no hubo codificaciones. Porque esta palabra, hay que insistir que usada en sentido técnico, no debe mentar a la operación consistente en hacer códigos, sino a aquella consistente en hacerlos de una determinada manera.*

[...]

*La codificación pertenece, en cambio, a un género más amplio de fenómenos que llamamos “fijación del derecho”. Consiste él en la sistemática reunión formal o solo material de un conjunto disperso de fuentes en un cuerpo único o código que las reemplaza.<sup>22</sup>*

Codificar é a busca de uma sistematização de uma grande massa de normas diversas, seguindo-se um plano pré-estabelecido, fundamentado em um conjunto de princípios sistemáticos.

Um anseio de sistematização se nota desde a antiguidade, basta lembrar o discurso ciceroniano sobre o *ius civile* que é “*diffusum et dissipatum*” (*De oratore*, 2 33.142). O desenvolvimento da ciência do direito corre no sulco da busca por uma sistematização do *ius civile*, sem a perda daquela extraordinária capacidade do direito romano de se adaptar a realidades diversas e sempre mais amplas. Pensemos, v.g., a obra de Quinto Múcio Cévola, a quem o jurista Pompônio, em D. 1.2.2.41, atribui a honra de ter criado a ciência do direito<sup>23</sup>, utilizando o método das divisões (raciocínio por gênero e por espécies), elaborado por Platão nos diálogos “Fedro, Sofista e Político”; não por último, deve-se mencionar, no que concerne

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>22</sup> GUZMAN, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Fundación Ignacio Larramendi*, 2000, p. 7. Disponível em [http://www.larramendi.es/118n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000187](http://www.larramendi.es/118n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000187) Acesso em 20/05/2014.

<sup>23</sup> D. 1.2.2.41 “Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo”; “Depois deles Quinto Múcio, filho de Públio, pontífice máximo, o primeiro a constituir o *ius civile* por categorias, redigindo-o em dezoito livros”. Ver *Digesto de Justiniano*, líber primus: *introdução ao direito romano/imperador do Oriente Justiniano I*. Tradução de Hécio Maciel França MADEIRA. Prólogo de Pierangelo CATALANO. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

ao processo de sistematização do *ius civile*, a obra do jurista romano Sêrvio Sulpício Rufo que, no entender de Cícero<sup>24</sup>, seria o verdadeiro iniciador da ciência do direito.

A sistematização na antiguidade atinge o seu ápice com a compilação justinianeia, o *Corpus Iuris Civilis*, que será o ponto de partida dos juristas, na época medieval, para a elaboração de uma ordem jurídica baseada no direito romano, mas profundamente revista e reelaborada segundo as exigências e valores da época, principalmente valores de cunho cristão. Direito romano e direito canônico se complementam formando o arcabouço jurídico caracterizador da Idade Média.

O direito estudado e elaborado nas universidades a partir do século XI (escola dos Glosadores, Escola dos Comentadores, Escola Humanista, *mos italicus*, *mos galicus*) é a construção de um direito “justo” para os homens, alicerçado no direito natural e na razão do homem, tendo como pano de fundo o direito romano e o direito canônico, o direito racionalista dos jusnaturalistas. Não é, porém, o direito dos práticos, não é o direito aplicado aos casos concretos, é o *droit savant* que, no dizer de René David, é concebido pelas universidades, tal como a moral, como um *Sollen* (o que é necessário fazer), e não como um *Sein* (o que se faz na prática).<sup>25</sup>

Portanto, podemos afirmar que a ciência do direito durante muitos séculos buscou descobrir e fixar os princípios e soluções de um direito justo conforme à vontade de Deus, à natureza ou à razão humana. A ciência do direito estava dissociada das regras, do direito positivo; esta buscava um método pelo qual se poderia descobrir em todos os países as soluções de justiça. Adquirindo-se, segundo René David, este método com o estudo do direito romano e do direito canônico “*lesquels apparaissent, à travers l’oeuvre de leurs commentateurs, comme le droit commun du monde civilisé, réduit dans l’optique d’alors à la Chrétienté.*”<sup>26</sup>

A partir de Hugo Grócio (1583-1645), o direito natural não mais é fundamentado na razão de Deus, mas na razão do homem, sendo Grócio considerado o fundador do jusnaturalismo moderno. Duas são as obras fundamentais desse jurista: *Mare liberum* (1609), concernente ao direito internacional público e *De iure belli ac pacis* (1623), na qual aparece a construção do direito internacional público alicerçada num direito vinculante para todos os homens.

<sup>24</sup> CÍCERO, Marco Tullio. *Brutus* (41.152-42.153): “E allora Bruto: ‘credi davvero? – disse- Anteponi anche a Quinto Scevola il nostro Servio?’. Proprio così, Bruto – gli dissi - io penso che Scevola e molti altri abbiano avuto una grande pratica del diritto civile, ma solo lui una conoscenza scientifica: alla quale per altro non sarebbe mai giunto attraverso il solo sapere giuridico, se non avesse appreso in più quella scienza che insegna a dividere un tutto in parti, a spiegare definendo le essenze nascoste, a chiarire interpretando ciò che è oscuro, a vedere innanzi tutto le ambiguità, e quindi a precisarle, [...]”

<sup>25</sup> DAVID, René. Op. cit., pp. 45-46.

<sup>26</sup> DAVID, René. Op. cit., p. 4.

Insignes juristas, que irão pertencer à Escola Racionalista de Direito Natural, darão um amplo desenvolvimento aos postulados ínsitos na obra de Grócio. Destacam-se, na Inglaterra, Hobbes (1588-1679) e Locke (1632-1704), na Alemanha, Puffendorf (1632-1691), Thomasius (1655-1728) e Wolff (1679-1754). Papel de destaque teve Puffendorf, pois, não só foi o primeiro grande sistematizador do direito natural, mas ainda foi, no dizer de Paulo Merêa, “o representante mais característico da época de transição do jusnaturalismo grociano para o iluminismo setecentista”.<sup>27</sup> Com esse desdobramento, a concepção do direito natural se afasta de pressupostos metafísico-religiosos, vindo a ter, no entender de M.J. Almeida Costa, “uma larga influência directa sobre a ciência jurídica positiva”.<sup>28</sup>

A escola do direito natural, segundo a análise de René David, conseguiu dois sucessos espetaculares. Primeiramente, o reconhecimento de que o Direito deveria ser estendido à esfera das relações entre os governantes e os governados, entre a Administração e os particulares. O direito romano, por outro lado, já havia formulado a distinção entre direito público e direito privado.<sup>29</sup>

O segundo extraordinário sucesso da escola de direito natural foi, sem dúvida, a codificação que, embora sendo um evento histórico absolutamente revolucionário, constitui a consequência natural da concepção doutrinária do racionalismo jusnaturalista e de todo o operar levado a efeito, durante séculos, nas universidades. As universidades elaboram um direito que se apresenta como um modelo de justiça. O *Corpus Iuris* chega a ser considerado a própria *ratio scripta*.

Nesse quadro, os jusnaturalistas concebem a ideia de enfeixar o *droit savant*, *ratio scripta*, modelo de justiça construído durante séculos, num conjunto de normas positivas; pela primeira vez, manifesta-se a vontade de tornar aplicável o direito ideal. A codificação é a técnica que irá permitir a aplicação obrigatória do direito natural, realizando a fusão do direito teórico com o direito prático.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> MERÊA, Paulo. “Escolástica e Jusnaturalismo”. Em *Bol. da Faculdade de Direito*, vol. XIX, p. 289 (apud COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Portugues*. 5ª edição rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012, p. 393, nota 4).

<sup>28</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 392.

<sup>29</sup> D. 1.1.1.2. “Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. [...]”; “São duas as posições deste estudo: o público e o privado. Direito público e o que se volta ao estado das *res Romanae*, privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enquanto tais. Pois alguns são úteis publicamente, outros particularmente”. [...]. Ver *Digesto de Justiniano*, líber primus: *introdução ao direito romano/ imperador do Oriente Justiniano I*. Tradução de Hécio Maciel França MADEIRA. Prólogo de Pierangelo CATALANO. Op. cit., p. 20.

<sup>30</sup> DAVID, René. Op. cit., pp. 68-69.

A partir do século XIX, ocorre o fenômeno das grandes codificações, com a consequente destruição do *ius commune* que se fragmenta em tantos ordenamentos nacionais.

Cumpra observar que na concepção dos juristas, autores do primeiro código da história, o *Code de Napoléon* (1804), este não era um instrumento de ruptura com o direito natural e muito menos com o *droit savant*. No *Discours Préliminaire au Code Civil*, Jean-Étienne-Marie Portalis, afirma que “*Il est utile de conserver tout ce qu’il n’est pas nécessaire de détruire*”.<sup>31</sup> Portalis é um jurista iluminista, um jusnaturalista, ele concebe o direito “jusracionalisticamente”, fundamentado no direito natural que pode, e talvez deva, ser positivado: “*Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers*”<sup>32</sup>. O jurista provençal, no dizer de Ettore Dezza, sublinha que a realização de uma legislação uniforme e geral deve ser considerada um dos grandes méritos da Revolução. Ressalta, ainda, Dezza que Portalis:

*“dimostrando una fiducia tipicamente illuminista nell’esistenza di una superiore giustizia naturale e nella possibilità di positivizzarla, ritiene che tale attività di positivizzazione debba sempre e comunque essere giudicata di natura rivoluzionaria rispetto alle strutture giuridiche precedenti, in quanto espressione di ragione.”*<sup>33</sup>

Embora a codificação tenha produzido efeitos importantes na construção do sistema jurídico romanista, como destacaremos mais adiante, é inegável que o movimento codificador desencadeou consequências negativas do ponto de vista da perda de uma concepção universalista do direito, elemento este central da concepção jusnaturalista do direito. Tais efeitos nefastos, como salienta René David, produziram-se independentemente dos princípios que tinham norteados a ação dos juristas jusnaturalistas, defensores da codificação do direito:

*“Parce qu’on avait réalisé en France en 1804, en Allemagne en 1896, en Suisse en 1881-1907 la perfection de la raison, pour ne considérer que des codes civils, on a perdu de vue la tradition des universités, qui était d’enseigner la recherche du droit juste, de proposer un droit modèle par conséquent, et non d’exposer ou de commenter le droit des praticiens de tel ou tel pays ou région. Au lendemain des codes civils nationaux, il a paru que les deux choses, désormais, coïncidaient, et que le rôle des universités*

<sup>31</sup>PORTALIS, J.E.M. *Discours Préliminaire du Premier Projet de Code Civil (1801)*, p. 29. Disponível em [http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf) Acesso em 2 de maio de 2014.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 24

<sup>33</sup> DEZZA, Ettore. *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*. Torino : Giappichelli Editore, 2000, p. 55.

*n`étaient plus que de faire de l`exégèse des textes nouveaux. [...] Une attitude de positivisme juridique, aggravée par le nationalisme, a été engendrée par les codes, contrairement à l`idée qui les avait inspirés.”*<sup>34</sup>

Após a codificação, na sua vertente positivista legislativa, a concepção universal do direito lentamente se dilui para dar lugar a uma ideia de tantos direitos, de uma multiplicidade de direitos, positivados em diferentes normas/regras emanadas de um legislador. É o império da Lei e do Legislador.

Pierangelo Catalano, analisando a formação do conceito de *ius Romanum*, explica a diferença entre “efetividade” e “validade” do direito romano:

Tal conceito (*ius Romanum*) é aperfeiçoado por Justiniano (que utiliza também as expressões *Romanae leges* e *Romana sanctio*) como instrumento de uma concepção universalista do direito [...] que não considera característica essencial dos *iura* aquilo que hoje chamamos de “efetividade”. O direito é claramente distinto do fato (isto é, da própria aplicação)...

Acrescenta, ainda, o mestre italiano, no que concerne à resistência do conceito de *ius Romanum* na Idade Moderna, em particular no que tange à América do Sul:

A bem da verdade, o conceito do *ius Romanum* manteve-se na Idade Moderna, não obstante os impulsos desagregacionais próprios dos reinos e dos estados nacionais. Pelo contrário ele se universalizou, separando-se pouco a pouco da “efetividade” do direito estatal... No quadro de uma tradição jurídica que exalta o papel da doutrina através do mesmo código [...] se explica, por outro lado, que por numerosos juristas da América meridional seja, com insistência, ressaltada a distinção entre “validade” e “efetividade” (ou “eficácia”) do direito, assim como entre “atualidade” e “positividade”, reafirmando-se o papel histórico da *interpretatio prudentium* e do *ius naturale*.<sup>35</sup>

O direito não se confunde, portanto, com as regras mutáveis; é um fenômeno complexo que vai além do fato contemplado na regra em um determinado lugar e em um determinado momento.

### **3. A contribuição do direito comparado: os sistemas jurídicos**

#### **3.1. Conceito de sistema jurídico**

<sup>34</sup> DAVID, René. Op. cit., p. 71

<sup>35</sup> CATALANO, Pierangelo. “Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano”. Em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 44 (junho/1988), pp. 8 ss.; cfr. ID., *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli editore, 1990, pp. 90 ss.

A História, como ciência social, dialoga interdisciplinarmente com ciências a ela complementares, tais como a Geografia e a Economia. A correlação entre essas três ciências vem determinando, de diferentes maneiras, a criação de grandes regiões continentais socioculturais. Hanns-Albert Steger usa a expressão “continentes socioculturais”, nessa linha de raciocínio, impõe-se, cada vez mais, a utilização do conceito de sistema por parte de historiadores do direito e dos comparatistas.<sup>36</sup>

No campo do direito, os juristas tentam individuar, além dos ordenamentos estatais e nacionais, grandes sistemas jurídicos, fundamentados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e, naturalmente, em características jurídico-formais comuns. Usa-se, comumente, expressões como *Rechtskreise* e *Kulturkreise* no estudo das relações que intercorrem entre áreas jurídicas e áreas culturais.<sup>37</sup>

Seguindo a linha de raciocínio dos comparatistas e dos historiadores do direito, podemos perceber realidades históricas mais amplas daquelas “internas” e “nacionais” dos Estados soberanos. A ideia de “sistema” torna possível a compreensão de uma concepção do direito nitidamente distinto dos fatos que o aplicam ou violam.

Com acuidade, observa Catalano:

Um dos aspectos mais significativos do estudo jurídico contemporâneo é a caracterização, além dos direitos estatais e nacionais, de sistemas jurídicos (*Rechtskreise*) que os incluam e superem, baseados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e também, como é óbvio, numa comunidade de caracteres jurídico-formais e doutrinários.<sup>38</sup>

Comparatistas, tais como Roscoe Pound e René David, põem em evidência a importância dos elementos subjacentes às regras jurídicas que formam os diversos ordenamentos estatais.

O conjunto desses valores/elementos subjacentes às normas, que o jurista deverá individuar, caracteriza um determinado direito que se constitui em um sistema. Como ressalta René David:

*Chaque droit constitue de fait un système: Il emploie un certain vocabulaire, correspondant à certains concepts; il groupe les règles dans certaines catégories; il comporte l'emploi de certaines techniques pour formuler les*

<sup>36</sup> CATALANO, Pierangelo. “Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano”. Em *Direito e integração*. Brasília: Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 2 edição, 2006, p. 24; cfr. H.A. STEGER, “*Discussione*. Diritto romano e università nell’ America Latina”. Em *Revista Index*, 4, 1973, p. 104.

<sup>37</sup> *Idem*. “Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano”. Op. cit. , p. 25

<sup>38</sup> *Idem*. “Sistema jurídico latino-americano”. *Enciclopédia Saraiva do Direito* 69 (1982), p. 3 ss.

*règles et de certaines méthodes pour les interpréter ; il est lié à une certaine conception de l'ordre social, qui détermine le mode d'application et la fonction même du droit.*<sup>39</sup>

A diversidade dos ordenamentos estatais é importante se considerarmos o conteúdo de suas normas, torna-se, porém, bem menor quando consideramos os elementos mais estáveis e duradouros, por meio dos quais podemos descobrir regras ínsitas no sistema, interpretá-las e determinar o seu valor.<sup>40</sup>

Devemos buscar o quadro no âmbito do qual as regras são ordenadas, a significação dos termos que elas utilizam, os métodos usados para fixar o seu sentido e para harmonizá-las. As normas podem mudar segundo a vontade do legislador, mas alguns elementos não deixam de subsistir, não podem ser arbitrariamente modificados, já que estão intimamente ligados à nossa civilização, aos nossos critérios de raciocínio.

James Bryce, professor de Civil Law, em Oxford, no começo do século passado evidenciava dois grandes sistemas jurídicos (que René David denomina ‘famílias’): o direito romano (família romano-germânica) e o direito inglês (família do *commow Law*).

Pierangelo Catalano, já em 1980, assinalava quatro sistemas jurídicos mundialmente reconhecidos:

Pode-se dizer que a situação hoje se transformou notavelmente apenas em razão das consequências diretas ou indiretas da revolução russa. Na verdade, o trabalho realizado pelos historiadores do Direito e pelos comparatistas nos conduz a determinar quatro sistemas jurídicos de importância mundial: o sistema romanista (do qual o sistema latino-americano é um subsistema), o sistema anglo-saxônico (do qual o sistema norte-americano constitui um subsistema), o sistema socialista e o sistema muçulmano.<sup>41</sup>

Por meio da elaboração, por parte de historiadores do direito e comparatistas, de conceitos tais como “difusão” e “recepção”, podemos compreender a expansão do sistema romano-germânico e do sistema do *commow Law*, bem como a relação que intercorre entre os ordenamentos e os sistemas.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> DAVID, René. Op. cit., p. 22.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 23

<sup>41</sup> CATALANO, Pierangelo. “Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano”. Op. cit, p. 29.

<sup>42</sup> *Idem. Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, pp. 101 ss.; cfr. TABOSA PINTO, Agerson. *A recepção do direito romano e seus aspectos sociológicos*. Trabalho apresentado na Jornada Científica, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Granada, 16-18 de fevereiro de 1995).

Processos de colonização, assim como o movimento de codificação no mundo, propiciaram a expansão do sistema romano-germânico e do *common Law*. Instrumento imprescindível da expansão do sistema romano-germânico foi o *Code Civil des Français* (1804), modelo inspirador para inúmeras codificações, seja na área cultural latina como em contextos culturais totalmente alheios à cultura latina, tais como o Japão e, não por último, a China.<sup>43</sup> Posterior a um século, o código alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entrado em vigor em 1900, constituir-se-á, também, em um instrumento de difusão dos valores elaborados pela ciência do direito romano.

Ademais, no que concerne ao sistema romanista, vale ressaltar a advertência de Pierangelo Catalano:

Para que se possa compreender a amplitude do Direito Romano é necessário evitar representá-lo em termos de “ordenamento” (efetivo, ou talvez, estatal) e considerá-lo, ao invés, um conjunto de realidades e valores, que é tarefa do jurista constantemente identificar.

A continuidade e resistência do Direito Romano comporta também hoje a utilização de novos instrumentos conceituais [...] em permanente confronto e conexão com a *potissima pars* do conjunto, isto é, o seu *principium* (cfr. Gaio D. 1, 2, 1).<sup>44</sup>

### 3.2 O sistema jurídico latino-americano

A família romano-germânica (sistema romanista), cujos ordenamentos afundam suas raízes na ciência do direito romano, mediante a fenômenos tais como a colonização e a recepção (ou *transfusión*), dispersou-se muito além das fronteiras do Império Romano, mormente, em toda a América Latina.

Podemos, assim, individuar, no quadro de cada sistema, subsistemas definidos por elementos caracterizadores do sistema e elementos ligados a realidades próprias.

O grande jurista brasileiro Clóvis Beviláqua, autor do código civil brasileiro de 1916, após ter assumido a cátedra de legislação comparada na Faculdade do Recife, publicou, em 1853, o famoso *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*. Na trilha de pensamento do comparatista Ernest Glasson, ele distingue três grupos de legislações: 1) aquelas em que a influência do direito romano e do direito canônico são “quase nullas”; 2) as

<sup>43</sup>SCHIPANI, Sandro. “Diritto Romano in Cina”. Disponível em *Treccani. Enciclopedia Italiana* on-line [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina\\_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/). Acesso em 3 de maio de 2014.

<sup>44</sup>CATALANO, Pierangelo. “Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano”. Op. cit., p. 18; ver também *Digesto de Justiniano, liber 1: introdução ao direito romano*. . Tradução de HÉLCIO MACIEL FRANÇA MADEIRA. Prólogo Pierangelo Catalano. Op. cit., p. 29.

que recepcionaram o direito romano “de um modo mais ou menos radical”; 3) aquelas em que os componentes germânico e romano se fundiram “por quantidades quase eguaes”. A esses grupos Beviláqua acrescenta um quarto grupo, a legislação dos “povos latino-americanos”:

Necessário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente os francezes. E por desprender-se de paizes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas fraquezas em que a liberdade espraia-se mais larga.<sup>45</sup>

Será a maior ou menor presença do direito romano, o critério escolhido por Beviláqua para a determinação dos diversos grupos de legislações, escolha essa que bem se compreende se tivermos presente a formação do eminente jurista brasileiro, cujo perfil foi magistralmente delineado por Sílvio Meira: “Quem lê seus estudos em defesa do projeto de Código Civil ou a edição anotada do mesmo código, depois de promulgado, as suas conferências, pareceres e escritos de toda ordem, sempre encontra, como pano de fundo, o Direito Romano.”<sup>46</sup>

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, romanista brasileiro, em 1931, publicou uma imensa obra dedicada ao direito romano. No Livro Terceiro, *Influência universal do Direito Romano*, o Título I é dedicado à *Influência do Direito Romano na formação de várias legislações*, neste título, Abelardo Lobo desenvolve o seu pensamento utilizando a classificação elaborada por Glasson, retomada por Clóvis Beviláqua, e que já é uma visão dos ordenamentos inseridos dentro de sistemas jurídicos. Notável o Título IV, inteiramente dedicado ao *Direito Ibero-Americano*, o direito das nações latino-americanas, concebido como um subsistema do sistema romanista.<sup>47</sup>

Podemos, portanto, afirmar que a unidade e especificidade do subsistema jurídico latino-americano, no quadro do sistema jurídico romanista, foram individuadas já no final do século XIX e, ulteriormente, assentadas no início do século XX.

<sup>45</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*. II Ed. Bahia 1897 (I Ed. 1893), pp. 73 ss.

<sup>46</sup> MEIRA, Sílvio. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, pp. 345 ss.

<sup>47</sup> LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito: instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo*. Prefácio do professor Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, pp. 414-422; pp. 552 ss.

#### 4. A codificação do direito civil no Brasil. A importância do sistema freitiano.

##### 4.1 A problemática da codificação civil brasileira

Após a proclamação da independência política do Brasil, em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823, que em seu artigo 1º determinava a vigência no Brasil das Ordenações Filipinas, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821 e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I “enquanto se não organizar um Código ou não forem especialmente alteradas”.<sup>48</sup>

Tratava-se do direito civil português disciplinado especialmente no livro IV da *Ordenações Filipinas* (1603), incompletas em muitos pontos, com grandes lacunas e sem nenhuma sistematização. Assim sendo, frequentemente, punha-se o problema das lacunas, ou seja, o direito a ser aplicado subsidiariamente. Conforme ensina M. J. de Almeida Costa, entende-se por direito subsidiário um sistema de normas jurídicas chamado a colmatar as lacunas de outro sistema, portanto, o direito subsidiário está ligado ao problema das lacunas e das fontes de direito. Já nas Ordenações Afonsinas (1446-1447), encontramos um quadro das fontes de direito (livro II, título 9): 1) as leis do reino; 2) os estilos da Corte e 3) os costumes antigamente usados. São as fontes imediatas. Apenas quando não se pudesse decidir com base nelas, se tornava lícito o recurso aos direitos subsidiários: o direito romano e o direito canônico.<sup>49</sup> Com o advento das ideias iluministas, a partir da segunda metade do século XVIII, nota-se, em Portugal, uma reação ao uso abusivo do direito romano.

A Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, irá privilegiar o direito luso em caso de integração de lacunas, pois proibiu o uso de texto ou de autores se houvesse preceitos das Ordenações, das leis extravagantes ou de usos do Reino, e determinou a aplicabilidade do direito romano só quando fosse conforme a boa razão, a *recta ratio* do jusnaturalismo. É evidente a influência da nova metodologia de estudo e de aplicação do direito romano, conhecida por *usus modernus pandectarum*. A metodologia se caracteriza pelo fato de se encarar o direito romano “com os olhos postos na realidade”. Os juristas tentavam individualizar no *Corpus Iuris Civilis* as normas ainda aplicáveis (direito vivo) daquelas inaplicáveis por

---

<sup>48</sup> Quanto à importância do direito português na formação do direito brasileiro ver SANTOS JUSTO, António. “A influência do direito português na formação do direito brasileiro”. Em *Revista Jurídica da FA7*, vol. 1, nº 1 (jan./dez.) 2004. Fortaleza: Bookmaker, 2004, pp. 197 ss.

<sup>49</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit, pp. 341-350.

corresponderem a circunstâncias romanas peculiares.<sup>50</sup> A lei do marquês de Pombal foi complementada pelos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, que estabeleceram critérios práticos para se individuar a conformidade do direito romano à boa razão, i.e., “apresentar-se conforme a boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes.”<sup>51</sup>

Em 1770, foi nomeada uma comissão, denominada Junta de Providência Literária, para emitir parecer sobre as causas da decadência do ensino universitário português. A Comissão apresentou um relatório, o *Compendio Histórico da Universidade de Coimbra*, em que, no que concernia aos estudos jurídicos, indicava-se como grave defeito a preferência absoluta dada ao ensino do direito romano e do direito canônico, desconhecendo-se totalmente o direito nacional, assim como, o abuso que se fazia do método bartolista e o respeito incondicional da *opinio communis*. No que tange ao direito romano e ao direito canônico, o método tradicional (escolástico ou bartolista) foi substituído pelas diretrizes histórico-críticas e, levando-se em consideração a aplicação subsidiária do direito romano (determinada pela Lei da Boa Razão), adotou-se os princípios do *usus modernus pandectarum*. Não obstante a reforma o direito romano permaneceu como fonte subsidiária, chegando, portanto, por meio do direito português, ao Brasil.

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo afirma que foi com a lei de 20 de outubro de 1823 que iniciou a formação do Direito Privado Brasileiro, porque foi o primeiro ato legislativo sobre tal matéria, oriundo do voto expreso dos representantes da nação independente.<sup>52</sup>

A Constituição Política de 1824, consagrando os princípios liberais, em seu art. 179, XVII (título 8 - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros) dispunha: “XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Promulgou-se em 1830, o Código Criminal; em 1832, o Código do Processo Criminal; em 1850, o Código Comercial e o Código do Processo Comercial. A codificação, porém, do direito civil se apresentava bem mais difícil. O Código Civil só viria a ser promulgado em 1916.

Segundo Pontes de Miranda, duas soluções foram propostas para se harmonizar a legislação civil então vigente, esparsa, desordenada e numerosíssima<sup>53</sup>:

---

<sup>50</sup> *Ibidem*. Op. cit, p. 393.

<sup>51</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit, p. 407.

<sup>52</sup> LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Op. cit., pp. 579-580.

<sup>53</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro. Bibliotheca Scientifica Brasileira. V Collecção Economica e Juridica*. Volume CCXIV. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, pp.103-104.

- a) A adoção, como código, do Digesto português de Correia Telles, “o que seria a solução mais conservadora possível e não atenderia à legislação posterior à feitura do livro. Compreende-se que o Instituto dos Advogados se opusesse, consultado, a tal medida. Seria parar e mais do que parar: retroceder.”
- b) A elaboração de trabalho preliminar para a codificação, a consolidação do direito vigente.

Prevaleceu a segunda solução, confiando-se a missão, em 1855, ao bacharel Augusto Teixeira de Freitas.

Viveu o jurista baiano de 1816 a 1883. Formou-se em Direito em 1837, na Academia de Ciências Sociais e Jurídicas de Olinda; em 1843, transferiu-se para o Rio de Janeiro, onde, em 1843 fundou o Instituto dos Advogados Brasileiros, de que, quatorze anos depois, viria a ser presidente.

O Governo imperial, em 15 de fevereiro de 1855, por indicação de José Tomás Nabuco de Araújo, Ministro da Justiça e senador do Império, contratou Teixeira de Freitas para elaborar a “Consolidação das Leis Civis”, classificando as leis vigentes, portuguesas e brasileiras, por ordem cronológica e segundo a divisão em públicas e privadas. Em 1859 Nabuco de Araújo, logo que aprovado o texto da “Consolidação das Leis Civis” (1858), contratou o advogado Teixeira de Freitas para elaborar o projeto de Código Civil.

#### **4.2 A formação, o método e a visão sistêmica de Teixeira de Freitas.**

Teixeira de Freitas era um profundo conhecedor do direito romano, a leitura e análise de suas obras comprovam uma sólida formação romanística. Era, contudo, um autodidata, pois, como observa Moreira Alves, não foi no curso de direito de Olinda ou de São Paulo que Teixeira de Freitas estudou o direito romano:

[...] a lei que fundou, em 11 de agosto de 1827, os Cursos Jurídicos não colocou no currículo, o ensino dessa disciplina [Instituições de Direito Romano]. Somente em 1854 é que se instalou a cadeira de Institutas de Direito Romano, criada pelo Decreto Legislativo de 16 de agosto de 1851.

Não foi, portanto, nos bancos da Academia de Direito de São Paulo ou da Escola de Olinda, onde veio a formar-se em 1837, que Teixeira de Freitas estudou direito romano.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. “A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988, p. 19.

No embate travado com Caetano Alberto Soares, no Instituto dos Advogados Brasileiros, quanto ao *status* dos filhos de escrava que, em testamento, havia sido liberta, mas com cláusula de servir a um herdeiro ou legatário enquanto vivesse, Teixeira de Freitas, fundamentando o seu parecer no direito romano, direito aplicado no Brasil subsidiariamente, afirma serem esses escravos. A divergência entre os dois juristas teve como desfecho a renúncia de Teixeira de Freitas à presidência do Instituto. Na carta de renúncia, de 22 de outubro de 1857, encontramos a sua profissão de fé como romanista:

E demais, não podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito.  
[...]  
Por que desdenhais esse precioso legado, sem o qual as noções jurídicas, fruto de tantas meditações, de tantos sacrifícios, de tantas tradições históricas, ficam à mercê dos negócios, que temerariamente decidem de tudo com os seus relâmpagos de inspiração.<sup>55</sup>

Miguel Reale, tratando do humanismo e realismo jurídico de Teixeira de Freitas põe em evidência a importância do direito romano na construção sistêmica do jurista baiano:

[...] o fator que assegura a unidade sistemática do pensamento jurídico de Teixeira de Freitas é o Direito Romano, como se depreende desta sua incisiva afirmação: «nas leis e na doutrina do Direito Romano está depositada toda a Filosofia do Direito».<sup>56</sup>

O jusfilósofo brasileiro, evidenciando o fato de que no espírito de Teixeira de Freitas casam-se elementos da Escola Histórica e do Direito Natural, exigência ideal da razão, em função da realidade, numa compreensão individual e social do direito, como resulta da lição que acolhe de Ahrens sobre a propriedade, concebida como composição de dois elementos, um voltado para o indivíduo e outro voltado para a sociedade, não devendo um ser absorvido pelo outro<sup>57</sup>, volta a sublinhar a função do direito romano na construção freitiana:

Não nego certo ecletismo na posição de Teixeira de Freitas, o qual, no entanto, preserva a unidade de suas ideias, dada a sua formação romanista. É a constante referência ao Direito Romano, como uma espécie de pedra de toque

<sup>55</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit., p. 20.

<sup>56</sup> REALE, Miguel. “Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988, p. 42.

<sup>57</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Prefácio de Ruy Rosado Aguiar. Edição fac-simile. “História do Direito Brasileiro”. Brasília: Senado Federal, 2003. Ver *Introdução*, CXCII, n. 353: “Do mesmo modo que o indivíduo não deve ser absorvido pela sociedade, também o direito individual de propriedade não se perde no direito individual”.

ou de aferição dos diagnósticos jurídicos, que assegura unidade às concepções de Teixeira de Freitas, o qual alia poderosa capacidade inovadora a múltiplos valores tradicionais.<sup>58</sup>

Teixeira de Freitas, como os jurisconsultos romanos, tinha plena consciência de que *hominum causa omne ius constitutum sit* (Hermogenianus, D. 1.5.2.)<sup>59</sup>, tendo o jurista a missão de, com paciência e olhos no futuro, adaptar o *ius* à realidade mutável dos homens. Com espírito livre e não condicionado por quaisquer doutrinas ou opiniões, ele estabelece o método a ser usado na ingente obra comissionada pelo Governo Imperial, a “Consolidação das Leis Civis”.

A obra compõe-se de duas partes:

- 1) A *Introdução*, parte científica que diz respeito aos limites do Direito Civil:

Para achar, porém, os limites do Direito Civil e a norma da exposição das matérias que lhe pertencem, recorreremos a estudos de outra natureza, consultamos os monumentos legislativos, revimos e meditamos as tradições da ciência, e com toda liberdade de espírito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso.<sup>60</sup>

- 2) A parte prática, a consolidação do direito vigente. Nas palavras de Teixeira de Freitas “consiste a consolidação em mostrar o último estado da Legislação”<sup>61</sup>, explica, mais detalhadamente, o autor:

A parte prática, e, por assim dizer, material do trabalho, terá em si mesma a prova de sua boa ou infeliz execução, já quanto às disposições adotadas e substanciadas, já quanto à fidelidade e exatidão do transunto, já quanto às qualidades do estilo. Os legistas limitar-se-ão a comparar o texto de cada um dos artigos com a lei ou leis que o abonam em suas respectivas notas. Os jurisperitos irão mais longe, e nessas mesmas notas acharão fecundos traços, proposições susceptíveis dos mais ricos desenvolvimentos. A natureza do trabalho não consentia demonstrações.<sup>62</sup>

É na “Introdução” que Teixeira de Freitas indica o método adotado para “achar os limites do direito Civil e a norma das matérias que lhe pertencem”:

<sup>58</sup> REALE, Miguel. Op. cit, p. 43.

<sup>59</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Op. cit, CXXI, 205. Para a tradução de D. 1.5.2 ver *Digesto de Justiniano. Liber Primus: Introdução ao direito romano*. Tradução, Hécio Maciel França MADEIRA. 7. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

<sup>60</sup> *Ibidem*, XXXVI-XXXVII.

<sup>61</sup> *Ibidem*, XXXI

<sup>62</sup> *Ibidem*, XXXVII; ver também XXXI; XXXVIII/XXXIX.

Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substancia viva da legislação.<sup>63</sup>

O método indica, no entender de Sandro Schipani, três pontos programáticos<sup>64</sup>:

- 1) *Se la Consolidação deve essere un «extracto fiel» della «legislação civil» nel suo ultimo stadio, il metodo per realizzare questo obiettivo è: «esaminare le leggi secondo i loro stessi testi senza l'influenza de altrui opinioni; comparare attentamente le leggi nuove con le antiche; misurare con precisione la portata e le conseguenze delle une e delle altre». I testi legislativi sono la base e devono essere esaminati liberandosi dalle interpretazioni e dalla prassi.;*
- 2) *Questo primo punto programmatico non conduce però ad essere prigionieri della legislazione come tale, quasi isolata dall'interpretazione, o come è; ma riconquista un largo spazio all'opera del giurista, alla sua iurisprudencia. Esso infatti può essere raggiunto solo attraverso [...] la rigorosa 'misurazione' delle leggi, della loro 'portata' e 'proiezione', operazione questa che presuppone sia di «achar, porém, os limites do Direito Civil», di trovare i 'limiti', i confini, di 'de-finire' l'area oggetto del lavoro, sia di fissare il modo secondo cui svolgerla, che, [...] viene indicato come «a norma de exposição das matérias», di cui si coglie la rilevanza interna al diritto, sia per la determinazione della 'portata' appunto delle norme sia per un «trabalho de simplificação», nei confronti dei quali le 'note', la memoria della strada percorsa - [...] – costituiscono una permanente base dove i «giureconsulti [...] troveranno tracce feconde, proposizioni suscettibili dei più ricchi sviluppi»;*
- 3) *Per fare questo - ed è il terzo punto programmatico - «ricorriamo a studi di altra natura, consultiamo i monumenti legislativi, rivediamo e meditiamo le tradizioni della Scienza, e con spirito libero cerchiamo quell'unità superiore che concentra verità isolate, penetra nelle relazioni più recondite, e dia un lavoro coscienzioso».*

Para o romanista italiano, a comparação interna ao sistema e a tradição científica própria deste são os pilares metodológicos para uma fiel interpretação sistemático-constitutiva do direito civil a partir das leis.

A “Consolidação”, na sua parte prática, também, desdobra-se em duas partes: 1. A Parte Geral que compreende dois títulos, o primeiro “das pessoas”, o segundo “das coisas”; 2. A Parte Especial, em dois livros, o primeiro “dos direitos pessoais”, o segundo “dos direitos reais”. Anota Francisco Amaral:

<sup>63</sup> *Ibidem*, XXXVI.

<sup>64</sup> SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune* (“Il «Méthodo Didáctico» di Augusto Teixeira de Freitas”, cap. IX). Torino: Giappichelli Editore, 2011, pp. 330-336.

Manifesta-se, desse modo, a opção metodológica de Freitas quanto à classificação dos direitos; tomando por base a pessoa dos titulares e a eficácia de que se revista; os direitos dividem-se em pessoais e reais. Os primeiros só afetam certas e determinadas pessoas enquanto os segundos afetam a massa inteira das personalidades com as quais o agente de direito possa estar em contato.

[...]

A apresentação formal do sistema de Freitas é extremamente lógica e coerente. Partindo da dicotomia básica fundamental para ele, dos direitos pessoais e dos direitos reais, ele faz uma construção dogmática extremamente harmoniosa e racional, agrupando as relações jurídicas em institutos conforme o predomínio de tais direitos.<sup>65</sup>

Destarte, no que concerne à classificação dos direitos, o sistema que adota, após submeter à exaustiva crítica o das “Institutas” de Gaio e Justiniano (pessoas, coisas e ações) e os modernos, desde o de Leibniz até o dos romanistas alemães, é constituído por uma primeira divisão em duas grandes categorias: os direitos pessoais e os direitos reais que formam a Parte Especial. Uma Parte Geral antecede a parte especial. Pela primeira vez em legislação civil, adotava-se a sistemática alemã utilizada nas obras dos pandectistas, i.e., uma parte geral, contendo os elementos constitutivos do direito subjetivo, e uma parte especial, constituída pelas regras referentes aos direitos subjetivos em espécie.<sup>66</sup>

Ressalta Arnold Wald:

Essa distinção já se encontrava em vários outros autores da época, como Ortolan, mas coube a Teixeira de Freitas aplicá-la pela primeira vez no campo legislativo, na América Latina, fazendo a distinção entre a parte geral e a parte especial da Consolidação, e antecipando-se, assim, em quarenta anos, às soluções que iriam ser adotadas pelo BGB, que entrou em vigor em 1º.1.1900.

<sup>67</sup>

É na sistemática da “Consolidação” que Teixeira de Freitas mostra o seu espírito inovador. Alicerçando o seu raciocínio não somente na sua sólida formação romanista, mas também no seu profundo conhecimento das doutrinas em voga, principalmente a francesa e a alemã, ele reflete minuciosamente sobre as tradições da ciência jurídica e submete as posições existentes a uma crítica construtiva, buscando uma perfeição inatingível que, de certa forma, será o óbice à realização do seu sonho maior, ser o autor do primeiro Código Civil Brasileiro.

<sup>65</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988, pp. 160-161.

<sup>66</sup> MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit., pp. 26-27.

<sup>67</sup> WALD, Arnoldo. “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”. Em *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul/set. 2004, p. 251.

O sistema construído por Teixeira de Freitas na “Consolidação” tem como fulcro de referência a ideia de pessoa. Para ele, em primeiro lugar, há o homem, pois “os direitos existem por causa das pessoas; onde não há pessoas, não pode haver questão de direito”<sup>68</sup>, segue o jurisconsulto do Império, os princípios das *Institutas* de Justiniano: “*Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur*” (J. 1,2,12) – Mas primeiro tratemos das pessoas; pois de pouco vale conhecer o direito, se se ignoram as pessoas por causa das quais foi ele estatuído.<sup>69</sup>

A “Consolidação das Leis Civis”, dado os percalços enfrentados pela proposta de código civil (preparada por Teixeira de Freitas e consubstanciada no “Esboço”), foi obra, genuinamente, legislativa, pois foi o verdadeiro Código Civil Brasileiro até 1 de janeiro de 1916.

Foi no “Esboço”, a segunda grande obra do jurista baiano, que Teixeira de Freitas pôde, verdadeiramente, expressar o seu espírito inovador, pois não estava adstrito aos vínculos ínsitos à “Consolidação”.

O plano do “Esboço” é um aprimoramento da sistemática da Consolidação, na Parte Geral, acrescentou às pessoas e às coisas, os fatos, mudando, dessa forma, o posicionamento tido quando da feitura da “Consolidação”. Na nota ao artigo 431 do “Esboço”, ele justifica a nova posição:

Esta Secção 3ª, que trata dos fatos, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil, não estava em meu primitivo plano, como se pode ver na Consolid. Das Leis Civ. Introd., págs. 106, 107 e 108. Ali eu disse “alguns Escritores adicionam este terceiro elemento sob a denominação de fatos, fatos jurídicos, atos jurídicos, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método”.

Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem este método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção unicamente do da Prússia. Êles têm legislado sobre matérias de aplicação geral a quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fôssem exclusivamente aplicáveis só aos *contratos e testamentos*; e com êste sistema embarçam o exato conhecimento do Direito Privado, isolando fenômenos que são efeitos da mesma causa, e contribuindo destarte para que muitas espécies escapem à influência de seus princípios diretores.<sup>70</sup>

<sup>68</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Op. cit, CXLVI.

<sup>69</sup> CORREIA, Alexandre – SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português. Volume II. São Paulo: Edição Saraiva, 1951, pp. 306-307.

<sup>70</sup> TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952, p. 228.

A versão final do “Esboço” apresenta, antes da Parte Geral, um título preliminar “Do lugar e do tempo”, que estabelece os princípios concernentes ao âmbito de aplicação das normas no espaço e no tempo, explicando Freitas que tais normas são necessárias:

[...] não porque se legisle para países estrangeiros, e se possa ordenar que autoridades estrangeiras apliquem ou não as leis deste Código, ou outras leis; mas porque as leis deste Código devem sómente ser aplicadas pelas autoridades do país às pessoas, coisas, fatos e direitos, que no território do país têm sua sede.<sup>71</sup>

Segue a Parte Geral contendo todas as disposições concernentes aos elementos das relações jurídicas: ‘pessoas’, ‘coisas’ e ‘fatos’. Após, temos uma Parte Especial, em dois livros, disciplinando especificadamente as relações jurídicas dicotomicamente consideradas: ‘direitos pessoais’ e ‘direitos reais’. Por fim, o livro IV “das disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais” que tinha sido autorizado pelo Governo por aditamento ao contrato de 10 de janeiro de 1859, já que não constava do plano da “Consolidação” aprovado em 4 de dezembro de 1858.

O livro IV, dedicado à herança, ao concurso de credores e à prescrição, não chegou a ser elaborado por Freitas devido a sua renúncia ao projeto de código civil por divergências insuperáveis com o Governo, que não aceitou o novo plano sistemático proposto na Carta de 20 de setembro de 1867.<sup>72</sup> Em 1872, Duarte de Azevedo, ministro da Justiça, declarava inaceitável a proposta de Teixeira de Freitas, embora reconhecesse que tinha fundamento razoável a ideia de um Código Geral contendo matérias de direito comercial e de direito civil. Expedia-se o ofício pelo qual o contrato de 1859 estava rescindido, Teixeira de Freitas não seria o autor do primeiro Código Civil Brasileiro.

Levi Carneiro no “Estudo Crítico-Biográfico” do grande juriconsulto na edição do “Esboço”, publicado pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, de 1952, escreve:

Desamparado, senão hostilizado surdamente, por misoneísmo e por incompreensão – Teixeira de Freitas aceita a rescisão do contrato de 1859. Não havia mais quem o animasse a concluir o ante projeto, ou antes, como ele mesmo dissera, o “esboço”, já quase pronto por completo. Ficava apenas como obra doutrinária, documento de uma tentativa malograda – que não se pode recordar sem surpresa e emoção.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>72</sup> LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Op. cit., pp. 593-603.

<sup>73</sup> CARNEIRO, Levi. “Estudo Crítico-Biográfico”. Em TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952, XVII.

No dizer de Arnaldo Wald, a obra de Freitas teve a maior importância, tanto no campo legislativo quanto no científico, e caracteriza-se pela sua reação construtiva aos Códigos anteriores e pela sua originalidade. Constitui, no continente latino-americano, a primeira crítica construtiva ao *Code Civil*, numa época na qual ele era adotado quase integralmente em vários países da Europa e da América Latina.<sup>74</sup>

### 4.3 A unidade do Direito Privado

Quando, em 1867, Teixeira de Freitas propõe o novo plano para o Código, pois o “Esboço” nunca fora sequer considerado um ‘projeto de código’, “jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por Projeto do Código Civil, o que ele só compusera como ensaio, e lealmente publicara sob título de Esboço” (escreve na famosa carta de 20 de setembro), já estavam publicados 4.908 artigos, e havia ele composto cerca de 200 outros. Justifica e explica, com ardor, os motivos que o levavam a mudar o plano do “Esboço” no “ardente amor pela conquista da verdade jurídica”:

O Governo espera por um Projeto do Código Civil no sistema desse Esboço, sistema traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim já não há possibilidade de observar tal sistema, convencido, como estou, de que a empresa quer diverso modo de execução.

O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como subsídio ao complemento de um Código do Comércio; intenta conservar o Código Comercial existente com a revisão, que lhe destina; e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa *calamitosa duplicação das leis civis*, não distinguem no todo das leis dessa classe algum ramo, que exija um Código do Comércio.<sup>75</sup> (o grifo é nosso)

Vislumbra Freitas, a feitura de dois Códigos, um Código Geral e um Código Civil, sendo aquele um código de definições à semelhança dos dois últimos títulos do “Digesto” ‘*de verborum significatione*’ e ‘*de diversis regulis iuris antiqui*’, tendo uma específica utilidade, ele explica:

A diferença, que vai de uma nomenclatura legislativa à dos dicionários jurídicos em uso, é a mesma que distingue uma lei e uma opinião, ou certeza e a dúvida. De que se carece é de força obrigatória para a significação das palavras do legislador, sobretudo das palavras técnicas. Sem tal providência não haverá lei boa, e reinará permanente incerteza na administração da justiça.

<sup>74</sup> WALD, Arnaldo. Op. cit, p. 252.

<sup>75</sup> LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. Op. cit., p. 594.

O projetado Código Geral conterá todas as definições necessárias, assim as das matérias superiores como as das disposições de cada um dos códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina.<sup>76</sup>

Propunha, o jurista brasileiro, um Código Geral contendo as leis que ensinam e um Código Civil com as leis que mandam. Aquele para os sábios, este para o povo.

A unificação do direito privado, apregoada por Teixeira de Freitas, irá se tornar realidade, inicialmente, na Suíça, com o Código Federal das Obrigações de 1881, que unificou as obrigações civis e mercantis, posteriormente, na Itália, com o Código Civil de 1942.

O Código Civil brasileiro, de 1916, de autoria de Clóvis Bevilacqua, abandonou, definitivamente, a proposta de unificação, mantendo autonomamente as obrigações civis e mercantis.

Após 135 anos, o novo Código Civil Brasileiro de 2002 reconhece, embora com ressalvas, a validade do pensamento de Teixeira de Freitas, pois Miguel Reale, supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, salienta na sua exposição de motivos:

Na realidade, o que se realizou, no âmbito do Código Civil, foi a unidade do Direito das Obrigações, de conformidade com a linha de pensamento prevalecente na Ciência Jurídica pátria, desde TEIXEIRA DE FREITAS e INGLEZ DE SOUSA até os já referidos Anteprojetos de Código das Obrigações de 1941 e 1964.

[...]

restrito o plano unificador à matéria obrigacional e seus corolários imediatos, não havia que cuidar, como não se cuidou, de normas gerais sobre a vigência das leis e sua eficácia no espaço e no tempo, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional, matéria esta objeto da chamada Lei de Introdução ao Código Civil, mas que, consoante ensinamento inesquecível de TEIXEIRA DE FREITAS, melhor corresponde a uma Lei Geral, na qual se contenham os dispositivos do Direito Internacional Privado, o que tudo demonstra que não nos tentou veleidade de traçar um “Código de Direito Privado.”<sup>77</sup>

Nelson Saldanha, analisando o método, o sistema e o material histórico na “Consolidação” e no “Esboço”, releva que apesar da sua precária formação filosófica teve Teixeira de Freitas um ponderável gosto pela teoria e um certo instinto sistematizador. A genialidade de Teixeira de Freitas, que muitos apontam em sua obra, corresponde a uma visão «orgânica» do Direito legislado como um todo (não apenas do Direito Civil), em uma época

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 598.

<sup>77</sup> *Novo Código Civil. Exposição e texto sancionado*. Senado Federal, Secretaria Especial de Editorações e Publicações. Brasília, 2005, 2ª edição, pp. 30-31. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70319> Acesso 10/06/2014.

onde ainda não se dispunha do conceito de «ordenamento»; correspondeu também “a sua acuidade crítica, que era correlata de sua independência doutrinária, limítrofe da irreverência e congênera da «audácia» mencionada por Sílvio Meira.”<sup>78</sup>

### **5. A originalidade da obra de Teixeira de Freitas e a sua influência na criação do direito latino-americano**

O grande comparatista René David, em obra clássica de 1964, tratando das divisões e dos conceitos utilizados pelos ordenamentos da família romano-germânica, anota que dois fatos significativos, no domínio do direito privado, foram objeto de uma particular atenção por parte dos comparatistas: 1) a nova sistemática alemã adotada na elaboração do BGB (promulgado em 1896 e entrado em vigor em 1900), i.e., a adoção de uma ‘parte geral’ e 2) a fusão do direito civil e do direito comercial, realizada no código civil italiano de 1942. Releva em nota, René David, que “L`idée d`une «partie générale» a été présentée sous forme législative pour la première fois au Brésil dans la Consolidación das Leis Civis d`AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS en 1858. Le Code Civil brésilien de 1916 l`a consacrée en raison peut-être de ce précédent, plus que par imitation du BGB.”<sup>79</sup>

Contudo a difusão das ideias de Freitas é bem anterior à promulgação do código alemão, pois Dalmacio Vélez Sarsfield, autor do Código Civil da Argentina de 1869, quando do envio do I libro do seu projeto, em nota, de 21 de junho de 1865, ao Ministro de Justicia, Dom Eduardo Costa, afirmava que o método tinha sido “para mi lo mas dificultoso y me ha exigido los mayores estudios”<sup>80</sup>, admitindo que:

*Yo he seguido el método tan discutido por el sábio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctíssima introduccion á la recopilacion de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer mas perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la lejislacion, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiacion de las ideas.*<sup>81</sup>

O Código Civil argentino foi um filho dileto da obra freitiana, apesar dos protestos inflamados de alguns eminentes jurisconsultos, como Juan Bautista Alberdi, e, o mais importante, serviu, também, o texto argentino, para a divulgação em vários continentes das

<sup>78</sup> SALDANHA, Nelson. “História e sistema em Teixeira de Freitas”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988, pp. 60-61; cfr. MEIRA, Sílvio. “Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. A audácia do pensamento”. Em *Revista de Direito Civil*, abril/junho, n. 16. São Paulo: 1981.

<sup>79</sup> DAVID, René. Op. cit., p. 97, nota 2.

<sup>80</sup> VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio. *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta de la Nación Argentina, 1865, p. IX.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. X.

ideias do seu modelo original, o “Esboço”, por meio dele, as concepções e os sistemas criados pelo gênio Teixeira de Freitas se propagaram pela América Latina.<sup>82</sup>

A República do Paraguai adotou integralmente o texto do código argentino, por conseguinte, as teorias de Freitas; o código do Uruguai de 1868 mostra uma forte influência do “Esboço”. Nas outras codificações latino-americanas, encontramos vinculações maiores ou menores às doutrinas freitianas.

Muitos consideram Teixeira de Freitas o fundador, na América Latina, da dogmática jurídica que teve o seu início com a Escola Histórica, em particular, com seu maior expoente, Savigny, que o jurista brasileiro admirava, mas no respeito da sua ‘verdade’ era capaz de contradizer e discordar. Savigny era absolutamente contrário à codificação, Teixeira de Freitas a considerava útil e necessária.<sup>83</sup>

## 6. Conclusão

Alguns autores reputam que os esforços feitos para ultimar a ingente obra codificatória e a amargura por não ter sido aceito, pelo Governo, o seu novo plano, brilhantemente defendido na carta de 1867, foram motivos relevantes para o enfraquecimento de sua saúde. Augusto Teixeira de Freitas morre demente em Niterói, no dia 12 de dezembro de 1883. Clóvis Bevilacqua, autor do primeiro Código Civil Brasileiro, afirma que a rescisão do contrato de Augusto Teixeira de Freitas, em 1859, “é uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da história intellectual da jurisprudência brasileira, essa, em que o sabio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com heroica abnegação de um estoico, ao que ele julgava a verdade científica.”<sup>84</sup>

Muitas leituras de grandes doutrinadores foram feitas para elaborar o presente trabalho, mas dois trechos do professor Silvio Meira, autor de uma das obras mais significativas sobre o jurisconsulto do Império, emocionaram-me e, no meu entender, dão a medida da grandeza da obra de Teixeira de Freitas:

Sua obra há de ser estudada tomando-se em consideração as fontes que o alimentaram (o passado); as condições que cercaram a sua vida e atividade (sua época); as sementes que lançou e que germinaram (para o futuro).

<sup>82</sup> MEIRA, Silvio. “O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988, p. 79.

<sup>83</sup> WALD, Arnoldo. Op. cit, pp. 256-257.

<sup>84</sup> BEVILACQUA, Clovis. *Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 23.

[...]

O que há de extraordinário na produção de Teixeira de Freitas é precisamente isso: contrariando a ordem natural das coisas, vivendo em uma nação nova, sem recursos, ofereceu a outras nações mais antigas e civilizadas, uma contribuição imorredoura no campo do Direito. Isso é que surpreende a alguns espíritos, habituados a considerar as nações sulamericanas como eternas caudatárias da cultura europeia.<sup>85</sup>

Ainda que o “Esboço” não tenha se tornado oficialmente o primeiro código civil brasileiro, no meu entendimento, não há como não considerar Augusto Teixeira de Freitas o pai do direito civil brasileiro, pois foi esse grande jurista que pôs as bases do sistema civilístico brasileiro.

## 7. Referências Bibliográficas

*Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano/ imperador do Oriente Justiniano I.* Tradução de Hécio Maciel França MADEIRA. Prólogo de Pierangelo CATALANO. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

### Livros e capítulos de livros

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. “A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988.

BEVILAQUA, Clóvis. *Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BEVILAQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*. II Ed. Bahia 1897 (I Ed. 1893).

CANNATA, Carlo Augusto. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all'epoca contemporanea*. Torino: Giappichelli Editore, 1976.

CARNEIRO, Levi. “Estudo Crítico-Biográfico”. Em TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

CATALANO, Pierangelo. “Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano”. Em *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 44 (junho/1988)

\_\_\_\_\_. “Sistema jurídico latino-americano”. *Enciclopédia Saraiva do Direito* 69 (1982).

<sup>85</sup> MEIRA, Silvio. “O jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal”, Op. cit., p.74 e p. 81.

\_\_\_\_\_. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappicchelli editore, 1990.

\_\_\_\_\_. “Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano”. Em *Direito e integração*. Brasília: Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 2 edição, 2006.

CÍCERO, Marco Tullio. *Brutus* (41.152-42.153).

CORREIA, Alexandre – SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano*. ‘Institutas’ de Gaio e de Justiniano vertidas para o português. Volume II. São Paulo: Edição Saraiva, 1951.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5ª edição rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012.

DAVID, René. *Les grands systemes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1969.

DEZZA, Ettore. *Lezioni di Storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*. Torino : Giappicchelli Editore, 2000.  
GASPARINI, Silvia. *Appunti minimi d Storia del Diritto. 1. Antichità e medio evo*. Padova: Imprimerie ed., 2002.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de Direito Romano : história, sujeito e objeto do direito : instituições jurídicas / Abelardo Saraiva da Cunha Lobo*. Prefácio do professor Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial.

LOSANO, Mário. *I grandi sistemi giuridici*. Torino: Einaudi Editore, 1988.

MEIRA, Silvio. “Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda. A audácia do pensamento”. Em *Revista de Direito Civil*, abril/junho, n. 16. São Paulo: 1981.

MEIRA, Silvio. “O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988.

MEIRA, Silvio. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990.

MOREIRA ALVES, José Carlos. “A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro. Bibliotheca Scientifica Brasileira. V Collecção Economica e Juridica*. Volume CCXIV. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.

POVEDA, Ignacio Maria Velasco. “Três Vultos da Cultura Jurídica Brasileira: Augusto Teixeira de Freitas, Tobias Barreto de Menezes e Clóvis Beviláqua”. Em *História do Direito Brasileiro. Leituras da Ordem Jurídica Nacional*. Eduardo C.B. BITTAR (Org.). São Paulo: Editora Atlas, 2003, pp. 35-42.

REALE, Miguel. “Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988.

SALDANHA, Nelson. “História e sistema em Teixeira de Freitas”. Sandro SCHIPANI (Org.). Em *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1. Padova: Cedam, 1988.

SANTOS JUSTO, António. “A influência do direito português na formação do direito brasileiro”. Em *Revista Jurídica da FA7*, vol. 1, n° 1 (jan./dez.) 2004. Fortaleza: Bookmaker, 2004.

SCHIPANI, Sandro. *La codificazione del diritto romano comune*. Torino: Giappichelli Editore, 2011.

STEGER, Hans-Albert. “*Discussione*. Diritto romano e università nell’America Latina”. Em *Revista Index*, 4, 1973.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Prefácio de Ruy Rosado Aguiar. Edição fac-simile. “História do Direito Brasileiro”. Brasília: Senado Federal, 2003.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil. Esboço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

VÉLEZ SÁRSFIELD, Dalmacio. *Proyecto de Código Civil para la República Argentina*. Buenos Aires: Imprenta de la Nación Argentina, 1865.

WALD, Arnoldo. “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”. Em *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul/set. 2004.

#### **Em meio eletrônico**

GUZMAN, Alejandro. *Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Fundación Ignacio Larramendi*, 2000, p. 7. Disponível em [http://www.larramendi.es/i18n/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=1000187](http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1000187) Acesso em 20/05/2014.

*Novo Código Civil. Exposição e texto sancionado*. Senado Federal, Secretaria Especial de Editorações e Publicações. Brasília, 2005, 2ª edição, pp. 30-31. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70319> Acesso 10/06/2014

SCHIPANI, Sandro. “Diritto Romano in Cina”. Em *Treccani. Enciclopedia Italiana on-line* [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina\\_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/) Acesso em 3 de maio de 2014.

## **DANO MORAL COLETIVO**

Cláudio Antônio Soares Levada<sup>86</sup>

### **I – Introdução: O dano moral individual**

Dano moral é um conceito em constante evolução. De sua inicial não aceitação, por argumentos vários, como a impossibilidade de se medir a dor ou o sofrimento, até a virtual imoralidade dessa busca, chega-se em meados do século passado à sua admissibilidade, restrita – a reparabilidade do dano moral – de início à pessoa física, como se verifica na definição do autor Wilson Melo da Silva, clássico na matéria<sup>87</sup>: “são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”. Silvio Rodrigues endossava essa visão e enfatizava o caráter extrapatrimonial da ofensa, apontando tratar-se “de dano sem qualquer repercussão patrimonial. Se a injúria, assacada contra a vítima em artigo de jornal, provocou a queda de seu crédito e a diminuição de seu ganho comercial, o prejuízo é patrimonial, e não meramente moral”. Este ocorre quando se trata apenas de reparação da dor causada à vítima, sem reflexo de seu patrimônio. Ou, na definição de Gabba, referida por Agostinho Alvim, é “o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio. É a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem”<sup>88</sup>

Dessa aceitação restrita à pessoa física ou natural, passa-se à aceitação da reparabilidade à pessoa jurídica, ainda consideradas, pessoas físicas e jurídicas, em termos estritamente individuais. Defendemos, então, a ampliação do conceito restrito à pessoa natural, “por se entender que também a pessoa jurídica pode sofrer prejuízos de ordem moral, se e quando abalada injustamente sua imagem e reputação”, concluindo nosso conceito de que:

[...] dano moral é a ofensa injusta a todo e qualquer atributo da pessoa física como indivíduo integrado à sociedade ou que cerceie sua liberdade, fira sua imagem ou sua intimidade, bem como a ofensa à imagem e à reputação da pessoa jurídica, em ambos os casos, desde que a ofensa não apresente quaisquer reflexos de ordem patrimonial ao ofendido”<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> NOTA: O presente Artigo, de autoria de Claudio Antonio Soares Levada, foi publicado por esta RDC – Revista de Direito Civil, na sua primeira edição. Hoje, republicamos em homenagem ao autor que tão cedo nos deixou. Claudio Antonio Soares Levada era Mestre e Doutor pela PUC/SP. Atuava como Desembargador do TJSP, e era Coordenador do Curso de Direito do UniAnchieta.

<sup>87</sup> SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 11.

<sup>88</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1985. Vol IV. pp. 205/206.

<sup>89</sup> LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Liquidação de Danos Morais. Campinas: Copola Editora, 1997. 2ª edição. pp. 23/24.

A aceitação do dano moral à pessoa física como dano extrapatrimonial puro, sem repercussão econômica, torna-se pacífica, bem como a visão de que isto se dá sem prejuízo à indenização material, desembocando em uma das primeiras Súmulas do então recém-criado Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado, de número 37, é o de que “São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. A gradativa aceitação de que também a pessoa jurídica pode sofrer o dano moral, quando sua honra objetiva ou imagem tenham sido lesadas, desemboca por sua vez na Súmula 277 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

Inexistente, a partir da Constituição Federal de 1988, qualquer discussão sobre o cabimento ou não do dano moral, já que expressamente previstos nos incisos V e X do artigo 5º da Carta Magna<sup>90</sup>, e hoje no artigo 186 do atual Código Civil<sup>91</sup>, estava pronto o arcabouço para o exame e aplicação da indenização moral como compensação ao desestímulo<sup>92</sup>, ao dano moral puro, sem reflexos quaisquer de ordem econômica, no entanto ainda restrita a reparabilidade a situações fáticas individuais e não coletivas, aspecto inicialmente não aceito nem sequer cogitado pela doutrina e jurisprudência<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>91</sup> Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

<sup>92</sup> Seguimos sempre, com o devido respeito à posição contrária, o entendimento de que o dano moral no direito brasileiro foi concebido na Constituição Federal com a natureza dúplice, compensatória à vítima e punitiva ao ofensor, porque já vislumbrávamos, principiologicamente, a noção de que o dano moral consubstanciava uma proteção não apenas ao indivíduo mas também, em uma visão publicista, uma proteção à comunidade: “Espera-se que já se tenha conseguido esclarecer, no curso deste trabalho, que consideramos a indenização por dano moral como um misto de compensação à vítima e de punição ao ofensor. Sua inserção como direito fundamental, previsto no elenco do artigo 5º da Constituição Federal, desloca a análise da questão de uma ótica individualista, em que a única preocupação é com a figura da vítima ou membros de sua família, para uma ótica publicista, um comando que parte do Estado não apenas para os indivíduos, ativa e passivamente, mas também como forma de proteção da comunidade, que é sua essência em razão teleológica da existência. Daí nossa sugestão, endossando tantos outros pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais, de se considerar a gravidade do dano moral averiguando-se as condições pessoais do ofensor e da vítima, bem como os motivos, as consequências e as circunstâncias da lesão injustamente causada. A análise feita dessa forma dará ao julgador a possibilidade de reparar o dano de forma não só a satisfazer hedonisticamente a vítima, como também desestimulará, inibirá a prática de atos semelhantes por parte do ofensor, o que reverterá não só em prol da comunidade, mas também servirá de exemplo do que pode acarretar, a seus membros, o ato moralmente lesivo. Em suma, como já houvera anteriormente dito, menos do que um benefício à vítima, a indenização devida pelo dano moral, após o advento da Constituição Federal de 1988, tem caráter punitivo ao ofensor (à maneira dos punitive damages do Direito norte-americano), visando ao desestímulo de atos semelhantes, em proteção não apenas à vítima do prejuízo moral, mas - e principalmente - à comunidade como um todo. Indeniza-se, o que significa que se terá de apagar todas as consequências possíveis decorrentes do ato lesivo. Este, em síntese, nosso posicionamento. (LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de Danos Morais*. Campinas: Copola Editora, 1997. 2ª edição. pp. 85/86).

<sup>93</sup> Paradigmático é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça negando a possibilidade de reparação ao dano moral coletivo, sob argumento de que só o indivíduo é passível da proteção ao dano imaterial: *Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de*

## II – Noções de interesses transindividuais

Como visto, inicialmente só se admitia o dano na esfera da personalidade do indivíduo, negando-se o alargamento desse conceito aos danos sofridos pela sociedade considerada em sua coletividade. No entanto, a noção de transindividualidade vai-se aprofundando, a partir das definições de direitos difusos, coletivos “stricto sensu” e individuais homogêneos, normatizados de forma minudente no Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único, incisos I a III<sup>94</sup>, sem nenhuma ressalva quanto à possibilidade de as ações ajuizadas abrangerem os danos morais, ao lado dos materiais, causados aos consumidores.

Assim, quando se fala em dano moral coletivo está-se diante, na verdade, de interesses de natureza tripla: serão ou difusos, caracterizados pela indivisibilidade e dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; ou coletivos, em senso estrito, assim tidos os transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; ou, ainda, interesses individuais homogêneos, assim entendidos os de origem comum, cujos titulares são perfeitamente individualizáveis, mas de natureza coletiva no modo pelo qual são tutelados, já que dizem respeito a inúmeros indivíduos<sup>95</sup>

---

sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação. Recurso Especial improvido. (STJ, Rel. Min. Luiz Fux. Red. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki. REsp nº 598.281/MG. 1ª Turma. J. 02/05/2006)

<sup>94</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

<sup>95</sup> Excelentes exemplos são trazidos por Fernando Noronha (“Direito das Obrigações”, vol.1, 2003, Saraiva, pp. 574/576). Começa o jurista catarinense a apontar hipóteses de interesses difusos e coletivos: “Bons exemplos de interesses coletivos são apontados por Kazuo Watanabe [1998, p. 624-9]: os dos membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade, os dos contribuintes de um mesmo tributo, dos prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou de contratantes de um segurador com o mesmo tipo de seguro. Exemplos de interesses difusos, indicados pelo mesmo autor, são, no âmbito do direito do consumidor, os decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva, ou da colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade. Outro expressivo exemplo, fora do direito do consumidor, é a poluição de mananciais, que pode afetar a população de toda uma grande cidade. A diferença entre direitos difusos (que são todos em geral, e de ninguém em particular) e coletivos (que são das pessoas pertencentes a um grupo ou categoria) é bem ilustrada por Brito Filomeno [1998, p. 34-5], a propósito dos planos de saúde: é interesse difuso o dos consumidores relativo à supressão de determinadas cláusulas abusivas, constantes de planos envolvendo “milhões de contratantes ou potenciais contratantes, sobretudo atraídos pela poderosa mídia televisiva”; é coletivo o interesse na supressão das cláusulas abusivas eventualmente constantes de determinado contrato já firmado, porque aqui estão envolvidas “pessoas bem determinadas e em face de uma empresa contratante”. Em seguida, aponta esclarecedora hipótese de interesses

### III – A polêmica sobre a existência de danos transindividuais

Admitida a reparabilidade aos danos morais, o que se torna incontroverso com a normatização trazida pela Constituição Federal e posteriormente pelo Código Civil – além da farta legislação extravagante, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a anterior Lei da Ação Civil Pública (7.647/85) –, inicialmente essa reparação restringiu-se ao dano individual, em que pesem a ausência de ressalvas quanto ao cabimento à coletividade e a clareza das disposições nas leis retro citadas, de abrangerem a aplicação dos danos morais ao meio ambiente, aos bens e aos direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico e paisagístico, bem como qualquer outro interesse difuso ou coletivo ( Lei 7.347/85, artigo 1º, inciso IV).

Vigorava, então, o entendimento de que o dano moral era exclusivo da pessoa física, somente ela podendo sofrer agressão aos atributos da personalidade ou a seus valores pessoais (e mesmo quando se passou a admitir o dano moral à pessoa jurídica, era, esse dano, considerado na figura da empresa em si, sem considerá-la como parte integrante de uma coletividade). O dano, defendia-se, deveria atingir a esfera subjetiva das pessoas, físicas ou jurídicas, lesando-as em suas personalidades ou honra objetiva, de modo a gerar um dano passível de reparação. Em consequência, era inviável e incompatível reparar-se o prejuízo moral se houvesse a indeterminabilidade do sujeito passivo e a indivisibilidade da ofensa e da reparação. O acórdão do STJ no Recurso Especial de nº 598.281/MG, antes citado, é exemplo clássico da corrente que não admitia a reparação aos danos transindividuais.

Gradativamente, porém, fortalece-se a noção inversa, seja porque já embasada em textos legais expressos, seja porque passa a prevalecer a ideia de que também a coletividade possui em si uma dignidade própria, um orgulho coletivo de se integrar um determinado grupamento, categoria ou classe, de modo a se poder defender a possibilidade mesma de defesa da dignidade do ente coletivo, de um sentimento comunitário ferido, como ao se verificar um dano impactando o meio ambiente de certa região, ou uma agressão diminuindo a qualidade de vida da população, em atos de poluição, supressão de árvores ou condutas causadoras de

---

individuais homogêneos: “Um exemplo esclarecedor destes interesses é constituído pelos danos causados pela colocação no mercado de veículo com grave defeito no sistema de freios, indicado por Brito Filomeno [1998, p.623 e s.]: cada um dos lesados “poderia, individualmente, ingressar em Juízo com a ação reparatória competente”, mas o Código permite “que, ao invés da pulverização de demandas individuais, seja ajuizada em uma única ação, passando-se depois da condenação obtida à liquidação, conforme a extensão de cada dano individualizado”. Outros bons exemplos, estes referidos por Watanabe [1998, p. 629], são os das “vítimas de publicidade enganosa (...) ou de um produto nocivo à saúde”, relativamente aos danos efetivamente sofridos”.

desequilíbrio ecológico, por exemplo. Para esse lado caminharam a melhor doutrina<sup>96</sup> e jurisprudência<sup>97</sup>

#### IV. Da natureza da reparação do dano moral coletivo

O dano moral transindividual, entre nós conhecido como dano moral coletivo – e o é, mas não só no sentido estrito como também nos danos a interesses difusos e aos decorrentes das lesões a interesses individuais homogêneos –, pode ser identificado como aquela conduta

---

<sup>96</sup> No sentido do cabimento da reparabilidade do dano moral coletivo, citem-se as observações doutrinárias de José Rubens Morato Leite (“Dano Ambiental – Do individual ao Coletivo Extrapatrimonial”, 2ª ed., RT, pp. 316/317): “O dano extrapatrimonial coletivo não tem mais como embasamento a dor sofrida pela pessoa física, mas sim valores que afetam negativamente a coletividade, como é o caso da lesão imaterial ambiental. Assim, evidenciou-se, neste trabalho, que a dor, em sua acepção coletiva, é um valor equiparado ao sentido moral individual, posto que ligado a um bem ambiental, indivisível de interesse comum, solidário e ligado a um direito fundamental de toda coletividade. Revele-se que não é qualquer dano que pode ser caracterizado como dano extrapatrimonial, e sim o dano significativo, que ultrapassa o limite de tolerabilidade e que deverá ser examinado, em cada caso concreto. As dificuldades de avaliação do quantum debeat do dano extrapatrimonial são imensas; contudo, este há de ser indenizado sob pena de falta de eficácia do sistema normativo. Portanto, compete ao Poder Judiciário importante tarefa de transplantar, para a prática, a satisfação do dano extrapatrimonial ambiental. Abrindo-se espaço o ressarcimento ao dano moral extrapatrimonial, amplia-se a possibilidade de imputação ao degradador ambiental.”

<sup>97</sup> Em julgado de maio de 2018, o Superior Tribunal de Justiça reafirma a reparabilidade dos danos coletivos, mostrando-se peculiar o caso por se tratar de interesses individuais homogêneos lesados, na venda de sardinhas em lata com vícios de quantidade e de informação. No acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi (Recurso Especial nº 1.586.515-RS), ressaltou-se a legitimidade do Ministério Público para acionar judicialmente em defesa de interesses individuais homogêneos e, da ementa, destacaram-se os pontos seguintes, no que concerne à reparabilidade dos danos coletivos em sentido estrito: “5. O interesse individual homogêneo é um direito individual que acidentalmente se torna coletivo e, pois, indisponível, quando transcender a esfera de interesses puramente particulares, envolvendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação importa à comunidade como um todo. 6. O Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, quando constatada a relevância social objetiva do bem jurídico tutelado. Precedentes. 7. In casu, os interesses tutelados na presente ação civil pública atingem a universalidade dos potenciais consumidores dos produtos da recorrente, e não apenas casos pontuais nos quais verificada a discrepância entre a quantidade de sardinha e a informação constante na embalagem, e o interesse individual homogêneo tutelado na presente ação refere-se aos deveres de confiança, boa-fé e informação, intrínsecos à relação consumerista, que possuem relevância social e potencial de afligir os valores fundamentais da proteção ao consumidor. 8. A ação coletiva pode ser ajuizada em face de um único fornecedor de produtos ou serviços, pois, entre ele e os demais, não há uma relação jurídica única e incindível que demande julgamento uniforme, não havendo, assim, litisconsórcio necessário. 9. A ação coletiva de tutela de interesses individuais homogêneos se desdobra em duas fases, sendo que, na primeira, são tratados os aspectos padronizados das relações jurídicas e, na segunda, os individualizados, entre os quais a definição do quantum debeat. Assim, por se encontrar a presente ação na primeira fase, carece de interesse recursal o recorrente para discutir a prova do efetivo dano material causado aos consumidores. 10. O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais. 11. A grave lesão de interesses individuais homogêneos acarreta o comprometimento de bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas, razão pela qual é capaz de reclamar a compensação de danos morais coletivos. 12. Na hipótese concreta, foram indicadas vulnerações graves à moralidade pública contratual, de significância razoável que ultrapassa os limites da tolerabilidade, razão pela qual foram verificados os requisitos necessários à condenação da recorrente à compensação de danos morais coletivos.”

injusta ao âmbito de uma determinada comunidade, ou, no dizer de Carlos Alberto Bittar Filho, é a “injusta lesão da esfera moral de dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos<sup>98</sup>”.

Essa violação antijurídica deve ser de intensidade expressiva, significativa, de gravidade tal que legitime um pedido indenizatório moral pelo só fato da violação, mesmo porque não se poderá exigir uma “prova coletiva” do impacto, da lesão, do sofrimento causado ao corpo social como um todo. E se esse dano é aferido objetivamente, “in re ipsa”, não se pode vislumbrar somente uma compensação à coletividade, como também, necessariamente, um caráter sancionatório, punitivo, ao agente ofensor, pela ofensa aos direitos difusos e coletivos. Essa natureza sancionatória visa ao desestímulo, à inibição de recidivas no comportamento do ofensor, sem o que será claramente insuficiente a condenação no âmbito moral.

O fator de desestímulo é enfatizado mesmo por quem não defende a maior relevância do caráter punitivo da reparabilidade moral, como Felipe Teixeira Neto, em obra abalizada sobre a matéria<sup>99</sup>:

Conforme asseverado quando da abordagem da natureza da obrigação indenizatória devida pelos danos extrapatrimoniais, a compensação apresenta-se como alternativa adequada na maioria dos casos em razão da impossibilidade de ressarcimento, ou seja, da inviabilidade de recomposição do interesse lesado em si, com a restituição do ofendido ao *status quo ante*. Especialmente nas situações em que a imposição de uma obrigação de indenizar não basta a devolver o lesado à plenitude da sua situação jurídica anterior, mostra-se mais adequada, sem prejuízo da compensação pecuniária cabível (tutela corretiva), uma tutela preventiva por parte do ordenamento, tendente a evitar a supressão não consentida de determinada vantagem integrante de um dado círculo de relações. Objetiva-se, com isso, garantir, a máxima eficiência no fim último perseguido pelo Direito, qual seja, a proteção dos interesses jurídicos. Fica clara a evidência, nessa seara, de que a prevenção é a alternativa mais condizente e, em razão disso, mais adequada, em face da infungibilidade de determinadas utilidades extraíveis de atributos inerentes à condição humana protegidos pelo Direito. Não sendo, pois, ressarcíveis quando atingidos por limitações não consentidas, mostra-se mais sensato, até mesmo como meio de lhes garantir plenitude, induzir a adoção de condutas preventivas dos atos lesantes e/ou dissuadir a perpetração de atuações inconvenientes, ao invés de se adotar meras soluções paliativas de compensação.

## V. O valor reparatório devido nas indenizações coletivas

---

<sup>98</sup> BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6183/do-dano-moral-coletivo-no-atual-contexto-juridico-brasileiro/>. Acesso em 21 agosto 2018.

<sup>99</sup> NETO, FELIPE TEIXEIRA. *Dano Moral Coletivo: A configuração e a reparação do Dano Extrapatrimonial por Lesão aos Interesses Difusos*. Curitiba: Juruá, 2014, p.233.

As mesmas objeções que se faziam ao dano moral individual costumam ainda ser feitas ao dano moral coletivo, qual seja, a dificuldade de sua mensuração. Essa incerteza eventual nada tem de empecilho à indenização moral ou extrapatrimonial coletiva, mesmo porque nos danos morais puros não se buscam, não se perquirem prejuízos aferíveis concretamente, como se faria na análise dos danos estritamente materiais.

O *quantum debeatur* será apurado, portanto – e tanto quanto o dano moral individual, de pessoas físicas ou jurídicas –, enquanto valores reparatórios estimáveis, consideradas as circunstâncias e consequências da conduta ofensiva, grau de reprovabilidade do comportamento do ofensor, sua maior ou menor responsabilidade na prevenção do dano causado em razão da natureza de suas atividades, a nocividade potencial destas, seu poder econômico, etc.

## **VI. A imprescindibilidade da gravidade e relevância da ofensa**

Em razão da própria amplitude de seu objeto no âmbito reparatório, mais até do que no dano individual, no qual já não bastam ocorrências caracterizadas como meros aborrecimentos ou transtornos cotidianos, no dano moral coletivo será essencial que se configure a ofensa concreta à comunidade como grave e de relevância ímpar. Ainda que existam irregularidades na conduta de um fornecedor de produtos ou serviços, como, por exemplo, a venda de produtos com datas vencidas, se isto se der esporadicamente e não sistematicamente, e sem que haja senão a evidência de descuidos e não de uma conduta dolosa, não haverá que se falar em dano coletivo reparável.<sup>100</sup> Quando se diz ofensa concreta, não se quer dizer de “valor econômico concreto”, mas violação efetiva e não meramente abstrata ou potencial, como uma mosca em um lanche que foi só observada visualmente, mas não ingerida.

Pode-se admitir, porém, e é importante a observação, que condutas tais, que tomadas isoladamente, sejam de pouca gravidade, adquiram essa relevância e intensidade pela sua prática cumulativa, reiterada e sistemática, a ferir os interesses e direitos difusos de uma

---

<sup>100</sup> “Ação civil pública. Legitimidade ministerial para pleitear danos morais coletivos, na espécie, pois pleiteados em face de interesses difusos e não individuais. Interesse processual e possibilidade jurídica existentes. Ausência de interesse processual, porém, para pleitear “astreintes” em face da própria lei, de cumprimento obrigatório; medida coercitiva que serve para forçar o cumprimento e a obediência a ordens judiciais, não à norma jurídica. Danos morais coletivos: inoportunidade diante da ausência de danos concretos, efetivos, que configurem lesão a interesses difusos; inexistência diante da mera possibilidade de aquisição de produtos nocivos ou armazenados irregularmente, sem ingestão ou prejuízo efetivo à saúde. Autuações administrativas, preventivas, que não se confundem com a responsabilidade civil do estabelecimento empresarial, a exigir relevância social e a concretude dos danos para legitimar a reparação imaterial. Apelo do Ministério Público, para majorar a indenização moral, prejudicado. Preliminares rejeitadas. Apelo da ré provido, prejudicado o recurso ministerial.” (TJSP; Apelação 0907770-39.2012.8.26.0506; Relator (a): Soares Levada; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 05/04/2018)

determinada coletividade pela omissão continuada em fazer cessar ou em mitigar os efeitos do comportamento danoso.

### **Referências Bibliográficas**

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro.

LEITE, José Rubens Morato Leite. Dano Ambiental – Do individual ao Coletivo Extrapatrimonial. São Paulo: Editora RT. 2ª Edição.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de Danos Morais*. 2ª ed.. Campinas: Copola, 1997.

NETO, FELIPE TEIXEIRA. *Dano Moral Coletivo: A configuração e a reparação do Dano Extrapatrimonial por Lesão aos Interesses Difusos*. Curitiba: Juruá, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Responsabilidade Civil*. IV. SP: Saraiva, 1985.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

## A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E O DESCABIMENTO DAS CRÍTICAS AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Por Paulo Iotti<sup>101</sup>

**Resumo.** O presente artigo visa abordar a evolução do Direito Civil brasileiro, do Código Civil de 1916 ao de 2002, para explicar a sua despatrimonialização em prol de sua repersonalização, a partir do princípio da primazia da pessoa humana como princípio fundamental imanente ao Direito Civil. Explicar-se-á a compreensão clássica e tradicional do Direito Civil, desde o seu nascedouro, bem como a doutrina da repersonalização a partir de lições de doutrinadores consagrados. Explicar-se-á, ainda, o fenômeno do Direito Civil Constitucional e seu conteúdo, rebatendo as críticas que são feitas a ele. Exemplificar-se-á a importância tanto da Repersonalização do Direito Civil, à luz da interpretação de precedente do STJ sobre o art. 1.676 do CC/1916 no paradigma do princípio da primazia da pessoa sobre o patrimônio. No mesmo sentido, abordar-se-á o exemplo do reconhecimento da união estável como família conjugal e união estável constitucionalmente protegida para demonstrar a importância do Direito Civil Constitucional, pois não obstante a clássica técnica civilista da extensão de direitos por analogia fosse suficiente para gerar o reconhecimento da união estável e do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, foi somente a hermenêutica civil constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal que isto possibilitou de forma pacífica no país. Por fim, retomar-se-á sinteticamente os principais temas trabalhados na conclusão. O método utilizado foi o analítico-dedutivo acerca das doutrinas civilista clássica, da repersonalização do Direito Civil e do Direito Civil Constitucional, para realização de análise-crítica das críticas para fins de sua refutação.

**Palavras-chave.** Direito Civil. Repersonalização do Direito Civil. Direito Civil-Constitucional.

### 1. Introdução.

Nessa segunda década do Século XXI, no 35º ano de vigência e vigor da Constituição Federal de 1988, está absolutamente consolidado o *método civil-constitucional* de interpretação do Código Civil e das leis civis especiais em vigor no país. Embora não sem persistirem algumas resistências que se afiguram absolutamente anacrônicas ao se oporem à interpretação das leis em conformidade com os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e as normas constitucionais como um todo, pode-se dizer que está consolidado o dever do Judiciário interpretar *quaisquer* Códigos e *quaisquer* leis em conformidade com a Constituição. Logo, em países como o Brasil em que vigora o controle difuso de constitucionalidade, pelo qual qualquer Juízo ou Tribunal pode deixar de aplicar leis e atos normativos que entendam incompatíveis

---

<sup>101</sup> Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito da Diversidade Sexual e de Gênero e em Direito Homoafetivo. Advogado de Direitos Humanos, *Advogado Civilista* e Professor Universitário. Diretor-Presidente do GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero. Sócio do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Famílias. E-mail: <[paulo.riv71@gmail.com](mailto:paulo.riv71@gmail.com)>.

com a Constituição Federal nos casos concretos em julgamento, tem-se como consolidado dever judicial de realizar uma *filtragem constitucional* das leis e atos normativos em vigor. Dessa forma, a distinção entre *jurisdição ordinária*, que faz interpretação *puramente legal-infraconstitucional*, e *jurisdição constitucional* enquanto aquela que aplica a Constituição encontra-se profundamente relativizada/mitigada,<sup>102</sup> o que, por igualdade de razões, significa que a diferença entre interpretação *legal* e interpretação *constitucional* também seja relativizada (embora não invalidada), pelo dever de todo Juízo e Tribunal ter que realizar a interpretação *legal* em conformidade com a Constituição Federal.

No âmbito do Direito Civil, isso implica a superação do dogma do Código Civil como a “*Constituição do Direito Privado*”, o qual foi ratificado até o fim da vida de ninguém menos que Miguel Reale,<sup>103</sup> organizador do Código Civil de 2002, não obstante este, em sua *Exposição de Motivos*, tenha reconhecido o fim da centralidade do Código Civil em prol da supremacia constitucional e das leis especiais em vigor. Seja como for, a posição de Reale prova que o tema ainda precisa consolidação, inclusive porque o Legislativo brasileiro se sentiu compelido a positivar, no art. 1º do Código de Processo Civil de 2015, que ele precisa ser interpretado em conformidade com a Constituição Federal. Essa ideia de “*Constituição do Direito Privado*” surgiu em uma época em que as normas constitucionais não eram tidas como normas jurídicas vinculantes, que pudessem ser invocadas pelo Judiciário em decisões de casos concretos, mas apenas como diretivas programáticas ao Legislativo, para que concretizasse a Constituição na

---

<sup>102</sup> MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais**: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Claudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª Ed., SP: RT, 2014, p. 33: “*Da afirmação sobre a relevância ou não dos direitos fundamentais para uma dada relação privada dependerá também a verificação sobre o perfil meramente ordinário (legal) ou constitucional de determinada controvérsia, o que pode ter sérias consequências para a própria definição dos órgãos judiciais competentes*”. E, em nota, complementa: “*Assinale-se que, entre nós, a ideia – errônea – de uma absoluta separação entre as questões legais e constitucionais tem levado muitos a sustentar a ‘irreversibilidade’ dos julgados do STJ em recurso especial. Embora o tema demande esclarecimento no prisma estritamente processual (momento de interposição dos recursos, o ‘prequestionamento’, a separação entre simples interpretação do direito ordinário e a violação da Constituição etc.), parece inquestionável que a vinculação aos direitos fundamentais também dos órgãos do Poder Judiciário induz ao reconhecimento dessa possibilidade, pelo menos de uma perspectiva do direito constitucional material. [...] Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (Defizit-Fehleinschätzung), quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung)*”. (*Ibidem.*, p. 33-36).”

<sup>103</sup> REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**, 27.ª Ed., 4.ª tir., São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 358: “*Costumamos dizer que o Código Civil é a constituição do homem comum, isto é, do que há de comum entre todos os homens. [...] Se lembrarmos, consoante velha mas sempre atual advertência de Gianturco, que grande parte da questão social reside no campo do Direito Privado, corrigiremos uma visão errônea sobre o primado das Constituições, situada que seja a questão no plano dos valores históricos e existenciais*”.

forma da lei, de sorte que a Constituição não tinha eficácia própria, pois dependia *sempre* da *intermediação do Legislativo* (“interpositivo legislatoris”). Foi nesse contexto que o Código Civil foi entendido como a “Constituição do Direito Privado”, mais tecnicamente do Direito Civil após a especificação do Direito Comercial (atual Direito Empresarial). Contudo, evidente que essa compreensão está absolutamente superada pelo paradigma da *força normativa da Constituição*, pelo qual as normas constitucionais são entendidas como normas jurídicas vinculantes e que têm eficácia (aplicabilidade) independente de intermediação do Legislativo; *no mínimo, eficácia negativa*, que torna não-recepcionadas (revogadas) leis anteriores com ela incompatíveis e inválidas (inconstitucionais) leis posteriores que a contrariem.

A necessidade de afirmação *legal* da supremacia da Constituição e da necessidade de interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com toda a principiologia constitucional é chocante para pessoas que, *como eu*, cursaram Direito e advogaram desde sempre sob a égide do *paradigma da força normativa da Constituição*. Nele, normas constitucionais são consideradas normas jurídicas diretamente aplicáveis a casos concretos (*legalidade constitucional*), sem necessidade de intermediação do Poder Legislativo por intermédio de leis infraconstitucionais (*legalidade infraconstitucional*).<sup>104</sup> Segundo Alexandre de Moraes, significa que entre interpretações legalmente possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.<sup>105</sup> Afinal, aprendemos que a Constituição é a *lei suprema da Nação* e que as leis só serão válidas se não violarem *materialmente o conteúdo* da Constituição como um todo (porque *infraconstitucionais*, hierarquicamente inferiores, por estarem abaixo da Constituição). Logo, não só das normas sobre processo legislativo (controle *formal* de constitucionalidade), mas de todas as normas jurídicas substantivas da Constituição, como os princípios constitucionais.

---

<sup>104</sup> Lembro que tive choque relativamente parecido ao ler o famoso livro “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, de Canotilho, sua Tese de Doutorado de 1982 em que propôs parâmetros de vinculação do Legislativo às chamadas normas constitucionais *programáticas*. Ao estudar o livro na época de minha Especialização em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, lembro de ter me perguntado algumas vezes por qual razão seria necessário um livro, fruto de Tese de Doutorado, para dizer que as leis *infraconstitucionais* não podem desrespeitar princípios constitucionais em geral e, mesmo, as chamadas *normas programáticas* do texto constitucional. Para mim, desde a clássica obra de José Afonso da Silva sobre a “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, de 1967, já estava consolidada a chamada *eficácia negativa* dos princípios constitucionais e das normas constitucionais ditas *programáticas*, cujo ponto comum é não estabelecerem uma hipótese aplicável por silogismo (na forma de *regra* jurídica), mas estabelecerem objetivos e fins a serem atingidos pelo Estado (na forma de *princípios* e objetivos diversos). Mas rapidamente me conscientizei que esse é o estado da arte da atualidade, fruto de árdua luta doutrinária e hermenêutica a partir da segunda metade do Século XX (após a II Guerra Mundial) e, no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988.

<sup>105</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.<sup>a</sup> Ed., SP: Atlas, 2006, p. 10-11.

A questão é que o reconhecimento da juridicidade tanto da Constituição em geral, reconhecida enquanto norma jurídica, e dos princípios jurídicos em geral (não só os constitucionais) enquanto espécies do gênero *normas jurídicas (imperativas)* é ainda relativamente recente na História do Direito. Para o positivismo primevo (exegético), os princípios só incidiriam em caso de *lacuna das regras*,<sup>106</sup> ou seja, somente se invocariam *princípios gerais de Direito* caso não houvesse texto normativo que, por silogismo, definisse tanto uma situação abstrata quanto a sua respectiva solução jurídica. Isso porque foi só com o 2º Pós-Guerra, de 1945, no mundo e com a Constituição Federal de 1988, no Brasil, que prevaleceram as ideologias: **(i)** da *força normativa da Constituição*, enquanto norma jurídica diretamente aplicável independente de intermediação concretizadora de lei infraconstitucional; e **(ii)** da *juridicidade imediata dos princípios jurídicos*, enquanto gênero do qual são espécies (e não sinônimos) os princípios gerais do Direito. Até então, prevalecia a ideologia de que a Constituição configuraria mero *estatuto jurídico do político*, no sentido de estabelecer “simples leis orgânicas dos poderes políticos”,<sup>107</sup> que traria paradigmas a serem concretizados pelo Legislativo, mas que não podiam ser invocados como normas jurídicas imediatamente aplicáveis pelo Judiciário.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> Cf. art. 4º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, anteriormente denominada como LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, como adiante se explica.

<sup>107</sup> OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **Reflexos da Constitucionalização nas Relações de Família**. In: LOTUFO, Renan (coord.). *Direito Civil Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 285.

<sup>108</sup> É anacrônica e indefensável a posição de quem afirma que o controle de constitucionalidade existe desde *Marbury v. Madison*, nos EUA, e que sempre teria existido uma *força normativa da Constituição* por isso. Afinal, é fato notório que foi somente após a II Guerra Mundial que as Constituições passaram a incorporar enquanto princípios jurídicos que até então eram considerados meros valores filosóficos (não-jurídicos) ou, no máximo, integrantes de alguma teoria de *Direito Natural* (sic). Mas como é igualmente notório, as diversas correntes de *Direito Natural* nunca tiveram o condão de gerar a invalidação de leis *positivas*, só se reconhecendo como genuíno *Direito* aquele *Direito* que era *positivado*, ou seja, imposto por autoridade legitimamente constituída pelo Estado (o que não se limita a meras *leis* aprovadas pelo Parlamento e promulgadas por Chefe do Poder Executivo, embora estas sejam a principal expressão do *Direito Posto/Positivado*). Daí a doutrina mais antiga falar em *Positivização do Direito Natural* pelas Constituições do Pós-Segunda Guerra, com o intuito de imporem limites aos Poderes Legislativos e Executivos. Daí ser também notório na doutrina constitucional falar-se em *superação do Estado Legal de Direito* e sua substituição pelo *Estado Constitucional de Direito*, além de, bem entendido o positivismo jurídico, este deixar de ser entendido como abarcando as normas *postas* pelo Poder Legislativo apenas na forma de *leis infraconstitucionais*, para se entender as normas constitucionais, fruto de Assembleia Nacional Constituinte (ou Congresso Constituinte), também como integrantes do *Direito Positivo/Posto* (algo que teve reação de parte dos positivistas, que queriam que a *lei posta* pelo Legislativo não pudesse ser passível de questionamento em sua validade jurídica). Como se vê, é anacrônica a posição de quem nega a *mudança de paradigma* do Direito Constitucional a partir do 2º Pós-Guerra (1945) no mundo e a partir da Constituição Federal de 1988 no Brasil, pois obviamente não havia antes disso a mesma intensidade de declaração de inconstitucionalidade de regras aplicáveis por silogismo a partir de princípios constitucionais (tachados pejorativamente de “pagos” e “(muito) mais abstratos” que as regras). E *anacrônica* no sentido técnico da expressão, de julgar o passado a partir do paradigma presente (de forma tecnicamente mais precisa: *atribuir a uma época as ideias de outra*).

No âmbito dos *direitos das minorias sociais* em geral, foi somente o fenômeno da *Constitucionalização do Direito* e do controle de constitucionalidade em geral que possibilitou as diversas vitórias no Brasil e mundo afora, a partir da *irradiação* das normas constitucionais na interpretação do Direito infraconstitucional como um todo. Isso porque a *interpretação sistemático-teleológica* passou a ter que considerar como integrante do *sistema* a ser interpretado de forma unitária e coerente não só as leis infraconstitucionais, mas também a Constituição Federal por seus dispositivos passarem a serem considerados como *normas jurídicas*, passível de aplicação direta ou, no mínimo, indireta enquanto informando a interpretação (constitucionalmente) válida dos dispositivos legais (infraconstitucionais) dos Códigos e leis em geral. Daí a doutrina falar em *pluralidade das fontes* em prol de uma *interpretação unitária* do Direito, ou seja, considerar como *fonte de Direito imediatamente aplicável* não só a legislação infraconstitucional (Poder Legislativo Ordinário), mas também a *legalidade constitucional* (Poder Constituinte Originário ou Reformador).

Referido *Direito Antidiscriminatório* historicamente decorrente da filtragem constitucional da legislação ordinária se deu, primordialmente, a partir dos princípios da igualdade, não-discriminação e da dignidade da pessoa humana. Os dois primeiros, por proibirem diferenciações legais arbitrárias, no sentido de despidas de fundamentos lógico-rationais que justifiquem a diferenciação pretendida a partir do critério diferenciador erigido.<sup>109</sup> A última, por nos seus sentidos consensuais tanto *negativo*, enquanto proibitivo da instrumentalização da pessoa humana para a consecução de outros fins (fórmula-objeto),<sup>110</sup> quanto *positivo*, enquanto garantidora da *autonomia moral* que permite às pessoas o *livre desenvolvimento da personalidade*,<sup>111</sup> para que possam buscar a felicidade a partir da busca

<sup>109</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3.<sup>a</sup> Ed., 11.<sup>a</sup> tir., Maio-2003, SP: Malheiros, p. 38-42; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva, SP: Malheiros, 2008, p. 407-409; RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a Homossexualidade no Direito brasileiro e Norte-Americano**, Porto Alegre: RT, 2002, p. 53-54; MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**, SP: ContraCorrente, 2020, p. 340; ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. SP: Malheiros, 2009, p. 24, 29, 39, 40, 41 e 42. Sintetizando o essencial destas doutrinas: IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4.<sup>a</sup> Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 03, item 1.2.

<sup>110</sup> Fruto do imperativo categórico de Immanuel Kant, pelo qual o ser humano é um fim em si mesmo e não um meio para consecução de outros fins, razão pela qual as *coisas* têm um preço, enquanto as *pessoas humanas* têm dignidade. Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad.: Leopoldo Holzbach. SP: Martin Claret, 2002, p. 58-59 e 65.

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial, 4.<sup>a</sup> Reimpr., BH: Forum, 2014; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6.<sup>a</sup> Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121-122; SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**, in SARLET, Ingo Wolfgang (org.), *Dimensões de Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Porto Alegre: Editora Livraria do

pelo *ideal de vida boa* que melhor lhes faça sentido sem nenhuma interferência do Estado em tudo aquilo que não prejudique terceiros(as).<sup>112</sup> Daí John Rawls corretamente afirmar que nem mesmo o bem comum da maioria pode justificar o sacrifício dos direitos fundamentais de uma minoria<sup>113</sup>, de sorte que “*o direito à felicidade é o direito de planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências legítimas, considerando, nesta tarefa, ainda que minimamente, chances de êxito*”<sup>114</sup> – não que o estado vá julgar o que é racional ou não, mas apenas evitar que a “*dimensão subjetiva de bem-estar individual*” possa legitimar a opressão a terceiros e minorias.

Nesse sentido, por exemplo, *ser LGBTI+*<sup>115</sup> não prejudica ninguém, incidindo aqui a invalidade da intervenção do Estado na vida das pessoas à luz do direito fundamental de liberdade substantiva,<sup>116</sup> porque ele não pode intervir na vida privada apenas por não concordar

---

Advogado, 2005, p. 21-22; **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2.ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 37.

<sup>112</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**, SP: Almedina Brasil, 2017, p. 23, 293-321 e 325-334. O autor bem explica que os dispositivos constitucionais que garantem o *bem-estar* de todas e todos, sem discriminações de quaisquer espécies, mais do que a garantia de um *mínimo existencial econômico*, na lógica do Estado de Bem-Estar Social, também abarca o direito fundamental à felicidade. Daí falar que o direito à felicidade abarca, pelo Estado, a garantia de *felicidade pública* enquanto participação popular nas definições dos rumos da nação, do *direito à busca da felicidade* e consequente *direito ao bem-estar subjetivo* (sentimento de felicidade), enquanto *liberdade negativa*, para o Estado não impedir a pessoa de atingir seu bem-estar subjetivo (emocional) desde que não o faça oprimindo terceiros(as), do *direito ao bem-estar objetivo*, por intermédio dos direitos sociais (atuações positivas do Estado para garantia do mínimo existencial econômico a uma vida digna), e dever estatal de ampliação da felicidade coletiva como consequência da decisão estatal, por um *método utilitarista mitigado* pelo respeito à dignidade da pessoa humana para impedir opressões a minorias sociais.

<sup>113</sup> Segundo RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, Trad.: Jussara Simões, Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita, SP: Martins Fontes, 2008, p. 4: “*Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar*”.

<sup>114</sup> LEAL, *Op. Cit.*, p. 291.

<sup>115</sup> Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Intersexos (LGBTI) e demais minorias sexuais e de gênero, mas que não se identificam com a sigla (+). Ou seja, pessoas que não são cishétero – cisgênero e heterossexuais; *cisgênero* é a pessoa que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer e, por isso, não é *transgênero*, que é a pessoa que não se identifica com o gênero e/ou o sexo que lhe foi atribuído no nascimento e, por isso, tem *identidade de gênero* distinta).

<sup>116</sup> Fundante de todo o Direito Privado, o conteúdo *jurídico* do direito à liberdade não se refere à possibilidade de fazer *quaisquer* coisas, ao contrário do que o senso comum (inclusive teórico da comunidade jurídica) quer fazer crer. Não é qualquer lei que proíba condutas ou imponha requisitos para sua prática que “*limita juridicamente*” o direito à liberdade. Isso porque o sentido *liberal* de liberdade se refere à possibilidade de se fazer o que se quiser *desde que* não se prejudiquem terceiros(as); contrapõe-se ao sentido *comunitarista*, que de maneira sintética pode ser definido como permitindo a prática de condutas compatíveis com os valores sociais (comunitários) hegemônicos. Logo, não há limitação da *liberdade jurídica* (do *liberalismo*) de alguém por uma lei que lhe impede de praticar conduta que gera prejuízo a terceiros(as). Consagrado desde as Revoluções Liberais e suas Declarações de Direito, consagrou-se com sua positivação no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pós-Revolução Francesa. Esse é o conteúdo do direito à *liberdade substantiva*, sendo que o direito à *liberdade formal* está na segunda parte do mesmo dispositivo histórico e no dispositivo seguinte: restrições de direitos só se admitem por lei – e lei que se baseie na necessária proteção dos direitos de outras pessoas, retomando, aqui, o caráter substantivo do direito de liberdade. Veja-se a íntegra do dispositivo (abstraindo-se sua menção a *direitos naturais*, para entendê-la como direitos em geral): “*Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser*

com o modo de ser e viver das pessoas quando elas não estejam prejudicando terceiras. Nesse sentido, vale citar que o STJ conheceu e proveu o recurso especial que gerou o precedente que reconheceu o direito civil ao casamento civil homoafetivo por negativa de vigência ao art. 1.521 do Código Civil, que trata dos impedimentos matrimoniais pela notória lógica de que *o que não é expressamente proibido é permitido* no âmbito do Direito Privado.<sup>117</sup> O tema será trabalhado no item 5.1, no âmbito do Direito Civil Constitucional, embora passível de reconhecimento pela lógica de lacuna normativa colmatável por interpretação extensiva ou analogia mesmo sem consideração de normas constitucionais, como prévio reconhecimento da união estável homoafetiva por essa lógica pelo próprio STJ comprova.<sup>118</sup>

Mas, sem prejuízo desse fato histórico, objetivo e incontestável de que foi a filtragem constitucional fruto da constitucionalização do Direito, por intermédio do controle de constitucionalidade, que gerou o reconhecimento de direitos de minorias, pretende-se demonstrar que isso não precisava ter sido assim nos casos de ausência de limitação expressa da lei de aplicação de um regime jurídico somente à maioria social.<sup>119</sup> Isso porque era e é juridicamente possível interpretar o Direito infraconstitucional de forma não-discriminatória quando não haja proibição legal expressa, cuja arbitrariedade só poderá ser superada por sua invalidação decorrente de controle de constitucionalidade ou convencionalidade (item 5).

---

*determinados pela Lei; Art. 5º. A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”.*

<sup>117</sup> [...] 8. *Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. [...] (STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20 e 25.10.11, DJe 01.02.2012. G.n).*

<sup>118</sup> [...] 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. *Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.* 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. [...] (STJ, REsp 820.475/RJ, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 06.10.2008. G.n).

<sup>119</sup> Nos casos em que a lei expressamente proíbe a extensão de um regime jurídico a determinado grupo social ou limita *expressamente* a incidência de um regime jurídico *somente/apenas* a determinado grupo, necessária a declaração de inconstitucionalidade ou inconveniência da discriminação (“sentença demolitória”) para que o Direito Antidiscriminatório vigorasse. Assim, a afirmação de que o Direito Civil não precisava do Direito Constitucional para implementar o Direito Antidiscriminatório afigura-se *parcialmente falsa* neste aspecto e, por outro lado, *ignora o fato histórico* de que foi só pelo controle de constitucionalidade que se consagrou a proteção judicial de minorias sociais em seus direitos fundamentais (constitucionais) e seus direitos humanos (internacionais). O tema será adiante retomado, com referências a quem faz a afirmação criticada.

Essa possibilidade de um *Direito Antidiscriminatório infraconstitucional*, fruto da hermenêutica jurídica antidiscriminatória na aplicação dos regimes jurídicos a casos de lacunas normativas, se reforça com a noção de *Repersonalização do Direito Civil*, que ganhou força com o advento da Constituição Federal de 1988 e, primordialmente, com a colocação da dignidade da pessoa humana como o princípio fundante do nosso Estado Democrático de Direito e, assim, de nossa ordem constitucional. Entende-se que, nos casos de lacunas normativas (lacuna na lei, não no Direito, pelo dogma da completude do ordenamento jurídico), essa hermenêutica antidiscriminatória poderia ter sido fruto de correta interpretação teleológica do próprio Direito infraconstitucional, entendendo-se o Direito como mecanismo de proteção da pessoa humana do conceito de pessoa mesmo – e isso mesmo à luz da ideologia notoriamente conservadora do Código Civil de 1916. Isso pela lógica de que o Direito existe para proteger o ser humano, de sorte que os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *atual denominação da antiga Lei de Introdução ao Código Civil*.

## 2. A hermenêutica civilista clássica.

Pensar em uma *hermenêutica puramente civilista* supõe conhecer o Direito Civil antes do fenômeno da constitucionalização do Direito e, assim, os princípios e critérios de interpretação do Direito Civil isoladamente considerado. Advirta-se que isso configura verdadeiro anacronismo, já que ninguém pode *seriamente* pretender que qualquer ramo do Direito não seja interpretado em consonância com as normas constitucionais (sejam regras ou princípios), pois uma coisa é manter a autonomia epistemológica do Direito Civil e dos demais ramos do Direito frente ao Direito Constitucional, algo absolutamente necessário, mas outra bem diferente é defender uma *soberania* de “Direitos Infraconstitucionais” que gerasse uma *blindagem* à Constituição. Excessos constatados em decisões judiciais diversas devem ser combatidos pela exigência de respeito à dogmática jurídica, no seu célebre sentido de limitação dos juízos de prudência a partir das exigências de juridicidade,<sup>120</sup> pela noção de Direito como

---

<sup>120</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação, 4ª Ed., SP: Atlas, 2003, p. 47-101, onde explica a evolução da argumentação jurídica: de exercício da arte dialética do *pensamento prudencial* na Antiguidade (“o saber prudencial com suas regras, princípios, figuras retóricas, meios de interpretação, instrumentos de persuasão etc”, em “estilo de pensamento ligado à figura do homem prudente”) e as limitações e adequações que foi sofrendo pela jurisprudência romana, a Idade Média e o Direito Natural teológico e racional. No que culmina com o Direito Moderno (“Direito Racional”), que tem na dogmática jurídica (“que responde ao problema: que deve ser reconhecido como de direito – de jure?”) uma *tecnologia* que caracteriza uma “ruptura com a prudência romana e a grega”, pela qual “a teoria jurídica consegue transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas”, a partir da *razão sistemática*. “A tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica. [...] Nesse sentido, podemos observar que, em sua transformação histórica, o saber jurídico foi tendo alterado seu

um caso especial de argumentação prática geral, em que a argumentação jurídica é limitada pela legalidade (inclusive constitucional e convencional), pela jurisprudência e pela dogmática jurídica.<sup>121</sup>

## 2.1. O nascimento do Direito Civil.

Em seu nascedouro, o Direito Civil era compreendido como sinônimo do Direito Privado, visto que o Direito Comercial (atual Direito Empresarial) surgiu como especificação daquele. Embora a divisão rígida entre Direito Público e Direito Privado esteja profundamente atenuada (embora não inexistente), o Direito Civil surgiu enquanto visando a regulamentação das relações pessoais e patrimoniais de particulares entre si, enquanto o Direito Público as relações integradas pelo Estado e de acordo com o interesse público (o bem comum), na lógica da supremacia do interesse público sobre o particular à luz da peculiaridade do caso concreto.<sup>122</sup>

Tomando partido em prol da manutenção da dicotomia, ainda que mitigada, fato é que o **Direito Civil** nasceu com o principal *ethos* a regulamentação das relações entre particulares em seus interesses privados,<sup>123</sup> mediante a proteção das autorregulações fruto da sua *autonomia da vontade*, embora na forma da *autonomia privada*, enquanto proteção da manifestação de vontade pela permissão de autorregulação da vida privada nos casos em que não haja expressa proibição ou expresse condicionamento da forma de agir por intermédio de requisitos fixados

---

estatuto teórico. De saber eminentemente ético, nos termos da prudência romana, foi atingindo as formas próximas do que podemos chamar hoje de saber tecnológico. [...] Nesses termos, um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos”. Porque “as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de dogmas que devem ser de algum modo legitimados [...] de tal modo que ela não apareça como puro arbítrio, mas decorra de argumentos plausíveis”.

<sup>121</sup> ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre T. Gomes Trivisonno, RJ: Grupo GEN, 2013, p. 92-93: “A tese do caso especial alega que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. [...] Se quiser expressar isso em uma fórmula curta, pode-se dizer que a argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes, e tem ainda que observar o sistema jurídico elaborado pela dogmática jurídica”.

<sup>122</sup> Contemporaneamente, não uma supremacia apriorística em qualquer relação que o Estado esteja presente, mas que precisa ser apurada no caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida estatal interventiva na esfera privada).

<sup>123</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** – Vol. I, 7ª Ed., RJ, Freitas Bastos, 1989, p. 25.

em normas de *ordem pública*,<sup>124</sup> que não podem ser derogadas pela vontade das partes,<sup>125</sup> ante o princípio fundante do Direito Privado pelo qual tudo que não é expressamente proibido é permitido a particulares. Parte do pressuposto da *igualdade* entre particulares nas suas relações jurídicas (as relações civis), como reminiscência do *mito* liberal que se mostra falso em muitos casos de que haveria relações *verticais* (de subordinação) apenas entre Estado e particulares (pelo antigamente denominado *poder de império* do Estado), ao passo que haveria apenas relações *horizontais* (de igualdade) entre particulares entre si. Embora em inúmeras situações de *poderes sociais* de particulares essa presunção liberal seja realmente um mito infundado,<sup>126</sup> o Direito Civil e as leis civis em geral (como o Código Civil) permanecem aplicáveis nas situações em que, *de fato*, não seja provada a existência de alguma vulnerabilidade e/ou hipossuficiência de um(a) particular relativamente a outro(a).<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> PESSÔA, Fernando José Breda. **Contratos, Autonomia da Vontade e Perspectiva Comunitária**. In: NALIN, Paulo (coord.). *A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 113, que invoca a doutrina Enzo Roppo: “na lição do mestre italiano, ‘autonomia’ significa ‘o poder de modelar por si as regras de sua própria conduta, sem qualquer interferência externa, e dá para a *autonomia privada* o seguinte conceito: ‘liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir em seu patrimônio’. No mesmo sentido: BADR, Eid. **A Autonomia Privada à luz do Direito Comunitário** – a formação do Direito Civil Comunitário. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, SP: Malheiros, 2002, p. 101-102: “definimos autonomia privada como sendo o poder conferido a um indivíduo ou a um grupo, pelo seu ordenamento estatal, para que, na condição de sujeitos jurídicos, possam determinar o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas, como consequência de compromissos livremente assumidos”.

<sup>125</sup> Em oposição às normas de ordem privada, que são meramente supletivas em caso de ausência de manifestação de vontade das partes em contrário, donde podem ser derogadas por estas.

<sup>126</sup> A História provou em inúmeras situações que esse mito liberal é falso, pela notória existência de *poderes sociais* que fazem com que alguns particulares tenham condições de impor sua vontade e oprimir outros particulares – daí o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor terem ganho autonomia do Direito Civil ao longo da História, reconhecendo que entre os particulares empregador/fornecedor há desigualdade substancial, de muito superior força, relativamente aos particulares empregado/consumidor. Sem falar de particulares, principalmente empresas multinacionais, com mais poder e riquezas que diversos Estados Nacionais. Nesse sentido, a lição de Gilmar Mendes: “Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de *forças sociais* específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas. [...] a *eficácia mediata dos direitos fundamentais* refere-se prioritariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem [em casos de] colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconheça a prevalência de determinados interesses sobre outros”, a partir da ponderação entre direitos colidentes. Por isso, conclui, “Tal como sintetizado por Hesse, a orientação da Corte Constitucional [alemã] revela que a função dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva impõe tão somente a preservação de um *standard* mínimo de liberdade individual. Não se impõe, porém, uma redução generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo”. MENDES, *Op. Cit.*, p. 40-45. G.n.

<sup>127</sup> Parte da doutrina equipara os conceitos. Concordo com a tese que afirma que *vulnerabilidade* é um conceito de Direito Material e *hipossuficiência* um conceito de Direito Processual.

O Direito Civil abarca o conjunto de princípios, regras, conceitos, categorias e institutos que visam regular as relações pessoais, patrimoniais e morais<sup>128</sup> configuradores de fatos jurídicos<sup>129</sup> de particulares entre si, por intermédio da regulamentação das obrigações civis em geral (contratuais e extracontratuais), dos direitos reais, da responsabilidade civil, das relações familiares e das relações de sucessão por ato entre vivos (*inter vivos*) e em razão da morte (*causa mortis*). A regulamentação legal civilista tem como **pressuposto** a proteção da autonomia privada, a partir do princípio de que o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), como forma de permitir que regulamentem suas vidas de acordo com sua autonomia da vontade, em tudo aquilo que não violar normas de ordem pública.<sup>130</sup>

Como se vê, mesmo o ramo do Direito focado na regulação das relações particulares entre si contém normas de ordem pública, o que contribuiu historicamente para a relativização da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Atualmente, parece mais adequado falar-se em *normas de ordem pública* em todos os ramos do Direito que não são pautados pelo princípio da legalidade estrita, como o Direito Penal e o Direito Tributário – aos quais não se aplica a máxima fundante do Direito Privado, consagrada na doutrina de Kelsen, pela qual é

---

<sup>128</sup> Restam superadas compreensões antigas que afirmavam a preocupação do Direito Civil em geral e do Direito das Obrigações (Contratuais e Extracontratuais) em especial se limitaria(m) a relações *patrimoniais*. A imposição constitucional da reparação do *dano moral puro* (art. 5º, X, da CF/88), posteriormente positivada pelo Código Civil de 2002 (art. 186) mostra que o Direito Civil se transformou. É o fenômeno da *despatrimonialização* do Direito Civil, fruto da sua *repersonalização*, a qual será abordada adiante no texto.

<sup>129</sup> Falo em *fatos jurídicos* ante a tradicional lição pela qual o *fato natural* seria o fato irrelevante ao Direito, enquanto o *fato jurídico* se refere ao fato ao qual o Direito atribui consequências jurídicas. Logo, ao permitir tudo que não é legalmente proibido, do princípio da legalidade lata decorre que o *fato não proibido pelo Direito* é lícito. Por todos(as), vide: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos, Tomo II, SP: Bookseller, 2000, p. 221-223 e 229: “O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico”. Isso porque a “juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas, Tomo I, SP: Bookseller, 2000, p. 52. Obviamente, a dicotomia supõe que não é só fato jurídico aquele objeto de regras aplicáveis por silogismo, donde a juridicidade dos princípios gera a situação de não haver *rol taxativo apriorístico* entre fatos naturais e fatos jurídicos; rol taxativo só existirá se regra jurídica expressamente *excluir* a proteção do Direito de determinadas situações ou expressamente proteger *apenas* determinadas situações. Mas notórias exceções jurisprudenciais até mesmo a rol criado como taxativo à luz de controle de constitucionalidade mostram que a situação não é tão simples. O ponto é que não há como definir aprioristicamente quais os fatos *são* jurídicos, de sorte que a interpretação concretizadora dos princípios jurídicos permitirá que diversas hipóteses não expressamente previstas pela lei sejam consideradas como *fatos jurídicos* para fins de garantia de direitos – pois restrições de direitos se interpretam de maneira estrita, pela máxima fundante do Direito Privado formadora do princípio da legalidade lata, pela qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; norma de Direito Privado constitucionalizada (art. 5º, II, da CF/88).

<sup>130</sup> Ou seja, o contrato é equiparado a uma *lei* propriamente dita, mas aplicável somente entre as partes que o elaboraram – daí o princípio da *relatividade* das obrigações civis em geral, pelo qual elas só vinculam as pessoas que expressamente se obrigaram a tanto, ressalvadas as exceções legais. Obviamente, é uma *lei criada pelas próprias partes*, que terá força obrigatória (vinculante) desde que não viole a lei propriamente dita. Como se sabe, *vícios de consentimento* (erro substancial, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e *vícios sociais* (simulação e fraude contra credores/as) tornam inválido o contrato – não só porque a lei isto positiva expressamente, mas porque afastam o pressuposto lógico da validade contratual, a saber, a vontade *livre/autônoma* do indivíduo.

lícito fazer tudo que não é expressamente proibido pela lei,<sup>131</sup> regra esta constitucionalizada pelo art. 5º, II, da CF/88 (além de *normas de ordem privada, dispositivas ou supletivas*, que admitem derrogação por particulares por expressa manifestação de vontade em outro sentido).

Por isso:

Como se tem defendido na doutrina, o direito será considerado público se a relação jurídica for juridicamente desigual, sob o império do Estado, seja ele parte ou não da mesma, ao passo que o direito será reputado privado se a relação jurídica, independentemente do grau de intervenção estatal ou limitação da autonomia das pessoas, for constituída entre particulares ou entre particulares e o Estado, sendo que, neste caso, o Estado não deve estar investido de seu poder de império.<sup>132</sup>

Por sua vez, não parece haver uma **metodologia hermenêutica** focada unicamente na interpretação do Direito Civil, porque de civilistas clássicos a contemporâneos, quando se fala da *interpretação da lei*, fala-se dos *métodos gerais* de interpretação de *qualquer lei*.<sup>133</sup> Em geral,

<sup>131</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. SP: Martins Fontes, 2007, p. 46-48 e 270, para quem *o que não é juridicamente proibido é juridicamente permitido*.

<sup>132</sup> GAMA, Guilherme C. N. da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. SP: Atlas, 2008, p. 49-50.

<sup>133</sup> Para Serpa Lopes, “Os processos de interpretação, isto é, os meios pelos quais a interpretação se realiza, são os seguintes: a forma gramatical, a lógica, a histórica, a sistemática e a sociológica”, ao passo que a doutrina em geral inclui o método teleológico junto a estes. LOPES, *Op. Cit.*, p. 129. Como se vê, não se fala de métodos de interpretação *do Direito Civil*, mas do Direito como um todo, pela tradição de se ensinar a *teoria geral do Direito e da interpretação* no início do curso de Direito Civil. No mesmo sentido, invocando outros cânones, Emilio Betti fala que as “categorias civilistas de interpretação” decorrem de “cânones hermenêuticos fundamentais, elaborados inicialmente como categorias civilistas nesse ramo do direito, depois reconhecidos como idôneos para governar a interpretação de outros ramos, e, com mais razão, recentemente atribuídos à teoria geral da interpretação”. BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Trad. Karina Jannini, SP: Martins Fontes, 2007, p. XLIII. A saber: (a) “o critério de que não é a letra nua (*verba*) que se deve observar, mas a *vis ac potestas* [valor normativo da declaração]; e, ao tratar da interpretação dos negócios *mortis causa* [...], enuncia o critério da preeminência e da superioridade hermenêutica da *mens dicentis* [valor de expressão do pensamento; o sentido de que se trata não deve ser introduzido de modo sub-reptício, mas, ao contrário, deve ser extraído da forma representativa], em relação à *vox (dicentis)*: ou seja, superioridade do pensamento imanente à declaração em relação ao documento abstratamente considerado”; (b) “cânone da autonomia hermenêutica ou da imanência do critério hermenêutico”, para que “a forma representativa deve ser entendida na sua autonomia, segundo sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e sua racionalidade interiores; portanto, deve ser apreciada conforme o critério imanente da exigência, à qual a obra devia responder pelo autor no ato da criação – e não segundo a sua idoneidade para servir a este ou àquele objetivo extrínseco, que ao intérprete pode parecer mais próximo, ou segundo uma tarefa ou um valor objetivo”; (c) “cânone da totalidade e coerência da consideração hermenêutica”, gerador de “correlação que intercede entre as partes constitutivas do discurso, bem como de toda manifestação do pensamento, e a sua referência comum ao todo de que fazem parte”, para tornar “possível o recíproco esclarecimento de significado entre o todo e os elementos constitutivos”; (d) cânone da “interpretação supletiva (*interpretatione suppleri*) de uma disciplina legal lacunosa, a qual a ‘*eadem utilitas*’ é recorrente e, ao mesmo tempo, nega-se que se possa ‘*producere ad consequentias*’ um preceito jurídico que tenha sido estabelecido ou acolhido ‘*contra rationem iuris*’”, para “integrar a avaliação normativa na sua racionalidade, desenvolvendo as ulteriores consequências coerentes com ela, ou, em caso de racionalidade negada, de limitar seu alcance”; (e) o “cânone da *atualização do entendimento*, para o qual o intérprete é chamado a percorrer em si mesmo o processo criativo e, assim, reviver a partir de seu interior e sempre resolver na própria atualidade um pensamento, uma experiência de vida que pertence ao passado, ou seja, introduzi-lo como fato de experiência própria, por meio de uma espécie de transposição, no círculo da própria vida espiritual, em virtude da mesma síntese com a qual o reconhece e o

Cursos de Direito Civil tratam do conceito e cabimento de interpretação extensiva, declarativa e restritiva; da analogia *legis* e da analogia *juris*; e dos métodos de interpretação literal ou gramatical (filológica), histórica (à luz da *mens legislatoris*<sup>134</sup> ou da *mens legis*<sup>135</sup> e da *occasio legis*,<sup>136</sup> para assim determinar a *ratio legis*<sup>137</sup>), sistemática, lógica e teleológica (entre outros, mas estes são os tradicionalmente apresentados).<sup>138</sup> Como se vê, são métodos de interpretação de *quaisquer* leis, não só das leis civis: não obstante criados na época em que o Direito Civil refletia todo o Direito Privado e, assim, na dogmática e jurisprudência civilistas, são cânones hermenêuticos aplicáveis em todos os ramos do Direito, embora com limitações ao limite do teor literal no Direito Penal criminalizador e no Direito Tributário.

Mas, no mínimo por determinação legal de lei originariamente pensada ou denominada como civilista, mas que evoluiu para ser uma lei hermenêutica para todo o Direito, tem-se que o Direito Civil tem como **métodos hermenêuticos** aqueles descritos nos **arts. 4º e 5º da LINDB** – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que até 2010 era denominada como *Lei de Introdução ao Código Civil*.<sup>139</sup> Segundo esses dispositivos, na *omissão da lei* (entendida *lei* enquanto regras aplicáveis por silogismo), o Judiciário deve decidir aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4º, reiterado no art. 126 do

---

reconstrói; (f) o “cânone da *adequação do entendimento*, ou cânone da correspondência ou *consonância hermenêutica*”, pelo qual o intérprete a interpretação jurídica “não se pode deter para relembra o sentido originário da norma, mas deve-se dar um passo adiante, pois a norma, longe de exaurir-se na sua formulação primitiva, tem *vigor atual* juntamente com o ordenamento de que faz parte e destina-se a passar e a transfundir-se na vida social, a cuja disciplina deve servir”, de sorte a dever o intérprete, “depois reconstruir a ideia originária da formulação legislativa – o que também deve fazer –, mas deve, em seguida, *sintetizar* aquela ideia com a atualidade presente, infundindo nela a vida desta, pois é justamente à atualidade presente que a avaliação normativa deve referir-se”, porque “a interpretação tem a função de manter viva a lei ou outra fonte de direito mediante o entendimento e, assim, de conservar em perene eficácia na vida de uma sociedade preceitos, normas e avaliações normativas, destinadas a regulá-la e a servir-lhe de orientação”, de sorte que “a interpretação, longe de exaurir-se numa reconhecimento meramente contemplativa do significado próprio da norma, considerada na sua abstração e na sua generalidade, ultrapassa e realiza uma especificação e uma integração do preceito a ser interpretado: o que leva a estabelecer uma complementariedade concorrente, um círculo de recíproca e contínua correspondência entre o vigor da lei (ou fonte de direito), de onde se deduzem as máximas da decisão, e o processo interpretativo que delas se faz na jurisprudência e na ciência jurídica. BETTI, *Op. Cit.*, p. p. XLIII-XLIV, XLVI, L-LII, LVI, LIX, LXVII.

<sup>134</sup> Fruto da teoria *subjetiva* da interpretação, que busca da “vontade subjetiva de legisladores/as que aprovaram a lei, a partir dos debates parlamentares (“trabalhos preparatórios”).

<sup>135</sup> Fruto da teoria *objetiva*, foca só texto normativo pela máxima de que “a lei é mais sábia que o legislador”.

<sup>136</sup> Relativa aos fatos históricos, interesses e valores que justificaram a criação do texto normativo.

<sup>137</sup> Razão de ser da lei, em termos de sua finalidade (sua teleologia).

<sup>138</sup> Otavio Luiz Rodrigues Jr. louva a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no *caso Lüth* por ter feito interpretação conforme a Constituição da cláusula geral da limitação de direitos por violação aos “bons costumes”, por fazê-lo a partir dos *métodos de Savigny* (interpretação gramatical, histórica e lógico-sistemática), enquanto prova de que a decisão respeitou a autonomia epistemológica do Direito Civil nessa aplicação de *eficácia indireta* dos direitos fundamentais na interpretação de cláusula civilista. Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais, RJ: Forense, 2019, p. 256-266.

<sup>139</sup> A mudança foi realizada pela Lei 12.376/2010, que alterou a denominação do Decreto-Lei 4.657/1942, originalmente “Lei de Introdução ao Código Civil”, para “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

CPC/1973, atual art. 140 do CPC/2015), ao lado da imposição legal de interpretação das leis segundo os *fins sociais* a que se destinam e ao *bem comum* (art. 5º, reiterado no art. 8º do CPC/2015).

Embora os referidos arts. 4º e 5º da LINDB sejam dispositivos cunhados sob o paradigma do Direito como conjunto de regras, no qual os princípios se aplicavam somente no caso da omissão das regras legais acerca do tema, entendo que o dispositivo é constitucional desde que interpretado no sentido de não impedirem o uso da concretização da principiologia constitucional com *prioridade* sobre o uso dos costumes e dos princípios gerais de Direito. Até porque a *analogia* constitui concretização do próprio princípio da igualdade<sup>140</sup> (que tem como consectário lógico o princípio da não-discriminação), donde pela própria redação legal, teleologicamente interpretada mesmo fora do contexto de controle de constitucionalidade das leis, a inexistência de regras aplicáveis por silogismo tem, na lei, determinação de supressão de tal lacuna com base nos princípios da igualdade e da não-discriminação. Por isso, identificaram-se acima os princípios hermenêuticos fundantes do Direito Civil, porque a interpretação civilista do Direito precisa se pautar neles (legalidade lata e autonomia privada) para decidir quais métodos interpretativos serão utilizados – ou seja, para decidir se a interpretação deve ser extensiva, literal ou restritiva; se cabe ou não analogia *legis*; qual norma construir ao caso concreto a partir da analogia *juris* e assim sucessivamente.

Por outro lado, a **principiologia do Código Civil de 2002** também precisa ser levada em consideração na hermenêutica civilista. Embora o Código em vigor tenha, em geral, mantido a estrutura do Código Civil de 1916, atualizando-o (principalmente no Direito das Famílias), ele foi corretamente celebrado por incorporar o caráter normativo dos princípios jurídicos em diversos dispositivos e, principalmente, sua *Exposição de Motivos* explicar que ele se funda nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade. Assim, **em síntese**, o atual Código Civil deve ser interpretado de uma forma que: **(i)** garanta a prevalência de valores comunitários *ao mesmo tempo* em que proteja os direitos individuais da pessoa humana, em uma verdadeira

---

<sup>140</sup> “O fundamento da analogia encontra-se na ‘igualdade jurídica’, já que o processo analógico constitui um raciocínio ‘baseado em razões relevantes de similitude’, fundando-se na identidade de razão, que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas substancialmente semelhantes, sem contudo ter por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão só, do pressuposto de que a questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança de razão”. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 11.ª Ed., SP: Saraiva, 2005, p. 112-114. A obra atualmente se chama “*Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada*”, com idêntico conteúdo. Sobre a defesa posterior do texto sobre o direito ao casamento civil homoafetivo à luz da própria hermenêutica civilista, vale citar que não se desconhece que a consagrada autora afirma a “inexistência” do mesmo, embora sem problematizar nenhum dos fundamentos jurídicos aqui apresentados, razão pela qual a crítica de incoerência com categorias civilistas clássicas, *inclusive essa sua própria lição*, aplica-se também a ela.

síntese do comunitarismo e do liberalismo, na medida em que “não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”<sup>141</sup> (socialidade); **(ii)** a boa-fé objetiva e a função social dos institutos jurídicos sejam normas vinculantes na busca da justiça de cada caso concreto, permitindo-se a *supressão de lacunas da lei pelo Judiciário* por não se tolerar mais a ideologia da “plenitude hermética do Direito Positivo”, mediante uma “função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”<sup>142</sup> (eticidade); e **(iii)** traga soluções viáveis e o mais simples quanto seja possível na aplicação do Direito, o que, no plano hermenêutico, significa que “a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através [da] ‘estrutura hermenêutica’”, porque “a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa”<sup>143</sup> (operabilidade).

Então, os **princípios hermenêuticos fundantes do Direito Civil** referem-se a ser lícito fazer tudo o que a lei não proíbe expressamente; à permissão da autorregulação da própria vida privada pelas próprias pessoas (particulares), mediante relações contratuais (escritas ou verbais, estas quando a lei não exigir forma escrita, por documento público ou privado), em tudo aquilo que não viole normas de ordem pública. Isso à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social da propriedade e dos institutos em geral, sob o paradigma dos princípios da eticidade e da solidariedade, por intermédio de interpretações que deem operacionalidade aos textos legais.

### 3. A Repersonalização do Direito Civil, à luz de Teoria Crítica de sua concepção clássica.

A repersonalização do Direito Civil é um movimento doutrinário-jurisprudencial que visa realizar uma reinterpretação das categorias, dos conceitos e dos institutos do Direito Civil para que recebam concretização em sentido que dê *primazia à pessoa humana* na aplicação dos dispositivos legais relativos à regulamentação das relações pessoais e patrimoniais privadas, em oposição ao sentido patrimonializante que prevaleceu na interpretação hegemônica do

<sup>141</sup> REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod\\_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf)>. Acesso: 22.07.2023. Com efeito, segundo a exposto em sua *Exposição de Motivos*, ao aduzir a pretensão de “superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada”. BRASIL, *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>142</sup> REALE, *Loc. Cit.*

<sup>143</sup> REALE, *Op. Cit.*, p. 8.

Código Civil de 1916. Daí falar-se em *despatrimonialização* do Direito Civil, não para negar a importância de direitos patrimoniais, mas para que estes sejam interpretados como concretização da proteção da pessoa humana enquanto sujeito de direitos decorrentes de sua personalidade civil. Isso como decorrência lógica e teleológica das normas civilistas que garantem direitos à pessoa a partir do reconhecimento legal de sua personalidade (art. 4º do CC/1916 e art. 2º do CC/02). Só isso já deveria ser suficiente para reconhecer o princípio da *primazia da pessoa, em toda sua diversidade*, algo que, em geral, não era feito no passado ante a idealização metafísica da categoria do sujeito de Direito pela teoria tradicional do Direito Civil, para interpretação dos direitos (patrimoniais ou não) do Direito Civil como concretizadores de proteção à pessoa em si considerada e não como fins em si mesmos.

Decorre de uma *teoria crítica*, a qual, segundo Luiz Edson Fachin, propõe “releitura crítica dos estatutos fundamentais” do Direito Civil, superando a pretensão de aprioristicamente regular *todas* as condutas humanas mediante regras aplicáveis por silogismo e de tratar a *pessoa* como ente abstrato, afastado da realidade concreta das pessoas reais, em especial das marginalizadas socialmente, em razão do “choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas”. Ou seja, que entenda as pessoas não mais como “sujeitos de direitos virtuais, abstratos ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria”, mas que busque a garantia da “liberdade *real* dos indivíduos” e entenda que, na “terra epistemológica do patrimônio, a pessoa, mais que titular de negócios [é] titula[r] dos direitos subjetivos, sensível a horizonte diverso”, mediante “exercício da solidariedade social”. Tudo para que, segundo Carlos Martinez de Aguirre y Aldaz, se compreenda a tutela jurídica protetora e instrumental do Direito em geral e do Direito Civil em especial devem recair não só sobre a “pessoa enquanto tem, mas sobre a pessoa em enquanto é, portanto, sobre todo o ser enquanto pessoa”.<sup>144</sup>

Embora a Repersonalização do Direito Civil em geral se fundamente no princípio da dignidade da pessoa humana enquanto *norma principiológica que orienta* toda a ordem constitucional e esta seja uma fundamentação evidentemente correta, entende-se que ela deve decorrer inclusive da interpretação teleológica da legislação civilista infraconstitucional, à luz da autonomia epistemológica do Direito Civil (o que vale para o Direito infraconstitucional como um todo). Porque fora dos Estados Autoritários e Totalitários, o Direito de um Estado Democrático de Direito é criado para a proteção da pessoa humana enquanto indivíduo, não obstante a imposição de obrigações sociais fruto do princípio da socialidade liberal (que inspira

---

<sup>144</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3ª Ed., Renovar: 2012, p. 351, 355 e 360-362.

o Código Civil de 2002), não obstante não se possa entender a sociedade em uma concepção orgânica que trate todas as pessoas do povo como integrantes de uma comunidade homogênea (como fazem os Estados Totalitários na sua intolerância a minorias e ao pluralismo social como um todo). Na feliz síntese de Pontes de Miranda, “o direito serve à vida, e não a vida ao direito”.<sup>145</sup>

Vigora contemporaneamente o *princípio do pluralismo razoável*,<sup>146</sup> que significa que a sociedade é plural, formada por diversos grupos sociais, donde indivíduos devem ter sua individualidade respeitada e, assim, terem direitos individuais que garantam o livre desenvolvimento de sua personalidade, com autonomia moral para desenvolverem suas vidas como bem entenderem *desde que* não gerem prejuízos a terceiros(as) – *daí* a exigência de razoabilidade. Embora este seja o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento de direitos individuais ao lado dos direitos (e das obrigações) sociais tem isso a si imanente, pois entendimento contrário demandaria entender que a sociedade viveria para o benefício do Estado, entendido abstratamente e metafisicamente, mas esta concepção orgânica e totalitária de sociedade já se encontra superada pelo princípio do pluralismo social que vigora nos Estados Democráticos de Direito em geral.

Por isso, defende-se aqui uma *teoria crítica do Direito Civil* independente do fenômeno da constitucionalização do Direito, embora obviamente não se negue e, pelo contrário, se afirme que isso é também uma decorrência da irradiação das normas constitucionais na interpretação do Direito infraconstitucional.

Vale mencionar ainda que é equivocada a tese de Otavio Luiz Rodrigues Jr. quando afirma que o entendimento das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e outras “como forma de se proteger a parte mais fraca da relação jurídico-negocial” para “aumentar os meios protetivos aos vulneráveis” seria supostamente “inadequada, porque não respeita a história dos institutos” oriundos do princípio da boa-fé objetiva e seus subprincípios (*supressio, surretio, tu quoque* e proibição do *venire contra factum proprium*) e

---

<sup>145</sup> MIRANDA, *Op. Cit.* (Tomo I), p. 80.

<sup>146</sup> RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, Trad. Álvaro de Vita, SP: Martins Fontes, 2016, p. XVII. No Brasil, para além do *preâmbulo* constitucional falar em uma sociedade *pluralista*, o art. 1º, IV, fala no princípio do pluralismo político, que obviamente abarca o pluralismo social como um todo, algo também decorrente dos princípios constitucionais relativos ao dever de construção de sociedade livre, justa e solidária, que garanta o bem estar de todos(as), sem discriminações de quaisquer naturezas, em especial as atentatórias a direitos e liberdades fundamentais – art. 3º, I a IV, e art. 5º, XLI. Pluralismo *razoável* porque, obviamente, não se pode aceitar concepções *intolerantes que* visem destruir a tolerância e, assim, institucionalizar a intolerância totalitária, incompatível com o direito fundamental de liberdade em sua acepção substantiva, que permite fazer-se o que se quiser *desde que* não se prejudiquem terceiros(as), notória acepção *liberal* (porque fruto do liberalismo) do direito de liberdade que vê no indivíduo sujeito de direitos individuais.

das teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva e do adimplemento substancial.<sup>147</sup> Afinal, como a doutrina em prol da teoria crítica do Direito Civil bem demonstra (infra), a categoria do sujeito de direito nunca foi interpretada como protetiva de minorias sociais (pessoas negras, LGBTI+ etc) enquanto protegidas pelo Direito Civil por intermédio destes princípios e de tais teorias. Então, se elas protegiam a parte mais fraca, isso se dava numa lógica de patrimonialização do Direito Civil (que a repersonalização geradora de sua despatrimonialização quer superar) e que não protegia nem de longe a maioria das pessoas vulneráveis, ao menos e especialmente as minorias sociológicas, entendidas como pessoas integrantes de grupos socialmente marginalizados, por ocupantes de posição não-hegemônica na sociedade, independente de sua quantidade numérica (daí mulheres e pessoas negras serem *minorias sociais* ou *minorias sociológicas*).

Vale a homenagem à clássica doutrina de Luiz Edson Fachin na obra *Teoria Crítica do Direito Civil*, como exemplo paradigmático da mudança de paradigma fruto da repersonalização.

Segundo o festejado civilista e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, a *teoria crítica* visa suplantar da teoria dos sujeitos de direito o estatuto do privilégio e alavancar a pessoa humana, a partir da *Repersonalização* do Direito, a partir da *raiz esquecida* da pessoa natural, ancorando-se nos *princípios* jurídicos como determinantes dos  *fins fundamentais* do Direito Civil (e do Direito como um todo), por intermédio do *reconhecimento da primazia da pessoa* e de seus *direitos de personalidade*. Bem afirma que a busca técnica de *precisão e rigor* não se confundem com o formalismo exacerbado ou despropositado e que, para a teoria da repersonalização, *a propriedade e a posse* deixam de ser consideradas como o *núcleo* das relações jurídicas, ao passo que a *teoria do contrato* deixa de se basear só na pura vontade das pessoas – seja entendida de forma puramente subjetiva ou na forma em que objetificada nas *declarações de vontade*,<sup>148</sup> as quais devem ser interpretadas mais pela vontade real (desde que

<sup>147</sup> Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais, RJ: Forense, 2019, p. 195 (que remete às anteriores, onde explica precedentes civilistas sobre tais temas). Com todo o respeito, esse tipo de afirmação simplória é incompatível com a postura de um autor que escreve uma obra cheia de ironias contra doutrinas que discorda – por exemplo, quando diz que “defensores sérios” seriam aqueles cujo entendimento ele concorda, sem explicar quem seriam os “defensores não-sérios” e que quem adota determinadas concepções das quais discorda sobre a constitucionalização do Direito Civil incorreria em “abuso de linguagem” ou da suposta dificuldade de estabelecer acordos semânticos (como se ele fosse árbitro disso) em um “discurso dotado de racionalidade”, que ele atribui somente ao dele e quem com ele concorda – *Ibidem*, p. 168, 195-196). Não tenho nenhum problema com ironias e provocações epistemológicas, o ponto é que um autor que faz uma obra recheada delas não podia fazer afirmações peremptórias tais sem considerar questões tão basilares como a apontada no corpo do texto.

<sup>148</sup> Segundo Emilio Betti, “o objeto da interpretação não é a ‘vontade’ como tal, mas sempre e apenas a forma, na qual a vontade se expôs e se realizou: aquilo que se fez ou aquilo que se disse. A ‘vontade’ poderá ser e será, como

coerente com a declaração formalizada) do que na literalidade de suas palavras (art. 85 do CC/1916; art. 112 do CC/02). Isso porque a autonomia da vontade tem sua legalidade condicionada ao respeito aos valores comunitários expressos em normas de ordem pública, razão pela qual a *teoria crítica* propõe uma *releitura repersonalizante* do Direito em prol da *primazia da pessoa humana* em toda a sua diversidade como fundamento do Direito Civil Contemporâneo (e do Direito como um todo), que se encontra(m) em constante mutação, no pressuposto da *inacabilidade dos sentidos* como sua mola propulsora.<sup>149</sup>

Segundo Fachin, a *teoria crítica do Direito Civil* visa superar a concepção de *indivíduo-centrismo* que marca o liberalismo individualista clássico em prol do *princípio da socialidade democrática* (socialidade não-socialista), que respeita a individualidade da pessoa humana por não pretender moldá-la a determinada ideologia imposta pelo sistema – no âmbito das famílias e fora delas. Propõe uma *emancipação de sentidos* para superar as contradições do sistema, que a *teoria geral tradicional* do Direito Civil entendeu como formulador de soluções puramente abstratas, porque consideradas por meras abstrações em um sistema fechado a partir dos dogmas da clausura e completude, mas que desconsideravam a situação concreta das pessoas humanas que vivem de fato na sociedade objeto do Direito Objetivo em questão. Sistema fechado em concepções aprisionadas em *análise acrítica e ahistórica* dos conceitos positivados enquanto supostamente “neutros e científicos”, mas que, de fato, tinham em seu suporte fático a proteção só de pessoas com determinada renda e da circulação patrimonial capitalista como um fim em si mesmo. Assim, a emancipação de sentidos fruto da teoria crítica do Direito Civil deve ser feita desde o reconhecimento dos *direitos da personalidade* (e acrescento, como decorrência teleológica do Direito Posto mesmo na época em que não previstos expressamente – paradigma do Código Civil de 1916) quanto (continua Fachin) pela *releitura do sistema das invalidades* dos negócios jurídicos em prol de sua compreensão e aplicação a partir do paradigma do *primado da pessoa sobre o patrimônio* na teoria do Direito Civil. Porque só assim ele se tornará o *Direito da pessoa comum/mediana*, no sentido de o Direito Civil ser interpretado como a serviço da vida concreta das pessoas, em raiz antropocêntrica.<sup>150</sup>

---

o sentido lógico ou estético, aquilo que é extraído do comportamento prático por meio da interpretação, portanto não o objeto desta, mas um resultado seu, ou seja, uma meta do controle hermenêutico”. BETTI, *Op. Cit.*, p. XXXVIII. Pontue-se que o autor posteriormente na obra trata de dispositivo italiano equivalente ao nosso art. 112 do CC/02, tratando do tema de forma equivalente à mencionada no corpo do texto.

<sup>149</sup> FACHIN, *Op. Cit.*, p. 05, 09-10, 12, 14, 144.

<sup>150</sup> FACHIN, *Op. Cit.*, p. 14-15 e 29.

Segundo este clássico civilista contemporâneo, a *teoria geral tradicional* do Direito Civil adotava a *lógica de sujeitos predeterminados também aprioristicamente*, sem considerar o *fato do pluralismo razoável* da contemporaneidade. Referida teoria tradicional perpetrou uma tentativa de capturar de forma *atemporal* as pessoas, seus nexos e liames que pretendem aplicar, por formalismo (cego à realidade e avalorativo), a partir da consideração abstrata de um *sujeito ideal como apto a se obrigar* pela realização de atos e negócios jurídicos, em flagrante desconsideração da concretude da vida real das pessoas comuns. Por sua vez, uma *teoria crítica que parte da concretude da vida e não de abstrações metafísicas* incorpora no sistema jurídico *novos sujeitos* na clássica categoria do *sujeito de direito*, enquadrando suas situações jurídicas na proteção do Direito, apesar de *não predefinidas em moldes estáticos* preexistentes. Bem afirma que tal teoria crítica é indispensável à *superação da coisificação da pessoa humana* tida como sujeito de direitos, decorrente da ideologia civilista tradicional oitocentista, que a coisifica ao só lhe dar valor se participar de relações jurídicas econômicas de troca em busca do lucro.<sup>151</sup>

Para Fachin, o *estudo tradicional do Direito Civil* não visava compreender a realidade para nela ver a diversidade humana, mas apenas manejar conceitos apriorísticos que visavam *aprisionar os fatos da vida* a partir de pretensão pseudo-científica e autoproclamada como “neutra”, mas que consagrava ideologia que *entrou em crise* porque os fatos da vida se impuseram a esses *diques metafísicos e formalistas*. Isso exigiu *soluções da jurisprudência* a partir de demandas de cidadãos e cidadãs que tinham suas pretensões cotidianas não abarcadas nas categorias metafísicas abstratamente consideradas em si mesmas, à luz da proibição de não-decidir pela ausência de lei que consagre solução expressa na forma de um silogismo (proibição do *non liquet* prevista no art. 4º da LINDB e no art. 140 do CPC/2015, antigamente positivada no art. 126 do CPC/1973 e, mais longinquamente, no art. 113 do CPC/1939). Por isso, explica que a teoria crítica busca uma *readaptação do Direito às novas formas de existência*, para incluí-las nas categorias do sujeito de direito e de relação jurídica, o que demanda superar as meras abstrações genéricas do formalismo jurídico para considerar primordialmente a situação concreta das pessoas e dos objetos que regula. Ou seja, dessa *revolta dos fatos contra o Código* em decorrência da tradicional distância entre o Direito Privado das relações fáticas da vida cotidiana fruto da teoria tradicional, afasta-se de um *mundo abstrato, alheio à vida*, em prol de um *renovado Direito Civil* a partir de uma *mudança de paradigma*, que vê “a pessoa mais que

---

<sup>151</sup> FACHIN, *Op. Cit.*, p. 33-36 e 40-43.

titular de negócios”, mas como um fim em si mesmo ao qual a regulação jurídica deve proteger independente de seu patrimônio, em sua condição ontológica de pessoa humana.<sup>152</sup>

### 3.1. Exemplos de hermenêutica civilista no paradigma da Repersonalização do Direito.

Como caso emblemático da despatrimonialização do Direito Civil fruto do fenômeno de sua repersonalização, vale citar o entendimento doutrinário e jurisprudencial que reconheceu sem previsão expressa que a cláusula de *inalienabilidade* de bem imóvel em ato jurídico *inter vivos* ou *mortis causa* (como o testamento) tem sua validade condicionada à proteção da pessoa humana e não à manutenção do patrimônio naquela família como um fim em si mesmo.<sup>153</sup> Esse entendimento foi criado à luz do Código Civil de 1916, cujo art. 1.676 proibia peremptoriamente a invalidação judicial da cláusula de inalienabilidade temporária ou vitalícia fora dos casos que previa, onde não se enquadrava a necessidade de venda do imóvel para a sobrevivência de pessoa dele herdeira que não tinha condições de se manter e mesmo de pagar as despesas legais do mesmo. Nesse contexto, em evidente interpretação extensiva que superava o rol taxativo do dispositivo pela lógica de que esta regra legal deve ser interpretada com *temperamento*, admitiu-se a venda do imóvel declarado inalienável, *desde que* o produto de sua venda fosse suficiente para a compra de outro imóvel, que ficaria gravado com a cláusula de inalienabilidade, para que a pessoa utilizasse o dinheiro restante em prol de sua subsistência digna. Vale a análise de emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

Direito civil. Art. 1.676 do Código Civil. Cláusula de inalienabilidade. Promessa de compra e venda. Validade, pelas peculiaridades da espécie. **A regra restritiva a propriedade encartada no art. 1.676 do Código Civil deve ser interpretada com temperamento, pois a sua finalidade foi a de preservar o patrimônio a que se dirige, para assegurar a entidade familiar, sobretudo aos pósteros, uma base econômica e financeira segura e duradoura. Todavia, não pode ser tão austeramente aplicada a ponto de se prestar a ser fator de lesividade de legítimos interesses**, sobretudo quando o seu abrandamento decorre de real conveniência ou manifesta vantagem para quem ela visa proteger associado ao intuito de resguardar outros princípios que o sistema da legislação civil encerra, como se da no caso em exame, pelas peculiaridades que lhe cercam. (STJ, REsp 10.020, 4ª T., Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, j. 09.9.1996. G.n).

<sup>152</sup> FACHIN, *Op. Cit.*, p. 67, 82, 96, 107 e 347-363.

<sup>153</sup> Para bela explicação da origem e desenvolvimento nesse sentido da cláusula de inalienabilidade, culminando com o entendimento citado e a alteração normativa perpetrada pelo Código Civil de 2002, vide: ABILIO, Viviane da Silveira. **A cláusula de inalienabilidade e motivação**. In: *Civilistica.com* || a. 2. n. 4. 2013, p. 10. Disponível em: <<file:///C:/Users/paulo/Downloads/131-Texto%20integral-207-1-10-20180518.pdf>>. Acesso: 25 jul. 2023.

Embora se entenda que se poderia fazer a mesma interpretação extensiva mesmo se o valor da venda não fosse suficiente para a compra de outro imóvel, pela primazia da proteção da pessoa em suas necessidades existenciais como decorrência do princípio da proteção da pessoa fruto da Repersonalização do Direito Civil, referido entendimento é emblemático no sentido de interpretação teleológica que concretize dispositivo legal que versa sobre direito patrimonial de forma *despatrimonializante e (re)personalizada*. Entendimento este que gerou o texto do atual art. 1.848 do Código Civil de 2002, pelo qual qualquer *justa causa* judicialmente reconhecida como tal justifica a invalidação da cláusula de inalienabilidade, coroando de forma expressa no Direito Posto a despatrimonialização repersonalizante do Direito Civil essa seara.

Outro caso emblemático refere-se à jurisprudência do STJ em prol de interpretação teleológica da Lei do Bem de Família – Lei 8.009/90. Entre vários entendimentos progressistas que o fazem merecer nessa seara o nome de *Tribunal da Cidadania*, primeiro o STJ estendeu a proteção do bem de família legal a pessoas solteiras, apesar da lei falar em *imóvel residencial do casal, ou da entidade familiar* (art. 1º). O fez por corretamente entender que a finalidade da lei foi proteger a *moradia* da família, razão pela qual cabível a extensão dessa proteção à moradia das pessoas solteiras, inclusive porque em situação de maior vulnerabilidade por arcarem com as despesas do único imóvel residencial (sem auxílio de cônjuge ou companheiro/a).<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> STJ, **REsp 182.223**, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. p/acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.02.2002, DJ 07.04.2003. A ementa sintetiza com perfeição a tese: “*A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário*”. Penso que a melhor exposição civilista da tese deste paradigmático acórdão, firmado por ampla maioria (11x5), foi do Min. O Relator para acórdão, Min. Humberto Gomes de Barros, ao citar os exemplos trazidos pela linha vencida no sentido de extensão da impenhorabilidade do bem de família à viúva, sem filhos (**REsp 276.004**), à pessoa separada judicialmente (**REsp 218.377**) e aos irmãos solteiros (**REsp 57.606**), que os votos vencidos alegaram que “*A lei foi explícita ao favorecer o conjunto familiar. Certo é que a jurisprudência pode mitigar essa rigidez, mas, para fazê-lo, deve levar em consideração circunstâncias especiais de cada caso, em atenção ao objetivo buscado pelo legislador, para, inclusive, não estimular os maus pagadores*” e, assim, não concordar com a tese da maioria (embora, ainda assim, temperando o rigor da lei de acordo com vulnerabilidades constatadas em casos concretos), aduziu (o Relator para acórdão) que: “*Esses três exemplos, lembrados pelo Ministro-relator, indicam a percepção de que o legislador, ao utilizar a expressão ‘entidade familiar’ não se referiu à família coletiva, mas àqueles entes que a integram (irmãos solteiros) ou dela são remanescentes (viúva e divorciado). De fato, não teria sentido livrar de penhora a residência do casal e submeter a essa constrição a casa, onde um dos integrantes do casal continua a morar, após o falecimento de seu cônjuge. A interpretação teleológica do art. 1º revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão*”.

Outro exemplo, ainda mais emblemático, se refere à interpretação restritiva dos dispositivos legais que excepcionam a proteção do bem de família nos casos de o imóvel ser dado em fiança ou hipoteca (art. 3º, V e VII). Embora a lei fale em fiança ou hipoteca sem limitação nas exceções, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que a penhorabilidade do bem de família objeto destas exceções legais só se dará se ficar provado que a hipoteca se deu *em favor da família*, declarando nula indicação à penhora caso ela tenha se dado em favor de empresa de quem a realizou. Logo, uma *interpretação restritiva*, na sua lógica clássica que entende que “a lei disse mais do que queria”, para que seja interpretada enquanto excepcionando a impenhorabilidade do bem de família nos casos de fiança e hipoteca *apenas* se elas beneficiaram a família e não a empresa da qual integrante dela é sócio(a).<sup>155</sup> Por fim, afirmando ser a proteção *legal* do bem de família parte do mínimo existencial a uma vida digna, quase todos os precedentes do STJ afirmam se tratar de direito *indisponível*, de sorte que sua nomeação à penhora em processo de execução afigura-se nula.<sup>156</sup>

Por fim, outro exemplo da Repersonalização do Direito Civil advém da bela doutrina de Luiz Edson Fachin, quando o renomado civilista defende a existência de um *estatuto jurídico do patrimônio mínimo* às pessoas,<sup>157</sup> tendo em vista: **(i)** o fato de a existência digna ser um imperativo ético que se projeta para o Direito na defesa de um patrimônio mínimo;<sup>158</sup> **(ii)** a

<sup>155</sup> Entendo que a solução a esta *má-fé* de nomear bem de família e depois alegar a nulidade da penhora refere-se à multa por litigância de má-fé, mas não a renúncia por comportamento contraditório violador do princípio da boa-fé objetiva. Assim, concilia-se o dever de boa-fé processual com a natureza jurídica de direito (legal) indisponível, por concretizador do mínimo existencial a uma vida digna, a penhora não pode subsistir.

<sup>156</sup> Trata-se de entendimento pacífico no STJ. V.g.: **AgInt no AREsp 2.072.002/PR**, 4ª T., Rel. Min. Raul Araujo, DJe 28.06.2023: “A jurisprudência desta Casa se sedimentou, em síntese, no seguinte sentido: a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos” (**EAREsp 848.498/PR**, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/4/2018, DJe de 7/6/2018). No mesmo sentido, apontando inclusive a *irrenunciabilidade* do bem de família por nomeação à penhora, por se tratar de proteção de ordem pública à pessoa e reafirmando não se poder presumir que a hipoteca tenha sido dada em favor da família: STJ, **AgRg no Ag 1.126.623/SP**, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 06.10.2010; **AgRg no AgRg no Ag 1.094.203/SP**, 4ª T., Rel. Min. Raul Araujo, DJe 10.05.2011; **AgRg no REsp 1.187.442/SC**, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJe 17.02.2011; **AgRg no Ag 1.067.040/PR**, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 20.10.2014; **AgRg no REsp 1.026.182/MT**, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 20.03.2013; **AgRg no AgRg no Ag 482.454/SP**, 3ª T., Rel. Min. Vasco della Giustina (Des. Conv. do TJRS), DJe 20.10.2009; **AgRg no Ag 711.179/SP**, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 29/05/2006, p. 235; dentre muitos outros.

<sup>157</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, 2ª Ed., RJ: Renovar, 2006.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 1.

repersonalização do Direito Civil<sup>159</sup> e a proibição legal da auto-redução à miserabilidade;<sup>160</sup> e (iii) a legitimidade e validade, caracterizadoras da *justa causa*, da disposição testamentária que determine a inalienabilidade temporária ou vitalícia de bem herdado *apenas* quando isto visar garantir a subsistência do herdeiro em questão<sup>161</sup> demonstra a existência de um direito da pessoa a um *patrimônio mínimo*, legalmente protegido como norma de ordem pública, capaz de lhe garantir uma vida digna, mas sem proteção ao patrimônio como um fim em si mesmo.<sup>162</sup>

#### 4. O Direito Civil Constitucional: *metodologia da filtragem constitucional e convencional de aplicação das leis para um Direito Antidiscriminatório às minorias sexuais e de gênero.*

Contemporaneamente, *não há dúvida* de que a lei só pode ser aplicada se não contrariar a Constituição, por esta ser considerada como norma jurídica imediatamente aplicável a litígios concretos entre particulares, de sorte que “todo o ordenamento jurídico deverá ser interpretado à luz dos valores fundamentais” da Constituição.<sup>163</sup> Assim, quando se fala em *Direito Civil-Constitucional* no plano da aplicação do Direito, quer-se pontuar o dever dos conceitos, institutos e das categorias do Direito Civil tenham seu conteúdo definido em um sentido que seja conforme os ditames normativos da Constituição Federal, bem como o dever de aplicação da lei apenas se ela não violar a Constituição, ainda que considerada constitucional apenas se interpretada de determinada forma, por exigência da Constituição. Trata-se da técnica da interpretação *conforme* a Constituição, pela qual, entre duas ou mais opções interpretativas, imponha-se a *única* que se afigura constitucional. Por outro lado, parte da doutrina *acertadamente* fala também em interpretação *orientada* à Constituição, pela qual, entre duas interpretações constitucionalmente válidas, adote-se aquela que *melhor se adequa* à Constituição, em interpretação sistemático-teleológica.<sup>164</sup> No plano legislativo, a

<sup>159</sup> Oriunda da contínua superação da ótima patrimonialista em prol de uma ótica humanista do Direito, já que este existe para servir a pessoa humana, e não o contrário. Esta é uma lição referendada pela obra como um todo.

<sup>160</sup> Oriunda do **art. 548 do CC/02**, segundo o qual é nula a doação de todos os bens se não que se reserve parte ou renda suficiente à subsistência do doador. Nas palavras da lei, “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. *Ibidem*, p. 94-113.

<sup>161</sup> Cf. **art. 1.848 do CC/02**, segundo o qual “Salvo se houver *justa causa*, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima”, o que significa, *a contrario sensu*, que apenas uma justa causa, declarada no testamento, torna válidas as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade do bem herdado. *Ibidem*, p. 113-129.

<sup>162</sup> Essa é a ideia da obra como um todo, como forma de justificar limites e restrições aos direitos de crédito e patrimoniais em defesa do patrimônio mínimo das pessoas. *Ibidem*, p. 287-289.

<sup>163</sup> CICCIO, Maria Cristina de. **Breves palavras sobre a constitucionalização do Direito Civil na perspectiva de Pietro Perlingieri**. In: PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco, RJ: Renovar, 2008, p. XXXVIII.

<sup>164</sup> Rui Medeiros fala da *interpretação orientada para a Constituição*, que se aplica aos casos em que nenhuma das possíveis interpretações da lei conduz à sua inconstitucionalidade, razão pela qual o apelo à Constituição visa

constitucionalização do Direito isso significa que as leis devem ser positivadas com conteúdo normativo conforme aos ditames da Constituição.<sup>165</sup>

Por igualdade de razões, o mesmo se aplica para uma interpretação *conforme ou orientada* aos tratados internacionais de direitos humanos, em controle de convencionalidade – inclusive contra decisões de controle de constitucionalidade, quando se concluir que os direitos humanos previstos em tratados internacionais tiverem conteúdo *mais amplo* que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.<sup>166</sup> Mas apenas se o conteúdo for *mais amplo* em razão do princípio *in dubio pro dignitate* imanente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e previsto em diversos tratados, pelo qual não há uma hierarquia formal, mas meramente material entre Constituição e tratados, donde deve se aplicar a norma que seja *mais*

---

determinar a interpretação que *melhor* corresponde à vontade constitucional (MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 290). No mesmo sentido, Lothar Kuhlen afirma que na *interpretação orientada* temos diversas variantes interpretativas conformes à Constituição, na qual se apresentam argumentos jurídico-constitucionais que, em si mesmos, não obrigam a uma decisão concreta de interpretação, mas que são muito relevantes na eleição. Sobre a diferença entre as técnicas, afirma Kuhlen que na *interpretação orientada* falta o componente negativo próprio da *interpretação conforme*, a saber, a rejeição de alguma determinada variante interpretativa como inconstitucional; ao passo que incide a técnica da *interpretação conforme* quando há várias possibilidades interpretativas, entre as quais, pelo menos uma, conduz à conformidade do texto normativo com a Constituição e, pelo menos outra, conduz à inconstitucionalidade do mesmo. Afirma, ainda, que a *interpretação orientada à Constituição* assume a condição de *princípio* – que pode ter maior ou menor importância na ponderação entre as várias possibilidades interpretativas, em conformidade com a Constituição – ao passo que a *interpretação conforme a Constituição* assume a condição de *regra*, visto que obriga estritamente a rejeitar as possibilidades interpretativas inconstitucionais, em favor das constitucionais. Daí entender Kuhlen, que a *interpretação conforme* se encontra no meio entre uma *interpretação orientada à Constituição* e a inconstitucionalidade do texto normativo (KUHLEN, Lothar. **La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales**. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 24-28). Ratificando tais doutrinas e desenvolvendo a interpretação *orientada* como concretização da teoria da resposta correta, de Dworkin, enquanto aquela mais coerente com os princípios e as regras em vigor no Direito Objetivo: IOTTI, Paulo. **Constituição Dirigente e a Concretização das Imposições Constitucionais ao Legislativo**. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar e dos Mandados de Criminalização em particular, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 1, item 2.1.1.

<sup>165</sup> Segundo Gilmar Mendes: “O reconhecimento de que os direitos fundamentais têm um significado especial para a ordem jurídica objetiva – obriga o legislador a atuar no sentido de concretizá-los também nas relações privadas, evitando que os valores básicos protegidos por esses direitos possam de alguma forma ser afetados por entidades ou pessoas que não estejam submetidas diretamente ao regime dos direitos fundamentais. Daí falar-se em um dever de proteção (*Schutzpflicht*) que decorreria exatamente do especial significado objeto dos direitos fundamentais para a ordem jurídica objetiva. [...] Da vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais decorre, ainda, a necessidade de se aferir a legitimidade das decisões judiciais, tendo em vista, sobretudo, a correta aplicação desses direitos aos casos concretos. Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos Tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit-Fehleinschätzung*), quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*)”. MENDES, *Op. Cit.*, p. 33-36.

<sup>166</sup> BADR, Eid. **A Autonomia Privada à luz do Direito Comunitário** – a formação do Direito Civil Comunitário. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**, SP: Malheiros, 2002, p. 154: “A autonomia privada, [na] União Europeia, não encontra limitações apenas no nível da legislação infraconstitucional ou constitucional, mas também nas normas de Direito Comunitário, que passam a ser fonte jurídica das relações privadas”.

*protetiva* da pessoa humana, independente de sua hierarquia formal no plano das fontes do Direito. Isso se justifica pelos direitos humanos previstos internacionalmente visarem teleologicamente garantir um *mínimo* de respeito à pessoa humana, com intuito de *ampliar* proteções garantidas pela legislação interna dos países, donde se a legislação interna garante maior proteção à pessoa humana, nenhuma norma internacional pode ser invocada para *diminuir* sua proteção.<sup>167</sup>

Adoto a *classificação quanto à abertura epistemológica* de civilistas ao Direito (Civil) Constitucional de Carlos E. Elias de Oliveira, entre os(as) que aderem à *Constitucionalização do Direito Civil*, os(as) que adotam a *Recivilização Constitucional do Direito Civil* e a *Corrente do Direito Civil Puro*.<sup>168</sup> O autor afirma que não há autores(as), na doutrina, desta terceira categoria, por isso não a utiliza. Contudo, lamentavelmente, o *Superior Tribunal de Justiça* assim age com os Direitos Infraconstitucionais, por interpretação míope de sua função de unificação da interpretação infraconstitucional do país tem inúmeros precedentes que afirmam que não lhe competiria análise de “suposta violação a dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal”.<sup>169</sup> Isso gera uma interpretação *de costas à Constituição, ignorando-a, mesmo em termos de eficácia indireta em termos de interpretação conforme*, o que é simplesmente teratológico, mas é o entendimento hegemônico da Corte, com pontuais exceções isoladas.<sup>170</sup>

<sup>167</sup> V.g.: **art. 29** da CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada pelo Decreto Federal 678/1992; e **art. 16** da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas correlatas de Intolerância, internalizada pelo Decreto Federal 10.932/2022.

<sup>168</sup> OLIVEIRA, Carlos E. Elias. **Constitucionalização e Recivilização Constitucional do Direito Civil**. Um mapeamento atual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. CICCO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito Civil na Legalidade Constitucional. Algumas Aplicações*, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 62-63. Adiante, o autor faz riquíssimo mapeamento das duas posições, com 93 civilistas aderindo ao Direito Civil Constitucional, 80 civilistas aderindo à Recivilização Constitucional do Direito Civil, além outros(as) 22 que chama provisoriamente de integrantes de teorias mistas, embora afirmando que só no futuro será possível saber se assim o são ou se aderem a variantes das outras duas.

<sup>169</sup> STJ, AgInt no AREsp 2.127.463/RS, 1ª T., Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, DJe 22.06.2023.

<sup>170</sup> Ao que me consta, concentradas quase exclusivamente na Min. Nancy Andrighi e no Min. Luís Felipe Salomão. Aliás, este, em hermenêutica de Direito Civil Constitucional no histórico julgamento que reconheceu o direito ao casamento civil homoafetivo, por analogia, bem pontuou que “*1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. [...] 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar*”. STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20 e 25.10.2011, DJe 01.02.2012.

À luz da constitucionalização do Direito a partir do princípio da força normativa da Constituição e a consequente aplicabilidade imediata das normas constitucionais na interpretação jurídica, mas respeitada a autonomia epistemológica de *todos* os ramos do Direito, entendo que: **(a)** deve-se verificar se a interpretação infraconstitucional da norma legal (regra, princípio ou cláusula geral de âmbito legal) é suficiente para resolver o caso concreto, apelando-se às normas constitucionais, a princípio, por eficácia indireta/mediata, no sentido de serem interpretadas em sentido constitucionalmente válido, excluindo interpretações legalmente possíveis quando contrárias à Constituição (interpretação *conforme* à Constituição) ou adotando, entre duas interpretações constitucionalmente possíveis, aquela que melhor se adequa à interpretação sistemático-teleológica da Constituição (interpretação *orientada* à Constituição); **(b)** aplicar diretamente a Constituição em casos de lacunas normativas, relativas à ausência de regra aplicável por silogismo que traga uma solução ao caso, nos casos em que princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados de âmbito legal não forem suficientes para resolver o caso de forma constitucional, mesmo apelando à eficácia indireta por irradiação das normas constitucionais na interpretação do Direito Infraconstitucional; **(c)** aplicar diretamente a Constituição para o fim de declarar a inconstitucionalidade de norma legal que contrarie a Constituição (formal ou materialmente), quando a norma legal que disciplina o tema for declarada inconstitucional, criando-se a lacuna normativa sobre o tema por força desta inconstitucionalidade.

Não me parece que nenhum(a) defensor(a) da *eficácia direta* das normas constitucionais pregue a *desconsideração* da legislação infraconstitucional, especialmente de regras aplicáveis por silogismo. Aplica-se diretamente a Constituição mediante a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais ou quando não haja lei que regule o tema; nos demais casos, interpreta-se a lei em conformidade com a Constituição (interpretação *conforme* ou *orientada*). Decisões judiciais equivocadas ou mesmo teratológicas não podem ser usadas como “fundamento” para se desconsiderar a aplicação direta da Constituição no sentido acima.

Críticas que aduzem que o reconhecimento dessa força normativa da Constituição geraria um suposto *aumento de casos* de controle de constitucionalidade, em diminuição da *autonomia epistemológica* do Direito Civil (ou qualquer outro ramo do Direito) parecem adotar uma compreensão superada (e anacrônica) de Direito como mero conjunto de regras aplicáveis

por silogismo, com os princípios atuando só em caso de lacunas de tais regras.<sup>171</sup> Tais críticas são anacrônicas porque o reconhecimento da plena normatividade dos princípios jurídicos implica sua aplicação imediata, independente de intermediação do Legislativo (*interpositio legislatoris*), de sorte que a supremacia formal da Constituição sobre as leis infraconstitucionais implica *necessariamente* que estas sejam interpretadas de forma coerente com a ordem constitucional. Logo, esse *aumento de casos* de controle de constitucionalidade é uma decorrência lógica da interpretação sistemática dos princípios da força normativa e da supremacia da Constituição, que consagra os institutos da *interpretação conforme (e orientada) à Constituição* e/ou da *declaração de nulidade (inconstitucionalidade) sem redução de texto*, razão pela qual a demonstração de que determinada interpretação infraconstitucional gera uma situação inconstitucional torna-se inerente ao controle de constitucionalidade das leis. As mesmas razões se aplicam ao controle de convencionalidade.

No mesmo sentido, a crítica de suposto “problema institucional” decorrente do alegado “particularismo incentivado pelo direito civil constitucional tende a criar um excesso de Constituição e a estabelecer uma onipotência judicial”<sup>172</sup> também parecer crer no mito de “juízo-boca-da-lei” objeto de meros “silogismos-perfeitos-que-só-aplicam-sem-interpretar”, para parafrasear as famosas máximas de Montesquieu<sup>173</sup> e Beccaria<sup>174</sup> na sua crença ingênua de que o Judiciário não interpretaria regras, mas apenas as aplicaria de forma avaliativa por silogismo. Afinal, tal crítica só terá coerência interna se presumir que regras aplicáveis por silogismo seriam a única forma de não termos essa tal “onipotência judicial” (sic), o que demandaria entender pelo descabimento de sua positivação nas leis infraconstitucionais. Como se vê, é uma visão anacrônica e superada de Direito.

Aliás, as próprias teses reacionárias ao Direito Civil Constitucional refutadas nos dois parágrafos anteriores demonstram o quão é anacrônica e simplória a crítica segundo a qual “o princípio da supremacia hierárquica da Constituição [...] é indiscutível no Brasil [desde sempre]”, que “civilistas [...] nunca negaram esse princípio” nem teriam negado a interpretação

---

<sup>171</sup> V.g.: LEAL, Fernando. **Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, Ano 9, n. 33. Out-Dez 2015, p. 131-135. Disponível em: <[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24323/Seis\\_objecoes\\_ao\\_direito\\_civil\\_constitucional.pdf](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24323/Seis_objecoes_ao_direito_civil_constitucional.pdf)>. Acesso: 25.07.2023.

<sup>172</sup> LEAL, *Op. Cit.*

<sup>173</sup> MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Edson Bini. SP: Edipro, 2004, p. 195.

<sup>174</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6ª Ed. 15ª Reimpr. Trad. Torreri Guimarães. SP: Martin Claret, 2015, p. 20-21.

das leis em conformidade com a Constituição, mesmo à luz de suas normas principiológicas.<sup>175</sup> Ora, o simples fato de as chamadas “normas programáticas” só em meados do século XX no mundo e do fim dele no Brasil terem começado a ser consideradas como revogando, por não-recepção constitucional, as normas legais que contrariassem seus sentidos programáticos demonstra que a afirmação em questão desconsidera o mundo real. Mundo este no qual a gradativa consolidação das normas constitucionais como normas jurídicas imediatamente aplicáveis independente de intermediação legislativa teve que enfrentar e só com muita dificuldade superar fenômeno notoriamente conhecido como “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”, o que Luís Roberto Barroso aponta decorrer da *insinceridade normativa* de sua positivação no texto constitucional antes de 1988 e gerou sua *doutrina brasileira da efetividade* das normas constitucionais.<sup>176</sup>

Por outro lado, embora a Constituição de 1988 seja um grande marco da constitucionalização do Direito como um todo,<sup>177</sup> até por estar no momento histórico pelo qual

---

<sup>175</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 168-173.

<sup>176</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 11ª Ed., SP: Saraiva, 2023, p. 227-228 e 387-389. Este *Curso* traz diversos textos publicados ao longo da vida do renomado constitucionalista, atualmente Ministro do STF. Sobre a doutrina brasileira da efetividade, sua obra clássica é: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 8ª Ed., RJ: Renovar, 2006, p. 61-62, 71 e 82-84. No essencial: “[Por vezes] *o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político*. E, ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes. [...] Mais frequente, todavia, é a *farsa de regimes autoritários que ocultam a violência, o privilégio e a miséria por detrás de uma fachada constitucional copiada do mostruário liberal-democrático*. [...] *Quase todos os regimes políticos, mesmo as ditaduras mais retrógradas, por tributo à virtude, invocam os elevados direitos incorporados ao patrimônio da humanidade. Apenas cuidam de evitar que eles se tornem efetivos*. [...] O *drama jurídico das Constituições contemporâneas*, constata Paulo Bonavides, assenta precisamente na dificuldade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata de declaração de princípios à ordem concreta das normas que se fazem cumprir”.

<sup>177</sup> BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 11ª Ed., SP: Saraiva, 2023, p. 228. Será que quem afirma que a plena normatividade das normas constitucionais em geral e dos princípios constitucionais e jurídicos como um todo e, especialmente, sua irradiação a todo o ordenamento jurídico pela técnica da interpretação conforme à Constituição acreditam que a doutrina constitucionalista investiu e inverte tempo escrevendo doutrinas sobre a superação da resistência à aplicabilidade das normas constitucionais se isso não fosse assim desde *Marbury v. Madison* (1803), quando o controle de constitucionalidade surgiu?! O hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, teria se consagrado como doutrinador e continuaria afirmando hoje que até o marco da força normativa da Constituição (cuja data de consolidação varia de país a país) não torna surpresa que “as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” se as normas constitucionais se aplicassem no passado como se aplicam desde então?! Aliás, é evidente que o movimento de *Constitucionalização do Direito* não surgiu ou se consolidou em um único momento, donde evidente que o princípio da supremacia da Constituição e do controle de validade das leis por violação da Constituição surgiu em 1803 com a decisão do caso *Marbury* pela Suprema Corte dos EUA, mas ele encontrou profundas resistências que demandaram luta acadêmica e jurisprudencial para sua consolidação. No caso dos países de tradição romano-germânica na Europa Ocidental, o controle de constitucionalidade não surgiu por interpretação judicial da Constituição como nos EUA, decorreu de texto constitucional expresso que criou seus Tribunais Constitucionais tempos depois de *Marbury*, não sendo *nada certo* se esse correto precedente teria tido equivalentes sem expressa previsão constitucional mundo afora, especialmente na mesma época, especialmente em países de tradição romano-germânica como o Brasil e aqueles da Europa Ocidental. Então, é ingênua e anacrônica a afirmação de que os princípios da supremacia e da força

o reconhecimento da imediata aplicabilidade das normas constitucionais pelo Judiciário independente de intermediação do Legislativo ter ali se tornado hegemônica, não se nega que o fenômeno da constitucionalização do Direito e da funcionalização dele em prol de sua interpretação de acordo com as normas constitucionais já tivesse começado a se consolidar no constitucionalismo pretérito. Duvido que alguém negue isto: o fato de a doutrina de Luís Roberto Barroso afirmar o Pós-2ª Guerra Mundial como *marco* da consagração do princípio da força normativa da Constituição, enquanto plena juridicidade das normas constitucionais e sua imediata aplicabilidade (com eficácia direta ou indireta) independente de intermediação legislativa e da expansão da jurisdição constitucional do mundo por intermédio do pós-positivismo<sup>178</sup> não significa que negue que o fenômeno começou com a decisão de *Marbury*.

De forma ainda mais evidente, é indefensável a afirmação de que a revogação, por não-recepção constitucional, a inconstitucionalidade por omissão e a interpretação conforme a Constituição não seriam concretizações da constitucionalização do Direito porque desde o “final do século XIX, já no período republicano, o STF ‘firmou o princípio de que cabia ao Judiciário em todos os seus graus o poder de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos nos casos concretos que lhe fossem submetidos’”.<sup>179</sup> Afinal, o que essa afirmação deixa de considerar é que isso só ocorreu no Brasil porque a 1ª Constituição Republicana *positivou expressamente* a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em geral (art. 60, §1º, “a” e “b”), não decorrendo de exegese constitucional como feito pela Suprema Corte dos EUA no caso *Marbury v. Madison* (1803); decisão que ainda é muito criticada por parte (minoritária) da doutrina local, com o notável exemplo (de fora dos EUA) de Jeremy Waldron, que defende sua superação,<sup>180</sup> pelo menos fora dos casos que

---

normativa da Constituição existiriam no Brasil e no mundo desde *Marbury v. Madison* (1803) e que a irradiação das normas constitucionais na interpretação de todo o Direito Infraconstitucional existiria da forma que existe hoje no Brasil desde a 1ª Constituição Republicana de 1891.

<sup>178</sup> BARROSO, *Op. Cit.*, p. 227-229

<sup>179</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 184.

<sup>180</sup> Sua principal obra é WALDRON, Jeremy James. **Law and Disagreement**. S.l.: OUP Clarendon Press, 1999. O autor entende, em síntese, que, devido ao forte desacordo moral nas sociedades pluralistas contemporâneas, a regra da maioria constituiria a melhor forma de se garantir igual respeito e consideração a todos os cidadãos, que teriam igual possibilidade de influenciar na elaboração das leis, em um procedimentalismo justo que garanta igual possibilidade de participação aos cidadãos. Mais moderado, admitindo atuações substantivas no controle de constitucionalidade para garantir os direitos indispensáveis à participação democrática – como a liberdade de expressão, de voto e a não-discriminação mediante a doutrina da igual proteção: ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos e Marcelo Brandão Cipolla. SP: Martins Fontes, 2010. Adoto a teoria substancialista do controle de constitucionalidade, por entender que o catálogo de direitos fundamentais não pode ser desrespeitado ou desconsiderado pelo Parlamento – como, muitas vezes, o é por leis cujos debates parlamentares sequer aventaram as questões constitucionais subjacentes, bem como, na lição de Marinoni, Mitidiero e Arenhardt, por não ser suficiente a participação de minorias e grupos vulneráveis no processo parlamentar para que não sejam oprimidos [pois a opressão pode se dar justamente pela

especifica em *The Core of the Case against judicial review* (2006).<sup>181</sup> Sem falar no conhecido fato de que teve que ser aprovada uma *lei infraconstitucional* reafirmando o controle de constitucionalidade afirmado pela 1ª Constituição Republicana, pois os integrantes do Supremo Tribunal Federal republicano foram os mesmos integrantes do Supremo Tribunal de Justiça do Império, não habituados à ideia de controle de constitucionalidade.<sup>182</sup>

Ou seja, no *Brasil do mundo real*, o controle de constitucionalidade das leis só passou a existir após expressas previsões constitucional e legal, o mesmo valendo para o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, que só passou existir juridicamente no Brasil após a previsão do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI, e art. 103, §2º), como forma de combater o famoso fenômeno da inefetividade das normas constitucionais programáticas e das imposições constitucionais em geral.<sup>183</sup> Embora eu entenda que a mesma lógica de *Marbury v. Madison* (1803) justifica o

---

vontade da maioria, a despeito da participação democrática da minoria]; assim, segundo os autores, o substancialismo encontra sua legitimidade nos direitos fundamentais e na aceitabilidade racional da argumentação judicial em um processo de participação igual e efetiva das partes, em contraditório. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. SP: RT, 2016, p. 99-100. Embora seja devida deferência às opções legislativas, exigindo-se um forte ônus argumentativo para invalidá-las, o controle substancialista de constitucionalidade não pode ser desconsiderado. Especialmente em *países de modernidade tardia*, que sequer conseguiram cumprir as promessas do Estado de Bem-Estar Social. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª ed. SP: RT, 2014, p. 164-177.

<sup>181</sup> Exigindo maior fundamentação de quem defende o controle judicial da validade constitucional das leis do que a presunção de que o Judiciário tem melhores condições (por sua independência e imparcialidade) do que o Legislativo (como ele defende) para decidir quais direitos as pessoas têm (porque ele equipara julgamentos “por maioria” de Legislativo e Cortes do Judiciário, não dando nenhuma relevância à evidente diferença da fundamentação jurídica para a puramente política), Waldron concluiu aceitando-o (com resistência) em situações patológicas de discriminação social, não obstante o texto cite outras hipóteses. Vale o emblemático trecho da conclusão, para ver o *desgosto* do autor com a revisão judicial da (validade da) legislação: “*Talvez haja certas circunstâncias – patologias peculiares, disfunções nas instituições legislativas, culturas políticas corruptas, legados de racismo e outras formas endêmicas de preconceito – nas quais esses custos de ofuscação e privação de direitos valham a pena serem suportados por enquanto*”. Cf. WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. *The Yale Law Journal*, p. 1.406. Disponível em: <<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/9638>>. Acesso: 25.07.2023. Tradução livre. Grifos nossos.

<sup>182</sup> SLAIB FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>>. Acesso: 25.07.2023. “A demonstrar que não basta a existência de Constituição escrita para que os institutos nela implantados possam vicejar como poderiam esperar os seus criadores, mostraram-se os juízes republicanos, na esmagadora maioria vindos do antigo regime, avessos ao controle da constitucionalidade pelo modelo estadunidense, o que levou Rui Barbosa, ao contribuir na elaboração da Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal, em 1824, a fazer constar no art. 13, § 10, surpreendentemente, que *os juízes obedecerão à Constituição e às leis, nesta ordem...* E mesmo assim Rui Barbosa não se viu bem-sucedido na sua empreitada reformista, pois os juízes – e até aqueles que integravam o Excelso Pretório – recusavam tal controle sobre os outros Poderes da República”.

<sup>183</sup> Sobre as *imposições constitucionais legiferantes*, relativas às *ordens constitucionais de legislar* e a luta pela superação do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2001. Para síntese e análise-crítica da insuficiência das propostas do autor, cuja obra marcou a consolidação do constitucionalismo dirigente: IOTTI, Paulo. **Constituição Dirigente e a Concretização das Imposições Constitucionais ao Legislativo**. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar e dos Mandados de Criminalização em particular, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 02.

reconhecimento do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão independente de expressa previsão constitucional, como decorrência lógica da imperatividade imanente ao Direito e, assim, às imposições constitucionais legiferantes (ordens constitucionais de legislar), é fato notório incontestável que não foi isso que prevaleceu no mundo real até sua previsão expressa pela atual Constituição.

Por sua vez, o argumento de “carência metodológica” que se pautava no fato de a exigência civil-constitucional de *fundamentação adequada* das decisões não conferir parâmetro seguro (sic) no sentido do que isso significaria<sup>184</sup> implica numa também superada (e anacrônica) compreensão princípio da segurança jurídica enquanto previsibilidade das relações jurídicas numa lógica matematizante, de certeza absoluta e inquestionável, como aparentemente entende que o silogismo legal propiciaria, mas algo incompatível com a subjetividade (que não se confunde com discricionariedade) inerente à ciência jurídica (ao Direito enquanto Ciência Humana e não Ciência Exata). A uma, como bem ensina Humberto Ávila, a consagrada dicotomia “casos fáceis x casos difíceis” traz uma ideia enganosa, pois mesmo a aplicação do silogismo depende, inúmeras vezes, de concretização de conceitos jurídicos indeterminados constantes do tipo legal, de sorte que a certeza da conclusão do silogismo depende da concretização valorativa de tais conceitos pelo Judiciário e pela sociedade aberta de intérpretes em geral.<sup>185</sup> Então, essa confiança absoluta nas regras em detrimento dos princípios afigura uma compreensão ingênua e equivocada. A outra, a crítica desconsidera que *a lei infraconstitucional* consagra na forma de conceitos jurídicos indeterminados o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, como o dever judicial de infirmar fundamentos deduzidos pelas partes que são aptos a gerar decisão diversa se acolhidos, o que também vale para o dever de *legalidade-infraconstitucional* de indicar o significado de conceitos jurídicos indeterminados e a razão concreta de sua incidência no caso concreto (art. 489, §1º, II e IV, do CPC e art. 315, §2º, II e IV, do CPP). Pela forma vaga que tal crítica é feita, ela se aplicaria também a isso – será que teria a coragem de defender a “ineficácia” (inaplicabilidade) de tais *regras* que

---

<sup>184</sup> LEAL, *Op. Cit.*, p. 136-140.

<sup>185</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, SP: Malheiros, 2008, p. 44-51, onde explica que a famosa compreensão das regras como sendo aplicadas na base do “tudo ou nada” (sic) simplifica exageradamente o fenômeno. Ratifico o conceito de regras e princípios do autor: “As *regras* são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os *princípios* são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária para sua promoção”. *Ibidem*, p. 78-79.

positivam conceitos jurídicos indeterminados em suas hipóteses normativas? Espera-se que não, mas isso tornará a crítica vítima de contradição interna, por incoerente consigo mesma, já que é completamente inconsistente qualquer pretensa diferenciação entre as hipóteses.

Nesse sentido, é óbvio que “a interpretação conforme não significa ignorar o Direito Civil e os métodos clássicos de interpretação”,<sup>186</sup> pois ninguém que a defende enquanto efeito da constitucionalização do Direito Civil defende que a dogmática civil seria desconsiderada na interpretação infraconstitucional das leis. O que se defende é que se a interpretação infraconstitucional das leis gerar um sentido inconstitucional, obviamente a partir dos “métodos clássicos de interpretação”, referida lei só poderá ser considerada constitucional se interpretada de forma coerente com as normas constitucionais, de sorte que se afirma o dever de a interpretação das leis seja feita já considerando a Constituição. Ou seja, os cânones de interpretação do Direito Civil e do Direito Infraconstitucional como um todo permanecem podendo ser usados em sua autonomia epistemológica: a constitucionalização do Direito impôs apenas um *plus*, a saber, o condicionamento deles em termos de concretização da Constituição<sup>187</sup> ou, pelo menos, de sua não-violação. Logo, a tese aqui rebatida parte de um espantinho e não do que a doutrina e jurisprudência hegemônicas defendem e efetivamente aplicam à luz do princípio hermenêutico da interpretação conforme. Até porque o que acontece é exatamente o oposto muitas vezes, inclusive no *Superior Tribunal de Justiça*, que em geral se recusa a interpretar a Constituição *mesmo* em termos de eficácia direta, para uma interpretação infraconstitucional que seja conforme o conteúdo substantivo das normas constitucionais, a pretexto de só poder interpretar a legislação infraconstitucional (cf. item 4, supra).

O argumento de “excesso de paternalismo estatal na autonomia privada” menospreza o caráter normativo da Constituição,<sup>188</sup> ou seja, a natureza das normas constitucionais enquanto normas jurídicas, pois *autonomia privada* é a autonomia da vontade à qual o Direito reconhece como válida e passível de gerar consequências jurídicas (por ausência de proibição ou condicionamento da forma de exercício decorrentes de normas de ordem pública). Isso porque, se a Constituição impõe determinados princípios e regras, isso significa que o povo decidiu democraticamente pela necessidade disto, por intermédio do Poder Constituinte Originário ou Reformador. O menosprezo ao caráter normativo da Constituição decorre da incoerência de se

---

<sup>186</sup> RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais, RJ: Forense, 2019, p. 185.

<sup>187</sup> PESSÔA, Fernando José Breda. **Contratos, Autonomia da Vontade e Perspectiva Comunitária**. In: NALIN, Paulo (coord.). *A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional*, Curitiba: Juruá, 2006, p. 111.

<sup>188</sup> LEAL, *Op. Cit.*, p. 145-148.

rechaçar a incidência de normas constitucionais às relações privadas *ao mesmo tempo* em que não se rechaça a incidência de normas legais às relações privadas. Então, a crítica só pode ser juridicamente se rechaçar a aprovação de *quaisquer* princípios, sejam legais, constitucionais, convencionais ou de qualquer outra natureza às relações privadas, mas aí estará sendo feita uma crítica puramente *política*, “*de lege ferenda*”, e não jurídica, pois se um princípio, uma cláusula geral ou um conceito jurídico indeterminado consta do Direito Objetivo em vigor no país, trata-se de norma jurídica que tem eficácia e, assim, deve ser aplicada. Mas se for coerente e rechaçar a eficácia e aplicabilidade de quaisquer textos normativos de cunho geral, indeterminado ou principiológico, mesmo fruto da legalidade infraconstitucional, estará incorrendo no entendimento superado (e anacrônico) de negar a normatividade imediata de todos os textos normativos que não consagrarem regras aplicáveis por silogismo – um entendimento felizmente já vencido no Direito Contemporâneo, pois hoje se discute a forma de aplicação, por metodologias dogmáticas, mas não se há aplicação de normas fruto de textos normativos distintos daqueles que consagram regras jurídicas. Negar isso configura *terraplanismo jurídico* que beira a má-fé, por fechar os olhos à realidade objetiva do Direito Contemporâneo.

Por fim, o argumento de “trivialização da dignidade humana” pelo Direito Civil Constitucional justifica a imposição de exigências dogmático-metolológicas que imponham juridicamente o dever de concretização do princípio, da cláusula geral ou do conceito jurídico indeterminado e equivalentes para provar sua incidência no caso concreto, sem sua invocação genérica e vaga – como, aliás, a legislação processual já exige (cf. supra). Entenda-se, a crítica aborda uma patologia generalizada do Judiciário de fundamentação vaga das decisões judiciais, contrariando o dever de fundamentação específica que impõe às partes à luz do princípio da dialeticidade, pois a lei afirma que se ela não refutar todos os fundamentos determinantes da decisão recorrida, o recurso não será conhecido (art. 932, III, do CPC). Contudo, não se pode jogar fora o bebê junto com a água suja! Deve-se trocar a água, sem prejuízo ao bebê. Ou seja, a crítica justifica a imposição de fundamentação adequada, algo feito atualmente na forma de conceitos jurídicos indeterminados como base de regras legais aplicáveis por silogismo (cf. supra) e que pode, em tese, justificar a criação de regras ainda mais taxativas sobre o tema. Obviamente, é impossível prever todos os tipos de casos em que essa patologia generalizada da jurisprudência possa ocorrer, de sorte que textos normativos principiológicos ou pautados em conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais sejam inevitáveis. Contudo, entendo que a experiência histórica fruto da *história institucional* das decisões judiciais de Tribunais que afirmam nulas fundamentações deficientes de decisões judiciais podem gerar regras com rol

exemplificativo, que tragam diversas hipóteses bem definidas, que servirão de base para a técnica da *interpretação analógica*, que estende a regulamentação em questão para situações equivalentes àquelas constantes do rol exemplificativo positivado.

Ainda no tema da dignidade humana, é teratológica a afirmação de Otavio Luiz Rodrigues Jr pela qual não se poderia considerar o princípio da dignidade humana e sua irradiação na interpretação da legislação infraconstitucional como marco do Direito Civil Constitucional pelo “caráter precedente da dignidade humana, tanto em termos cronológicos quanto em termos axiológicos, em relação aos textos constitucionais” e por “sua presença ou sua ausência em norma constitucional expressão não [ser] garantia nem é impeditivo de sua utilização, mesmo por cortes constitucionais”.<sup>189</sup> É incrível o autor citar que a dignidade humana não é marco do Direito Civil Constitucional por ter sido elucubrada nas doutrinas de Pico della Mirandola, Kant e Antonio Junqueira de Azevedo, ignorando a notória constatação doutrinária de que, antes de sua positivação, a dignidade humana e outros direitos fundamentais seriam meros “direitos naturais”, mas aos quais não era reconhecida juridicidade, por não positivados na legislação. Até hoje, há *originalistas* nos EUA que negam a existência não só da proteção à dignidade humana, mas até da *privacidade* enquanto direito fundamental pela sua ausência de previsão expressa no texto constitucional,<sup>190</sup> e isso mesmo com a Constituição afirmando que os direitos nela garantidos não excluem outros – o que interpretam de maneira conservadora para só admitir como tal os “profundamente arraigados nas tradições da Nação”.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 175-176.

<sup>190</sup> CALABRESI, Steven G. **A Critical Introduction to the Originalism Debate**. In: THE FEDERALIST SOCIETY. *Originalism. A Quarter Century of Debate*, Washington: Regnery Publishing Inc, 2007, p. 13-14, onde ironiza a ideia de “human dignity” ao dizer que ela teria supostamente baseado as nefastas decisões de Dred Scott v. Sanford, Lochner v. New York, Korematsu v. United States. Para além de ser questionável que a ideia de dignidade humana teria sido sequer usada ou fosse fundamento determinante de tais precedentes, o ponto foi a defesa de uma interpretação “originalista” (por unicamente de acordo com a suposta vontade dos “pais fundadores” da Constituição dos EUA) e negar a existência do princípio da dignidade humana enquanto norma constitucional.

<sup>191</sup> Isso se prova, ainda, pelo voto concorrente do reacionário Justice Clarence Thomas, da Suprema Corte dos EUA, na decisão que arbitrariamente ignorou a vinculação a precedentes (Roe e Casey) para revogar a existência de um direito fundamental ao aborto (Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 2021): ele concluiu o voto defendendo até mesmo a superação do princípio do devido processo legal substantivo, para além de não ver base constitucional para o direito à privacidade, como notoriamente defende grande parte da doutrina originalista (conservadora) dos EUA – tanto que ele propôs de forma surreal a superação de Griswold v. Connecticut (1965), sobre o direito de pessoas casadas usarem métodos anticoncepcionais e inconstitucionalidade dessa criminalização com base no direito fundamental (lá implícito) à privacidade; de Lawrence v. Texas (2003), sobre inconstitucionalidade de criminalização do ato consensual consentido entre adultos do mesmo sexo com base no direito fundamental de liberdade; e de Obergefell v. Hodges (2015), pelo direito de casais do mesmo sexo ao casamento civil igualitário e a inconstitucionalidade de sua negação legal à luz dos princípios da igualdade e da não-discriminação. Embora a maioria tenha rechaçado a analogia dos votos vencidos mediante distinção que afirma que estes direitos não estariam em perigo por não implicarem no fim da “vida em potencial” como o direito constitucional ao aborto gera (sic), o entendimento de Thomas mostra que as coisas não são simples como Otavio

O autor cita alguns civilistas que afirmam que as leis infraconstitucionais devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição desde a época do Império Brasileiro, mas ignora que era um entendimento que não era hegemônico, falando de forma anacrônica, por imputar ao passado um nível de controle de constitucionalidade a partir de princípios como o de hoje, o que é notoriamente falso. Mas já que ele cita doutrinadores, vale fazer o mesmo, com a diferença de ser um contemporâneo: na doutrina constitucional brasileira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho continuou defendendo mesmo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que os “princípios, normalmente, pela indefinição relativa de sua hipótese e pela pluralidade de soluções que enseja seu dispositivo, *não sejam aplicáveis por si mesmos*” como regra geral, exceto se “a Constituição considera-los auto-executáveis”, o que entende ser o caso do art. 37, sobre os princípios da Administração Pública. Mas de maneira reacionária, o renomado constitucionalista defende que por “amplíssima a sua hipótese e amplíssimo o seu dispositivo, necessitam eles ser ‘densificados’ para a sua aplicação”, de sorte que “[s]omente ‘densificadas’ é que elas podem ser aplicados a casos concretos – ‘concretizadas’”, ao passo que defende que isso só poderia ser feito pelo Legislativo, nunca pelo Judiciário.<sup>192</sup>

Essa lição reacionária, que é inclusive teratológica na contemporaneidade porque felizmente contraria entendimento hegemônico (senão pacífico), impediria a direta incidência e aplicabilidade dos princípios até como parâmetro de controle substantivo de constitucionalidade e, principalmente, sua eficácia mediata enquanto parâmetro vinculante da interpretação das leis. Se renomado constitucionalista tem coragem de *ainda hoje* invocar esse entendimento vetusto, contrário à *normatividade dos princípios*, no sentido de sua imediata aplicabilidade enquanto norma jurídica principiológica, no passado esse entendimento era infelizmente generalizado e hegemônico, ainda que com pontuais exceções. Daí o anacronismo de falar do passado como se ele nada fosse diferente do presente em termos de irradiação das normas constitucionais na interpretação do Direito infraconstitucional.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 positivou não só uma enormidade de direitos fundamentais como *diversas menções à igualdade jurídica* em diversos preceitos, não

---

Luiz Rodrigues Jr quer fazer crer. Assim, os exemplos aqui mencionados provam que a crítica do autor parte de uma visão idealista que, na melhor das hipóteses, é ingênuo. A composição reacionária da Suprema Corte dos EUA fruto das nomeações de Donald Trump, que mais que conservadora é reacionária por não conservar precedentes firmados por fortes fundamentos jurídico-principiológicos também o prova.

<sup>192</sup> FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de Direito Constitucional**, 32ª Ed, SP: Saraiva, 2006, p. 389 e 393-394.

se limitando ao mero direito à igualdade do *caput* do art. 5º precisamente pela resistência conservadora e reacionária ao reconhecimento de tais direitos. Dignidade humana, igualdade, liberdade, solidariedade, valorização do trabalho humano e diversos outros valores axiológicos foram hegemonicamente considerados como meros “direitos naturais” não positivados, o que fazia com que doutrina e jurisprudência *hegemônicas* não os aplicassem, por entenderem que não integrariam o *Direito Posto*, ou seja, o Direito Positivo e, assim, o Direito Objetivo. Daí o fenômeno que ficou conhecido como *positivação do Direito Natural* pelas Constituições, tão bem explicada na clássica doutrina de Ferrajoli,<sup>193</sup> e pelos tratados internacionais de direitos

---

<sup>193</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luís Flávio Gomes, 3ª Ed., SP: RT, 2010, p. 327: “2. A positivação constitucionais dos ‘direitos naturais’. Ser e dever ser do e no direito moderno. Como já se disse no parágrafo 15, a separação entre legitimação interna e legitimação externa – quer fazer, entre o direito e a moral ou entre a validade e a justiça – constitui uma conquista fundamental do pensamento jurídico e do pensamento moderno. [...] No entanto, esta tese pode dar ensejo, *como de fato tem acontecido, a um equívoco*. Em algumas ocasiões tem sido confundida com a tese, não menos importante mas diferente, da *separação entre o direito positivo como fato e o direito natural ou ideal como valor, ou, se preferirmos, entre ser e dever ser no direito*. E disso tem-se inferido a consequência indevida de que enquanto os juízos relativos à ilegitimidade externa são juízos de valor ou de dever ser, os juízos relativos à legitimidade e à ilegitimidade interna são juízos de fato que se referem somente à *existência de normas, quer dizer, à sua vinculação ao ordenamento positivo*. [...] Essa concepção exclusivamente formal de validade certamente resulta adequada se referida a ordenamentos jurídicos de estrutura elementar nos quais o legislador é *legibus solutus*, de forma que qualquer norma dele emanada e da maneira que ele queira é norma válida. Contrariamente, nos *modernos Estados constitucionais de direito*, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente. [...] ***De fato tem acontecido, na formação dos modernos Estados constitucionais, que o direito positivo tem incorporado grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e iluminista: o princípio da igualdade, o do valor da pessoa humana, dos direitos civis e políticos, e, ademais, quase todas as garantias penais e processuais penais de liberdade e de certeza enumeradas em nosso sistema SG. Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou direitos naturais, foram consagrados nas modernas Constituições na forma de princípios normativos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados ‘direitos sociais’ ou ‘materiais’ [...]; Em particular, os chamados direitos ‘invioláveis’ da pessoa humana, direitos ‘personalíssimos’ ou ‘indisponíveis’ não são mais do que a forma jurídica positiva que os direitos naturais, teorizados como pré ou meta ou suprajurídicos nas origens do Estado moderno, têm assumido como ‘direitos subjetivos’ nas Constituições modernas.*** [...] [Porque o] fundamento político ou externo do moderno Estado de direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: das leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas. O resultado deste **processo de positivação do direito natural** tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídico e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico, **quer dizer, a sua juridificação por meio da interiorização no direito positivo** de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa, que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural. [...] Desse modo, o antigo conflito entre direito positivo e direito natural ou entre positivismo jurídico e jusnaturalismo perdeu, em grande parte, seu significado filosófico-político, ao terem sido mudados os termos da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre direito como é e direito como deve ser. A diferença entre *ser* e *dever ser* do direito, expressada na velha dicotomia lei positiva/lei natural, transformou-se em grande medida entre ser e dever ser *no* direito; transportou-se para os ordenamentos jurídicos positivos e configura-se como *incoerência ou antinomia* entre seus diversos níveis normativos: entre a Constituição e a lei, entre a lei e a jurisdição, entre a lei e as atividades administrativas, executivas e de polícia. **Tão logo o direito natural foi colocado como fundamento do moderno Estado de direito e assim que seus princípios de vínculos apenas políticos e externos passaram a ser também jurídicos ou internos, perdeu sua função de parâmetro exclusivo de valoração do direito positivo** [...] de forma que todo ‘Estado de direito’, especialmente quando está

humanos após o fim da 2ª Guerra Mundial, para lhes dar o caráter de *Direito Positivo* e, assim, lhes garantir eficácia jurídica.<sup>194</sup>

Assim, a afirmação de Otavio Luiz Rodrigues Jr., aqui criticada desconsidera todas essas questões bem notórias do entendimento absolutamente hegemônico. E, não obstante sua posição, louvável, de que a dignidade humana “não precisava dessa constitucionalização para ser o que é”, enquanto princípio jurídico que condiciona a validade das leis, esse entendimento nunca foi hegemônico antes de sua consagração no texto constitucional, tendo por isso gerado o citado fenômeno de *positivação do Direito Natural* nas Constituições, precisamente para lhes dar o caráter de normas jurídicas pelo entendimento hegemônico afirmar que essa *positividade* seria indispensável para tanto. Daí, aliás, o caráter, mais que analítico, *prolixo* do texto constitucional brasileiro,<sup>195</sup> ante a jurisprudência não reconhecer como violador dos princípios da igualdade várias discriminações a grupos sociais marginalizados, como as mulheres (afirmando “constitucional” edital de concurso público que limitava concursos de delegados e servidores a homens mesmo com a Constituição vedando expressamente a discriminação por sexo), a filhos(as) que nasceram fora do casamento civil e mesmo da união estável como entidade familiar, que foi assim constitucionalizada por nunca o Judiciário ter reconhecido a evidente analogia dela (enquanto “casamento sem papel passado”) com o casamento civil para proteção das famílias não-matrimonializadas.

---

dotado de uma Constituição rígida, é suscetível de valoração não só externa, referida a princípios naturais de justiça, senão também interna, quer dizer, referida a *seus* próprios princípios tal e como estão garantidos por essas regras positivas de direito natural que são os textos constitucionais”. G.n. De forma equivalente, reconhecendo a positivação como marco da vigência e vigor dos direitos fundamentais, embora aparentemente propondo uma concepção historicista de seu reconhecimento para além do Direito Positivo: ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao Direito**. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito, 6ª Ed., SP: RT, 2021, p. 409: “Friederich Müller pontua que os direitos fundamentais, a partir do momento em que são positivados no texto constitucional, passam a ser considerados direitos vigentes, adquirindo caráter estatal-normativo; por conseguinte, seu respeito significa respeitar o próprio direito positivo. Assim, a positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é importante para a respectiva concretização desses direitos. Todavia [...] os direitos fundamentais não devem ser compreendidos apenas na dimensão do texto constitucional, isso porque a positivação desses direitos é fruto do desenvolvimento histórico da sociedade e da evolução do próprio constitucionalismo, que tem como uma de suas funções principais a regulação (controle) do poder e, conseqüentemente, a preservação dos direitos fundamentais”.

<sup>194</sup> No mesmo sentido da nota anterior, afirmando a evolução da teoria do Direito Natural para a teoria dos direitos humanos, por estes serem *direitos positivados, que por isso não podem mais ter sua existência ou validade jurídica contestada*: GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**, 45ª Ed., RJ: Forense, 2012, p. 56.

<sup>195</sup> A ideia de Constituição *prolixa* (mais que analítica) é de Luiz Alberto David Araujo, que aprendi em suas aulas em meu Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. O autor não critica o fenômeno, até porque decorrente da superação da Ditadura Militar e da resistência do Judiciário em reconhecer os direitos positivados em seus mínimos detalhes pelo texto constitucional.

Isso mostra, aliás, o quão simplória é a crítica que diz que não haveria razão para a constitucionalização formal do Direito das Famílias pelo art. 226 da CF/88, a pretexto de que “O progressismo na interpretação do Direito de Família não se deu por efeito de sua constitucionalização e sim por transformações sociais profundas no modo como o povo brasileiro passou a lidar com as relações conjugais, a filiação e as relações amorosas”.<sup>196</sup> Com todo o respeito, fecha os olhos à realidade negar que a união estável só foi considerada entidade familiar e só foi objeto de regulamentação legal por força da imposição constitucional do art. 226, §3º, da CF/88. As “transformações sociais” geraram essa positivação constitucional, já que a legislação ordinária, fruto do Congresso Nacional (“Legislativo Ordinário”) não consagrou a proteção das famílias não-matrimonializadas, em que pese a *evidente analogia* da união estável com o casamento civil (tanto que conhecida como “casamento sem papel passado”), donde, no mínimo, justificavam essa analogia as leis que criavam benefícios previdenciários a companheiras não-casadas, desde que fosse “*companheira mantida*”<sup>197</sup> (sustentada), pelo menos se a relação já existisse há cinco anos,<sup>198</sup> ratificadas pela Súmula 35 do STF<sup>199</sup> – no entanto, nunca foi reconhecida pelo Judiciário. Assim, a constitucionalização formal da união estável enquanto entidade familiar foi *fundamental* para o reconhecimento da união estável enquanto família juridicamente protegida e da igualdade de filhas e filhos fruto de relações matrimonializadas e não-matrimonializadas.

*Ao passo que isso só se efetivou na prática sobre a união estável após sua regulamentação legal*, já que o STF decidiu no início dos anos 2000 afirmando que a norma do art. 226, §3º, da CF/88 teria “eficácia limitada” (sic), de sorte que só passou a produzir efeitos quando entrou em vigor a Lei 8.971/94,<sup>200</sup> que foi a primeira a regulamentar legalmente a união

<sup>196</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 198-200.

<sup>197</sup> **Art. 21, par. único, do Decreto-Lei 7.036/1944**, sobre direito a indenização por acidente do trabalho, em igualdade de direitos à “*cônjuge legítima*” (sic), ou seja, de esposa, embora apenas (segundo o dispositivo) se solteiro ou “desquitado” (separado judicialmente) seu companheiro.

<sup>198</sup> **Art. 3º, “d”, da Lei 4.297/1963**, sobre direito de pensão mensal decorrente de falecimento de segurado, que o garantia a “*companheira*, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito”. No mesmo sentido, o **art. 44 da Lei 4.242/1963**, sobre direito a abatimento do imposto de renda “*peessoa que viva sob sua exclusiva dependência econômica, no mínimo há cinco anos*”, que obviamente se referia à *companheira* (então chamada de “*concubina*” em “*concubinato puro*”, porque formado entre pessoas não-impedidas de se casar) pela prévia condicionante do dispositivo de abranger servidor “*desquitado e [que] não responda pelo sustento da espôsa*” (sic).

<sup>199</sup> **Súmula 35 do STF**: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”.

<sup>200</sup> STF, **RE 161.320**, 1ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.12.1998, que dá a entender que não seria auto-aplicável a norma constitucional do art. 226, §3º, o que é afirmado com todas as letras no **RE 158.700**, 2ª T., Rel. Min. Neri da Silveira, DJ 22.02.2002, no qual, após ratificar a doutrina conservadora pela qual o casamento seria a “*forma natural*” de constituição da família (sic), aduz que “Não seria, entretanto, possível, desde logo, extrair da regra do art. 226 e seu parágrafo 3º da Constituição, consequência no sentido de reconhecer-se, desde logo, *sem disciplina*

estável como entidade familiar, no que seguida pela Lei 9.278/96 (atualmente regulada nos arts. 1.723 a 1.726 do Código Civil), sem aplicar evidente analogia com as citadas leis previdenciárias pretéritas que estabeleciam o prazo de cinco anos para fins de pensão em uniões não-matrimonializadas e a ainda maior analogia da união estável enquanto *entidade familiar* com o (equivalente) conceito de *família* conjugal desde sempre reconhecido ao casamento civil. Isso mostra o quão equivocada é a referida tese simplória e ideológica que afirma que a constitucionalização formal do Direito das Famílias não teria sido determinante para a mudança do tratamento jurídico acerca do tema, especialmente porque foi só isso que gerou o reconhecimento judicial da não-recepção constitucional das normas do Código Civil de 1916 que davam ao homem-marido mais direitos que à mulher-esposa no casamento civil heteroafetivo, pela invalidação da teratológica norma que atribuía ao marido o prazo de dez dias para exercer direito de anular casamento com mulher previamente deflorada (sic – art. 178, §1º, do CC/1916).

Outro exemplo que prova a falsidade da tese do autor refere-se ao *dano moral*, mostrando que a afirmação dele de que o dano moral teria se desenvolvido no Brasil por “soluções intrassistemáticas” como “prova histórica da vitalidade do Direito Civil”<sup>201</sup> é simplesmente falsa. Afinal, a “indenizabilidade” do chamado *dano moral puro* só ocorreu pela sua positivação no art. 5º, X, da CF/88. Até então, embora a redação do art. 159 do CC/1916 fosse ampla o bastante para abarcar a reparação dos danos morais, prevaleciam entendimentos conservadores que o negavam. Em síntese, afirmava-se que ele não seria “indenizável”, porque tornar “indene” significaria *retornar ao “status quo ante”* e dinheiro nenhum o faria, donde seria *imoral* reparar a dor moral com dinheiro, além de invocar a ausência de previsão legal expressa que o reconhecesse. A isso se respondia que o dano moral tecnicamente se *compensa*, com o valor pecuniário servindo como *lenitivo* pela dor sofrida e uma forma de punir quem a cometia, ao passo que a lei falava que quem “*causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”, donde sendo o dano material ou moral, estava coberto na noção de dano.<sup>202</sup>

---

*legislativa específica*, determinação de comunhão de bens entre homem e mulher em união estável, de tal forma que a morte de um deles importe em reconhecimento automático de meação pelo sobrevivente”.

<sup>201</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 330.

<sup>202</sup> SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**, 7ª Ed., Salvador: JusPodvim, 2019, p. 45-46 e 65-72. Citando a *passagem do patrimonialismo ao personalismo* no Direito Civil como outro fundamento para reconhecimento da reparação do dano moral puro: *Ibidem*, p. 55-65.

Aliás, igualmente equivocada a afirmação do autor no sentido de que “Sem a presença da lei e, *de modo específico, das cláusulas gerais*, não seria possível a irradiação”.<sup>203</sup> A uma, não se defende *irradiação* da Constituição na lei sem lei (!), donde a primeira parte da frase não faz sentido. A outra, não são só as cláusulas gerais que permitem a irradiação da Constituição nas leis, porque a interpretação conforme a Constituição como método de controle de constitucionalidade se aplica a quaisquer *regras legais*, aplicáveis por silogismo, tenham ou não conceitos jurídicos indeterminados em sua hipótese de incidência. De sorte que, entre duas interpretações possíveis e só uma delas for constitucional, ser obrigatória a utilização desta. Essa dogmática basilar da interpretação conforme foi desconsiderada por tal afirmação, sendo que a irradiação constitucional no Direito Civil não visa “ignorar *prima facie* o comando legal e passar diretamente para o âmbito dos direitos fundamentais”,<sup>204</sup> mas somente fazê-lo se referido comando for declarado inconstitucional, *o que o próprio autor reconhece* que é defendido por defensores(as) do *modelo forte* de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas;<sup>205</sup> fora desse caso, haverá apenas sua interpretação conforme ou orientada à Constituição.

Em suma, na clássica doutrina de Pietro Perlingieri, o Direito Civil Constitucional significa que a autorregulação das pessoas privadas à luz de sua autonomia da vontade não pode pretender esgotar a discussão sobre a validade de seus atos ou negócios jurídicos, pois “*Tudo encontra validade e legitimidade no sistema constitucional*”, em cujo “*vértice encontra-se a pessoa humana como valor e encontram-se as formações sociais onde a pessoa é chamada a realizar o seu pleno e livre desenvolvimento da personalidade*”, à luz do standard do “*primado da pessoa*” como parâmetro jurídico, em uma “*releitura dos institutos tendentes à funcionalizá-los e adequá-los à hierarquia dos valores que caracterizam a legalidade constitucional*”. Até porque, reiterando que “em nível constitucional a pessoa est[á] em posição primária em relação aos interesses patrimoniais e que a própria atividade econômica privada deva ser funcionalizada a este valor”, conclui o autor, mediante afirmação aplicável à nossa Constituição Federal de 1988, “Entre um sistema estritamente produtivo e econômico e um sistema no qual, ao contrário, tem-se como objetivo uma produção qualitativamente melhor, a Constituição

---

<sup>203</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 333.

<sup>204</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 334.

<sup>205</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 292: “(d) [...] A eficácia direta será possível quando não houver legislação ou a aplicação da lei ‘revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais’”.

escolheu o segundo”.<sup>206</sup> Em nosso caso, a norma constitucional especial decorrente do art. 170, *caput*, que condiciona a validade constitucional da ordem econômica e da livre iniciativa ao respeito à *valorização do trabalho humano* e à *dignidade humana*, bem como aos diversos princípios que enuncia em seus incisos; bem como as norma constitucional geral do art. 3º, I a IV, sobre o dever do Estado promover o bem-estar de todas e todos, com vias a superar as desigualdades sociais e regionais, sem discriminação de quaisquer espécies, aliada ao à norma decorrente do art. 5º, XLI, sobre dever estatal coibirem toda discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais. Deveres constitucionais estes que obviamente não deixa de existir nas relações privadas, inclusive pela expressa afirmação constitucional da incidência imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º).<sup>207</sup>

##### **5. Por um *Direito Civil Antidiscriminatório*, à luz da sua autonomia epistemológica.**

Concorda-se *em parte* com a tese de Otavio Luiz Rodrigues Jr., pela qual o Direito Civil pode ser interpretado como concretizador de um Direito Antidiscriminatório independentemente do controle de constitucionalidade, em uma hermenêutica

<sup>206</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco, RJ: Renovar, 2008, p. XXIII e IX.

<sup>207</sup> Pode-se discutir se essa aplicação imediata será direta ou indireta, como doutrina e jurisprudência constitucionais debatem mundo afora, mas não se pode discutir a incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas ante essa peremptória afirmação constitucional. Isso se justifica por dois fundamentos distintos. A uma, por puro silogismo, a partir de famoso princípio geral de Direito pelo qual onde o texto normativo (“a lei”) não distingue, não cabe a quem interpreta diferenciar – algo válido para restrições de direitos, já que o reconhecimento de direitos por analogia é admitido no Direito desde sempre. A outra, pelo conteúdo imanente do princípio da supremacia constitucional à luz do princípio da força normativa da Constituição, pelos quais esta configura norma jurídica cujo desrespeito gera nulidade daquilo que a desrespeitou (força normativa), por condicionar a validade da legislação infraconstitucional. Assim, deve ter seu conteúdo considerado na definição da interpretação das normas infraconstitucionais (eficácia indireta), além de incidir em casos de lacunas normativas (ausência de regras aplicáveis por silogismo) ou invalidar quaisquer textos normativos ou normas jurídicas implícitas ao ordenamento jurídico que violem as normas constitucionais em geral. Isso obviamente no sentido deontológico, do binômio “lícito-ilícito”, de sorte que quando se fala em “valores” constitucionais, não se está falando em um sentido “axiológico-não-deontológico” como entende parte da doutrina (como Habermas, ao diferenciar “princípios” de “valores”). Afinal, é mais do que evidente que quando se fala em “axiologia” no Direito, fala-se em sentido deontológico (normativo). Pode-se discutir o conceito de princípio jurídico, se mandamento de otimização (Alexy) ou não, mas não se pode negar que quando se fala em dever das leis respeitarem os “valores constitucionais” e na Constituição como “ordem objetiva *de valores*” (como faz o Tribunal Constitucional Alemão e a doutrina hegemônica), fala-se no sentido de respeito às “normas constitucionais” em geral. Normalmente, aos princípios constitucionais, mas também às regras e quaisquer outras normas de hierarquia constitucional – caso se adote tipologia que fale em algo mais de regras e princípios enquanto gêneros de norma jurídica, como quem pretenda diferenciar princípios de valores jurídicos, caso no qual a tipologia englobaria regras, princípios e valores jurídicos. Aqui, entende-se que princípios são *valores deontológicos*, ou seja, sua posituação jurídica ou reconhecimento jurídico de outra espécie altera a natureza “axiológica-não-jurídica” (sic, como Habermas dá a entendê-los no famoso trecho de *Direito e Democracia* que diferencia “valores” de “princípios no Direito”), para reconhecer-lhes o conteúdo deontológico de “lícito-ilícito” imanente à deontologia. Afinal, “dignidade humana”, “liberdade”, “igualdade”, “solidariedade” e muitos outros são *tanto* valores filosóficos (“axiologia não-jurídica”) quanto princípios constitucionais e legais expressamente positivados, donde não faz sentido nenhum não serem entendidos de forma deontológica mesmo quando chamados de *valores* à luz de uma *axiologia jurídica*.

infraconstitucional,<sup>208</sup> embora sem essa visão da suficiência epistemológica do Direito Civil infraconstitucional para tanto (cf. infra). Concorde-se, ainda, que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados podem produzir uma hermenêutica antidiscriminatória sem que sejam consideradas como “portas de abertura” do Direito Civil aos direitos fundamentais, pois embora obviamente também devam ser concretizadas em sentido conforme a Constituição, elas têm conteúdo civilista autônomo.<sup>209</sup>

A discordância *parcial* da referida tese se refere ao fato de que um *Direito Antidiscriminatório por hermenêutica puramente infraconstitucional* só pode ser efetivado quando a lei não faz discriminações *arbitrárias*, ou seja, diferenciações de tratamento jurídico que não se baseiam em fundamento lógico-racional que justifique a diferenciação pretendida com base no critério diferenciador erigido (conteúdo negativo consensual e clássico dos princípios da igualdade e não-discriminação).<sup>210</sup> Nesse caso, só o controle de

---

<sup>208</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 73: “No Brasil, há estudos sobre o tema [da discriminação direta e indireta] desde os anos 1980, em sua maior parte com enfoque no Direito Constitucional, nas relações de trabalho e nas ações afirmativas. *O Direito Civil, porém, esteve na vanguarda da antidiscriminação, ao se apreciar seus efeitos no âmbito do Direito dos Contratos.* Em Portugal, a antidiscriminação nas relações privadas também há sido objeto de *interesse por parte dos civilistas.* Tanto em Portugal quanto no Brasil, *a matéria integra o Direito Constitucional e o Direito Civil, sem que se perca de vista a necessária autonomia epistemológica das duas disciplinas. O Direito Civil, no que se refere ao direito da antidiscriminação, ocupa cada vez mais uma posição de relevo.* [Citando Paulo Mota Pinto, defende que locador não poderia rejeitar proposta de locação por credo religioso da pessoa, porque] “ter-se-ia ‘uma limitação ditada pelos limites da esfera da esfera privada da pessoa’”, porque “Na discriminação lícita, separar-se-ia da ilícita pela presença dos ‘elementos suspeitos’: ‘compreensivos de origem étnica, língua, aparência, raça, orientação sexual, religião, independentemente de sua utilização em sua expressão pública ou como fundamento para a recusa a contratar’. O Direito Civil tem meios de identificar soluções antidiscriminatórias, assim como o Direito Romano encontrou no passado, quando não se conheciam os direitos fundamentais, ao menos em sua conformação contemporânea. O *paralelismo dos direitos fundamentais* é relevante, mas não é condição necessária para que problemas ligados à discriminação sejam resolvidos com apelo ao Direito Constitucional. Mais do que isso, o direito da antidiscriminação é um exemplo da utilidade da manutenção da autonomia epistemológica do Direito Civil. Em rodapés, cita as seguintes referências para tanto: “SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro.* In. PINTO MONTEIRO, Antonio; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de Direito Comparado.* Coimbra: Almedina, 2007. [mesmo artigo, outra fonte]. Mais recentemente: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *A proibição da discriminação nos contratos no Direito brasileiro em face da experiência europeia.* *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 8, nº 28, p. 52-81, jul./set. 2014. [Outra nota com nova transcrição do mesmo texto de Jorge Cesa Ferreira da Silva]; CHUSI, Tiziana. *A dimensão abrangente do Direito Privado Romano: observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia ‘direitos fundamentais’.* *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, v. 9, nº 34, p. 211-236, abr./jun. 2008”.

<sup>209</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 187-195.

<sup>210</sup> Um exemplo explica as duas situações. Na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal (que realiza *Jornadas* entre integrantes da Doutrina e do Judiciário que aprovam *enunciados* que visam orientar de forma não-vinculante o Judiciário na decisão de casos concretos), aprovaram-se enunciados que afirmavam, em síntese, que a lei civil tem que ser interpretada como garantindo direitos iguais a *cônjuges e companheiros* – aquele, termo técnico para abarcar pessoas casadas; este, termo técnico que abarca pessoas em união estável. Nesse sentido, a analogia, notória categoria civilista, efetiva um *Direito Antidiscriminatório* em nível infraconstitucional, sem necessidade de controle de constitucionalidade ou de convencionalidade. Ocorre que o *art. 1.790 do Código Civil* criou uma distinção entre cônjuges e companheiros(as) na sucessão hereditária, pela qual, em síntese, quem vive em união estável recebe herança *inferior* a quem é casado(a) após a morte da pessoa com quem manteve a união conjugal. Como é notório, a analogia existe para casos de *lacuna da lei*, na qual não há regra que, por silogismo, dê tratamento jurídico distinto à situação que se quer proteger com aquela categoria civilista. Nesse

constitucionalidade ou de convencionalidade pode efetivar um genuíno *Direito Antidiscriminatório*, invalidando-se a opção discriminatória do Legislativo e estendendo-se o regime jurídico em questão a integrantes de grupo social não expressamente abarcado pelo texto normativo.

Por outro lado, a tese de que o Direito Civil *não precisa* do Direito Constitucional e/ou do Direito Internacional dos Direitos Humanos para implementar o Direito Antidiscriminatório faz sentido apenas em compreensão platônica, de típico *mundo das ideias* ou, no mínimo, insuficiente/ incompleta. Isso porque, no *mundo real*, a História comprova que foi somente com o *controle de constitucionalidade* que minorias sociais passaram a ter seus direitos reconhecidos *pelo Judiciário*,<sup>211</sup> não obstante evoluções decorrentes de atuação do Legislativo na proteção de algumas minorias sociais, como mulheres, pessoas negras e pessoas com deficiência.<sup>212</sup>

---

tema específico, após longa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, o STF afirmou a *inconstitucionalidade* do art. 1.790 do Código Civil, por gerar uma *discriminação arbitrária* à união estável, que a coloca como uma *família de segunda classe* em termos de direitos hereditários. Obviamente, quem discorda que se trata de discriminação *arbitrária* não vê violação do Direito Antidiscriminatório por tal diferenciação legal (como os três votos vencidos), pela *curiosa* tese de que a pessoa deveria ter liberdade de escolher um regime jurídico distinto (tese que se considera equivocada, por notoriamente ninguém escolher a união estável para a finalidade de ter menos direitos que aqueles garantidos pelo casamento civil! O ponto é que o entendimento de que garantir menos direitos à união estável relativamente àqueles do casamento civil implica arbitrariedade violadora dos princípios da igualdade e da não-discriminação significa que o *Direito Antidiscriminatório* neste caso só poderá ser concretizado pela declaração da invalidade (por inconstitucionalidade e/ou inconventionalidade) da diferenciação legal em questão.

<sup>211</sup> No exemplo dos EUA sobre hermenêutica judicial, direitos das mulheres ao uso de métodos anticoncepcionais no casamento (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e fora dele (*Eisenstadt v. Baird*, 1972) e direito ao aborto enquanto não houver viabilidade de vida extrauterina (*Roe v. Wade*, 1973, e *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 1992, embora revogados pela reacionária decisão de *Dobbs v. Jackson's Womens Health Association*, 2022); direitos das pessoas negras ao casamento civil igualitário (*Loving v. Virginia*, 1967) e direito à não-discriminação por segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); direitos de homossexuais e bissexuais à não-discriminação, mediante invalidação, por arbitrária e discriminatória, de emenda constitucional estadual que proibia a aprovação de leis antidiscriminatórias e que criassem ações afirmativas baseadas na orientação sexual (*Romer v. Evans*, 1996), inconstitucionalidade da criminalização dos atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo, por violação do direito fundamental de liberdade (*Lawrence v. Texas*, 2003); direito ao casamento civil igualitário, por violar os direitos à igualdade e à não-discriminação e mesmo às finalidades do casamento civil em um Estado Laico o seu não-reconhecimento (*Obergefell v. Hodges*, 2015, após *United States v. Windsor*, 2012, que declarou a inconstitucionalidade de discriminação da lei federal sobre casamentos civis homoafetivos validados por lei estadual, por violação dos princípios da igualdade, da não-discriminação e da autonomia federativa). Cite-se, ainda, decisão pela ilegalidade de demissão discriminatória baseada na orientação sexual e por identidade de gênero, enquanto espécies de discriminação por sexo (*Bostock v. Clayton County*, 2020).

<sup>212</sup> Daí o equívoco de Jeremy Waldron por querer superar o *mito do Juiz Hércules*, de Dworkin, por intermédio de uma *presunção absoluta*, que não admite prova em contrário, de que a decisão legislativa seria “sempre melhor” que a do Judiciário e que as decisões deste seriam meras “decisões por maioria”, equivalentes às decisões políticas, o que ignora a diferença essencial de fundamentação *jurídica, de princípio* (no sentido de Dworkin) e de fundamentação *política*. Até porque o *Juiz Hércules* visa uma *obrigação de meio*, não de resultado e é um *ideal regulativo* (cf. Bruno Torrano e Dimitri Dimoulis) e não uma afirmação de que o Judiciário sempre decidiria dessa forma, donde a comparação de Waldron não pode ser entendida como “analogia”, por não haver semelhança naquilo que é *essencial* ao que Dworkin pretendeu com a *metáfora* do Juiz Hércules. Sobre a metáfora de Hércules ser um ideal regulativo caracterizador de obrigação: TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**, RJ: Lumen Juris, 2015, p. 176-177; DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**, 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 158-159; BUSTAMANTE, Thomas. **A triste história do juiz que acreditava ser Hércules**.

Com isso, não se quer dizer que *sempre é o Judiciário que salva* minorias sociais da discriminação, pois, no exemplo brasileiro, o fim da discriminação à *mulher não casada* pelo reconhecimento da união estável como família e da discriminação a *filhos(as) fora do casamento* se deu só por atuação político-parlamentar, pela Assembleia Nacional Constituinte (na forma de Congresso Constituinte) que criou a Constituição Federal de 1988. Inclusive, para superação de reacionárias decisões do Supremo Tribunal Federal que, apesar de expressa proibição constitucional a qualquer discriminação *por sexo*, admitia que concursos públicos para delegado<sup>213</sup> e escrivão de polícia.<sup>214</sup> Bem como surreal decisão, igualmente teratológica, que afirmou que não caracterizaria violação ao princípio da igualdade a discriminação de filhos(as) fora do casamento antes do advento da Constituição de 1988, em seu artigo 227, e teratologicamente afirmou que a filiação “legítima” (sic) e a adotiva trariam “situação desigual” cujo tratamento diferenciado, com menos direitos a filhos(as) fruto da adoção, “não viola(ria)” o princípio da igualdade.<sup>215</sup> Ou seja, aceitou como critério de distinção “constitucionalmente válido” (sic) a origem dos(as) filhos(as), aceitando a discriminação de filhos(as) pelo simples fato de havidos fora do casamento, admitindo a hierarquização de filhas e filhos, o que fazia mesmo com a chamada *filiação natural*, por biológica: a pretexto de proteger o *casamento como um fim em si mesmo* (e não, como hoje, como meio para a proteção da família conjugal), pretendia-se manter a estabilidade familiar ao custo da negativa de direitos no início e da

---

In: OMMATI, José Emílio Medauar. Ronald Dworkin e o direito brasileiro. Coleção Teoria Crítica do Direito, Vol. 2, 2ª Ed., BH: Conhecimento, 2021, p. 387-388.

<sup>213</sup> “‘Concurso Público. Isonomia. Não viola o princípio constitucional da isonomia legislação estadual que, ante a natureza especial das funções e o interesse público, reserve o acesso do cargo de delegado de polícia ao sexo masculino. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido’. Recurso Extraordinário n. 92.122, julgado em 31-10-1980”. Cf. BRANCO, Luciana Temer Castelo. **O Feminino e o Direito à Igualdade: Ações Afirmativas e a Consolidação da Igualdade Material**. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* Manual dos Direitos da Mulher, SP: Saraiva, 2013, p. 87.

<sup>214</sup> “‘Administrativo. Concurso Público. Cargo de escrivão de polícia. Exigência, constante de lei estadual, de ser o candidato do sexo masculino, salvo nos cargos do quadro da corporação de policiamento feminino. Legitimidade, à luz do art. 97 da Constituição e do julgamento da representação n. 940, no tocante ao art. 87 da Constituição do [RJ], de 1975’. **Recurso Extraordinário n. 91.319**, julgado em 8-4-1980”. *Apud* BRANCO, *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>215</sup> Eis a teratologia: “DIREITO DAS SUCESSÕES. FILHOS ADOTIVOS. PRETENDIDA HABILITAÇÃO NA QUALIDADE DE HERDEIROS DO *DE CUJUS*. INDEFERIMENTO CALCADO NO FATO DE A ABERTURA DA SUCESSÃO TER OCORRIDO ANTES DO ADVENTO DA NOVA CARTA, QUE ELIMINOU O TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO ENTRE FILHOS LEGÍTIMOS E FILHOS ADOTIVOS, PARA FINS SUCESSÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO ART. 227, §6º, DA CONSTITUIÇÃO. Inconstitucionalidade inexistente. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura, não se aplicando a sucessões verificadas antes do seu advento a norma do art. 227, §6º, da Carta de 1988, que eliminou a distinção, até então estabelecida pelo Código Civil (art. 1.605 e §2º), entre filhos legítimos e filhos adotivos, para esse efeito. Discriminação que, de resto, se assentava em situações desiguais, não afetando, portanto, o princípio da isonomia. Recurso não conhecido”. RE 163.167/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª T., DJ 31.10.1997.

negativa de direitos iguais a filhas e filhos fruto de relação extraconjugal, em surreal inversão de valores que condicionava o reconhecimento de dignidade jurídica (possibilidade de proteção pelo Direito) ao atendimento do ideal comunitarista de família imposto pelo Estado (a família matrimonializada). Trata-se de entendimento decorrente da concepção *casamentocêntrica* que considerava que só o casamento formava a chamada “família legítima” (sic), enquanto família sociológica protegida pelo Direito, que foi “superada pela concepção constitucional [de 1988 que] se contrapõe àquela tradicional da família-instituição, típica dos códigos oitocentistas e fundada unicamente no casamento, fora do qual a filiação, como aquela adúltera e incestuosa, sofria restrições, assim como a própria filiação adotiva, desprovida de consanguinidade”.<sup>216</sup>

Como se vê, não se prega superação do famoso *mito do legislador racional*,<sup>217</sup> consagrador de um legalismo cego avalorativo (positivismo exegetico do paradigma do “juízo-boca-da-lei” de Montesquieu, consagrador de um “silogismo perfeito” de Beccaria), para um *mito do Judiciário heróico*.<sup>218</sup> **O ponto é que, na interpretação judicial do Direito,** foi o controle de constitucionalidade das leis que consagrou o Direito Antidiscriminatório, enquanto concretização do princípio da igualdade material em perspectiva relacional, para tornar inválidas, por inconstitucionais, discriminações legais arbitrárias – e isso não obstante retrocessos sociais fruto de decisões judiciais de controle de constitucionalidade que invalidam leis por conta do reacionarismo de juízes(as) constitucionais, como notoriamente tem ocorrido nos EUA com a composição de supermaioria *reacionária*, fruto três indicações de Donald

<sup>216</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família.**, SP: Atlas, 2008, p. 11-12, que traz a decisão do STF criticada no corpo do texto e transcrita na nota anterior.

<sup>217</sup> Referido mito, fruto ou consagrado pela máxima de Rousseau pela qual a lei consagraria uma *vontade geral* da Nação (distinta de uma *vontade da maioria*) e que a lei não poderia ser injusta porque feita pelo próprio povo, por seus representantes, pela ideia de que *ninguém pode ser injusto consigo mesmo* (sic), o que não admitiria a discussão social e judicial de sua validade, até por se tratar de concepção muito anterior a qualquer forma de controle judicial da validade das leis, por anterior ao constitucionalismo enquanto decorrência do Estado Legal de Direito, que tinha na lei (infraconstitucional) um parâmetro insuperável legalmente. Não é necessário entrar aqui na polêmica do que significa exatamente a *vontade geral* de Rousseau (que se entenda, de forma genérica, consagrar o bem comum da Nação). **O ponto é que** a ideia de que “a lei não pode ser injusta” porque “ninguém pode ser injusto consigo mesmo” é equivocada. A uma, porque a lei é feita por parlamentares e *até hoje* os sistemas de eleições proporcionais não possibilitam que o Poder Legislativo seja eleito representando a diversidade social, pelo voto proporcional possibilitar a eleição de pessoa com ideologia distinta daquela que recebe o voto (no Brasil, é notório que foi o que vigorou no sistema de *coligações partidárias*, em alianças sem nenhum compromisso ideológico mas puramente eleitoral, embora se espera que o sistema de *federação partidária* instituído no Brasil pela Lei 14.208/2021 amenize, já que a obrigatoriedade de união por todo o mandato eletivo *tende* a que as federações sejam formadas por partidos cujos(as) integrantes tenham a mesma ideologia, embora mesmo isso esteja longe de ser certo). Por outro lado, mesmo no plano individual é notório que a pessoa *pode sim* ser injusta consigo mesma, sacrificando-se para proteger interesses de pessoa amada (como filho/a, companheiro/a) etc.

<sup>218</sup> Agradeço pelo apontamento da importância dessa explicação feito pelo Professor Claudio Bahia, em minha Banca de Doutorado, cuja Tese gerou o seguinte livro: IOTTI, Paulo. **Constituição Dirigente e a Concretização das Imposições Constitucionais ao Legislativo.** A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar e dos Mandados de Criminalização em particular, 4ª Ed., Bauru: SDPessoto, 2022.

Trump em seu mandato de 2017-2020, que nem *conservadora* é por revogar diversos precedentes, mostrando desprezo até ao conservadorismo inerente ao princípio do *stare decisis*.<sup>219</sup> Retrocessos decorrentes da jurisdição constitucional como estes demandam não o abandono do controle substancialista da constitucionalidade das leis como algumas pessoas agora desiludidas ou desde sempre reacionárias defendem, mas para impor requisitos dogmáticos para a invalidação de uma lei e a superação de precedentes garantidores de direitos.

Portanto, a *louvável* defesa de um Direito Antidiscriminatório a partir da autonomia epistemológica do Direito Civil e demais ramos do Direito merece aplauso, mas deve reconhecer as limitações da empreitada quando a lei admite diferenciação arbitrária insuperável pela interpretação sistemático-teleológica, que só poderá ser declarada nula por controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, bem como que o Direito Antidiscriminatório nasceu e/ou, ao menos, se consolidou com o controle de constitucionalidade das leis, a partir do princípio da supremacia constitucional e da invalidação de discriminações legais diversas por violação dos princípios da igualdade e da não-discriminação.

### **5.1. Exemplo de renomado *civilista conservador* que gerou o fenômeno da constitucionalização do Direito.**

Embora o Direito Civil possa ser interpretado de forma antidiscriminatória quando a lei não gera diferenciações arbitrárias que demandem sua invalidação por controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, no mundo real não foi isso que ocorreu em geral, o que se prova pelo exemplo do próprio Otavio Luiz Rodrigues Jr., não obstante ele afirme defender um *Direito Civil Antidiscriminatório* independente do Direito Constitucional (item 5).

O autor adota tese flagrantemente discriminatória contra o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar por interpretação sistemática da Constituição Federal, na

---

<sup>219</sup> Em especial, mas longe de serem casos isolados: a revogação do aborto enquanto direito *constitucional*, possibilitando sua proibição por leis estaduais, revogando diversos precedentes que o reconheceram (os mais famosos: *Roe v. Wade*, 1973, e *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 1992), que o afirmavam à luz do direito fundamental à privacidade, que muitos/as conservadores/as não aceitam existir nos EUA por ausência de previsão constitucional expressa (*Dobbs v. Jackson Women's Health Association*, 2021); e, de forma mais dura, por proibir quaisquer leis nesse sentido (*Dobbs* permite a proteção de direito ao aborto por *lei* estadual), a revogação dos precedentes que permitiam ação afirmativa por intermédio de cotas racial-fenotípicas, em teratológica “equiparação” de “discriminações negativas”, que visam a exclusão social, e ações afirmativas (“discriminações positivas”) que visam superar a exclusão social estrutural, institucional e histórica, impondo novamente (como em outros precedentes) o teste criado pelo Direito Antidiscriminatório na nota de rodapé 4 de *Caroline Products* para proteção de minorias historicamente discriminadas (o “escrutínio estrito”, que exige “imperioso fim estatal estritamente relacionado a interesses governamentais imperiosos”) para contraditoriamente possibilitar que pessoas brancas (grupo socialmente hegemônico) não percam vagas fruto de ações afirmativas por cotas (*Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*, 2022).

parte que constitucionalizou tema de Direito Civil (o Direito das Famílias), donde obviamente faria a mesma coisa se a lei infraconstitucional tivesse positivado o que o art. 226 e seus parágrafos da CF/88 positivou. Sua *exegese simplória e discriminatória* afirma que a “literalidade e objetividade do texto constitucional impediria qualquer interpretação *da própria Constituição* ou da *legislação ordinária* que admitisse o casamento igualitário ou mesmo a união estável entre pessoas do mesmo sexo” (sic).<sup>220</sup> Referida posição **ignora a categoria civilista clássica da extensão de direitos garantidos em texto normativo a determinado grupo a outro por analogia**, ante o puro formalismo cego avalorativo típico do “juízo-bocada-lei” do positivismo primevo que sua afirmação peremptória denota.<sup>221</sup> Afinal, o *pressuposto lógico* da analogia é o fato de o texto normativo citar um fato (no caso, a união entre homem e mulher) e nada dispor sobre outro (aqui, a união entre pessoas do mesmo sexo), que é o que a doutrina civilista clássica classifica como *lacuna normativa*, passível de colmatação por interpretação extensiva ou analogia.

A posição do autor desconsidera, ainda, a jurisprudência pacífica do STJ no sentido de que a impossibilidade jurídica do pedido (que referido autor ideologicamente defende para a união estável homoafetiva) depende de texto normativo que expressamente proíba a extensão do direito, o que notoriamente não é o caso, tanto que o STJ usou esse entendimento para reconhecer tanto a união estável homoafetiva quanto o casamento civil homoafetivo.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 200-202

<sup>221</sup> Afinal, invocar o mero texto normativo constitucional como se “proibisse” o reconhecimento da união homoafetiva como família refere-se a uma interpretação puramente *formal* (na linguagem processual civil, numa lógica de *preliminar de mérito*), que denota uma hermenêutica anacrônica de “juízo-mera-bocada-lei”, da Escola da Exegese. Foi isso que o autor fez em seu texto, pois não consta explicação *substantiva/material* em prol de suposta diferença *essencial* entre a união homoafetiva relativamente à heteroafetiva e/ou ao conceito de família conjugal. Até porque interpretação *civilista clássica* da esterilidade (incapacidade *generandi*) não ser causa de anulação do casamento pela procriação não ser um fim *essencial* ao casamento civil heteroafetivo torna incoerente, logo, violadora da interpretação sistemático-teleológica do Direito a tradicional tese substantiva que visa justificar a discriminação da união homoafetiva no Direito das Famílias a partir da “ausência de capacidade procriativa” (sic) em termos biológicos e entre si de casais formados por pessoas do mesmo sexo. Bem como a outra tradicional tese substantiva discriminatória em prol da “proteção de crianças” (sic), por diversos estudos já terem comprovado a ausência de prejuízos a elas por sua criação por casais homoafetivos, algo também já rechaçado pela Corte Interamericana em controle de convencionalidade, no caso *Atalla Riffo e filhas v. Chile* (2012).

<sup>222</sup> No específico tema da união estável homoafetiva, aplicando essa jurisprudência sobre impossibilidade jurídica de há muito consagrada, vide, v.g.: STJ, **REsp 820.475/RJ**, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 06.10.2008: “4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada”. No mesmo sentido: STJ, **REsp 827.962/RS**, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 08.08.2011: “É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito”. E, ainda: STJ, **AgRg no REsp 805.582/MG**, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Galloti,

Entendimento este que fez o STJ bem afirmar que “*O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo*”.<sup>223</sup>

Assim, na feliz síntese de precedentes do STJ na lógica do Direito Civil Constitucional para além dessa concepção processual civil clássica de ausência de proibição expressa:

Há possibilidade jurídica de reconhecimento de união estável homoafetiva pelo ordenamento jurídico brasileiro por realizar os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, aplicando-se, por analogia, a legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas, tendo em vista a caracterização dessa relação como modelo de entidade familiar (STF, ADI nº 4.277/DF, Relator Ministro AYRES BRITTO, DJe 5/5/2011). [STJ, EDcl no REsp 633.713/RS, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 28.02.2014]

Por outro lado, o autor de maneira surreal imputa ao STF algo que ele não fez, ao *inventar* que a decisão que reconheceu a união homoafetiva como união estável constitucionalmente protegida supostamente “pré-excluiu a possibilidade de conversão das uniões entre pessoas do mesmo sexo em casamento ou que eles adotassem filhos de modo conjunto” e que essa “incoerência só veio a ser resolvida, também de modo heterodoxo, pela Resolução CNJ nº 175, de 14 de maio de 2013”.<sup>224</sup> Ora, isso não é dito em lugar nenhum na decisão, tanto que diversas decisões de Juízos e Tribunais converteram uniões estáveis homoafetivas em casamento civil após tal decisão do STF (anteriores à citada Resolução CNJ 175/2013), por ele ter se limitado a afirmar o reconhecimento da união duradoura, pública e contínua (requisitos legais da união estável) entre pessoas do mesmo sexo como família, em “*Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva*”, como diz a parte dispositiva da decisão da ADPF 132 e da ADI 4277. Isso porque uma das consequências da união estável heteroafetiva é a possibilidade de sua conversão em casamento civil (art. 1.726 do Código Civil, que concretiza legalmente a parte final do §3º do art. 226 da CF/88). O máximo que se poderia dizer é que, *sem dizê-lo*

---

DJe 08.08.2011: “*Na linha da jurisprudência predominante no STJ, não é juridicamente impossível o pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. [...] Precedentes*”.

<sup>223</sup> STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.02.2010. No mesmo sentido, ampliando a fundamentação civilista e civil constitucional empregada: REsp 1.199.667/MT, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04.08.2011, que ratifica o trecho transcrito no corpo do texto e afirma que “*O art. 4º da [LINDB] permite a equidade na busca da Justiça*”, demandando o uso da analogia para reconhecimento da união estável homoafetiva.

<sup>224</sup> RODRIGUES JR., *Loc. Cit.*

*expressamente*, três votos aduziram que suposta diferenciação poderia haver na regulamentação da união homoafetiva relativamente à heteroafetiva, mas *a própria ementa do acórdão* pontua que os três ficaram vencidos nessa sua particular posição. Como se vê, o autor aqui criticado merecia condenação por litigância de má-fé, por alterar a verdade dos fatos a seu favor, se alegasse isso em processo judicial nessa sua afirmação leviana (art. 80, II, do CPC/2015).

Tanto o STF *não fez* o que Otavio Luiz Rodrigues Jr. lhe imputa que precedente do STJ *posterior* ao do STF sobre a união estável homoafetiva o aplicou precisamente para reconhecer tanto o *casamento civil* quanto a *adoção conjunta* por casais homoafetivos, usando o método Civil Constitucional, o que não teria feito se a Suprema Corte tivesse feito a afirmação que o autor absurdamente lhe imputa. Senão vejamos:

[...] 2. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.** [...] 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. [...] 5. **O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a ‘especial proteção do Estado’, e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.** 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. **A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias.** Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. **Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais,**

como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. [...]

(STJ, REsp 1.183.378/RS, 4ª T., Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 20 e 25.10.11, DJe 01.02.2012. G.n)

[...] III. **A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.** IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de **evidente a possibilidade jurídica do pedido**, o pedido de adoção ainda 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’. VI. 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. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo*’. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. **O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.** VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. (STJ, REsp 1.281.093/SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04.02.2013. Grifos nossos)

Para piorar, em nota de rodapé ao trecho aqui criticado, o autor fez teratológica e indefensável “analogia” entre uma interpretação “teológica” que negasse direitos civis em uma “sociedade fortemente submetida a paradigmas morais (como as islâmicas)” e a “hermenêutica teleológica”, o que supostamente serviria “para se interpretar ‘teologicamente’ normas

constitucionais que anuissem com o casamento homossexual, impedindo essas uniões em nome de Deus” (sic).<sup>225</sup> Com todo respeito, a “*comparação*” é *inepta e desrespeitosa*, além de ignorar a doutrina civilista clássica que afirma que não é qualquer semelhança que a justifica, pela exigência de que as situações sejam *idênticas no essencial*. Assim, a comparação é *inepta* porque indefensável de qualquer forma à luz do princípio da laicidade estatal (art. 19, I, da CF/88), que obviamente veda que fundamentações religiosas justifiquem discriminações jurídicas. É *inepta, ainda*, porque a decisão do STF sobre a união homoafetiva não invalidou nem desconsiderou texto da Constituição, apenas reconheceu a obviedade segundo a qual dizer que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher” é algo diferente de dizer que ela é reconhecida *apenas* entre o homem e a mulher, donde não há *limite semântico no texto* (proibição normativa) que impeça a exegese constitucional inclusiva da união homoafetiva no conceito constitucional e legal de união estável, por interpretação extensiva ou analogia.

Trata-se de algo basilar no Direito, especialmente a um civilista que diz lutar pela autonomia epistemológica do Direito Civil, pois a extensão de direitos por analogia (categoria civilista clássica) tem como pressuposto lógico que o texto normativo positivou um fato (no caso, o *fato heteroafetivo*, sobre a união estável entre homem e mulher) e nada dispôs sobre outro (aqui, o *fato homoafetivo*, sobre a união entre pessoas do mesmo sexo), enquanto basilar caracterização do instituto civilista da lacuna normativa de regras aplicáveis por silogismo.<sup>226</sup> Algo que uma leitura com atenção do autor aqui criticado ao acórdão mostraria pela emblemática afirmação do Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual “*O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do*

<sup>225</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 202.

<sup>226</sup> IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022, cap. 6, item 3. À luz da teoria tridimensional do Direito (“fato, valor e norma”, donde “norma = fato + valor”, ou seja, um fato valorado normativamente), defende-se o cabimento da interpretação extensiva ou da analogia para reconhecimento do direito ao casamento civil e união estável a casais homoafetivos, por serem regimes jurídicos destinados à regulamentação da *família conjugal* (o valor por eles protegido, enquanto *suporte fático/fato jurígeno* que justifica os preceitos respectivos), donde sendo a união homoafetiva uma família conjugal (vide o conceito ontológico de família exposto nos votos do Min. Fux e do Relator, Min. Ayres Britto). Cite-se que tal equação é subjacente às lições de Miguel Reale: “a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento *normativo*, que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato*, referida a valores determinados”, sendo preciso observar “a unidade ou a correlação essencial existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito. [...] Dizemos que o valor *constitui* a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, ‘cristalizações de valor’ ou ‘consustanciações de interesses’ (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 20.<sup>a</sup> Ed., 5.<sup>a</sup> tir., SP: Saraiva, 2008, p. 511 e 543).

*mesmo sexo*”.<sup>227</sup> Afirmação esta que consagra a notória lógica civilista da analogia, que o renomado civilista conservador aqui criticado tem obrigação de conhecer.

Tanto não há proibição legal à união homoafetiva que a doutrina *inventou* a teratológica “teoria da inexistência do ato jurídico” (que existiu no mundo fático) como forma de *contornar* a regra hermenêutica e legal pela qual não há nulidade sem texto pelo fato de o Código Civil Napoleônico, pós-Revolução Francesa, não ter previsto a nulidade do “casamento homossexual” (sic).<sup>228</sup> Sobre o tema, é preciso reconhecer essa verdadeira *antinomia teórica* da construção da “teoria da inexistência” com a máxima fundante do Direito Privado de que ninguém será proibido de fazer nada senão em virtude de lei.<sup>229</sup> E isso especialmente porque a “teoria da inexistência do casamento homoafetivo” se fundamenta em verdadeira *petição de princípio* (tautologia),<sup>230</sup> porque afirma ser “indispensável” a diversidade de sexos ao casamento civil e à família conjugal em geral (atualmente, também a união estável) sem nenhuma fundamentação para tanto *apesar* de se reconhecer que a lei isto não dizia e, assim, não proíbe expressamente o casamento civil homoafetivo.<sup>231</sup> E isso *ao mesmo tempo* em que

<sup>227</sup> P. 187 do PDF do acórdão eletrônico da ADPF 132/ADI 4277.

<sup>228</sup> Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa bem sintetiza a malfadada teoria ao afirmar que ela quer exprimir que o “ato inexistente” tem aparência material, mas não teria “conteúdo jurídico”. Afirma ser inegável o fato de o jurista encontrar, “perplexo”, casos de inexistência “na enorme variedade de fenômenos que o cercam”, donde aceita como válida a “teoria da inexistência do ato jurídico”. Aponta que o casamento civil somente é inválido quando a lei o declara de modo expresse, mas “situações absurdas” deveriam ser reconhecidas como “inexistentes”, por supostamente ausentes “requisitos elementares a sua existência”, que configurariam mera aparência de casamento, mas não casamento em si. Exemplifica com o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que a lei não veda mas que, a seu ver, não poderia ser reconhecido como válido porque seria “absurdo” reconhecer o contrário. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, 4.<sup>a</sup> Ed., SP: Atlas, 2004, p. 119-120 e 605.

<sup>229</sup> Desenvolvendo esta crítica: IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 11.

<sup>230</sup> “Observa-se uma explicação tautológica, na qual a suposta impossibilidade sustentada pelos autores [ao casamento civil homoafetivo] possui como fundamento a construção de tal entendimento pela própria literatura, configurando-se, dessa forma, uma postura dogmática, que, nos dizeres de *Lyra Filho*, se pretende ‘verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate e, assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor qualquer alternativa’. A diversidade de sexos dos celebrantes do casamento se apresenta como um tabu, característica excluída das possibilidades de discussão e re-significação perante o ordenamento jurídico. [...] *Luiz Edson Fachin*, nesse sentido, afirma: ‘A diversidade de sexos é colocada pela doutrina como um requisito de existência do casamento. Elementos de ordem moral aparecem, marcados por uma descrição do sistema na ‘família legítima’. Uma definição lida à luz de um texto implícito na Constituição Federal que seria: ‘O casamento é a união de um homem e uma mulher para constituírem uma família’. *Vê-se o que ali não está, mas se mostra aos olhos da doutrina clássica*. Verifica-se, dessa forma, a incongruência da repetição clássica da necessidade de diversidade de sexos para a celebração do casamento, em especial quando se constata a repersonalização do Direito de Família, com base em princípios constitucionais, situação paradigmática essa cada vez mais refletida na sociedade e nas manifestações jurisprudenciais”. MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**, SP: LiR, 2008, p. 73 e 140-141.

<sup>231</sup> V.g.: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 22.<sup>a</sup> Ed., 2.<sup>a</sup> tir., SP: Saraiva, 2007, p. 52: “O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes (CC, arts. 1.514, 1.517, 1.565; CF, art. 226, § 5.<sup>o</sup>), *embora não haja nenhuma referência legislativa a respeito*, ante a sua evidência essa condição impõe-se por si mesma. Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nerus e

sempre foi consensual na doutrina civilista clássica e contemporânea que a ausência de capacidade procriativa nunca foi fundamento para não se reconhecer uma união heteroafetiva como família.<sup>232</sup> Assim, é contraditório dizer que a ausência de possibilidade de procriação biológica decorrente de ato sexual entre si seria “fundamento jurídico” para não se reconhecer a união homoafetiva como família e negar-lhe os regimes jurídicos do casamento civil e da união estável.

Como se vê, a “teoria da inexistência” de atos que existiram no mundo fático viola os princípios da legalidade lata e da segurança jurídica, por fraudar a regra de que *não há nulidade sem texto*, substituindo-a pelo subjetivismo do(a) intérprete, algo inadmissível, pois a dogmática admite ir além do texto normativo para garantir direitos, nunca para restringi-los (restrições de direito interpretam-se de maneira estrita ou restritiva, nunca extensiva).

Por outro lado, como bem pontua Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, *interpretar a Constituição não é ativismo judicial*,<sup>233</sup> ao menos no sentido pejorativo usualmente atribuído a tal expressão, como decisão que usurpa a competência do Parlamento,<sup>234</sup> ou, no mínimo, que atua em área que inicialmente seria de competência de um dos outros *Poderes*.<sup>235</sup> Não se pode entender a decisão do STF aqui comentada como “ativista” neste sentido pejorativo. Afinal, reitere-se, *o fato de a Constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil ou estável entre casais homoafetivos* (Min. Gilmar Mendes, *supra*), razão pela qual concluiu no sentido de que:

A inexistência de expressa vedação constitucional à formação de uma união homoafetiva, a constatação de sua aproximação às características e finalidades das demais formas de entidades familiares e a sua compatibilidade, *a priori*, com os fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação do desenvolvimento do indivíduo, da segurança jurídica, da igualdade e da vedação à discriminação por sexo e, em

---

Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á *casamento inexistente*, uma farsa. Absurdo seria admitir--se matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial”.

<sup>232</sup> Sempre se afirmou que não é causa de anulação de casamento a chamada *incapacidade generandi*, ou seja, a esterilidade, mas somente a denominada *incapacidade coeundi*, ou seja, à prática do ato sexual – e isso só se tal incapacidade fosse desconhecida do(a) outro(a) cônjuge antes do casamento civil. Só aí seria o caso enquadrado na causa de anulação de casamento do *erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge* do art. 218 do CC/1916 – atual art. 1.556 do CC/2002. O tema será desenvolvido adiante.

<sup>233</sup> MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial** (ou “ADPF 132 e ADPF 178 buscaram uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição”). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso: 1º jan. 2012.

<sup>234</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. 2ª tir., SP: Saraiva, 2010, p. 107. Ativismo judicial como “disfunção no exercício da função jurisdicional em detrimento, notadamente, da função legislativa”.

<sup>235</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do [STF]**, BH: Fórum, 2010, p. 18. Ativismo judicial como “conduta invasiva das competências dos demais poderes e, por que não dizer, arbitrária, porque seria implementada ao arrepio do que a própria Constituição fixa quando cuida da divisão do exercício do Poder”.

sentido mais amplo, por orientação sexual apontam para a possibilidade de proteção e de reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo gênero no atual estágio de nosso constitucionalismo”, pois “há um tipo de inércia legislativa relacionada a um dever de proteção de direitos fundamentais básicos, de direitos de minoria. Isso reivindica, então, a atuação da Corte.”<sup>236</sup>

Também desconsidera a fundamentação concreta do STF a tola ironia da crítica relativa ao art. 1.723 do CC/2002, quando diz que “interpretou-se *conforme à Constituição* uma norma de direito ordinário que era *conforme à Constituição* (§3º do art. 226, CF/1988) com base no fato de que ela seria *conforme a Constituição*” (sic).<sup>237</sup> Ora, diversos votos afirmaram que o §3º do art. 226 da CF/88 não proíbe expressamente a união estável homoafetiva, ao passo que a interpretação sistemática da Constituição deste dispositivo com a vedação de discriminações de quaisquer espécies do art. 3º, IV, demanda concluir pela necessidade de reconhecimento da possibilidade jurídica da união estável homoafetiva. Por outro lado, como o art. 226, §3º, da CF/88 foi interpretado sistematicamente de forma a não-proibir o reconhecimento da união estável homoafetiva, então o art. 1.723 do Código Civil não pode ser interpretado como proibindo-a, como geralmente era. Ainda que fosse “norma de mera repetição” (o que não é, por não ter redação idêntica, pela lei trazer requisitos da união estável que não estão na Constituição), ainda que o fosse seria legítimo o uso da interpretação conforme porque se a “norma repetida” (art. 226, §3º, da CF/88) foi interpretada como não-proibindo o reconhecimento da união estável homoafetiva, então a “norma repetidora” não pode ser interpretada dessa forma.<sup>238</sup> Logo, o que a crítica fez foi um argumento de espantinho que desconsidera a fundamentação real do STF.

Como se vê, tanto a constitucionalização formal, que impõe o reconhecimento de direitos antes não reconhecidos pela jurisprudência, quanto a hermenêutica constitucional pautada nos princípios da máxima efetividade e da unidade da Constituição contra simplórias interpretações de dispositivos isolados que contrariam até mesmo a basilar lógica civilista da lacuna normativa colmatável por analogia justificam o fenômeno do Direito Civil Constitucional em sua vertente da força normativa da Constituição. Isso no sentido do caráter das normas constitucionais como normas jurídicas imediatamente aplicáveis independente de intermediação legislativa e da irradiação das normas constitucionais, em especial de seus princípios, na interpretação do Direito infraconstitucional. Quem nega isso está fechando os

<sup>236</sup> Cf. ADPF 132 e ADI 4.277, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 54.

<sup>237</sup> RODRIGUES JR., *Op. Cit.*, p. 200-203.

<sup>238</sup> IOTTI, *Op. Cit.*, cap. 9, item 3.1.

olhos à realidade objetiva em prol de idílicas e ingênuas teses justificáveis apenas por um platônico mundo das ideias.

## 6. Conclusão.

O *Direito Civil tradicional* foi criado visando a regulamentação das relações patrimoniais e pessoais de particulares à luz da autonomia privada, enquanto autonomia da vontade à qual se reconhece validade jurídica, numa época de dicotomia rígida entre Direito Público e Direito Privado. Não obstante se defenda que a dicotomia persiste, ela está evidentemente muito mitigada, parecendo mais coerente falar em *normas de ordem pública e de Direito Público* e normas de ordem privada em todos os ramos do Direito, ante o Direito Civil também ser recheado de normas de ordem pública em todos os seus âmbitos. O problema do Direito Civil tradicional foi sua compreensão de forma puramente patrimonializante e que consagrava como sujeito de direito uma *pessoa ideal*, fruto de abstração metafísica que não correspondia às pessoas comuns do povo, no paradigma da pessoa mediana (“homem médio”).

Por isso, por intermédio de uma teoria crítica do Direito, o movimento em prol da *Repersonalização do Direito Civil* realiza uma reinterpretação das categorias, dos conceitos e dos institutos do Direito Civil para que sejam interpretados(as) em um sentido que dê primazia à pessoa humana na concretização dos dispositivos legais relativos à regulamentação das relações pessoais e patrimoniais privadas, em oposição ao sentido patrimonializante que prevaleceu na interpretação hegemônica do Código Civil de 1916. Daí o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil, decorrente da colocação da pessoa humana como centro e fundamento dos direitos subjetivos e obrigações legalmente impostas pela legislação civil, bem como de todos os seus institutos fundamentais (sujeito de direito, objeto, dever jurídico, capacidade, legitimidade, forma prescrita ou não defesa em lei, vontade e vícios que geram nulidade ou anulabilidade dos atos e negócios jurídicos – antigas nulidades absoluta e relativa).

Embora seja possível um *Direito Civil Antidiscriminatório*, por intermédio de uma interpretação não-discriminatória que, por interpretação extensiva ou analogia, reconheça direitos a pessoas que não se enquadram nos grupos sociais objeto de regras legais positivadas enquanto sujeitos de direito, não se pode deixar de reconhecer os limites disso. Isso porque quando a lei efetivamente diferencia o tratamento jurídico de forma arbitrária, tratando de forma desigual situações que são idênticas ou equivalentes, não é possível que uma hermenêutica infraconstitucional resolva o problema, ante ser absolutamente hegemônico a impossibilidade de uma interpretação corretiva ou ab-rogante do Direito fora dos cânones da interpretação

sistemática e teleológica, por ausência de lacuna nas leis sobre o tema. Nesses casos, a invalidade da discriminação legal arbitrária só pode ser feita pelo controle de constitucionalidade ou de convencionalidade das leis, sendo que historicamente o controle de constitucionalidade foi que consagrou o Direito Antidiscriminatório, à luz dos princípios da igualdade e da não-discriminação, para invalidar distinções legais arbitrárias.

O exemplo da interpretação *com temperamento* da cláusula de inalienabilidade à luz do art. 1.676 do CC/1916 (STJ, REsp 10.020, 4ª T., Rel. Min. Cezar Asfor Rocha, j. 09.9.1996) é exemplo emblemático da interpretação à luz da repersonalização do Direito Civil à luz da sua autonomia epistemológica e da desnecessidade do Direito Civil Constitucional se adotado esse paradigma da primazia da pessoa enquanto princípio fundamental teleologicamente implícito ao Direito Civil. Isso porque se excepcionou norma de cunho textual taxativo para admitir a alienação de imóvel para fins de proteção da pessoa humana, ao não permitir que tal cláusula fosse usada para proteção da propriedade imobiliária como um fim em si mesmo, à luz da interpretação teleológica da função dela na proteção da pessoa humana. Algo que se justifica à luz da famosa e célebre máxima de hermenêutica clássica de Carlos Maximiliano, pela qual *o Direito deve ser interpretado de forma inteligente, a fim de que a lei não prescreva absurdos, inconveniências ou incoerências*, inclusive por decorrência de *conhecimento imperfeito* do Legislativo sobre o tema.<sup>239</sup> Com isso, pode-se extrair o princípio interpretativo pelo qual um rol taxativo pode ser excepcionado, admitindo interpretação extensiva, quando isso for indispensável à proteção da pessoa humana enquanto princípio geral de Direito e finalidade (teleologia) imanente ao Direito Civil em sua autonomia epistemológica.

O exemplo do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e união estável constitucionalmente protegida é exemplo paradigmático da importância do Direito Civil Constitucional para o reconhecimento de direitos, no caso, do casamento civil homoafetivo. Isso porque, embora a tese jurídica seja rigorosamente a mesma, não havia precedentes na jurisprudência que reconheciam o direito ao casamento civil homoafetivo e isso mesmo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,<sup>240</sup> único do país que tinha jurisprudência consolidada em prol do reconhecimento da união estável homoafetiva, por analogia, mas que teve pelo menos dois precedentes em que negou o direito ao casamento civil homoafetivo.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª Ed., 12ª tir., RJ: Forense, 2007, p. 136.

<sup>240</sup> TJRS, Apelação Cível n.º 70025659723, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 11.09.2008, e Apelação Cível n.º 70030975098, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 30.09.2009.

<sup>241</sup> Para crítica dessas decisões: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A Família Juridicamente Protegida, a Lei Maria da Penha e a Proteção Constitucional da Família Homoafetiva** – Equívocos dos Julgamentos do TJRS

Nesse sentido, a interpretação sistemática da Constituição pelo STF para reconhecer a união estável homoafetiva foi fundamental para o reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo por Juízos de Registros Públicos, mediante conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamentos civis e, posteriormente, casamento civil direto (independente de prévia união estável) antes do CNJ pacificar o tema pela Resolução 175/2013. Várias decisões, inclusive voto concordante do STJ no reconhecimento do direito ao casamento civil homoafetivo (REsp 1.183.378/RS, j. 20 e 25.10.2011, DJe 01.02.2012), expressamente pontuar que *se o STF entendeu* que a expressão “entre o homem e a mulher” não impede o reconhecimento da união estável homoafetiva, por igualdade de razões não impede o casamento civil homoafetivo (por caracterizar mera lacuna normativa colmatável por interpretação extensiva ou analogia).

O fato de, no Brasil, a reparação do dano moral puro, por independente de reflexos patrimoniais, só ter se efetivado com a imposição constitucional nesse sentido do art. 5º, X, da CF/88, ratificada pela expressa previsão do art. 186 do CC/02, não obstante a redação do art. 159 do CC/1916 falasse da reparabilidade de qualquer *dano causado a outrem*, sem limitação, constitui outra prova de que a *constitucionalização formal* do Direito é relevante para superar resistências da dogmática infraconstitucional, no caso, da dogmática civilista que não reconhecia tal reparabilidade, por compensação pecuniária, no Direito infraconstitucional pretérito.

## REFERÊNCIAS

ABILIO, Viviane da Silveira. **A cláusula de inalienabilidade e motivação**. In: Civilistica.com || a. 2. n. 4. 2013 (p. 10). Disponível em: <<file:///C:/Users/paulo/Downloads/131-Texto%20integral-207-1-10-20180518.pdf>>. Acesso: 25 jul. 2023.

ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao Direito**. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito, 6ª Ed., SP: RT, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre T. Gomes Trivisonno, RJ: Grupo GEN, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, SP: Malheiros, 2008.

---

que Negaram o Direito ao Casamento Civil Homoafetivo. *Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões*, ano XII, n.º 16, jun.-jul. 2010, p. 93-117.

ARAUJO, Nadia de. **A autonomia da vontade no direito brasileiro e sua expansão para o direito de família internacional**: as novidades na área de cobrança de alimentos internacionais. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Claudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil*, 2ª Ed., SP: RT, 2014, p. 423-440.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**, SP: Saraiva, 2000.  
ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2. ed. SP: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, SP: Malheiros, 2008.

BADR, Eid. **A Autonomia Privada à luz do Direito Comunitário** – a formação do Direito Civil Comunitário. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional*, SP: Malheiros, 2002, p. 93-160.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial, 4ª Reimpr., BH: Forum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 11ª Ed., SP: Saraiva, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira, 8ª Ed., RJ: Renovar, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 6ª Ed, 15ª Reimp Trad Torrieri Guimarães. SP: Martin Claret, 2015.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. De Acordo com o Novo Código Civil, SP: Atlas, 2005.

BENTO, Berenice. **O que é a Transexualidade**, SP: Brasiliense, 2008.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. Trad. Karina Jannini, SP: Martins Fontes, 2007.

BRANCO, Luciana Temer Castelo. **O Feminino e o Direito à Igualdade: Ações Afirmativas e a Consolidação da Igualdade Material**. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al.* *Manual dos Direitos da Mulher*, SP: Saraiva, 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Novo Código Civil**. Exposição de Motivos e Texto Sancionado. 2ª Ed., Brasília, 2005. Disponível: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>>. Acesso: 25.07.2023.

BUSTAMANTE, Thomas. **A triste história do juiz que acreditava ser Hércules**. In: OMMATI, José Emílio Medauar. Ronald Dworkin e o direito brasileiro. Coleção Teoria Crítica do Direito, Vol. 2, 2ª Ed., BH: Conhecimento, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **IV Jornada de Direito Civil**. Org. Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2007. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>>. Acesso: 25.07.2023.

CALABRESI, Steven G. **A Critical Introduction to the Originalism Debate**. In: THE FEDERALIST SOCIETY. Originalism. A Quarter Century of Debate, Washington: Regnery Publishing Inc, 2007, p. 01-45.

CAMPOS, Amini H. CORRÊA, Lindinalva R. **Direitos Humanos das Mulheres**, Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

CICCO, Maria Cristina de. **Breves palavras sobre a constitucionalização do Direito Civil na perspectiva de Pietro Perlingieri**. In: PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco, RJ: Renovar, 2008.

CICCO, Maria Cristina de. **O ‘novo’ perfil do direito à identidade pessoal: o direito à diversidade**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. CICCO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). **Direito Civil na Legalidade Constitucional. Algumas Aplicações**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 241-257.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**, Trad. Afonso Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva. O Preconceito & a Justiça**, 5ª Ed., SP: RT, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Teoria da Validade e da Interpretação do Direito, 2ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DIAS, Joaquim José de Barros. **Direito Civil Constitucional**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**, SP: Malheiros, 2002, p. 13-58.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed., Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 22.ª Ed., 2.ª tir., SP: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 11.<sup>a</sup> Ed., SP: Saraiva, 2005.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Fundamentação em torno da chamada *Drittwirkung* dos direitos fundamentais**. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Claudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2<sup>a</sup> Ed., SP: RT, 2014, p. 91-124.

DWORKIN, Ronald. **Levando o Direito a Sério**. Trad. Nelson Boeira. SP: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2<sup>a</sup> ed. Trad. Jefferson L. Camargo. SP: Martins Fontes, 2007

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos e Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica: Alonso Reis Freire. SP: Martins Fontes, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. **A Família no Direito Civil Brasileiro**, RJ: Gazeta Judiciária, 1954.

ERICHSEN, Hans-Uwe. **A eficácia dos direitos fundamentais na Lei Fundamental Alemã no direito privado**. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Claudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2<sup>a</sup> Ed., SP: RT, 2014, p. 21-30.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, 2<sup>a</sup> Ed., RJ: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**, 3<sup>a</sup> Ed., Renovar: 2012.

FERRAZ JR., Tércio S. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação, 4<sup>a</sup> Ed., SP: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 32<sup>a</sup> Ed., SP: Saraiva, 2006.

FURTADO, Gabriel Rocha. **Por um Novo Método Hermenêutico?** In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. CICCIO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Algumas Aplicações, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 163-177.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. Guarda Compartilhada à luz da Lei nº 11.698/08. Família, Criança, Adolescente e Idoso, SP: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral, Vol. I, SP: Saraiva, 2008.

GRUNDMANN, Stefan. **Qual a unidade do direito privado?** De uma concepção formal a uma concepção material do direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Cláudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª Ed., SP: RT, 2014, p. 233-262.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**, 45ª Ed., RJ: Forense, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional e Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IOTTI, Paulo. **Constituição Dirigente e a Concretização das Imposições Constitucionais ao Legislativo**. A Eficácia Jurídica Positiva das Ordens Constitucionais de Legislar e dos Mandados de Criminalização em particular, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022.

IOTTI, Paulo. **Manual da Homoafetividade**. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos, 4ª Ed., Bauru: Spessoto, 2022.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad.: Leopoldo Holzbach. SP: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. SP: Martins Fontes, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. **Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil**: o Intérprete na Doutrina de Pietro Perlingieri. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. CICCIO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Algumas Aplicações, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 71-86.

KUHLEN, Lothar. **La Interpretación Conforme a la Constitución de las Leyes Penales**. Tradução de Nuria Pastor Muñoz. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

LEAL, Fernando. **Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional**. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, Ano 9, n. 33. Out-Dez 2015, p. 123-165. Disponível em: <[https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24323/Seis\\_objecoes\\_ao\\_direito\\_civil\\_constitucional.pdf](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24323/Seis_objecoes_ao_direito_civil_constitucional.pdf)>. Acesso: 25.07.2023.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal, BH: Fórum, 2010.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade**, SP: Almedina Brasil, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, V. 1, 9ª Ed., SP: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**, V. 5, 10ª Ed., SP: Saraiva, 2020.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**, V. I, 7ª Ed., RJ, Freitas Bastos, 1989.

MARINONI, Luiz G.; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. SP: RT, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 19ª Ed., 12ª tir., RJ: Forense, 2007.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **A Constitucionalidade do Casamento Homossexual**, SP: LTr, 2008.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial** (ou “ADPF 132 e ADPF 178 buscam uma interpretação adequada de direitos já existentes na Constituição”). Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=554>> Acesso: 1º jan. 2012.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3.ª Ed., 11.ª tir., Maio-2003, SP: Malheiros, p. 38-42.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas**. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Claudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª Ed., SP: RT, 2014, p. 31-56.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas, Tomo I, SP: Bookseller, 2000; MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Bens. Fatos Jurídicos, T. II, SP: Bookseller, 2000.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Edson Bini. SP: Edipro, 2004, p. 195.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ª Ed., SP: Atlas, 2006.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**, SP: ContraCorrente, 2020.

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. **A decisão ‘Lisboa’ do Tribunal Constitucional Federal Alemão** – Implicações para a política europeia. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Cláudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª Ed., SP: RT, 2014, p. 125-142.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias. **Constitucionalização e Recivilização Constitucional do Direito Civil**. Um mapeamento atual. In: MENEZES, Joyceane B. de. CICCIO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco I. Lima (Coord.). **Direito Civil na Legalidade Constitucional. Algumas Aplicações**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 61-70.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **Reflexos da Constitucionalização nas Relações de Família**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**, SP: Malheiros, 2002, p. 284-314.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. **Reflexos da Constitucionalização nas Relações de Família**. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Direito Civil Constitucional**, SP: Malheiros, 2002, p. 282-314.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, 2.ª Ed., RJ: Forense, 1975.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 2ª Ed., SP: Saraiva, 2012.

PESSÔA, Fernando José Breda. **Contratos, Autonomia da Vontade e Perspectiva Comunitária**. In: NALIN, Paulo (coord.). **A Autonomia Privada na Legalidade Constitucional**, Curitiba: Juruá, 2006, p.103-130.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco, RJ: Renovar, 2008.

RAMOS, André Luiz Arnt. **Direito Civil Contemporâneo: entre acertos e desacertos, uma resposta aos críticos**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. CICCIO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). **Direito Civil na Legalidade Constitucional. Algumas Aplicações**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 39-49.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. Parâmetros Dogmáticos. 2ª tir., SP: Saraiva, 2010.  
RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. **Autonomia Privada e Autonomia da Vontade em face das Normas Constitucionais**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito Civil Constitucional**, SP: Malheiros, 2002, p. 76-92.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.**, Trad. Álvaro de Vita, SP: Martins Fontes, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, Trad.: Jussara Simões, Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita, SP: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 20.<sup>a</sup> Ed., 5.<sup>a</sup> tir., SP: Saraiva, 2008.

REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**, 27.<sup>a</sup> Ed., 4.<sup>a</sup> tir., SP: Saraiva, 2004.

REALE, Miguel. **Visão Geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod\\_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf)>. Acesso: 22.07.2023.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a Homossexualidade no Direito brasileiro e Norte-Americano**, Porto Alegre: RT, 2002.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais, RJ: Forense, 2019.

ROSSI, Amanda. “**Monstro, bichinha, prostituta**”: como a Justiça condenou a 1ª cirurgia de mudança de sexo no Brasil. BBC Brasil, 28 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187>>. Acesso: 25.07.2023.

SÃO PAULO. Conselho Regional de Psicologia. **Pela despatologização das identidades trans (travestis, transexuais e transgêneros)**. CRP/SP, 16 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.crp.org.br/noticia/view/1903/pela-despatologizacao-das-identidades-trans-travestis-transexuais-e-transgeneros>>. Acesso: 25.07.2023.

SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 6ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo W. **A influência dos direitos fundamentais no direito privado**: notas sobre a evolução brasileira. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Claudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2ª Ed., SP: RT, 2014, p. 57-90.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**, 7ª Ed., Salvador: JusPodvim, 2019.

SARLET, Ingo W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 2.<sup>a</sup> Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo W. (org.), **Dimensões de Dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHAPP, Han. **As fronteiras da liberdade**. In: GRUNDMANN, Stefan. MENDES, Gilmar. MARQUES, Cláudia Lima. BALDUS, Christian. MALHEIROS, Manuel (org.). **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil, 2.<sup>a</sup> Ed., SP: RT, 2014, p. 151-164.

SLAIB FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>>. Acesso: 25.07.2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, ano 91, V. 798. SP, abr. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. SP: Malheiros, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas Esparsas sobre o Direito Civil na Legalidade Constitucional**. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. CICCIO, Maria Cristina de. RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (Coord.). **Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Algumas Aplicações, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 205-218.

TORRANO, Bruno. **Democracia e Respeito à Lei**. Entre Positivismo Jurídico e Pós-Positivismo, RJ: Lumen Juris, 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **A Família Juridicamente Protegida, a Lei Maria da Penha e a Proteção Constitucional da Família Homoafetiva** – Equívocos dos Julgamentos do TJRS que Negaram o Direito ao Casamento Civil Homoafetivo. Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões, ano XII, n.º 16, jun.-jul. 2010, p. 93-117.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral, 4.<sup>a</sup> Ed., SP: Jurídica Atlas, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**. Mudanças no Registro Civil, SP: RT, 2009.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo**, 2.<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Atlas, 2012.

WALDRON, Jeremy James. **Law and Disagreement**. S.l.: OUP Clarendon Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, p. 1.348-1.406. Disponível em: <<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/9638>>. Acesso: 25.07.2023.

## A FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS CÓDIGOS CIVIS DO ESTADO DE LUISIANA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DO BRASIL

Pedro Henrique da Silva Bezerra<sup>242</sup>

Pietro Nardella-Dellova<sup>243</sup>

### RESUMO

Este artigo trata da formação histórica dos Códigos Civis do estado de Luisiana nos Estados Unidos da América e do Brasil, expondo os acontecimentos e elementos que ocasionaram a maneira como cada um desses diplomas civis fosse construído, apontando as influências comuns, a despeito das conhecidas diferenças culturais e geográficas, desde a gênese até a atualidade, com o uso de artigos científicos e de obras da doutrina atinente ao tema de Direito Civil e História do Direito.

**Palavras-chave:** Direito Civil. História do Direito. Codificação. Formação histórica.

### ABSTRACT

This article approaches the historical formation of the Civil Codes of the state of Louisiana in the United States and of Brazil, exposing the occurrences and elements that gave rise to the manner in which each one of these civilian laws were built upon, pointing out the common influences, despite of the perceived cultural and geographical differences, from the genesis through to the present, with the use of scientific articles and doctrinal works regarding to the theme of Civil Law and Law History.

**Keywords:** Civil Law. Law History. Codification. Historical formation.

## 1. INTRODUÇÃO

Há, já por algum tempo, um entrelaçamento entre as chamadas famílias ou sistemas de Direito ocidental conhecidas respectivamente *civil law* e *common law*.

Esse entrelaçamento entre os dois sistemas tem aumentado, ambos atuando de maneira recíproca,<sup>244</sup> como uma via de mão dupla, embora cada uma mantendo certas características intactas.

---

<sup>242</sup> Pedro Henrique da Silva Bezerra, professor de inglês e bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta.

<sup>243</sup> Orientação

<sup>244</sup> O notável e saudoso filósofo do Direito, Miguel Reale, assinala que o *common law* e o *civil law* são, na verdade, “expressões culturais diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law*, por sua vez, os precedentes judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 142-143. No mesmo sentido, René David salienta que há uma tendência de aproximação nos métodos usados nos dois sistemas. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª ed. Lisboa: Meridiano, 1978, p. 48. Ainda no

Como exemplo da família ou sistema de *common law*, os Estados Unidos da América são mencionados, com a ressalva de que lá há um estado, dentre seus cinquenta, que adota não o sistema de *common law*, mas o de *civil law*: Luisiana.<sup>245</sup>

Conforme se demonstrará, esse estado já há muito tem feito uso de um sistema híbrido, combinando características de *civil law* assim como de *common law*.

Esse estado pertencia à França antes de ser comprado pelos Estados Unidos após a Guerra de Secessão.

A influência do direito romano-germânico foi crucial para a história jurídica do estado de Luisiana, influência esta que continua, embora com a adição de contornos do *common law*, até os dias de hoje.

O Brasil é um país que adota – ou adota principalmente – o sistema de *civil law* e, portanto, traz a mesma raiz histórica do direito romano-germânico, assim, é interessante observar o que a influência, apesar da distância geográfica e cultural, gerou entre esses países do continente americano no que tange ao Código Civil brasileiro e o Código Civil do estado de Luisiana nos Estados Unidos da América.

O objetivo do presente artigo é apresentar, ainda que brevemente, as bases históricas que formaram – ou legaram – o *civil law* no estado da Luisiana em comparação com o que ocorreu no Brasil. Para tal desiderato, apresentaremos as classificações e distinções entre *civil law* e *common law*; então, traçaremos um breve histórico da formação do *civil law* em Luisiana, bem como no Brasil; por fim, elencaremos, de maneira exemplificativa, alguns institutos presentes no atual Código Civil da Luisiana e verificaremos a correspondência entre os deste com os do Código Civil brasileiro de 2002.

## 2. CLASSIFICAÇÕES DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Embora muito repisadas pelas faculdades de Direito nas disciplinas propedêuticas, em razão da matéria a ser tratada neste artigo, as classificações dos sistemas de *civil law* e *common law* faz-se necessária, para que não reste dúvida acerca delas à frente.

---

mesmo sentido, reconhece-se a aproximação entre o *civil law* e a *common law*, devido à valorização da jurisprudência pelo primeiro sistema, e à valorização das leis pelo segundo. AGUIAR, Renan. *História do direito*. Coordenador MACIEL, José Fabio Rodrigues. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

<sup>245</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 20. Também em DAVID, René, cit., p. 94.

A designação *civil law* foi criada pelos anglo-saxões para chamar o que geralmente se chama de sistema romano-germânico (ou romanista), em oposição a seu sistema, o *common law*.<sup>246</sup>

Por sua vez, a designação “romano-germânico” foi criada para atribuir um senso de unidade científica aos esforços acadêmicos operados simultaneamente em países latinos e germânicos.<sup>247</sup>

Espalhou-se pela Europa em razão da colonização, ou porque alguns países optaram voluntariamente por esse sistema, pois necessitavam modernizarem-se ou ocidentalizarem-se, uma vez que suas culturas já haviam sido permeadas por ideias europeias.<sup>248</sup>

O direito romanista, termo utilizado por John Gilissen, abarca os direitos da Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Alemanha, Áustria, Suíça, Bélgica, Países Baixos, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega, Escócia; dos países da América Latina; dos países africanos colonizados pela França, Bélgica, Portugal; da África do Sul; da província de Quebec no Canadá; e do estado de Luisiana<sup>249</sup>, objeto deste artigo. René David sustenta que Japão, Indonésia e Oriente Médio adotam o direito romano-germânico.<sup>250</sup>

O direito romano-germânico possui como característica a primazia da lei.<sup>251</sup> A lei como principal fonte do direito tornou-se praxe nos países europeus no século XIX.<sup>252</sup> Atualmente, contudo, deve-se considerar como fontes do direito as normas constitucionais e infraconstitucionais – nestas, inclusas as leis em sentido estrito, decretos, etc. –, a jurisprudência, a doutrina e os costumes.

O *common law* é o sistema de direito originário da Inglaterra e dos direitos que foram informados a partir desse direito inglês.<sup>253</sup>

<sup>246</sup> GILISSEN, John, cit., p. 20.

<sup>247</sup> DAVID, René, cit., p. 46. No mesmo sentido, GILISSEN, John, cit., p. 20.

<sup>248</sup> DAVID, René, cit., p. 46.

<sup>249</sup> *Introdução histórica ao direito*, cit., p. 20.

<sup>250</sup> *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 55.

<sup>251</sup> DAVID, René, cit., p. 119. O autor, à mesma página assinala que a lei, “considerada lato sensu, é aparentemente, nos nossos dias, a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países da família romano-germânica. Todos estes países surgem como sendo países de direito escrito [...]”.

<sup>252</sup> GILISSEN, John., cit., p. 20.

<sup>253</sup> DAVID, René, cit., p. 47. John Gilissen salienta que “a expressão *common law* é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; chamaram-lhe, aliás, durante vários séculos *comune ley* (lei comum), porque os juristas ingleses continuaram a servir-se do francês, o *law French*, até ao século XVIII.” GILISSEN, John, cit., p. 207.

O *common law* é, em sua origem, um direito eminentemente jurisprudencial, desenvolvido pelos juízes reais, cujos precedentes judiciais sustentavam sua autoridade, e a lei não tinha papel preponderante em sua evolução.<sup>254</sup>

Portanto *common law* é, quando de sua formação, um sistema de direito judicial com forte apego aos precedentes, e por essa razão, os juízes são as figuras centrais para a autoridade desse sistema. De maneira geral, atribui-se a esse sistema o domínio nos Estados Unidos. Por outro lado, o *civil law*, de raiz romano-germânica, repousa sua autoridade sobre a lei, ou melhor dizendo, sobre o direito escrito, vale dizer, aquele criado pelos legisladores, que, para este sistema, são as figuras centrais.

Sem embargo dessas asserções, o *civil law* tem exercido sua influência sobre o direito nos Estados Unidos desde seu início.<sup>255</sup> Especialmente, no caso de Luisiana, assevera-se que o sistema em vigor na Luisiana é o *civil law*, com certos temperos de *common law*. Dá-se o nome de “jurisdição mista”<sup>256</sup> a esse sistema híbrido, no qual os dois sistemas se entrelaçam, com seus inevitáveis conflitos e benéficas integrações.<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> GILISSEN, John, cit., p. 206.

<sup>255</sup> O direito estadunidense foi influenciado pelo *civil law* de três maneiras: i) prescrevendo ideias sistemáticas para os redatores e indiretamente afetando a substância do direito por meio de generalizações sistemáticas na qual redatores, e cortes os acompanhando, dedicaram-se a incutir preceitos de *common law*, ou dos quais eles procuravam encontrar novos preceitos diante da falta de pronunciamentos satisfatórios do *common law*; ii) recorrendo ao direito comparado onde preceitos do direito inglês não eram aplicáveis ou na falta de autoridade do *common law*, e; iii) através de um movimento após a revolução americana e no começo do século 19, por um direito americano e um código baseado no direito francês, liderando por algum tempo em alguns estados para um grande uso de autoridades francesas, não meramente sobre questões de direito comercial, mas sobre questões gerais de direito privado. POUND, Roscoe. Influence of civil law in America. In *Louisiana Law Review*, v. 1, n. 1, 1-16, 1938, p. 7.

<sup>256</sup> Entende-se *mixed jurisdiction* (ou *mixed system*) como aquele no qual “duas ou mais tradições legais, ou partes delas, atuam simultaneamente dentro de um único sistema legal”. PALMER, Vernon Valentine. Mixed legal systems... and the myth of pure laws. In *Louisiana Law Review*, v. 67, n. 4, 1205-1218, 2007, p. 1206-1207.

<sup>257</sup> Argumenta-se que não há, verdadeiramente, sistema de direito puros, isto é, absolutamente *civil law* ou absolutamente *common law*, ou qualquer outro, embora alguns afirmem isso. Palmer assinala que “a razão não está inteiramente clara. O Eurocentrismo talvez exerça um papel, e mentalidades arraigadas são difíceis de se mudar. Qualquer que seja a razão, entretanto, nós estamos certamente nos engajando em simplificações demasiadas, que omitem a realidade. Primeiro, sem dizê-lo abertamente, estamos usando o direito privado como um substituto para julgar sistemas legais inteiros. Obviamente, quando nós usamos significantes como ‘common law’ ou ‘civil law’ ou ‘direito muçulmano’, estes dizem pouco ou nada sobre o direito constitucional, administrativo ou criminal em tais sistemas. Seria mais preciso chamar isto de uma classificação de sistemas privados. Segundo, estes significantes de direito privado nem ao menos se referem ao todo do sistema de direito privado. Em vez disso, eles simplesmente se valem da mais antiga raiz mestra do sistema como a característica identificadora. As outras raízes são ignoradas. É uma técnica de ‘classificação de característica limitada’, a qual convenientemente deixa de fora as áreas não nativas de direito privado (tais como o direito mercantil, o direito canônico, e assim por diante) que têm criado uma liga legal. Apenas graças a este reducionismo alguém pode alegar que estes sistemas são puros e não mistos”. PALMER, Vernon Valentine, cit., p. 1208-1209.

### 3. BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DO ESTADO DE LUISIANA

De início, cumpre salientar que o estado de Luisiana não integrava as chamadas 13 colônias que realizaram a Guerra de Independência contra a Inglaterra. Era território sob o controle francês, tendo sido vendido por Napoleão aos Estados Unidos em 1803.<sup>258</sup>

Durante sua história jurídica, o estado de Luisiana sofreu não apenas a influência, mas a aplicação do direito francês, derivado do direito romano. Além deste, houve pelo menos 33 anos de aplicação do direito espanhol (ver nota de rodapé 13), que também deriva do direito romano.

O território do atual estado de Luisiana tinha, à época de sua ocupação francesa, o nome de Território de Orleans. E enquanto foi colônia da França, o território foi submetido ao *Coutume* de Paris<sup>259</sup>, que era um corpo de direito aplicável ao que se chamava Nova França, que consistiam nos territórios franceses no estrangeiro.

---

<sup>258</sup> GILISSEN, John, cit., p. 206. Olivier Moréteau leciona que “Hernando de Soto, o primeiro explorador europeu a descobrir o vale do baixo Mississippi em 1542, era espanhol, mas não reclamou a região para a Espanha. Um grande, embora inicialmente ilimitado território foi mais tarde chamado de Luisiana por René Robert Cavelier, senhor de Salle, que solenemente tomou posse em nome do rei Luís 14 da França, em 1682. A partir de 1699, a França tomou o controle político de vastos territórios, desde os Grandes Lagos ao Golfo do México e até às Montanhas Rochosas. O direito francês foi introduzido, ao menos no papel, quando o rei Luís 14 da França assinou uma patente de carta em 14 de setembro de 1712, prescrevendo que todas as leis aplicáveis em Paris e sua província, incluindo editos, ordenações e costumes, fossem aplicáveis a Luisiana. Nova Orleans foi fundada em 1718 e tornou-se o mais importante porto marítimo do hemisfério oeste. Ao fim da Guerra dos Sete Anos, a França cedeu a Luisiana à Espanha (Tratado de Fontainebleau, 1762). Consequentemente, em 1769, o direito espanhol oficialmente substituiu o direito francês. Anos mais tarde, em 1803, Napoleão Bonaparte retomou Luisiana por 20 dias, sem restabelecer o direito francês, e então, cedeu Luisiana aos Estados Unidos (Compra da Luisiana, 1803)” [tradução nossa]. MORÉTEAU, Olivier. The Louisiana civil codes: a multilingual experience. In PARISE, Agustín; VAN VLIET, Lars (eds.). *Re-de-co-dification? New insights on the codification of private law*. Haia: Eleven International, Maastricht Law Series Vol. 6, 2018, p. 168.

<sup>259</sup> A *Coutume de Paris* foi uma coletânea de costumes vigentes em diferentes partes da França, uma vez que à época não havia lei em sentido estrito. Sua primeira publicação data de 1510, e continha 199 artigos. Em 1580, foi revisado e passou a conter 362. Era curto se comparado aos códigos romanos e atuais. Seu texto trazia apenas matérias relativas a direito civil, regulando relações entre indivíduos. Não havia dispositivos de direito penal nem público; não enunciava quaisquer pesos e medidas; tampouco estabelecia regras de processo judicial. A coroa francesa arrogava a si a criação de regras a respeito de direito penal, público, controle de pesos e medidas, e processo. A *Coutume de Paris*, surpreendentemente, não disciplinava contratos. Ela focava em direitos do senhor da terra e do inquilino (locatário), propriedade, vendas, servidão (no sentido de escravidão), direito de família e sucessão. Foi organizada em dezesseis títulos: i) dos feudos, dos artigos 1 a 72, que dispunham a respeito dos princípios quanto à aquisição, posse e alienação de feudos pelos senhores feudais. Praticamente nenhuma de suas disposições aplicou-se à Luisiana, por esta não ter experienciado um período senhorial significativo, ao contrário do Canadá; ii) dos direitos dos *quitrents* (espécie de aluguel pago por servos a seus senhores, liberando-os da responsabilidade de realizar tarefas) e senhoriais, dos artigos 73 a 87, dispondo sobre direitos dos senhores feudais e dos servos, cujos princípios tiveram aplicação limitada na Luisiana, ocorrendo no período inicial da colônia; iii) bens móveis e imóveis, dos artigos 88 a 95, distinguindo e classificando cada uma das categorias de propriedade; iv) da reclamação em caso de tomada de posse sob alegações anteriores, dos artigos 96 a 98, que previa proteções a possuidores de propriedades ameaçados de tomada por outrem, notadamente recursos para a recuperação aos proprietários esbulhados da posse, e definia prazos para tais ações; v) da garantia pessoal e ações hipotecárias, dos artigos 99 a 112, dispunha sobre direitos do credor, satisfação (do crédito), compensação, e hipotecas; vi) da

Em 1762, esse Território de Orleans foi cedido à Espanha.<sup>260</sup>

Somente sete anos depois, em 1769, o direito espanhol foi efetivamente colocado em uso no Território de Orleans, que consistia em onze códigos diferentes, mais de vinte mil leis, com diversas disposições conflitantes.<sup>261</sup>

Cumpra anotar que a população de Nova Orleans à época era estimada em 72.000 habitantes, metade dos quais eram escravizados. A cidade Nova Orleans sozinha tinha uma população de dez mil.<sup>262</sup>

A enorme maioria dos brancos eram descendentes de franceses, e uma parcela significativa do restante era espanhol<sup>263</sup>, podendo-se, então, notar uma certa similitude com a diversidade étnica na formação populacional do Brasil, tendo em vista a presença de indígenas nativos da terra, portugueses, holandeses (no Nordeste) e negros.

---

prescrição, dos artigos 113 a 128, que especificava as circunstâncias que permitiam a aquisição ou perda de propriedade e de direitos da propriedade por prescrição, prazos para tal, e os tipos de propriedade e seus direitos sujeitos ou isentos de prescrição; vii) dos direitos resgates de herdeiros, dos artigos 129 a 159, que determinava direitos e potenciais herdeiros para recomprar, dentro de prazos fixados, propriedade familiar indevidamente alienada ou alienada de outra maneira, sob a condição de reembolso ao possuidor atual da propriedade o preço pago ao adquiri-la; viii) julgamentos, penhores, e usucapião, dos artigos 160 a 183, elencava os tipos de propriedade (móveis e imóveis) sujeitos a usucapião ou detenção, como garantia ou para satisfação de dívidas ou falha de realizar (o ato ao qual se comprometera), assim como extensões e limitações; ix) das servidões legais e a indicação ou descobertas dos Mestres da Corte, dos artigos 184 a 219, dispunha sobre a indicação de Mestres de Corte, para realizar inspeções in loco de alegadas irregularidades, e estabelecia direitos, regulações e limitações relativas a muros e cercas em comum, a construções, chaminés, lareiras, janelas, valas, ralos, latrinas e fossas; x) propriedade comum, dos artigos 220 a 246, definia propriedade em comum num casamento e modos detalhados de aquisição, oposição, alienação, renúncia e dissolução com limitações relativas a isso, incluindo o alcance da responsabilidade por dívidas de cônjuges e a extensão dos poderes do marido na gerência da propriedade; xi) dos direitos do dote, dos artigos 247 a 264, enunciavam os direitos de viúvas a uma parte da herança ou usufruto dela; xii) da tutela de nobres e burgueses, dos artigos 265 a 271, traziam disposições sobre o direito de tutela, as responsabilidades dos tutores, seu pagamento e poderes; xiii) das doações e liberalidades mútuas, dos artigos 272 a 288, determinavam os direitos de crianças a suas potenciais heranças, definia limites a pais que, em vida, alienassem tais heranças potenciais, e criava limites sobre liberalidades (doações) entre cônjuges e sobre expectativas de viúvas que haviam se casado novamente; xiv) dos testamentos e sua execução, dos artigos 289 a 298, dispunha sobre a forma que os testamentos poderiam ter e as responsabilidades por sua certificação ou registro, definia idade mínima, e limites de propriedade em comum sobre quem poderia realiza-los, e estabelecia qualificadores aos seus executores (dos testamentos); xv) das sucessões em linhas direta e colateral, dos artigos 299 a 344, detalhava as complexidades do direito de herdar, forçado ou não forçado. Delineava a elegibilidade para o direito de herdar, razões para exclusão de herdeiros, descendentes ou ascendentes, diretos e colaterais; xvi) das vendas forçadas, dos artigos 345 a 362, estabelecia as formalidades de tais vendas, os tipos de propriedades que poderiam ser vendidas, os direitos e recursos dos devedores, períodos de graça, e as formalidades da entrega. JOHNSON, Jerah. La Coutume de Paris: Louisiana's first law. In *Louisiana History: the journal of the Louisiana Historical Association*: vol. 30, no. 2, 145–155, 1989, p. 151-153.

<sup>260</sup> O Rei Carlos III concordou com a aceitação de Luisiana em 13 de novembro de 1762, mas a Espanha apenas se tornou proprietária de jure em 23 de novembro de 1762. Contudo, o primeiro governador espanhol, don Antonio de Ulloa, chegou à Nova Orleans com um pequeno grupo militar apenas em 5 de março de 1766. REYNOLDS, C. Russell. Spanish law influence in Louisiana. In *Hispania*: vol. 56, no. 4, 1076-1082, 1973, p. 1076.

<sup>261</sup> HOOD JR. John T. The history and development of the Louisiana Civil Code. In *Louisiana Law Review*, vol. 19, 18-33, 1958, p. 19.

<sup>262</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 19.

<sup>263</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 19.

Esse vasto corpo jurídico espanhol permaneceu em vigor até o ano de 1803, quando os Estados Unidos da América (que eram a união das colônias inglesas que haviam conquistado sua independência com a vitória na Guerra de Independência, de 1775 a 1783) compraram o território dos franceses, que apenas vinte dias antes havia tomado o controle dele novamente, sem, todavia, impor o direito francês nesse curto íterim. Portanto, quando os Estados Unidos assumiram o comando, as leis vigentes eram as espanholas.<sup>264</sup>

O responsável pelo novo território, agora chamado província de Luisiana, William C. Claiborne, tomou posse.

Com apenas 28 anos de idade – embora tivesse iniciado sua carreira como advogado aos 20, servido à Suprema Corte do Tennessee aos 21 e como representante no Congresso aos 22 – e nenhuma compreensão das línguas francesa e espanhola, determinou que, como medida temporária, a aplicação do direito espanhol deveria seguir em vigor. Sua intenção era instituir o *common law* no território, tal como ocorrera com os todos os outros estados que haviam sido incorporados à União até aquele momento.<sup>265</sup>

Entretanto, muitos habitantes de Luisiana, já desgostosos com os poderes arbitrários conferidos pelo Congresso ao presidente e aos agentes nomeados por este, ficaram receosos de que o *common law* fosse implementado por Claiborne. Havia o temor de que o sistema de *common law*, no qual as decisões dos juízes “se tornam lei”, pudesse levá-los a uma necessidade de pesquisa da jurisprudência inglesa para descobrir qual ou quais leis seriam aplicáveis a cada caso.

Apesar da falta de respeito que tinham pelo direito espanhol, este era-lhes conhecido, o que lhes trazia algum senso de segurança. Além disso, a lei – *strictu sensu* – era a fonte de direito que gozava de autoridade e atribuía às decisões judiciais um caráter de mera interpretação da lei, isto é, de autoridade inferior à lei propriamente dita.<sup>266</sup>

O Congresso dos Estados Unidos dividiu a área comprada em duas partes em 26 de março de 1804. O que hoje é o estado de Luisiana recebeu o nome, conforme já mencionado acima, de Território de Orleans. A lei a que se alude também prescreveu que a autoridade governante do Território deveria ser um Conselho Legislativo, com 13 integrantes nomeados pelo presidente da República.

---

<sup>264</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 18.

<sup>265</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 20.

<sup>266</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 20.

Havia uma necessidade urgente de se estabelecer um sistema de direito material, e Claiborne desejava que essa questão fosse resolvida o quanto antes. Todavia diferentes razões dificultaram a instauração do primeiro Conselho Legislativo.<sup>267</sup>

O Conselho Legislativo foi convocado em 5 de dezembro de 1804. Claiborne conseguiu inserir 8 homens que lhe eram aceitáveis e que concordaram em servir (ao propósito de Claiborne), um a mais do que o necessário para o quórum.

Nessa primeira reunião, o Conselho indicou três de seus membros para formar uma comissão, a fim de preparar um Código Civil e um Código Penal, e decidiram que empregariam dois consultores jurídicos para auxiliar na redação dos referidos códigos.

A comissão desejava indicar James Brown e Edward Livingston como os dois consultores a auxiliarem na redação dos códigos. Porém, Claiborne, que era favorável a Brown, opôs-se à indicação de Livingston. Devido aos desentendimentos causados pela oposição de Claiborne, o trabalho da comissão foi suspenso e o Código Civil não prosperou.

Livingston, com o Memorial preparado contra a instituição do *common law* no Território, embora não tenha conseguido seu intento de transformar o Território em estado, foi capaz de fazer com que o Congresso determinasse, em 1805, que a autoridade governante do Território fosse uma legislatura, composta de um deputado eleito do Congresso e um Conselho Legislativo indicado.<sup>268</sup>

A primeira legislatura do ainda Território de Orleans reuniu-se em 1806, e aparentemente ficando ao lado de Livingston, acordou por um ato que prescrevia que o Território deveria ser regido pelo direito romano e pelas leis espanholas que estivessem em vigor quando da compra do Território.

---

<sup>267</sup> Uma das razões foi um surto de febre amarela em Nova Orleans, que ceifou as vidas de uma considerável parcela da população. Devido a esse surto a esposa e a única filha de Claiborne morreram no mesmo dia. Ainda, sua secretária particular, seu cunhado, e diversos outros membros de sua equipe também morreram. Claiborne também foi infectado e permaneceu acamado por três semanas. Houve uma rebelião de escravos que necessitou da atenção de Claiborne para organizar uma milícia de voluntários. Ainda, com o temor de que o primeiro Conselho Legislativo estabelecesse o *common law* no Território, Edward Livingston preparou um “Memorial”, no qual instava o Congresso a conceder ao Território de Orleans o status de estado, para que a partir de então fosse governado por representantes eleitos. Esse Memorial foi apresentado numa audiência pública realizada em Nova Orleans em outubro de 1804, que foi distribuída por Daniel Clark ao resto do Território para que assinaturas fossem colhidas, para que, enfim, fosse apresentada ao Congresso. Tal ação obteve grande publicidade. Com isso, muitos se recusaram a integrar o Conselho Legislativo, outros retiraram seu apoio já dado, e criou-se uma oposição mais robusta ao plano de Claiborne de alterar o direito do Território. HOOD JR. John T, cit., p. 22.

<sup>268</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 22.

O governador Claiborne vetou o ato em 26 de maio de 1806, o que gerou a irritação da legislatura, que, então, aprovou uma resolução de adiamento, declarando que a razão fora a de que seus melhores atos haviam sido rejeitados pelo governador.<sup>269</sup>

Pouco depois disso, em 7 de junho de 1806, a legislatura aprovou uma resolução indicando James Brown e Louis Moreau Lislet, que teriam a tarefa de preparar o Código Civil a ser usado no Território.<sup>270</sup>

O trabalho de Brown e Lislet foi concluído em menos de dois anos. A legislatura aprovou o Código Civil em 31 de março de 1808.

O nome oficial do documento era “Compilação das leis civis ora em vigor no Território de Orleans, com alterações e emendas adaptadas a seu atual sistema de governo”.<sup>271</sup> Essa compilação – ou consolidação – de leis civis teve como base o Código Napoleão de 1804 e o *Projet* de 1800 para a forma e a organização de seu texto.<sup>272</sup>

Essa compilação revogou as leis espanholas anteriores apenas naquilo que era contrário às suas disposições<sup>273</sup>, o que forçou os juízes a pesquisarem as antigas leis espanholas sempre que as soluções da compilação fossem incertas ou amplas demais.<sup>274</sup>

---

<sup>269</sup> Houve, ainda, um manifesto, publicado pela legislatura e que declarava que o motivo da dissolução da legislatura havia sido o veto do governador. Também se encontravam os sentimentos dos membros com relação aos sistemas de *common* e *civil law*. Lia-se, dentre outras coisas, que a sabedoria do *civil law* era reconhecida por toda a Europa; que 95% da população do Território conhecia e estava acostumada ao *civil law*, desde a infância e; que o *common law* representava um caos assustador. HOOD JR. John T, cit., p. 23.

<sup>270</sup> James Brown e Louis Moreau Lislet eram advogados de renome, versados em francês e espanhol, e haviam defendido a criação de um código legal para o Território. Brown era experiente no *common law*. Estabeleceu-se como primeiro secretário do Território de Orleans, procurador distrital, membro da convenção que definiu a primeira constituição do estado de Luisiana, como senador dos Estados Unidos e ministro na França. Moreau Lislet nasceu em Santo Domingo, que era um território francês. Sua educação e treinamento legal ocorreu na França. Mudou-se para Nova Orleans por volta da mesma época da compra de Luisiana. Foi de enorme contribuição para o direito de Luisiana. Atuou em mais de 200 casos diante da suprema corte do estado – então Território – e também serviu diversas vezes como da Câmara Legislativa de Luisiana, como juiz de distrital, como procurador-geral, e como deputado no Congresso. HOOD JR. John T, cit., p. 23-24.

<sup>271</sup> O nome original era *Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans, with Alterations and Amendments Adapted to its Present System of Government* [tradução nossa].

<sup>272</sup> MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. The bicentennial of the Louisiana Civil Code (1808-2008). In *Journal of Civil Law Studies*, v. 2, n. 1, 195-205, 2009, p. 196.

<sup>273</sup> MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. The bicentennial of the Louisiana Civil Code (1808-2008), cit., p. 196. Além disso, sustenta-se que até o ano de 1806, o direito espanhol já havia sido extirpado do Território de Orleans na prática. PALMER, Vernon Valentine. Sounding the retreat: the exit of Spanish law in early Louisiana 1805-1808. In *Tulane European and Civil Law Forum*, v. 31/32, 121-147, 2017, p. 146.

<sup>274</sup> MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. The bicentennial of the Louisiana Civil Code, cit., p. 196. Tanto foi assim que, em 1817, a Suprema Corte do Estado de Luisiana decidiu nesse sentido. HOOD JR. John T, cit., p. 28.

Não obstante, a promulgação da compilação fez do Território de Orleans a primeira jurisdição a adotar um Código Civil depois do Código Napoleão, servindo como modelo para a América Latina.<sup>275</sup>

Devido a imprecisões em sua redação, a compilação foi atualizada em 1825, quando o Território de Orleans já havia se tornado o estado de Luisiana. Este novo documento, contudo, recebeu a condição de código, uma vez que revogou as disposições que tratassem das mesmas questões reguladas pelo Código.<sup>276</sup> Nominalmente também: passou a ser Código Civil do estado de Luisiana.<sup>277</sup> Interessantemente, o novo diploma legal trazia dispositivos derivados do *common law*.<sup>278</sup>

Em 1870, o Código passou por uma revisão, muito em razão das mudanças impulsionadas pela Guerra Civil estadunidense. Os artigos relacionados à escravidão foram retirados e os que haviam sido rejeitados, e a incorporação de todas as leis aprovadas desde 1825 emendando o Código, ou que de alguma maneira tratassem de questões reguladas por ele.<sup>279</sup>

Como se espera que aconteça, o Código Civil do estado de Luisiana vem sofrendo alterações desde então. A mais recente ocorreu no ano de 2022, na qual diversas disposições foram acrescentadas, alteradas ou revogadas.<sup>280</sup>

#### 4. BREVE HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Como se sabe, o Brasil, com as mais diversas mudanças de seu espaço territorial ao longo de sua história, passou mais de três séculos como colônia de Portugal e, assim, o direito português da época foi imposto, este com sua pronunciada influência do direito romano<sup>281</sup>, além do germânico e canônico.<sup>282</sup>

<sup>275</sup> MORÉTEAU, Olivier. *The Louisiana civil codes: a multilingual experience*, cit., p. 168. Também serviu de modelo para Espanha, Filipinas e Quebec. MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. *The bicentennial of the Louisiana Civil Code (1808-2008)*, cit., p. 197.

<sup>276</sup> MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. *The bicentennial of the Louisiana Civil Code (1808-2008)*, cit., p. 197.

<sup>277</sup> O nome no original era *Civil Code of the State of Louisiana*.

<sup>278</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 30.

<sup>279</sup> HOOD JR. John T, cit., p. 31-32.

<sup>280</sup> A alteração foi promovida pelo Act 2022, No. 718, §1, que entrou em vigor em 1º de agosto de 2022, que alterou a redação dos artigos 2315.1 e 2315.2. Disponível em <https://www.legis.la.gov/Legis/BillInfo.aspx?i=242901>.

<sup>281</sup> AGUIAR, Renan, cit., p. 130.

<sup>282</sup> Como resquícios do direito germânico que permaneceram no Código Civil de 1916 estão o regime de comunhão universal de bens, a liberdade testamentária de dispor da terça, elevada à metade, e algumas regras do regime dotal. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 57.

De 1500 a 1549, em que tomaram lugar as Capitanias Hereditárias, nobres portugueses – chamados donatários – conduziam a terra, concentrando em si a capacidade de legislar, acusar e julgar.<sup>283</sup>

Em 1549, com o fracasso econômico das Capitanias Hereditárias, a Coroa portuguesa cria o Governo-Geral da colônia brasileira, ao qual foram atribuídas grandes responsabilidades burocráticas e fiscais, encabeçado pelo governador-geral.<sup>284</sup>

Em 1769, ocorre um grande marco legislativo: a “Lei da Boa Razão”, cujas regras buscavam uniformizar a interpretação e aplicação das leis quando houvesse omissão, imprecisão ou lacuna na legislação portuguesa, com o fito de minimizar a influência do direito romano.<sup>285</sup>

Anos mais tarde, o liberalismo que ganhou força graças às Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) começou a exercer influência sobre deputados que eram eleitos às cortes, em razão de o Brasil ser um Reino atrelado a Portugal. Esses deputados tomaram conhecimento do liberalismo em voga na Europa e decidiram trazer os ideais dessa ideologia para o Brasil, tais como a liberdade pessoal, direito à propriedade e à liberdade econômica, divisão do poder político, soberania popular, dentre outros.<sup>286</sup>

Quando do início do Império, com D. Pedro I, embora ainda sob um regime não democrático, mas agora independente de Portugal, as primeiras medidas em direção a uma nova ordem jurídica são tomadas, sendo elas a criação de cursos jurídicos no país – a partir de 1827, em São Paulo e Olinda – e a substituição das Ordenações Filipinas por uma legislação nova e própria.

---

<sup>283</sup> AGUIAR, Renan, cit., p. 132.

<sup>284</sup> A partir da criação desse Governo-Geral, “há grande evolução, permitindo que se crie uma justiça colonial e, ao mesmo tempo, tem-se o início da formação da burocracia, composta por um grupo de agentes profissionais que estavam a serviço do governador-geral”. AGUIAR, Renan, cit., p. 132.

<sup>285</sup> Contudo, o efeito colateral da “Lei da Boa Razão” era de servir aos interesses da metrópole, ainda que em desacordo com a ética, como quanto “à lei que pôs fim à escravidão em Portugal, em 1773, mas que não se estendia às colônias portuguesas, já que o trabalho escravo era a base da produção agrícola destas”. AGUIAR, Renan, cit., p. 132-133.

<sup>286</sup> Há a imprescindível ressalva da diferença essencial entre o liberalismo europeu e o brasileiro, pois “o liberalismo da escola europeia possuía enormes diferenças em relação à estrutura sociopolítica vigente no Brasil, ou seja, uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora, com dominação econômica escravista das elites agrárias. Foi, portanto, o liberalismo no Brasil canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terras e do clientelismo vinculado ao monarquismo absoluto. Muito diferente era o espírito que reinava na Europa, onde o liberalismo estava ligado a uma ideologia revolucionária articulada por novos setores da sociedade e focado na luta contra os privilégios da nobreza. Isso explica uma das maiores ambiguidades da época do Império no Brasil, ou seja, a conciliação ‘liberalismo escravidão’, por mais paradoxal que isso possa parecer. Justifica-se pelo fato de o Estado liberal brasileiro ter surgido por vontade da elite dominante, passando ao largo de qualquer processo revolucionário”. AGUIAR, Renan, cit., p. 144.

O primeiro passo legal foi a Constituição do Império, de 1824. Embora, como já frisado, oriunda de um regime não democrático, alguns direitos passaram a ser previstos, ainda que timidamente. Além disso, em seu art. 179, XVIII, estabelecia a criação de um Código Civil e um Código Criminal.

Inobstante a determinação de criação de um Código Civil, o governo imperial assentou, em 1855, que anteriormente à codificação deveria haver uma consolidação das leis civis, que eram esparsas e desordenadas. Augusto Teixeira de Freitas foi incumbido da tarefa. Ele entregou a Consolidação das Leis Civis em 1858.<sup>287</sup>

Graças à qualidade de seu trabalho, Teixeira de Freitas foi contratado novamente, desta vez para elaborar o projeto do Código Civil. Em 1865, Freitas divulga uma parte do Esboço, cuja extensão detinha quase 5.000 artigos, e unificava o direito civil com o direito comercial. Em razão disso, o então ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, decide se dedicar à elaboração do Código Civil, mas faleceu antes que concluísse seu trabalho.

Joaquim Felício dos Santos apresenta um projeto chamado Apontamentos, com mais de 2.600 artigos. A comissão nomeada para avaliar os Apontamentos emite um parecer contrário ao texto, por não verificar uma sistemática e pela prolixidade. Após isso, ocorre a perda de dois dos membros da comissão e o afastamento de ainda outro, acarretando a dissolução da comissão em 1886.

Em 1889, o então ministro da Justiça, Cândido de Oliveira, nomeia uma nova comissão, que não apresentou qualquer texto de codificação em razão da Proclamação da República.

No ano seguinte, Campos Sales, à época ministro da Justiça, encarrega a Coelho Rodrigues a confecção do projeto de Código Civil. A conclusão do projeto ocorre em 1893. Porém, mais uma vez, o projeto não foi convertido em lei.

Campos Sales torna-se presidente em 1898, e no ano seguinte nomeia Clóvis Beviláqua para que este confeccionasse o Código Civil brasileiro. Ainda em 1899, Beviláqua apresenta um projeto. Depois de diversas etapas de tramitação no Congresso, inclusive com a pausa desta, em 1º de janeiro de 1916 o Código Civil foi promulgado, passando a vigor em 1º de janeiro de 1917.

---

<sup>287</sup> Caio Mário reputa a Consolidação de Teixeira de Freitas como um notável trabalho, respeitado como o primeiro grande monumento jurídico nacional, até hoje indigitado alicerce da codificação, sem o qual não se teria conseguido a sua concretização tão fiel às mais caras tradições pátrias, dentro de uma linha de organicidade admirável. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I, atual. MORAES, Maria Celina de Bodin. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

Sua promulgação representou a quebra com o direito romano e português que vigiam até então. Todavia, chegou tarde e apesar do símbolo que efetivamente era, carregava ainda pontos negativos em seu texto.<sup>288</sup>

O Código Civil brasileiro de 1916 apresenta a influência de fontes diversas, desde o Código Napoleão, passando pelo BGB alemão (Código Civil alemão da época) até o Código peruano, sem, entretanto, deixar de trazer dispositivos próprios.<sup>289</sup>

Conforme mencionado acima, o Código Civil brasileiro já nasceu desatualizado, advindo daí sua necessária revisão.

Em 1941, cogitou-se a formulação de um Código das Obrigações, como se deu no direito suíço. Mas um Código Obrigacional representaria uma quebra da noção organizacional do direito civil codificado. Após críticas, abandonou-se a ideia.

Então, objetivou-se a elaboração de um Anteprojeto de Código Civil, em 1961. Quando, em 1965, foi enviado ao Congresso e, sem demora, retirado pelo governo devido às reações que ele causou.

Dois anos após, intenta-se novamente a elaboração de um Anteprojeto de Código Civil. O ministro da Justiça Gama e Silva nomeia uma comissão de juristas renomados<sup>290</sup>, que apresentam o Anteprojeto em 1972. Em razão das críticas recebidas, a mesma comissão promoveu a revisão e publicou um novo Anteprojeto em 1974. O projeto foi enviado à Câmara

---

<sup>288</sup> A noção é de que “o Código, ainda que novo, não absorvia a problemática de seu tempo. Muito preso ao excessivo individualismo predominante no século XIX, não soube desvencilhar-se dele. Deixou de inserir conquistas já existentes, e outras que despontavam e proporcionavam a abertura para a inspiração solidária do Direito no século XX. Embora como instrumento impecável, dentro das condições dogmáticas, logo se percebeu que o Código já ‘nascera velho’, como disseram muitos [...], se atentar em que não se acomoda à trepidante evolução jurídica nacional. De crescer será que, não obstante aprovado dentro do quadriênio da I Guerra Mundial, amolda-se ao fato de ter sido elaborado em estrita fidelidade ao Projeto Beviláqua, que traz a data de sua conclusão o mês de dezembro de 1899”. PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., p. 86-87. Vale acrescentar que houve a necessidade de se “atualizar o Código Civil de 1916, atendendo aos reclamos sociais, várias leis, que importaram em derrogação do diploma de 1916, foram publicadas, dentre elas: a do estatuto da mulher casada, a do divórcio, as da união estável, a dos direitos autorais, a dos registros públicos, a do compromisso de compra e venda, a do inquilinato, a do reconhecimento de filhos, a do condomínio edilício, a do parcelamento do solo, a do estatuto da criança e do adolescente etc. O direito civil, então, inclinou-se às contingências sociais criadas por leis especiais, acolhendo as transformações ocorridas, aluvionalmente, paia atender às aspirações da era atual. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-66.

<sup>289</sup> Pontes de Miranda assinala que, dos códigos, o que quantitativamente mais concorreu foi o *Code Civil* (Código Napoleão), com 172 correspondências; o português, com 83; o italiano, com 72; os projetos alemães, com 66; o espanhol, 32; a Lei suíça de 1881, com 31; o código civil argentino, 17; o direito romano em si, com 19; o BGB austríaco, com 7; o chileno, com 7; o mexicano, com 4; o uruguaio, com 2; o peruano, também com 2. Os dispositivos de criação brasileira passaram de 670. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, cit., p. 119-120.

<sup>290</sup> Cada um dos juristas ficou a cargo de ramos específicos: José Carlos Moreira Alves, Parte Geral; Agostinho de Arruda Alvim, Direito das Obrigações; Sylvio Marcondes, Direito de Empresa (“Atividade Negocial”, originalmente); Ebert Vianna Chamoun, Direitos da Coisas; Clóvis do Couto e Silva, Direito de Família; Torquato Castro, Direito das Sucessões. PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., p. 89.

dos Deputados em 1975, mas foi deixado de lado por vários anos. Apenas em 1983, foi “ressuscitado” e, em 1984, seu texto foi aprovado na Câmara e encaminhado ao Senado Federal, onde, mais uma vez, foi largado. Em 1991, o projeto foi desarquivado e revisado. A comissão foi recomposta em 1995, e o parecer final foi apresentado em 1997. Porém a lentidão na tramitação e o advento da Constituição Federal de 1988 tornaram o texto, outra vez mais, obsoleto. Não obstante, em 1997, o Projeto retornou à Câmara dos Deputados para apreciação das emendas realizadas pelo Senado.

Finalmente, em 10 de janeiro de 2002, o atual Código Civil foi sancionado, só entrando em vigor em 11 de janeiro de 2003.<sup>291</sup> A atualização mais recente foi trazida pela lei n. 14.620/2023, que alterou os artigos 1.225 e 1.473.

Por fim, convém observar que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, especialmente em sua eficácia horizontal, são imprescindíveis para a interpretação do Código Civil. A partir disso, o ordenamento mantém-se coeso e unido, em razão da constitucionalização do direito civil.<sup>292</sup>

## 5. INSTITUTOS SEMELHANTES DOS CÓDIGO CIVIS DE LUISIANA E BRASIL

Nesta seção, de maneira exemplificativa, por serem muitos e não serem o objeto deste artigo, exporemos alguns institutos presentes em ambos os Códigos tratados neste trabalho.

O Livro I do Código Civil de Luisiana tem a designação Das Pessoas, tal como o Livro I do Código Civil brasileiro.

---

<sup>291</sup> Maria Helena Diniz, em muito pertinente análise, assevera que o Código Civil de 2002 “passa a ter um aspecto mais paritário e um sentido social, atendendo aos reclamos da nova realidade, abolindo instituições moldadas em matrizes obsoletas, albergando institutos dotados de certa estabilidade, apresentando desapego a formas jurídicas superadas, tendo um sentido operacional à luz do *princípio da realizabilidade*, traçando, tão somente, normas gerais definidoras de instituições e de suas finalidades, com o escopo de garantir sua eficácia, reservando os pormenores às leis especiais, mais expostas às variações dos fatos da existência cotidiana e das exigências sociocontemporâneas, e eliminando, ainda, normas processuais ao admitir apenas as intimamente ligadas ao direito material. Procura exprimir, genericamente, os impulsos vitais, formados na era contemporânea, tendo por parâmetro a justiça social e o respeito da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Tem por diretriz o *princípio da socialidade*, refletindo a prevalência do interesse coletivo sobre o individual, dando ênfase à função social da propriedade e do contrato e à posse-trabalho, e ao mesmo tempo, contém, em seu bojo, não só o *princípio da eticidade*, fundado no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade, como também o *princípio da operabilidade*, conferindo ao órgão aplicador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa (LINDB, art. 5º), a norma possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada. Como diz Engisch, ‘normatividade carece de preenchimento valorativo’, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados contidos nos preceitos do novo diploma legal requerem uma valoração objetiva do julgador, tendo por base os valores vigentes na sociedade atual. Todos os princípios norteadores do Código Civil de 2002, ora vigente, giram em torno da cidadania, da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. DINIZ, Maria Helena, cit., p. 67.

<sup>292</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, cit., p. 93.

O art. 24 do Código Civil de Luisiana estabelece que há dois tipos de pessoas, quais sejam, as naturais e as jurídicas.

O art. 27 do mesmo diploma dispõe que todas as pessoas naturais gozam de capacidade legal geral para ter direitos e deveres, muito parecido com o que é disposto pelo art. 1º de nosso Código Civil.

O art. 25 da lei estrangeira determina que a personalidade das pessoas naturais começa do nascimento com vida e termina com a morte. O art. 2º do nosso Código Civil, similarmente, quanto ao nascimento prescreve que a personalidade começa com o nascimento com vida.

O título III do Livro I (dos arts. 47 a 85) da lei alienígena trata da ausência, assim como o Capítulo III do Título I do Livro I (arts. 22 a 39) do Código Civil brasileiro.

O direito de família, constante do Livro IV (arts. 1.511 a 1.783-A) do nosso Código, encontra-se nos Títulos IV, V, VII, VIII, IX (arts. 86 a 399) do Livro I do Código Civil do estado de Luisiana.

O Livro II (arts. 448 a 869) do Código Civil de Luisiana trata de coisas, tal como o Livro III do Código Civil brasileiro. Apenas no art. 462 da lei estrangeira é que se define o que é bem imóvel, enquanto isso é definido no art. 79 do Código Civil brasileiro. A definição de bem móvel está no art. 471 do diploma de Luisiana, ao passo que a definição consta do art. 82 de nosso diploma legal.

Frise-se novamente que este trabalho não tem a intenção de ser exaustivo na exibição das semelhanças entre as duas codificações abordadas. As correspondências ainda são muitas e para não alongar demais nem tornar a exibição maçante, optamos por encerrá-las aqui.<sup>293</sup>

## CONCLUSÃO

Conforme se observou, a ideia de um sistema de direito puro – *civil law* total ou *common law* total – não se sustenta diante da realidade. Sobre o sistema de *civil law*, embora predominante em ambas as jurisdições, é fato que as decisões judiciais carregam grande relevância para a aplicação do direito. Portanto, em certa medida, há um sopro de *common law* permeando o ambiente jurídico dos dois locais.

Quanto à formação dos Códigos Civis do Brasil e do estado de Luisiana, embora tenham ocorrido em lugares, culturas e tempos diferentes, e por isso mesmo, carregando cada um suas

---

<sup>293</sup> Para conferir as demais correspondências, ver <https://lcco.law.lsu.edu/?uid=20&ver=en#20> ou [https://www.legis.la.gov/legis/Laws\\_Toc.aspx?folder=67&level=Parent](https://www.legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent).

peculiaridades, não deixam de ter certas raízes em comum, sendo a principal delas o Código Civil francês.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Renan. *História do direito*. Coordenador MACIEL, José Fabio Rodrigues. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2ª ed. Lisboa: Meridiano.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Código Civil de Luisiana*, 1870, Baton Rouge, Estados Unidos da América. Disponível em [https://www.legis.la.gov/legis/Laws\\_Toc.aspx?folder=67&level=Parent](https://www.legis.la.gov/legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent).

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HOOD JR. John T. The history and development of the Louisiana Civil Code. In *Louisiana Law Review*, vol. 19, 18-33, 1958.

JOHNSON, Jerah. La Coutume de Paris: Louisiana's first law. In *Louisiana History: the journal of the Louisiana Historical Association*: vol. 30, no. 2, 145–155, 1989.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

MORÉTEAU, Olivier. The Louisiana civil codes: a multilingual experience. In PARISE, Agustín; VAN VLIET, Lars (eds.). *Re-de-co-dification? New insights on the codification of private law*. Haia: Eleven International, Maastricht Law Series Vol. 6, 2018.

MORÉTEAU, Olivier; PARISE, Agustín. The bicentennial of the Louisiana Civil Code (1808-2008). In *Journal of Civil Law Studies*, v. 2, n. 1, 195-205, 2009.

PALMER, Vernon Valentine. Mixed legal systems... and the myth of pure laws. In *Louisiana Law Review*, v. 67, n. 4, 1205-1218, 2007.

PALMER, Vernon Valentine. Sounding the retreat: the exit of Spanish law in early Louisiana 1805-1808. In *Tulane European and Civil Law Forum*, v. 31/32, 121-147, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I, atual. MORAES, Maria Celina de Bodin. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POUND, Roscoe. Influence of civil law in America. In *Louisiana Law Review*, v. 1, n. 1, 1-16, 1938.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REYNOLDS, C. Russell. Spanish law influence in Louisiana. In *Hispania*: vol. 56, no. 4, 1076-1082, 1973.

## A (NÃO) VACINAÇÃO DOS FILHOS MENORES: RESPONSABILIDADE CIVIL E PODER FAMILIAR

Letícia Maria Lima Melaré<sup>294</sup>

Renato Dellova<sup>295</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar a vacinação infantil no Brasil. E de qual maneira a responsabilidade civil, no contexto do poder familiar, pode ser aplicada aos pais a partir de uma breve análise histórica, política, jurisprudencial e legislativa. Serão abordados, ainda, os efeitos decorrentes das decisões políticas e judiciais, e como a vacinação afeta a saúde pública brasileira.

**Palavras-chave:** Vacina. Responsabilidade dos Pais. Pandemia. Saúde pública.

### ABSTRACT

This article aims to analyze childhood vaccination in Brazil. And how civil liability, in the context of family power, can be applied to parents from a brief historical, political, jurisprudential and legislative analysis. The effects arising from political and judicial decisions will also be addressed, and how vaccination affects Brazilian public health.

**Keywords:** Vaccine. Parental Responsibility. Pandemic. Public health.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Breve histórico dos conflitos da vacinação no Brasil e análises jurisprudenciais acerca do tema – 3. A responsabilidade civil em relação à vacinação – 4. Referências Bibliográficas – 5. Anexos

### 1. Introdução

Sabe-se que o sistema de imunizações brasileiro sempre foi muito respeitado internacionalmente, e foi responsável pela erradicação de várias doenças no Brasil. Contudo,

---

<sup>294</sup> Estudante de Direito da Universidade São Francisco – USF. Técnica em Enfermagem pelo Colégio Técnico de Limeira – Unicamp.

<sup>295</sup> Professor de Direito da Universidade São Francisco – USF. Doutorando em Educação (USF/SP). Doutorando em Direito e Ciências Sociais (UNC, Córdoba, Arg). Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais (PUC/SP). Pós-graduado em Direito Processual Civil (PUC/SP). Extensão em Educação (FAV/SP). Autor e coautor de obras jurídicas e literárias. Advogado e Presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB (Campinas, SP).

mesmo com um programa consolidado de meio século de existência e legislações pertinentes sobre o assunto, o número de crianças com a vacinação em dia segue em queda nos últimos anos. Diante desse problema de saúde pública, cabe analisarmos as possibilidades que o Direito Civil é capaz de proporcionar para coibir danos no direito à saúde infantil e coletiva.

## **2. Breve histórico dos conflitos da vacinação no Brasil e análises jurisprudenciais acerca do tema**

O programa nacional de Imunizações (PNI) foi formulado em 1973, no contexto da erradicação da varíola e da ampliação da vacinação contra a poliomielite. Em 1975, o programa foi formalizado com a meta de desmistificar, institucionalizar e garantir a prevenção e o controle de doenças infectocontagiosas, já que, antes dele, as ações de imunização não eram contínuas e universais e, além do mais, eram marcadas por episódios violentos (Ministério da Saúde, 2013).

O ano de 1904, na história do Brasil, é lembrado por conta da manifestação conhecida popularmente como "Revolta da Vacina". Ocorreu uma insurreição porque o governo havia determinado que a vacinação contra a varíola seria obrigatória para todos os cidadãos. Havia desconfiança em relação ao imunobiológico em decorrência de notícias falsas que circulavam entre os populares. Além disso, os vacinadores invadiam as casas para a aplicação, e as pessoas eram violentadas e vacinadas sem nenhum consentimento (Westin, 2020).

A revolta possuía ainda cunho político, já que o médico Barata Ribeiro, um dos opositores do governo, motivou a população a não tomar a vacina contra a varíola e a fazer um levante, sendo que ele e seus familiares já haviam recebido a dose do imunizante. O senador militar Lauro Sodré também compactuava com essa ideologia. Ele afirmava que o povo deveria "resistir até a morte" e que a vacina era um "veneno". Na realidade, o intuito do parlamentar era desestabilizar o governo republicano do presidente Rodrigues Alves e aplicar um golpe (Westin, 2020).

Entretanto a maioria dos políticos aceitaram a obrigatoriedade da vacinação, por meio da Lei nº 1261/1904, que afirmava que era obrigatória a vacinação em toda a república, exceto em casos de moléstias comprovadas (Brasil, 1904).

Analogamente, no ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente atual, há determinação no artigo 14 que: "É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias" (Brasil, 1990).

O ECA faz referência ao que está também disposto na Constituição Federal de 1988 (CF/88) no artigo 6º, que afirma que a saúde é um direito social e que a infância deve ser protegida. Já o artigo 227 da CF/88 garante que a saúde e a vida das crianças e adolescentes são tuteladas pelo Estado com total prioridade, e também é dever da família e da sociedade garanti-la. Do mesmo modo, o artigo 1634 do Código Civil dispõe que é competência de o Poder Familiar assegurar os cuidados com os filhos, que estão sujeitos a esse poder enquanto menores.

É importante ressaltar que a vacina contra a varíola era aplicada no Brasil desde 1804, mesmo assim havia desconfiança sobre a segurança dela porque não existia um plano de conscientização da população. Outrossim, houve uma política higienista que expulsou os moradores de suas casas para que avenidas fossem construídas, essas pessoas passaram a habitar os morros do Rio de Janeiro, com estruturas precárias que influenciaram o descontentamento dos populares (Westin, 2020).

É possível afirmar que, nos últimos anos, uma nova revolta ideológica foi institucionalizada no país por conta da pandemia da covid-19, também por motivações de cunho político. Foi possível observar, como em 1904, militares no poder a decidir sobre questões sanitárias, médicos contra a manutenção da saúde pública e o próprio presidente da República à época, Jair Bolsonaro, a disseminar notícias falsas para alarmar a sociedade, que por sua vez, estava cansada de não receber assistência para necessidades básicas (Rocha *et al.*, 2021).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Resolução nº 01/2021, anunciou a responsabilidade dos Estados quanto à vacinação em massa acessível e indiscriminada para conter a crise que se tornou sanitária, social e econômica. A resolução destaca o combate à corrupção oriunda de interesses privados dos grandes empresários das indústrias farmacêuticas; ressalta a batalha contra a disseminação de notícias falsas e a garantia do acesso à saúde pública, com informações fidedignas durante os procedimentos de vacinação, sempre com consentimento do cidadão (Inter American Commission on Human Rights, 2021).

É possível estender essa lógica da Organização Interamericana, não só para a vacina contra a covid-19, mas também a todos os imunizantes ofertados na rede pública. No Brasil, é notável que a taxa de cobertura vacinal está em queda, conforme gráfico inserido ao final do artigo, feito com base no Sistema de Informações do Programa Nacional de Imunizações, utilizando-se a ferramenta TABNET, fornecida pelo departamento de informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (DATASUS).

Relevante destacar que no ano de 2016 foi promulgada, pelo presidente Michel Temer, a EC 95, que instituiu um teto de gastos públicos até o ano de 2036. O valor mínimo obrigatório

destinado à área da saúde foi congelado, com uma atualização defasada, baseada no IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (Brasil, 2016).

Esse regime vai de encontro ao entendimento constitucional do mínimo existencial, pois mesmo com uma população cada vez mais dependente da saúde pública, no ano de 2019, de acordo com o Conselho Nacional de Saúde, o SUS perdeu R\$20 bilhões e o prejuízo calculado para os 20 anos de vigor do teto é de R\$ 400 bilhões (Conselho Nacional de Saúde, 2020).

A covid-19 levantou novamente o questionamento sobre a inviolabilidade do corpo, que está prevista no artigo 5º inciso X, da CF/88, que indica: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas", e também no artigo 11 do Código Civil, que dispõe que o direito ao próprio corpo é irrenunciável e intransmissível, apesar de existirem exceções, como é o caso da situação de calamidade pública devido à pandemia da covid-19.

Tal discussão ocorreu por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 6586 (Supremo Tribunal Federal, 2020), que debateu a constitucionalidade da Lei 13.979/2020. A referida lei, em seu artigo 3º, afirma que as autoridades competentes podem utilizar medidas, como a obrigatoriedade de vacinação, para o combate de emergências na saúde pública. Foi discutido se os estados e os municípios teriam autonomia para decidir essa questão.

O relator da ADI, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que se a União não respondesse à emergência de saúde pública, caberia, sim, aos Estados-membros, as medidas necessárias para o controle sanitário, desde que baseadas em evidências científicas. Também adiantou que não se poderia confundir a vacinação obrigatória com a forçada, já que o segundo caso fere a dignidade da pessoa humana.

Para o ministro, é possível que medidas restritivas de caráter coercitivo sejam aplicadas àqueles que se recusarem a tomar vacinas definidas como obrigatórias pelo Ministério da Saúde, com amparo da lei 6259/1975 (lei de formação do PNI), para garantir a proteção do bem jurídico transindividual.

Em seu voto, o ministro Nunes Marques mostrou-se desfavorável à obrigatoriedade da vacina contra a covid-19, e evidenciou que compete ao governo federal, por meio do Ministério da Saúde, a coordenação das medidas para controle da pandemia. Citou, ainda, que as opiniões pessoais do então presidente da República, Jair Bolsonaro, não significavam o parecer oficial da União.

Porém a opinião daquele presidente foi de encontro aos fundamentos da Organização Interamericana de Direitos Humanos, porque houve disseminação de fatos irreais que influenciaram negativamente seus seguidores. (Rocha *et al.*, 2021)

Essa lógica abriu precedentes para o questionamento da necessidade de aplicação de imunobiológicos de eficiências já consagradas. A varíola, por exemplo, foi erradicada no Brasil e nas Américas em 1973 graças à vacina (Ministério da Saúde, 2013).

No mesmo âmbito, as campanhas de vacinação organizadas pelo PNI resultaram no último isolamento do poliovírus selvagem em 1989; redução de 81% das notificações de sarampo em 1992; alcance da eliminação do tétano neonatal como problema de saúde pública em 2006; últimos casos da rubéola e da síndrome da rubéola congênita em 2008 e 2009, respectivamente; constatação da redução da mortalidade dos idosos por pneumonias e influenza devido a campanhas da vacina contra a gripe (Ministério da Saúde, 2013); eliminação do sarampo em 2016, entre outros marcos (Ministério da Saúde, 2022).

Sabe-se, contudo, que o Brasil perdeu o certificado de eliminação de sarampo em 2019 e que outras doenças imunopreveníveis voltaram a preocupar as autoridades sanitárias (Ministério da Saúde, 2022). Portanto o legado que algumas opiniões no âmbito da saúde deixam para a grande massa não é positivo.

É possível citar, também, a sanção do atual governador do Estado de São Paulo, Tarcísio de Freitas, quanto a não obrigatoriedade da vacinação contra a covid-19, como um fator desestimulante da vacinação no geral (São Paulo, 2023).

A desinformação e a omissão oriundas do governo também puderam ser observadas, na década de 70, quando ocorreu o maior surto de meningite no país. Os militares censuravam os dados relativos à meningite para que não houvesse uma queda na reputação do governo. As autoridades só começaram a reconhecer o problema quando ele atingiu as classes mais abastadas, assim como ocorreu no caso da covid-19 (Dandara, 2022).

Contudo, na atualidade, existem vacinas contra a meningite disponíveis no SUS e, mesmo assim, houve um surto expressivo em 2022 na capital paulista. O gráfico, ao final do artigo, extraído da plataforma do DATASUS por meio da ferramenta TABNET, evidencia a queda da vacinação contra a meningite no Estado de São Paulo.

A problemática da inviolabilidade do corpo também foi discutida no HC 71313 - RS em 1994. O pedido tinha o objetivo de impedir que um cidadão fosse encaminhado coercitivamente para realizar um teste de DNA para verificar uma possível paternidade (Supremo Tribunal Federal, 1994).

O relator, ministro Francisco Rezek, avaliou que: “o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado” e que deve dar espaço, como nos casos de vacinação, como forma de proteção da coletividade, “a um interesse preponderante”. Na análise do ministro, baseada no

artigo 227 da CF/88, que atesta que as crianças e os adolescentes têm absoluta prioridade quanto à dignidade, saúde e respeito, e também baseada no artigo 27 do ECA, que determina que o reconhecimento de filiação é um direito personalíssimo inalienável e irrestrito, houve a defesa do direito da adolescente, e conseqüentemente do nascituro, em saber se o paciente do HC seria o genitor.

Já o ministro Marco Aurélio, defendeu, em seu voto, o direito do paciente do HC de não ter seu corpo violado da maneira, possivelmente violenta, que lhe fora imposta no processo. Ele citou o preceito constitucional de que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei, e que não havia norma impositiva alguma para que fosse realizado o teste de DNA sem o consentimento do suposto pai. O ministro entendeu, também, que o reconhecimento da paternidade não é de interesse público, e citou que casos como o de vacinação obrigatória são legais e constitucionais porque existe um interesse coletivo que se sobrepõe ao individual.

### **3. A responsabilidade civil em relação à vacinação**

A doutrina tende a ver a responsabilidade como um mecanismo vivo e em constante transformação vinculada aos movimentos históricos e culturais. Por exemplo, a lógica "olho por olho, dente por dente", presente em várias civilizações do Mundo Antigo, estabelecia que uma pessoa que fora lesada estaria autorizada a praticar o mesmo mal ao indivíduo causador. A decisão de vingança e de violência partia do poder público (Diniz, 2018).

Posteriormente, ainda com uma lógica de vingança, o agente causador de dano passou a indenizar a vítima com objetos ou dinheiro. Na Lei das XII tábuas de 450 a. C., o poder público fixava um valor para cada dano causado, o foco era na indenização e não na vingança. Na época medieval romana, introduziu-se a ideia de culpa como elemento indispensável para o direito indenizatório, noção presente até os dias atuais na responsabilidade civil subjetiva (Diniz, 2018).

Percebe-se que, apesar de muitas evoluções, existem situações decorrentes do avanço social em que o Direito ainda não consegue atuar de forma a manter a equidade e equilíbrio, como é o caso da responsabilidade civil que está sendo discutida no presente trabalho.

Para Giselda Hironaka, é preciso uma reformulação na teoria da responsabilidade para que ela entre em conformidade com os princípios constitucionais (Mahuad, 2015).

De acordo com Anderson Schreiber, a definição flexibilizada de dano (que envolve danos sociais, ambientais, difusos, coletivos, individuais e estéticos) indica a necessidade de refletir sobre a responsabilidade civil e sobre a compensação das vítimas num cenário marcado por desassistência na esfera pública (Zanetta, 2015).

Qual seria, então, a maneira mais igualitária e razoável de responsabilização na esfera civil?

Mesmo com tantos entraves assistenciais, políticos e ideológicos, não é possível retirar a responsabilidade civil dos pais em relação à (não) vacinação dos filhos, tendo em vista que o poder familiar deve ser garantidor do direito do maior interesse da criança (direito à saúde e à vida), e levando em consideração a manutenção da saúde coletiva como prioridade e direito transindividual. Cabe analisar quais seriam as consequências jurídicas aplicáveis aos responsáveis por essa atitude.

Assim, como citado pelo ministro Lewandowski, na ADI 6586, sobre a importância da vacinação, a aplicação massiva de imunobiológicos é uma forma de reduzir a morbimortalidade de doenças transmissíveis dos indivíduos que receberam a vacina, e também daqueles que não a podem receber por motivos de faixa etária ou saúde, sendo a vacinação uma das mais efetivas intervenções de saúde.

O ministro também afirmou que a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que simplesmente não querem tomar vacinas (Supremo Tribunal Federal, 2020).

De acordo com a Fundação Oswaldo Cruz, a meta da cobertura de vacinação infantil é de 90% da população-alvo, menor de um ano, com a vacina BCG; 100% contra a febre amarela, e 95% para os demais imunizantes, considerando as crianças de até dois anos. Sem o cumprimento dessas metas, o país não fica livre do risco do ressurgimento de diversas doenças que são preveníveis por intermédio da imunização. (Levy, 2022)

É possível definir a responsabilidade como um dever jurídico consequente da violação de uma obrigação. A responsabilidade nasce do princípio do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar) e é um mecanismo de busca de equilíbrio social (Mahuad, 2015).

Na constatação da responsabilidade civil, são analisados três elementos: o dano, o nexo causal e a culpa. Na modalidade de responsabilidade objetiva, a vítima do dano não tem a obrigação de provar a culpa, porque ela está presumida na lei (seja pela omissão ou ação do agente), que mesmo tendo resguardo, comete um ato ilícito. O nexo causal é o que une a atitude praticada pelo agente (ou que, no caso, deixou de ser praticada) ao dano ocorrido. (Dellova, 2021)

De acordo com o artigo 927 do Código Civil, é necessário indenizar, independentemente de culpa, ou quando a atitude do autor do dano causar prejuízos nos direitos da outra pessoa. (Brasil, 2002)

A reparação do dano está garantida como direito individual na CF/88, em seu artigo 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. (Brasil, 1988)

No caso da (não) vacinação infantil (nexo causal), a possibilidade de um dano para a criança ou para outras pessoas que convivem com ela devido à infecção por doenças imunopreveníveis é evidente. Para Maria Helena Diniz (2018), o conceito de responsabilidade civil também envolve a ideia de reparar o risco, mesmo que não haja dano.

Nessa esteira, a autora Luzia do Socorro Silva dos Santos (2020), ao citar a dimensão jurídica preventiva de Catherine Thibierge, indica uma nova face da responsabilidade, que é baseada na prevenção dos danos de forma universal para garantir interesses essenciais para a sociedade no que se refere ao meio ambiente, à saúde e à bioética, focando na probabilidade da produção de danos (Dellova, 2020).

É necessário que, de alguma forma, os pais assumam seus papéis como responsáveis pelos resultados naturalísticos de abstenção de conduta. O nexo de não evitação de doenças pode causar à criança problemas na saúde, na frequência escolar e na convivência com outras pessoas. Desprotegida pela ocorrência da (não) vacinação, pode vir a desenvolver sequelas permanentes decorrentes das doenças imunopreveníveis, se abster das aulas e não ter contato com alguns familiares e colegas devido ao isolamento, até que a enfermidade cesse. E não se descarta a possibilidade do óbito, tanto da criança (não) vacinada quanto das pessoas com a imunidade comprometida que vivem ao redor dela.

A poliomielite, por exemplo, pode causar sequelas motoras irreversíveis, como crescimento diferente das pernas, paralisia dos membros inferiores, problemas e dores nas articulações. Pode ocorrer também a dificuldade na fala, osteoporose e hipersensibilidade ao toque. A vacinação é a única forma de prevenção (Bio-Manguinhos, 2022).

Como é possível notar no gráfico ao final do artigo, também resultante da plataforma DATASUS, a vacinação contra poliomielite está em queda, tanto na versão injetável quanto na versão via oral. A meningite meningocócica, doença também imunoprevenível, pode levar à morte rapidamente a partir do início dos sintomas. Em caso de sobrevivência, pode haver sequelas, como surdez, debilidade motora, convulsões e aumento da pressão intracraniana (Aguiar, 2022).

É preciso avaliar qual seria a forma mais adequada de responsabilizar os pais sem que haja um prejuízo ainda maior para as crianças, tendo em vista que é papel constitucional de ambos (Estado e Família) assegurar a saúde na infância. Com base nisso, a perda do poder familiar não se evidencia como uma medida razoável, porque a convivência com a família e com a comunidade também é um direito da criança, assegurado no artigo 19, *caput* do ECA.

Existe um forte questionamento, ainda mais após a ascensão de grupos antivacina no Brasil, sobre a necessidade de interferência do Estado no exercício do poder familiar em questões de cuidados de saúde com base em convicções filosóficas, religiosas e morais. Essa questão foi julgada pelo STF no ARE 1.267.879 / SP, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, tema 1103 de Repercussão Geral.

O tribunal decidiu, por unanimidade, que é constitucional a obrigatoriedade da imunização prevista pelos órgãos de vigilância sanitária, para defender o melhor interesse da criança e da coletividade. Portanto o núcleo familiar não pode utilizar do argumento de intervenção estatal inconstitucional para livrar-se dos deveres legais perante seus dependentes.

Além disso, como medida estimuladora, o Projeto de Lei 5654/ 2019, aprovado em novembro de 2022 pela Comissão de Assuntos Sociais, prevê, no ato da matrícula escolar, que a escola exija o cartão de vacina das crianças e, caso haja irregularidades, que oriente sobre a importância de manter as vacinações em dia junto às unidades básicas de saúde. Esse projeto é importante, tendo em vista que o valor investido em campanhas publicitárias de vacinação despencou de R\$97 milhões para R\$ 33 milhões (Agência Senado, 2022).

Outrossim, como afirmou o epidemiologista Akira Homma, o sucesso do programa brasileiro de imunizações trouxe a consequência de a sociedade encarar as vacinas como desnecessárias, tendo em vista doenças que foram erradicadas e aparentemente estão distantes da realidade das pessoas, mas como já apresentado nas estatísticas ao final do artigo, as taxas de cobertura vacinal seguem em queda e são um risco para a saúde coletiva (Fraga, 2017).

Contudo, é importante ressaltar, essas orientações que partem das escolas são de caráter educativo, não punitivo. Conforme o pensamento de Habermas quanto à função do Direito, as pessoas devem ser estimuladas a seguir normas a partir da consciência de que as regras são úteis, seguras e democráticas no contexto social, e não somente a partir da coerção das sanções (Castilho, 2018); até porque, como já enfatizado, existem várias fontes do Direito que obrigam a vacinação e, mesmo assim, o país não está atingindo as metas estabelecidas pelas autoridades sanitárias.

É necessário reconquistar a cultura da imunização no Brasil como uma forma de cuidado e respeito para com os indivíduos e a coletividade, por meio de estímulos do Poder Público e também das atividades informativas e preventivas dos profissionais da Atenção Primária de Saúde, local em que, costumeiramente, ocorrem as vacinações, em concordância com o artigo 7º do ECA, que dispõe sobre a efetivação de políticas públicas que permitam o desenvolvimento sadio e harmonioso das crianças e dos adolescentes.

Além disso, a vistoria das carteiras de vacinação no ato da matrícula não pode ser fator segregante na vida do aluno. Não é razoável tirar da criança o direito constitucional de estudar, assegurado no artigo 205 da CF/88, que dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e também previsto no artigo 53 do ECA, que assegura à criança o acesso à escola pública gratuita e próxima de sua residência.

É possível pensar, como alternativa, numa penalização a partir de multa, com base no artigo 249 do ECA, que refere que o não cumprimento de obrigações inerentes ao poder familiar pode gerar multa de três a vinte salários mínimos e pagamento em dobro em casos de reincidência.

Nesse contexto, em setembro de 2013, houve uma Ação Civil Pública em que a promotora da Infância e Juventude de Jacareí conseguiu uma decisão para que duas crianças recebessem as vacinas necessárias para a idade, já que elas não eram vacinadas porque a família acreditava em tratamentos homeopáticos e que os imunizantes trariam riscos à saúde. A decisão indicava que os pais seriam multados em um salário mínimo/dia (Fernandes, 2013).

Entretanto é indispensável avaliar se essa medida administrativa é aplicada com equidade, pois a coercitividade da multa tem peso diferente em relação à discrepância entre o poder econômico das famílias brasileiras. A multa de três salários mínimos para o poder familiar com renda de 15 salários mínimos, por exemplo, tem peso diferente para aqueles que recebem apenas um.

Nesse sentido, é necessário indicar que as classes econômicas menos favorecidas costumam atrasar os esquemas de vacinação, não porque têm desconfiança na efetividade dos imunobiológicos, mas, sim, porque possuem dificuldades de acesso às unidades básicas de saúde. Por outro lado, as classes mais abastadas costumam hesitar na vacinação infantil por questões filosóficas ou por levarem como verdade conveniente notícias, que são comprovadamente falsas, para supostamente proteger os filhos dos efeitos das vacinas (Cardin, 2019).

Como uma forma de garantir e estimular a vacinação dos hipossuficientes, a nova formulação do programa de transferência de renda do Bolsa Família terá, dentre as condicionantes, a obrigatoriedade de manutenção da carteira de vacinação de toda a família em dia, fator que estava sendo ignorado pela versão anterior do programa, chamado de Auxílio Brasil. Essa ação vai atingir em média 9,1 milhões de crianças e adolescentes até 14 anos, ficando os municípios responsáveis pelo monitoramento (Rupp, 2023).

Contudo, sabe-se que, muitas cidades têm faltas constantes de imunizantes e que essas medidas não atingem toda a população de crianças e adolescentes que precisam estar com a vacinação em dia, porque leva em consideração aqueles com baixa renda vinculados com o programa (Rupp, 2023).

#### 4. Referências Bibliográficas

AGÊNCIA SENADO. **Comissão aprova projeto que vincula matrícula escolar à vacinação**. Agência Senado, 2022. Disponível em: [Comissão aprova projeto que vincula matrícula escolar a vacinação — Senado Notícias](#). Acesso em: 08 de maio 2023.

AGUIAR, Tamires Saraiva et al. **Perfil epidemiológico da meningite no Brasil, com base nos dados provenientes do DataSUS nos anos de 2020 e 2021**. Research, Society and Development, v. 11, n. 3, 2022.

BIO-MANGUINHOS. **Poliomielite: sintomas, transmissão e prevenção**. Bio-Manguinhos, 2022. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/poliomielite-sintomas-transmissao-e-prevencao> . Acesso em: 07 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 1.261, de 31 de outubro de 1904 - Publicação Original, 1904. **Portal da Câmara dos Deputados** .Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html> . Acesso em: 03 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002: **Institui o Código Civil**. Planalto, 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Planalto, 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95**. Planalto, 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm) . Acesso em: 03 mar. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; NERY, Lais Moraes Gil. **Hesitação vacinal: direito constitucional à autonomia individual ou um atentado à proteção coletiva?**. Prisma Jurídico, v. 18, n. 2, p. 224-240, 2019.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 287-289.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016**. Conselho Nacional de Saúde, 2020. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016> . Acesso em: 03 mar. 2023.

DANDARA, Luana. Maior surto de meningite do país, na década de 1970, foi marcado pela desinformação. **Portal Fiocruz**, 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/maior-surto-de-meningite-do-pais-na-decada-de-1970-foi-marcado-pela-desinformacao> . Acesso em: 05 mar. 2023.

DELLOVA, Renato (coord.). **Direito Civil e Temas Transversais**. Salto: Schoba, 2020.

DELLOVA, Bruna Martins Gomes; DELLOVA, Renato Souza. **Responsabilidade civil dos pais em casos de obesidade infantil**. Revista Direito Civil Padre Anchieta, v. 3, n. 2, p. 206-216, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 7.

FERNANDES, Suellen. **MP obtém liminar para obrigar pais a vacinar os filhos em Jacareí, SP**. **G1**, 2013. Disponível em: [MP obtém liminar para obrigar pais a vacinar os filhos em Jacareí, SP - notícias em Vale do Paraíba e Região](https://g1.globo.com/sp/jacarei/noticia/2013/05/15/mp-obtem-liminar-para-obrigar-pais-a-vacinar-os-filhos-em-jacarei-sp-noticias-em-vale-do-paraiba-e-regiao.html). Acesso em: 09 maio 2023.

FRAGA, Vitor. **Pais que não vacinam filhos geram debate sobre limites entre direitos**. OAB RJ, 2017. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/noticias/pais-nao-vacinam-filhos-geram-debate-sobre-limites-entre-direitos> . Acesso em: 08 maio 2023.

INTER AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Resolution No. 1/2021: **Covid-19 vaccines and Inter-American Human Rights obligations**. OAS, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolucion-1-21-en.pdf> . Acesso em: 27 fev. 2023.

LEVY, Bel. **BCG é a única vacina do calendário infantil que já bateu a meta de cobertura em 2022**. Portal Fiocruz, 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/bcg-e-unica-vacina-do-calendario-infantil-que-ja-bateu-meta-de-cobertura-em-2022> . Acesso em: 05 mar. 2023.

MAHUAD , Luciana Carone Nucci Eugenio; MAHUAD , Cassio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015. P. 33-35 . ISBN 978-85-8191-054-3.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022. **Ministério da Saúde lança Plano de Ação para Interrupção do Sarampo no Brasil**. Gov.br, 2022. Disponível em: [Ministério da Saúde lança Plano de Ação para Interrupção do Sarampo no Brasil](https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/comunicacao/2022/03/ministerio-da-saude-lanca-plano-de-acao-para-interrupcao-do-sarampo-no-brasil). Acesso em: 03 mar. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **40 anos do Programa Nacional de Imunizações**. Brasília: Departamento de Vigilância Epidemiológica, 2013. ISBN 978-85-334-2048-9.

ROCHA, Camilo et al. **Política mortal: o Brasil em aflição após um ano de pandemia.** Nexo Jornal, 2021. Disponível em: [Política mortal: o Brasil em aflição após um ano de pandemia | Nexo Jornal](#). Acesso em: 05 mar. 2023.

RUPP, Isadora. **Como o Bolsa Família pode ajudar a melhorar a vacinação infantil.** Nexo Jornal, 2023. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2023/02/07/Como-o-Bolsa-Fam%C3%ADlia-pode-ajudar-a-melhorar-a-vacina%C3%A7%C3%A3o-infantil>. Acesso em: 09 maio 2023.

SANTOS, Luzia do Socorro Silva dos. **O instituto da responsabilidade na proteção preventiva do meio ambiente em prol da garantia do futuro.** In: DELLOVA, Renato (coord.) **Direito Civil e Temas Transversais.** Salto: Schoba, 2020.

SÃO PAULO. Lei nº 17.629, de 14 de fevereiro de 2023: **Dispõe sobre a proibição da exigência de apresentação do cartão de vacinação contra a Covid-19 para acesso a locais públicos ou privados no Estado, e dá outras providências.** ALESP, 2023. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2023/lei-17629-14.02.2023.html> . Acesso em: 04 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 71373 - RS.** Supremo Tribunal Federal, 1994. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066> . Acesso em: 26 fev. 2023.

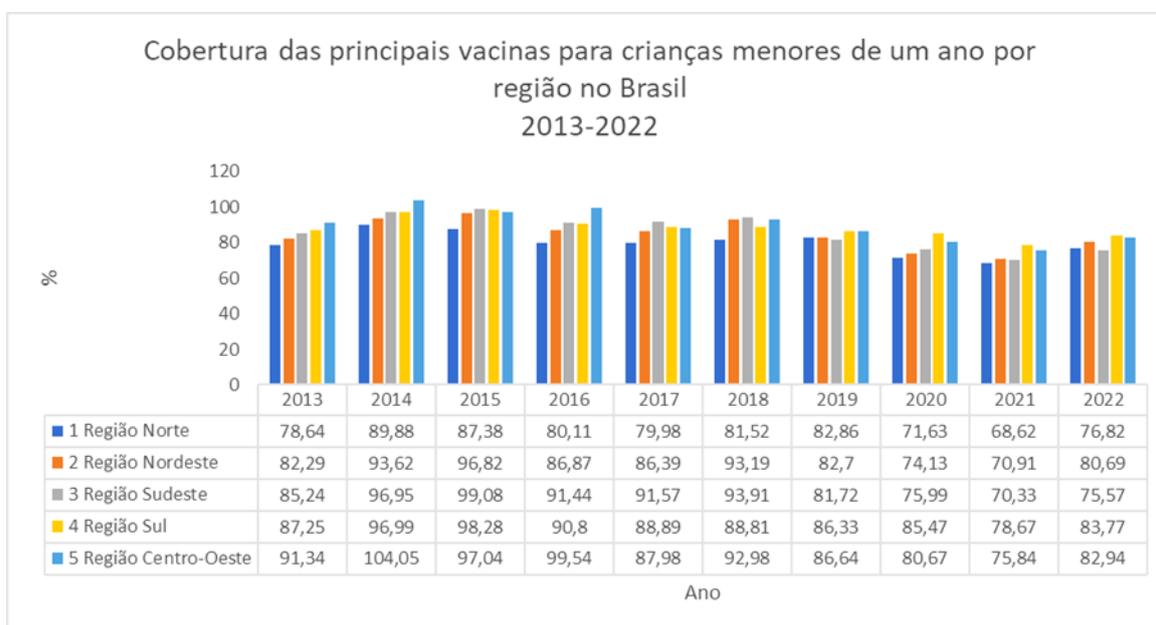
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6586. Supremo Tribunal Federal, 2020.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038> . Acesso em: 24 fev. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.267.879 São Paulo: Relator Ministro Roberto Barroso. Supremo Tribunal Federal, 2020.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674> . Acesso em: 08 maio 2023

WESTIN, Ricardo. **Interesses políticos e descaso social alimentaram a Revolta da Vacina em 1904.** Agência do Senado, 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/interesses-politicos-e-descaso-social-alimentaram-revolta-da-vacina> . Acesso em: 19 fev. 2023.

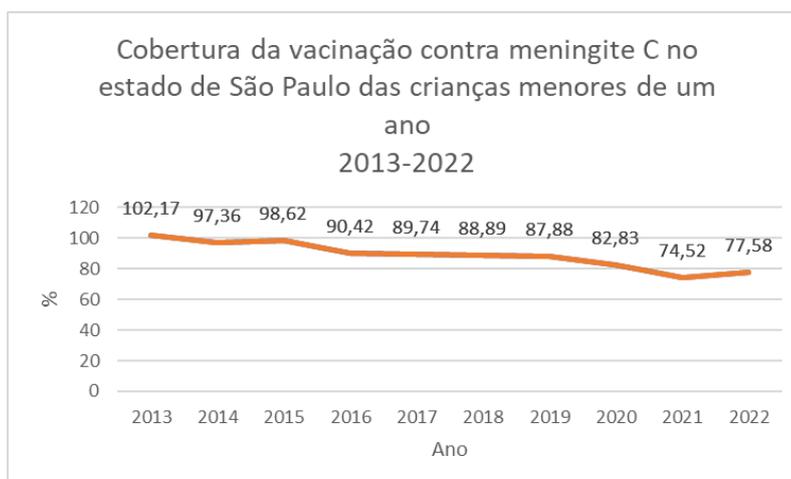
ZANETTA, Renata Pinto Lima; MONTEIRO FILHO, Ralpo de Barros. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

## 5. Anexos



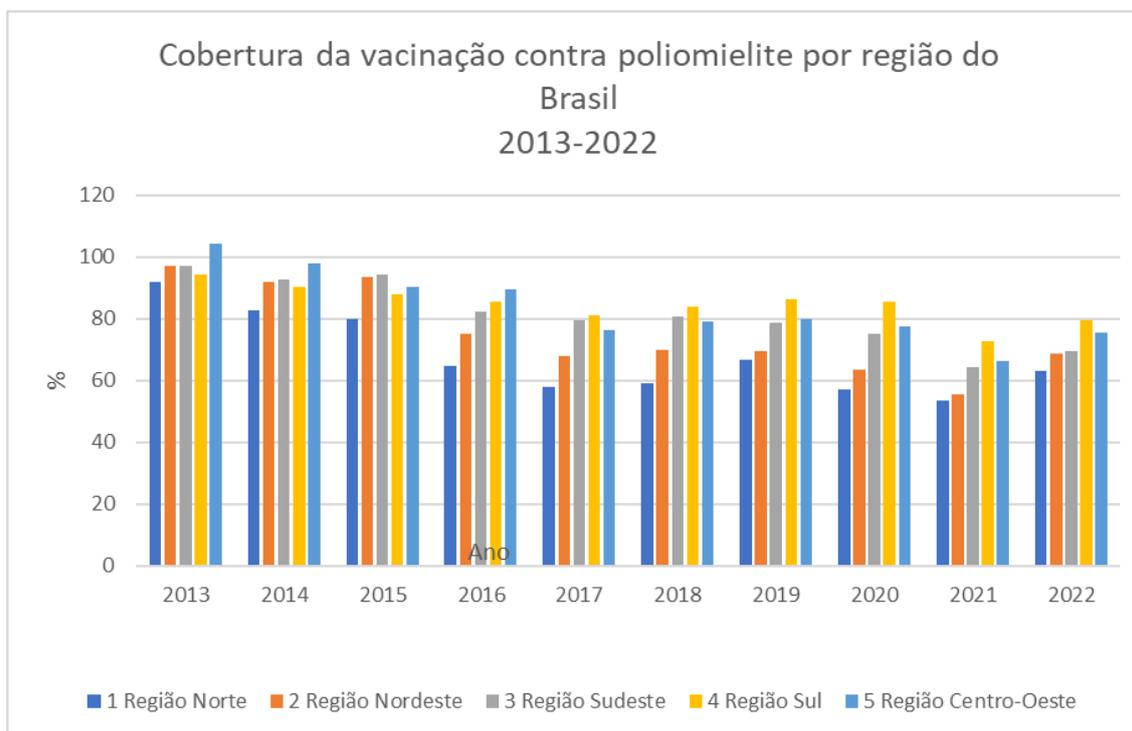
### Coberturas Vacinais por Ano segundo Região

Região: 1. Região Norte, 2. Região Nordeste, 3. Região Sudeste, 4. Região Sul, 5. Região Centro-Oeste. Imuno: BCG, Hepatite B em crianças até 30 dias, Rotavírus Humano, Meningococo C, Penta, Pneumocócica, Poliomielite. Ano: 2013-2022. Fonte: Sistema de Informação do Programa Nacional de Imunizações (SI-PNI/CGPNI/DEIDT/SVS/MS)



Cobertura da vacinação contra meningite C no estado de São Paulo das crianças menores de um ano (2013-2022).

Foi considerada a cobertura da segunda dose contra a doença das crianças menores de um ano.



**Cobertura da vacina poliomielite injetável e poliomielite oral no Brasil do período de 2013 a 2022**

## DIREITOS SEXUAIS E SUA APLICABILIDADE EM DIVERSAS PRÁXIS

Aline Santarém Ernesto<sup>296</sup>

Priscila Junqueira<sup>297</sup>

### RESUMO

Os direitos sexuais são fundamentais para garantir o respeito à liberdade, autonomia e domínio de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual, identidade de gênero ou práticas sexuais. Em diversas áreas de atuação, tais como educação, saúde, relações de trabalho, cultura e os meios de comunicação, a aplicabilidade desses direitos tem sido objeto de discussão e ação. Apresentar uma escuta ativa e acolhedora nestes âmbitos, pode favorecer o respeito aos direitos sexuais, que é essencial em todas as práticas, promovendo uma sociedade mais igualitária, respeitosa e consciente da diversidade humana. Este artigo busca explorar a aplicação dos direitos sexuais em diversas áreas, reconhecendo que a promoção desses direitos vai além do discurso teórico e demanda ações práticas e políticas concretas, tendo como base a escuta ativa.

**Palavras chaves:** direitos sexuais, sexualidade, identidade de gênero, escuta ativa, acolhimento.

### ABSTRACT

Sexual rights are fundamental to guaranteeing respect for the freedom, autonomy and dominance of all people, regardless of their sexual orientation, gender identity or sexual practices. In several areas of activity, such as education, health, labor relations, culture and the media, the applicability of these rights has been the subject of discussion and action. Presenting active and welcoming listening in these areas can promote respect for sexual rights, which is essential in all practices, promoting a more egalitarian, respectful and aware society of human diversity. This article seeks to explore the application of sexual rights in different areas,

---

<sup>296</sup> Aline Santarém Ernesto: Co-fundadora do IPSE – Instituto de Psicologia e Sexologia Essência Rara. Doutora pela Universidade Estadual de Campinas UNICAMP. Especialista em Unidade Básica de Saúde – Faculdade de Saúde Pública/USP. Formação em Psicanálise pelo Instituto Távola. Psicóloga Clínica, com mais de 23 anos de atuação na área. Atendimento Psicológico com Foco psicanalítico. Psicoterapia individual, casal e grupo. No âmbito hospitalar, atendimento ambulatorial de pessoas com doenças crônicas e seus principais cuidadores e orientação de equipe.

<sup>297</sup> Priscila Junqueira: Co-fundadora do IPSE – Instituto de Psicologia e Sexologia Essência Rara. Mestrado pela USP. Especialista em Sexualidade Humana pela USP e em Coordenação Grupo Analítica pela Sociedade de Psicoterapia Analítica de Grupo. Formação em Psicanálise pelo Instituto Távola. Psicóloga Clínica, com mais de 21 anos de atuação na área. Atendimento Psicológico com enfoque psicanalítico. Psicoterapia individual, casal e grupo; psicoterapia breve e psicoterapia sexual. Facilitadora em treinamentos e palestras na área de Educação em Sexualidade e Sexologia.

recognizing that the promotion of these rights goes beyond theoretical discourse and demands concrete practical and political actions, based on active listening.

**Key words:** sexual rights, sexuality, gender identity, active listening, acceptance.

## INTRODUÇÃO

Os direitos sexuais são um componente essencial dos direitos humanos, reconhecendo e afirmando que todas as pessoas têm o direito de viver sua sexualidade de forma livre, segura, saudável e sem discriminação. Embora esses direitos sejam universalmente reconhecidos, sua aplicação em diferentes áreas e práxis ainda é um desafio e requer a atenção contínua de legisladores, profissionais e da sociedade como um todo.

Compreendendo que a sexualidade é uma dimensão intrínseca da vida humana, é fundamental analisar como os direitos sexuais podem ser implementados não apenas em relação à educação sexual, mas também no campo da saúde, nos relacionamentos, no trabalho e em outras áreas da vida cotidiana.

Ao abordar as diversas práxis em que os direitos sexuais podem ser aplicados, pretendemos promover uma reflexão sobre os desafios enfrentados, as barreiras a serem superadas e as oportunidades para avançar em direção à promoção de uma sexualidade saudável, segura e consensual para todos. Exploraremos exemplos de marcos legais, políticas e práticas promissoras, como o exercício da escuta ativa e o acolhimento que buscam garantir a igualdade de direitos sexuais, o combate à discriminação e o acesso aos serviços de saúde sexual em diferentes contextos.

A escuta é definida como uma importante estratégia de comunicação na compreensão do outro, visto que implica empatia, respeito e demonstração de acolhimento (Benjamim, 1983). É considerada uma prática dinâmica, ativa, que busca a identificação dos aspectos verbais e não verbais da comunicação (Watanuki, *et al.*, 2006, p. 45-55).

Nesse sentido, é imprescindível reconhecer que os direitos sexuais são interseccionais e devem levar em consideração a diversidade de experiências e identidades, incluindo raça, gênero, orientação sexual, idade, deficiência e outros aspectos socioeconômicos. Somente abordando de forma abrangente a interseccionalidade dos direitos sexuais, poderemos construir uma sociedade mais justa, inclusiva e que respeite a autonomia e liberdade de todas as pessoas no que se refere à sua sexualidade.

Portanto este artigo apresentará uma visão geral das diferentes áreas em que os direitos sexuais podem ser aplicados, destacando os desafios e as oportunidades para avançar nessa temática. Ao fazer isso, esperamos contribuir para um diálogo informado e fomentar ações concretas para a promoção de direitos sexuais plenos e igualitários em todas as esferas da vida.

### **1-Marcos Legais da Educação em Sexualidade x Direitos Sexuais/Reprodutivos x Diversas Práticas**

A educação em sexualidade é um tema de grande importância e relevância nos dias atuais. Compreender e abordar de forma adequada questões relacionadas à sexualidade é essencial para promover a saúde, o bem-estar e a igualdade de direitos para todos. Para garantir uma abordagem abrangente e inclusiva, diversos países têm estabelecido marcos legais que orientam a educação em sexualidade.

Os direitos sexuais e reprodutivos referem-se aos direitos individuais e coletivos relacionados à sexualidade, à saúde sexual e reprodutiva, bem como à tomada de decisões sobre a própria vida reprodutiva. Esses direitos incluem, mas não se limitam, a:

1. Direito à informação: Acesso a informações precisas e cientificamente embasadas sobre saúde sexual, contracepção, doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), maternidade e paternidade responsável, entre outros temas relacionados.
2. Direito à autonomia reprodutiva: Capacidade de decidir livremente se ter filhos, quantos ter e em que momento da vida. Inclui acesso a métodos de contracepção, planejamento familiar e serviços de saúde reprodutiva.
3. Direito à saúde sexual: Acesso a cuidados de saúde de qualidade em relação à saúde reprodutiva, DSTs, prevenção e tratamento de infertilidade, acompanhamento pré-natal, parto seguro e cuidados pós-parto.
4. Direito à igualdade de gênero: Combater todas as formas de discriminação com base no gênero, incluindo a discriminação em relação à sexualidade, e promover a igualdade e o respeito pelos direitos das mulheres, homens, pessoas não-binárias e pessoas trans.
5. Direito à sexualidade livre de violência e coerção: Proteção contra violência sexual, coerção, abuso e exploração sexual, incluindo ações de prevenção, suporte e justiça para as vítimas.
6. Direito à educação sexual abrangente: Acesso a uma educação que promova informações precisas e baseadas em evidências sobre saúde sexual, consentimento, relacionamentos saudáveis, diversidade sexual e de gênero, prevenção de DSTs, entre outros.

A garantia desses direitos é fundamental para promover uma sociedade justa, igualitária e respeitosa, na qual todas as pessoas tenham o poder de tomar decisões informadas sobre sua própria saúde sexual e reprodutiva.

A existência de marcos legais garante esses direitos e pode ser fundamental para a implementação dos direitos sexuais em diversas áreas. Aqui, estão alguns exemplos de como os marcos legais podem ser uma base importante para a promoção dos direitos sexuais:

1. Inclusão nos currículos educacionais: A existência de leis que exigem a inclusão da educação em sexualidade nos currículos escolares ou programas específicos ajuda a garantir que esse tema seja abordado de maneira adequada e sistemática. Isso promove a educação abrangente sobre sexualidade, garantindo que os direitos sexuais sejam discutidos de forma ampla e não estigmatizada.
2. Orientação para educadores: Marcos legais também podem fornecer orientações claras e específicas para os educadores sobre como abordar a educação em sexualidade de maneira inclusiva, precisa e respeitosa. Isso pode envolver a definição de objetivos, métodos pedagógicos, recursos educacionais e treinamento para os educadores.
3. Proteção contra discriminação e estigmatização: As leis podem proteger os alunos e educadores contra discriminação e estigmatização com base na orientação sexual, identidade de gênero ou outros aspectos relacionados à sexualidade. Isso ajuda a criar um ambiente seguro e inclusivo para a discussão aberta dos direitos sexuais.
4. Acesso a serviços de saúde sexual: Os marcos legais podem garantir que os serviços de saúde sexual sejam fornecidos de maneira acessível, confidencial e livre de discriminação. Isso inclui acesso a métodos contraceptivos, serviços de prevenção e tratamento de DSTs, acompanhamento pré-natal e cuidados pós-parto, entre outros.
5. Proteção de crianças e adolescentes: As leis podem estabelecer diretrizes claras para a proteção de crianças e adolescentes contra a exploração sexual, abuso, coerção e violência, garantindo que esses direitos sejam protegidos e que haja medidas em vigor para prevenir e responder a situações de violação dos direitos sexuais.

Em resumo, os marcos legais da educação em sexualidade desempenham um papel crucial na promoção e implementação dos direitos sexuais em diversas áreas. Eles fornecem diretrizes, orientações e proteções legais que ajudam a criar um ambiente favorável para a educação abrangente em sexualidade, garantindo o respeito, a inclusão e o acesso igualitário aos direitos sexuais para todas as pessoas.

### **1. 1-Marcos Legais Internacionais**

- Declaração dos Direitos Sexuais (World Association for Sexual Health - WAS) - Esta declaração estabelece os direitos sexuais básicos e fundamentais de todos os indivíduos, incluindo o direito à informação e educação sexual.
- Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD)
- Este programa vincula a saúde sexual e reprodutiva aos direitos humanos e destaca a importância da educação em sexualidade abrangente.

### **1.2- Marcos Legais Nacionais**

- Constituição Federal de 1988: Estabelece a igualdade de gênero e o direito à liberdade, à intimidade e à vida privada.
- Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional): Determina que a educação deve abranger a formação integral do indivíduo, incluindo questões de saúde e sexualidade.
- Lei nº 12.796/13: Dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão da educação sexual nos currículos escolares, respeitando a diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.
- Lei nº 13.796/19: Institui a Política Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência, que busca promover ações de educação sexual, garantir acesso a métodos contraceptivos e prevenir a gravidez precoce.
- Portaria nº 1.428/13: Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde de Adolescentes e estabelece diretrizes para a promoção da saúde sexual e reprodutiva dos jovens.
- Resolução nº 7/2010 do Conselho Nacional de Educação: Estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica, que orientam a inclusão da educação sexual nos currículos escolares.

### **1.3. Marcos Legais Regionais**

- Abordar as iniciativas regionais relacionadas à educação em sexualidade, como as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) na Região das Américas e a implementação do Plano Estratégico da UNESCO para a Educação em Sexualidade na África, por exemplo.

Esses marcos legais fornecem embasamento para o desenvolvimento de ações e programas de educação em sexualidade, visando à promoção da saúde sexual e a prevenção de

doenças e gravidez não planejada. Vale ressaltar que o contexto legislativo pode variar de acordo com o país.

### **Práticas: Educação, Saúde, Trabalho, Cultura e meios de comunicação**

Na educação, a inclusão da educação sexual nas escolas é um caminho para promover a conscientização sobre os direitos sexuais, prevenir os abusos e combater os estereótipos prejudiciais. Na esfera da educação sexual, por exemplo, a aplicação dos direitos sexuais envolve fornecer informações precisas, atualizadas e livres de preconceitos, permitindo que as pessoas tomem decisões informadas sobre sua sexualidade e pratiquem relações afetivas e sexuais saudáveis e consensuais.

Os direitos sexuais têm igual aplicabilidade no contexto da educação, pois são fundamentais para garantir que todos os indivíduos tenham acesso a uma educação sexual abrangente, inclusiva e baseada nos direitos humanos. A aplicabilidade dos direitos sexuais na educação envolve diversos aspectos:

1. Educação sexual abrangente: Os direitos sexuais incluem o direito a receber informações corretas, equilibradas e baseadas em evidências sobre sexualidade, saúde sexual, contracepção, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, consentimento, relacionamentos saudáveis, diversidade sexual e de gênero, entre outros temas relevantes. A educação sexual abrangente ajuda a capacitar os indivíduos a tomar decisões informadas e responsáveis em relação à sua saúde e sexualidade.
2. Eliminação de estereótipos e discriminação: Os direitos sexuais também exigem a eliminação de estereótipos de gênero e de normas discriminatórias que possam restringir o acesso igualitário à educação. Isso inclui a promoção da igualdade de gênero, bem como o respeito e a valorização da diversidade sexual e de gênero.
3. Prevenção do abuso sexual e do *bullying*: A educação sexual também deve abordar a prevenção do abuso sexual, do assédio e do *bullying*, fornecendo aos estudantes informações sobre consentimento, relacionamentos saudáveis e habilidades para se protegerem e denunciarem situações de violência ou abuso.
4. Promoção da saúde e bem-estar: Os direitos sexuais estimulam uma abordagem holística da saúde e do bem-estar, reconhecendo que a saúde sexual está interligada à saúde física, mental e social. A educação sexual baseada nos direitos sexuais promove uma visão positiva da sexualidade e incentiva o autocuidado, o respeito mútuo e a consciência da diversidade.

Portanto a aplicabilidade dos direitos sexuais no contexto da educação contribui para uma educação inclusiva, baseada nos direitos humanos e que promova a igualdade de gênero, a saúde sexual e o respeito à diversidade sexual e de gênero.

Na área de saúde, a garantia dos direitos sexuais é essencial para o acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva, como contraceptivos, exames e tratamentos, bem como para o combate à discriminação e ao estigma em relação a questões sexuais e de gênero.

Quando se trata de saúde sexual, a aplicabilidade dos direitos sexuais envolve garantir acesso universal a serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade, incluindo contraceptivos, prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, cuidados pré-natais e serviços de planejamento familiar.

Os direitos sexuais são perfeitamente aplicáveis no contexto da saúde, pois têm como objetivo fundamental garantir a saúde integral e o bem-estar sexual das pessoas. Isso inclui o direito de tomar decisões informadas sobre sua saúde sexual, ter acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade e receber tratamento digno, respeitoso e livre de discriminação.

A aplicabilidade dos direitos sexuais na saúde envolve diversos aspectos, como:

1. Informação e educação sexual: As pessoas têm o direito de receber informações precisas, acessíveis e não discriminatórias sobre saúde sexual, prevenção de doenças, contracepção, planejamento familiar, consentimento, relações saudáveis e outras questões relacionadas à sexualidade.
2. Acesso a serviços de saúde sexual: Todos devem ter acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva de qualidade, independentemente de sua orientação sexual, identidade de gênero ou estado civil. Isso inclui serviços de prevenção e tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, contracepção, cuidados pré-natais, aborto seguro e atendimento relacionado à saúde mental e emocional.
3. Consentimento informado: O direito ao consentimento informado é fundamental para garantir relações sexuais saudáveis e respeitosas. Isso implica o direito de tomar decisões informadas e autônomas sobre atividade sexual, incluindo a capacidade de dar ou retirar o consentimento a qualquer momento.
4. Combate à discriminação e estigma: Os direitos sexuais também incluem o direito de ser livre de discriminação, estigma e violência com base na orientação sexual ou identidade de gênero. Isso envolve a promoção da igualdade de direitos para todas as pessoas, independentemente da sua orientação ou identidade sexual.

Portanto a aplicabilidade dos direitos sexuais no contexto da saúde é essencial para garantir o respeito à autonomia, dignidade e bem-estar sexual das pessoas, promovendo uma abordagem abrangente e inclusiva da saúde.

Apesar da importância de aplicarmos os direitos sexuais e reprodutivos, ainda são encontradas inúmeras resistências e obstáculos para colocá-los em prática. Em um estudo sobre visibilidade e escuta com a população LGBTI+ no contexto da saúde, quase que por unanimidade, os profissionais relataram que quando abordada a temática em sua formação, esta se deu de forma secundária em cursos de especialização. Ainda enfatizam a importância desta temática ser ensinada de forma mais completa, por um profissional de saúde mental capaz de treiná-los para uma escuta e acolhimento adequados (Miskolci, R., & Pereira, P. P. G., 2022).

Os direitos sexuais são fundamentais em todas as esferas da vida, incluindo o contexto das relações de trabalho. Nesse contexto, a aplicabilidade dos direitos sexuais envolve garantir que todos os trabalhadores tenham o direito à igualdade de tratamento, liberdade de expressão e proteção contra qualquer forma de discriminação ou assédio sexual.

Isso significa que os empregadores devem criar um ambiente de trabalho seguro, livre de comportamentos inadequados ou abusivos. Os trabalhadores têm o direito de serem tratados com respeito e dignidade, independentemente de sua orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

Além disso, os direitos sexuais também abrangem temas como a igualdade salarial entre homens e mulheres, a conciliação da vida profissional e pessoal, a proteção contra a exploração sexual e o direito à saúde sexual e reprodutiva.

Portanto a aplicabilidade dos direitos sexuais no contexto das relações de trabalho envolve garantir um ambiente de trabalho inclusivo, respeitando a diversidade e promovendo a igualdade de oportunidades para todos os trabalhadores.

A aplicabilidade dos direitos sexuais no contexto da cultura e dos meios de comunicação é fundamental para promover uma representação inclusiva, respeitosa e não discriminatória da sexualidade. Aqui estão algumas formas de aplicação desses direitos nesse âmbito:

1. Representação diversificada: Os meios de comunicação desempenham um papel crucial na formação de normas e padrões sociais. É importante que a diversidade de identidades de gênero, orientações sexuais e expressões sexuais seja representada de maneira precisa e não estereotipada. A aplicabilidade dos direitos sexuais significa garantir que todas as pessoas sejam representadas de forma inclusiva, evitando estereótipos prejudiciais e promovendo a igualdade.

2. Educação sexual adequada: A mídia e a cultura têm o potencial de influenciar a educação sexual das pessoas. A aplicação dos direitos sexuais no contexto da cultura e dos meios de comunicação envolve fornecer informações precisas, diversificadas e baseadas em evidências. Isso ajuda a combater a desinformação, os estigmas e os tabus relacionados à sexualidade, permitindo que as pessoas tenham uma compreensão saudável e abrangente dos temas relacionados ao sexo.
3. Promoção do consentimento e da comunicação saudável: A cultura e os meios de comunicação podem desempenhar um papel importante na promoção do consentimento sexual e da comunicação saudável. É necessário que as narrativas representem e promovam ativamente relações afetivas e sexuais baseadas no respeito mútuo, no consentimento explícito e na capacidade de expressar desejos e limites.
4. Combate à objetificação e exploração sexual: A aplicabilidade dos direitos sexuais implica rejeitar e combater a objetificação e a exploração sexual nas diferentes formas de mídia. Isso significa evitar a representação de pessoas como meros objetos sexuais e evitar o incentivo a práticas sexuais não consensuais, violentas ou degradantes.
5. Sensibilidade cultural e respeito às diferenças: A aplicação dos direitos sexuais no contexto da cultura e dos meios de comunicação exige sensibilidade cultural e respeito às diferenças. Isso implica reconhecer que a expressão da sexualidade pode variar amplamente entre as culturas e se manifestar de diferentes maneiras, e que todas as formas saudáveis de expressão sexual devem ser respeitadas.

Em resumo, a aplicabilidade dos direitos sexuais no contexto da cultura e dos meios de comunicação envolve garantir uma representação inclusiva e respeitosa da diversidade sexual, promover uma educação sexual adequada, fomentar a comunicação saudável e o consentimento, combater a objetificação e a exploração sexual e ter sensibilidade cultural e respeito às diferenças. Isso contribui para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva em relação à sexualidade.

## **ESCUA ATIVA E DIREITOS SEXUAIS**

Uma importante diretriz da Política Nacional de Humanização é o acolhimento. Por meio dele, temos a possibilidade de criação de vínculos de confiança, construção de alianças e corresponsabilização. A escuta ativa é uma forma de acolhimento e se traduz como uma habilidade essencial para a promoção e aplicação dos direitos sexuais. Envolve a capacidade de

ouvir com empatia, respeito e compreensão, permitindo que as pessoas expressem suas experiências, necessidades e desejos de forma livre e sem julgamentos.

A habilidade para a escuta, importante elemento de comunicação, está relacionada à compreensão do que o outro diz e sente e, na sequência, a comunicação desse entendimento de volta a ela. (Olson, 1987)

Ao aplicar a escuta ativa no contexto dos direitos sexuais, é importante considerar o seguinte:

1. Respeito pela autonomia: A escuta ativa respeita a autonomia das pessoas em relação à sua própria sexualidade. Isso significa permitir que elas expressem suas opiniões, preferências e experiências sem interromper, julgar ou desvalorizar.
2. Inclusão da diversidade sexual e de gênero: A escuta ativa valoriza a diversidade sexual e de gênero, reconhecendo que cada pessoa tem uma identidade única e experiências individuais. Isso implica estar aberto para ouvir diferentes perspectivas, vivências e orientações sexuais e de gênero.
3. Sensibilidade cultural e contextual: A escuta ativa deve ocorrer com sensibilidade cultural e contextual, reconhecendo que as normas e valores sexuais podem variar de acordo com as tradições, crenças e circunstâncias sociais de cada pessoa. É importante evitar generalizações e compreender as realidades específicas de cada indivíduo ou comunidade.
4. Promoção da igualdade e dignidade: A escuta ativa no contexto dos direitos sexuais busca promover a igualdade, a dignidade e a não discriminação. Isso significa oferecer um espaço seguro e acolhedor para as pessoas se expressarem livremente, sem discriminação com base em sua orientação sexual, identidade de gênero, idade, origem étnica, entre outros fatores.

## CONCLUSÃO

O singular do lugar da escuta na psicanálise é promover a fala a partir do sofrimento de quem fala (Lacan, 1988). A escuta promove a valorização e o reconhecimento do sujeito como protagonista da própria história, tornando-o ativo no seu processo de cuidado.

Portanto, ao praticar a escuta ativa no contexto dos direitos sexuais, é possível promover um ambiente de diálogo respeitoso, empático e inclusivo, no qual as pessoas se sintam ouvidas e valorizadas, contribuindo para a promoção e proteção dos direitos sexuais.

Os direitos sexuais também têm implicações nas esferas legais e jurídicas. Isso significa que as leis e políticas devem proteger os indivíduos de discriminação com base em sua

orientação sexual, identidade de gênero ou qualquer outra característica relacionada à sua sexualidade. Em suma, os direitos sexuais são fundamentais para promover uma sexualidade saudável, consensual e livre de discriminação. Sua aplicabilidade está presente em diversas práticas, desde a educação sexual até os aspectos legais, visando ao respeito e à dignidade de todas as pessoas.

No entanto ainda existem desafios significativos a serem enfrentados para que essas leis sejam implementadas de forma efetiva e abrangente. É fundamental que governos, instituições educacionais, profissionais da saúde e da educação, e a sociedade como um todo, trabalhem juntos para superar esses desafios e garantir que todos tenham acesso a uma educação em sexualidade de qualidade.

## REFERÊNCIAS

Benjamim A. A entrevista de ajuda. São Paulo: Martins Fontes; 1983.

Lacan, J. Os quatro conceitos fundamentais da psicanálise. Livro 11, p. 119-129. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1988.

Miskolci, R., & Pereira, P. P. G.. (2022). Between visibility and listening: access of the LGBTI+ population to primary healthcare. *Sociedade E Estado*, 37(1), 193–215. <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202237010009>

Neury José Botega e org. Prática Psiquiátrica no hospital geral: interconsulta e emergência, 2a ed. Porto Alegre: Artmed; 2006.

Olson JK, Iwasiw CL. Effects of a training model on active listening skills of post-RN students. *J Nurs Educ*. 1987 Mar;26(3):104-7. doi: 10.3928/0148-4834-19870301-06. PMID: 3035116.

Organização Mundial da Saúde. Saúde sexual, direitos humanos e a lei [e-book] / Organização Mundial da Saúde; tradução realizada por projeto interinstitucional entre Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto Federal do Rio Grande do Sul, Universidade Federal do Paraná, coordenadores do projeto: Daniel Canavese de Oliveira e Maurício Polidoro - Porto Alegre: UFRGS, 2020.

Rocha, A. C., Falcão, I., Lima, J. G. Á. de., Carvalho, J. M. de., Higino, M. L. de O., & Diniz, R. V. Z.. (2021). Reflexões sobre a quarentena: uma estratégia de acolhimento de discentes em um grupo de *mentoring*. *Revista Brasileira De Educação Médica*, 45, e122. <https://doi.org/10.1590/1981-5271v45.supl.1-20210181>

## A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS CONCEBIDAS POR MEIO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA E A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DAS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

Maria Luiza Neto Baeta<sup>298</sup>

Lúcia Souza d'Aquino<sup>299</sup>

**Resumo:** O método de inseminação caseira é uma prática de reprodução com potencial crescimento no Brasil, principalmente pelo fator financeiro, em razão do baixo custo atrelado ao procedimento. Em decorrência dessas características, o método viabiliza a possibilidade de procriação de maneira rápida. Entretanto o processo envolve riscos evidenciados pelos profissionais da área da saúde. A ausência de legislação acerca do tema deixa a prática da inseminação caseira à deriva, sujeita a questionamentos desde a realização da prática até as consequências que pairam sobre o fruto desta relação. Nesse sentido, o presente estudo aborda, sob uma perspectiva dialética, o tema dos direitos das crianças geradas por meio da técnica, apresentando, outrossim, pesquisa empírica nos tribunais estaduais sobre o tema, evidenciando a necessidade de maiores discussões a fim de encontrar uma solução jurídica adequada.

**Palavras-chave:** Inseminação caseira; direito das famílias; proteção integral; prioridade absoluta; proteção das crianças.

**Abstract:** The home insemination method is a reproduction practice with potential growth in Brazil, mainly due to the financial factor, due to the low cost linked to the procedure. As a result of these characteristics, the method enables the possibility of rapid reproduction. However, the process involves risks highlighted by health professionals. The absence of legislation on the subject leaves the practice of home insemination adrift, subject to questions from the implementation of the practice to the consequences that hang over the result of this relationship. In this sense, the present study addresses, from a dialectical perspective, the theme of the rights of children generated through the technique, presenting, moreover, empirical research in state courts on the subject, highlighting the need for further discussions in order to find an adequate legal solution.

**Keywords:** Home insemination; family law; integral protection; absolute priority; protection of children.

### 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>298</sup> Graduanda em Direito pelo Departamento de Direito de Macaé da Universidade Federal Fluminense.

<sup>299</sup> Doutora e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Francês e Europeu dos Contratos pela Université de Savoie-Mont Blanc/UFRGS. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq "Vulnerabilidades no Novo Direito Privado". Professora Adjunta no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professora da Pós-Graduação "Residência Jurídica em Resolução de Conflitos" do Departamento de Direito de Macaé da Universidade Federal Fluminense. Mãe do Rafael e do Martim.

A formação das famílias passa muitas vezes pela geração de filhos, que podem ser de extrema importância para que pessoas e casais concretizem seu desejo de maternar ou paternar. Em algumas situações, a geração de filhos biológicos não é uma possibilidade para os casais, que podem, por exemplos, ser compostos por alguém infértil ou por pessoas do mesmo sexo, que não podem ocasionar uma gestação.

O Direito Civil, nesse sentido, apresenta, no corpo do Código Civil, possibilidades de reprodução assistida, em que há a intervenção médica para a viabilização da gestação. Entretanto essas possibilidades não são acessíveis à significativa parte da população. A técnica de fertilização *in vitro*, em que ocorre a fecundação fora do corpo humano e posterior implantação dos embriões no útero da mulher, pode custar entre 15 e 25 mil reais em São Paulo, valor aproximado da inseminação artificial também<sup>300</sup>.

Em que pese os procedimentos de reprodução humana assistida serem previstos e cobertos pelo Sistema Único de Saúde, isso não o isenta de custos com tratamentos e procedimentos adicionais, como apurado por Conceição e colaboradores, que apontaram que “mesmo no âmbito de serviço público os pacientes necessitam arcar com custos relacionados ao tratamento, fato este que dificultou aderência e permanência na terapêutica”, o que ocasionou “a desistência de 35% das participantes da pesquisa antes de iniciar a técnica e uma desistência de 30% durante o tratamento.”<sup>301</sup>

Nesse sentido, surgiu e tem se acentuado no Brasil a prática da denominada “inseminação caseira”, em que pessoas se utilizam de procedimentos buscando viabilizar uma gestação sem relação sexual e sem intervenção médica. Nesses casos, o homem, conhecido e escolhido para ser o doador, coleta o sêmen, que é inserido na mulher com a utilização de uma seringa.<sup>302</sup>

Para além de discutir a legalidade do procedimento, a presente pesquisa busca discutir os direitos das crianças geradas por meio desse procedimento, especialmente no que diz respeito

---

<sup>300</sup> LEVASIER, Luana. Fertilização *in vitro*: confira os custos do procedimento e como é feito. **Estadão**, 07 jan. 2023. Disponível em: <https://einvestidor.estadao.com.br/colunas/quanto-custa/fertilizacao-in-vitro-custos/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

<sup>301</sup> CONCEIÇÃO, Thaisy Luanna Chaves; SILVA, Thayná Vasconcelos da; CORDOVIL, Darciane Coelho; CARVALHO, Thiago dos Santos; PACHECO, Jéssica Oliveira; CRUZ NETO, Manoel Samuel da; SANTANA, Marcos Saulo Salviano; MIRANDA, Suelen Oliveira da Silva; ALMEIDA, Bianca Brandão; VIEIRA, Flávia Nunes. Unveiling assisted reproduction by the unified health system. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 11, n. 9, p. e18711931694, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i9.31694. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/31694>. Acesso em: 24 jul. 2023.

<sup>302</sup> MARQUES, Júlia. Inseminação caseira para engravidar cresce no Brasil; entenda os riscos. **CNN Brasil**, 04 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/inseminacao-caseira-para-engravidar-cresce-no-brasil-entenda-os-riscos/>. Acesso em: 09 jul. 2023.

ao reconhecimento de seus direitos de personalidade e de família em relação a ambos os pais biológicos.

Para tanto, o presente estudo, por meio de uma metodologia descritiva de raciocínio dedutivo, pretende analisar as novas configurações familiares sob a ótica da doutrina e jurisprudência, bem como o reconhecimento de crianças como sujeitos e seus direitos em âmbito familiar. Posteriormente, será feita pesquisa empírica qualitativa e quantitativa nos Tribunais de Justiça do país buscando eventual entendimento jurisprudencial a respeito do tema, para que se responda, afinal, ao seguinte problema de pesquisa: quais os direitos da criança gerada por inseminação caseira em relação a seus pais biológicos?

## **2. NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES DESPROTEGIDAS PELO CÓDIGO CIVIL**

A sociedade é um organismo em constante mutação, no qual os indivíduos que a compõem relacionam-se entre si, gerando laços interpessoais, a partir dos quais podem surgir relações de afeto e, conseqüentemente, novas configurações familiares. Cada comunidade carrega consigo uma realidade delimitada por aqueles que a constituem, os quais expressam seus desejos e prazeres de acordo com suas próprias aspirações. Todo sujeito é único.

Nesta senda, percebe-se que o Direito é uma ciência social que visa entender e regular a sociedade volátil, de forma a conter as liberalidades inerentes aos indivíduos que a compõem. Não seria diferente com o Direito das Famílias, ao passo que o Estado intervém nas relações familiares com o intuito de proteger e garantir princípios consagrados constitucionalmente.

Conforme mencionado previamente, o organismo social se altera com o passar das gerações, à vista disso, é um tanto quanto problemático fixar o Direito dentro de uma redoma imutável, reduzida a um mero cumprimento das ordens impostas pelo legislador, sem brechas a interpretações extensivas que adaptem a norma ao tempo. Não quer isso dizer que deve haver um completo desprezo pela norma, pelo contrário, nos saberes de Maria Berenice Dias<sup>303</sup>, ao passo que a sociedade evolui, o legislador passa a ter uma necessidade de oxigenação das leis.

Ocorre que essas transformações sociais acontecem de forma mais rápida do que o legislador pode acompanhar, logo, quando este positiva uma ideia no ordenamento jurídico, pode-se dizer que já está desatualizada. À guisa de exemplo, há de falar do próprio Código

---

<sup>303</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 44.

Civil, dado que seus debates se iniciaram em 1969 e sua promulgação em 2002<sup>304</sup>. É notório que o longo decurso de espaço temporal fez com que grande parte dos seus dispositivos nascessem obsoletos.

Feitas essas ponderações iniciais acerca da constante metamorfose social, é necessário adentrar na análise da concepção de família tendo como núcleo o pai, a mãe e os filhos, a qual se perpetuou por longos tempos<sup>305</sup>. Insta ressaltar que essa configuração não mais faz sentido aos anseios de determinados grupos familiares, seja por questões psíquicas, seja por necessidades como o trabalho e, a partir dessas inquietações, ante a um pensamento familiar conservador, que surgem as novas concepções de famílias<sup>306</sup>.

Entretanto o Código Civil de 2002 abraça essa concepção conservadora, ao passo que se verifica em seus dispositivos regulamentações acerca do casamento e união estável entre homem e mulher somente, vide artigos 1.513<sup>307</sup>, 1.517<sup>308</sup>, 1.565<sup>309</sup>, 1.723<sup>310</sup>, entre outros. Acrescentando a isso, o texto legislativo aborda superficialmente sobre as famílias

---

<sup>304</sup> O projeto de Código foi encomendado em 1969 a uma comissão presidida por Miguel Reale e composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. O projeto foi apresentado na Câmara dos Deputados em 1975 e promulgado em 2002, depois de quase 30 anos de tramitação. “O projeto Miguel Reale recebeu 1063 emendas na primeira apreciação na Câmara dos Deputados, seguida de pareceres parciais e de parecer geral de Ernani Sátiro, que examinou também 26 projetos anexados. Foram então apresentadas 92 subemendas antes da aprovação em 1º turno naquela Casa. No Senado 366 emendas, mais 127 oferecidas pelo relator, Josaphat Marinho. Neste substitutivo foram aproveitadas 332 emendas. Seguiram-se emendas para atualizar o texto, o relatório de José Fogaça e o texto final votado na volta à Câmara dos Deputados.” (PASSOS, Edilenice Passos; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Quadro Comparativo. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2012. p. XVII.)

<sup>305</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 43.

<sup>306</sup> WITZEL, Ana Cláudia Paes; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Análise da família monoparental como entidade familiar após o advento da Constituição Federal de 1988. *In*: ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira (Org.). **Os novos parâmetros da Responsabilidade Civil e as relações sociais**. 1. ed. Franca: Unesp, 2012.

<sup>307</sup> Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>308</sup> Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>309</sup> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>310</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

monoparentais quando dispõe acerca da guarda sobre filhos, a qual se presume como aquela composta por um dos pais após a sua separação<sup>311</sup>.

A partir desse ponto, a Constituição Federal possui papel fundamental. Ante a desatualização infraconstitucional, necessário é socorrer-se aos princípios desenvolvidos em matéria constitucional como forma de nortear a interpretação de leis ultrapassadas, adequando-as à realidade social que experimenta metamorfoses diárias, de modo a amparar legalmente seus integrantes. No dizer sempre expressivo de Guilherme Calmon, “o Direito é um sistema aberto de valores, materializando-se em princípios, que indicam uma direção a seguir, uma finalidade a alcançar”<sup>312</sup>.

No que tange ao Direito das Famílias, as mudanças ocorrem a passos galopantes, daí a importância dos princípios constitucionais, que servem de norte às situações familiares não previstas pelo Código ou vagamente presentes no diploma legal<sup>313</sup>. Deve-se considerar que o foco no sujeito, em seus afetos e nas configurações familiares, retira do centro do Direito das Famílias a exclusiva preocupação com o patrimônio e o conservadorismo<sup>314</sup>. Não quer isso dizer que a legislação que regula a vida privada não se atenta à forma como as famílias organizam seus bens, vide as regulamentações acerca dos regimes de bens<sup>315</sup>. Entretanto o constituinte valorizou a entidade familiar sob uma perspectiva afetuosa daqueles que a compõem<sup>316</sup>.

Diz-se além, por mais que o texto constitucional seja anterior ao da legislação Civil, aquele consegue ser mais atual que este. O artigo 226 da Constituição Federal abrange novas formas familiares que não previstas pelo Código Civil, no qual reconhece cristalinamente a

---

<sup>311</sup> Esse tipo de perspectiva pode ser extraído do artigo 1.583, § 1º, do Código Civil, haja vista que o próprio dispositivo determina que a configuração de guarda é atribuída a um só dos genitores que não mais residem juntos, seja ela unilateral ou compartilhada.

<sup>312</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Solidariedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 181-201.

<sup>313</sup> MARTINS, Beatriz Giroto; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Dos princípios aplicáveis ao direito de família. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**, v. 10, n. 10, 2014. p. 4.

<sup>314</sup> TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 17-23, jun. 2007. p. 20.

<sup>315</sup> Título II, Capítulo I, Do regime de bens entre os cônjuges, da Lei nº 10.406/2002. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>316</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Solidariedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 181-201.

proteção do Estado sobre as famílias monoparentais (art. 226, § 4º<sup>317</sup>). Isso não quer dizer, entretanto, que tal dispositivo não esteja minimamente defasado ante às modificações familiares decorrentes dos novos arranjos sociais, uma vez que, quanto às famílias compostas entre duas pessoas, dispõe somente sobre aquela composta entre homem e mulher (art. 226, § 3º<sup>318</sup> e § 5º<sup>319</sup>).

Compreendido que o mundo sensível avança de maneira mais ligeira do que os trabalhos legislativos, percebe-se o peso que a formação de jurisprudência tem acerca de casos não amparados pela própria codificação pátria. Consoante os dizeres de Luiz Edson Fachin, a jurisprudência desempenha a função de analisar a norma para além do seu texto positivado, levando em consideração que esta atividade de produção normativa não conflita com as atribuições do legislador, pelo contrário, busca atualizar a norma ao tempo em que esta se encontra, adaptando-a<sup>320</sup>.

A jurisprudência é a forma que mais se aproxima à realidade de uma sociedade inquieta, uma vez que o magistrado realiza a aplicação da norma, entretanto, flexibilizando-a ao mundo real, dando uma roupagem mais adequada ao texto frio e desatualizado da lei. É inviável aguardar uma posição do legislador para cada ato da vida civil, diz-se além, é necessário que a sociedade avance para que os responsáveis verifiquem modificações comportamentais de uma comunidade para poder editar normas que se adequem às novas composições.

Acontece que a renovação legislativa é um processo demorado e, ante às necessidades irrefreáveis da sociedade, a jurisprudência parece se adequar bem, uma vez que aquele que julga aplica junto à norma outros conhecimentos, provenientes dos mais diversos campos do saber, adequando o comando legal ao caso concreto.

---

<sup>317</sup> Art. 226, § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>318</sup> Art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>319</sup> Art. 226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>320</sup> FACHIN, Luiz Edson. No direito de família, doutrina e jurisprudência vivem em união estável. **ConJur**, 01 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em: 24 jul. 2023.

Com isso em mente, é possível notar que as atualizações jurídicas no que tange ao tema de inseminação caseira são provenientes de decisões judiciais, visto que há uma omissão legislativa acerca deste tema. Na Comarca de Anápolis, a juíza Heloisa Silva Matto, da 3ª Vara de Família e Sucessões, proferiu importante decisão dando a casal de mulheres, que efetuaram este método de concepção, a dupla maternidade à criança<sup>321</sup>.

Ocorre que a inseminação caseira é uma prática que já existia e vem ganhando cada vez mais espaço na atualidade com a disseminação pelas redes sociais, principalmente por ser um método acessível à população brasileira<sup>322</sup>. Como tudo que é socialmente novo, incumbe ao judiciário e legislativo acompanhar, possibilitando segurança normativa aos adeptos, ante as mais diversas situações problemáticas provenientes desse método.

Uma vez que não há regulamentação específica acerca dessa novidade procriativa<sup>323</sup>, brechas são abertas, dentre elas o questionamento da possibilidade de responsabilização paterna do doador após a inseminação acontecer e a criança nascer. Esse questionamento surge ante à uma fragilidade do método, pois aquele que doa o sêmen não permanece em anonimato, como acontece no procedimento de inseminação artificial.

Em uma situação hipotética, na qual a criança passa por necessidades alimentares, seria possível a responsabilização do doador à prestação de alimentos. Nesse caso, põe-se em xeque o princípio de melhor interesse da criança e o princípio da liberdade. De um lado se tem uma criança faminta, de outro tem a autonomia privada. Qual deve prevalecer?

Essa lacuna legislativa é perigosa, principalmente à medida que se verifica que a prática da inseminação caseira possui grandes chances de explodir no Brasil, por ser barata e acessível à grande maioria da população brasileira, possibilitando realizar o sonho de muitas mães em gerar um filho.

Nesta senda, é notória a urgente necessidade de regulamentação desse método procriativo, pois, percebe-se que é um tema polêmico, frágil, que necessita da proteção Estatal,

---

<sup>321</sup> MÃES poderão registrar com dupla maternidade filho fruto de inseminação caseira; decisão cita Enunciado IBDFAM. **IBDFAM**, 20 jan. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9269/M%C3%A3es+poder%C3%A3o+registrar+com+dupla+maternidade+filho+futo+de+insemina%C3%A7%C3%A3o+caseira%3B+decis%C3%A3o+cita+Enunciado+IBDFAM>. Acesso em: 29 jun. 2023.

<sup>322</sup> DAVID, Laís. Inseminação caseira cresce no Brasil: “sou pai de mais de cem filhos”. **IG**, 14 de set. 2022. Disponível em: <https://delas.ig.com.br/filhos/2022-09-14/inseminacao-caseira.html>. Acesso em: 11 jul. 2023.

<sup>323</sup> PROJETO de Lei busca regulamentar registro civil de crianças geradas por inseminação caseira. **Arpen-Brasil**, 27 jan. 2023. Disponível em: <https://arpenbrasil.org.br/projeto-de-lei-busca-regulamentar-registro-civil-de-criancas-geradas-por-inseminacao-caseira/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

haja vista abordar questões sensíveis da família e de terceiros, ora doadores, passíveis de muitas variáveis prejudiciais aos componentes familiares.

### 3. OS DIREITOS DAS CRIANÇAS EM SEDE DE DIREITOS DAS FAMÍLIAS

Para bem elucidar a questão aqui posta, há que se discutir também os direitos das crianças. Isso porque, para além do debate meramente pragmático a respeito do tema, está-se discutindo o destino de alguém que não pode tomar suas próprias decisões de vida e necessita de pessoas - em geral seus responsáveis legais - que o façam.

Para uma abordagem do tema dos direitos das crianças, socorre-se aqui das lições de John Rawls a respeito da justiça. O autor desenvolveu a ideia dos princípios (criticados por Sandel, que questiona se todos os que deveriam aderir a tais princípios concordaram com eles<sup>324</sup>) da diferença (baseado na ideia de que só são aceitáveis a diferenciação na distribuição de bens e riquezas se favorecerem os menos beneficiados<sup>325</sup>), da liberdade igual (que garante, em tese, uma liberdade igual a todos os indivíduos<sup>326</sup>) e da oportunidade justa (tem como finalidade ligar as desigualdades econômicas e sociais a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades<sup>327</sup>), que deveriam ser acordados entre todos os integrantes da sociedade em uma situação de posição original, marcada pela abnegação das pessoas e falta de ciência da situação real de vida.<sup>328</sup>

Então, em uma sociedade justa, as liberdades são irrevogáveis e os direitos não estão sujeitos a negociações nem ao “cálculo de interesses sociais”<sup>329</sup>, só existindo justificativa para uma injustiça se ela evitar outra injustiça ainda maior.<sup>330</sup> A proteção às crianças e adolescentes, nesse sentido, foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro incorporando (ainda que

<sup>324</sup> SANDEL, Michael. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 187.

<sup>325</sup> SILVEIRA, Denis Coitinho. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. **Trans/Form/Ação**, v. 30, n. 1, p. 169-190, 2007. p. 174.

<sup>326</sup> ROUANET, Luiz Paulo. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 1, 2011. p. 56.

<sup>327</sup> FARIAS JÚNIOR, João Batista; SOBREIRA, Solange Alves. Liberdade e igualdade: A Herança de Rousseau nos princípios de Justiça de John Rawls. **Revista Húmus**, v. 6, p. 168-176, 2012. p. 173.

<sup>328</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 36.

<sup>329</sup> D'AQUINO, Lúcia Souza. **A criança consumidora e os abusos da comunicação mercadológica**: passado, presente e futuro da proteção dos hipervulneráveis. Curitiba: CRV, 2021. p. 35.

<sup>330</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 4.

não de forma deliberada) a ideia de Rawls de distribuição igualitária de benefícios, respeitando as diferenças entre os cidadãos, buscando o equilíbrio de forças e a equidade entre os sujeitos.

Para tanto, e a fim de evitar discricionariedades na aplicação da norma, o direito, em sede constitucional e legal, fundamentou a proteção das crianças e dos adolescentes em três pilares básicos: a proteção integral, a prioridade absoluta e o reconhecimento de sua situação de pessoas em desenvolvimento.

A proteção integral encontra previsão constitucional no art. 227 e deriva da necessidade de proteção da criança não só por sua família, mas por Estado e sociedade também. Isso demanda uma atuação positiva do Estado, no sentido de implementação de políticas públicas e na fiscalização do cumprimento dos deveres constitucional e legalmente previstos, bem como uma atuação negativa, no sentido de não interferência abusiva na individualidade de crianças e adolescentes. Por parte da sociedade, deve haver uma ação conjunta de proteção e fiscalização. Pela família, por sua vez, primeiro núcleo social do indivíduo, deve haver a concretização de seus direitos mais fundamentais e sua proteção contra os malefícios advindos do mundo exterior.

Essa proteção, aliás, ocorre em um sistema de cogestão e corresponsabilidade entre os três entes, passando crianças e adolescentes de objetos de proteção para sujeitos de direito, “beneficiários e destinatários da doutrina de proteção integral”<sup>331</sup>, o que lhes confere autonomia para construir seu futuro<sup>332</sup>, sendo uma forma de “hiperdignificação da pessoa humana”<sup>333</sup>, consistindo “no entendimento de que toda criança tem direito a ter seu pleno desenvolvimento garantido pela família, sociedade e Estado, e ser protegida das diversas formas de violação de direitos.”<sup>334</sup>.

Criam-se, assim, mecanismos que efetivam seus direitos fundamentais, por meio de políticas públicas ou tutela jurisdicional, em uma concepção “de interdependência dos direitos

---

<sup>331</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51;56.

<sup>332</sup> GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 194.

<sup>333</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 6.

<sup>334</sup> SOARES, Dennis Verbicaro; BOAVENTURA, Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 28, n. 122, p. 89-110, mar./abr. 2019.

civis (liberdades) e sociais (igualdade), em que somente é possível alcançar sua efetividade quando todas as suas “espécies” de direitos são atendidas, tal como estabelece o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente”<sup>335</sup>, sendo a criança reconhecida como sujeito de direitos que, em razão de sua condição especial de desenvolvimento, possui direitos exercíveis “em face do Estado, da família e da sociedade, que se traduzem em direitos fundamentais especiais.”<sup>336</sup>

A previsão de proteção integral encontra também reflexos em normas internacionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica (internalizado por meio do Decreto 678/1992), que assegura, em seu art. 19, que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”<sup>337</sup>, devendo este último agir “positivamente na consagração às crianças dos seus direitos sociais *lato sensu*”.<sup>338</sup>

Também, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 (ratificada pelo Brasil em 1990) determina a obrigação, para os Estados Parte, de “incentivar a elaboração de diretrizes apropriadas à proteção da criança contra informações e materiais prejudiciais ao seu bem-estar”.<sup>339</sup>

No que tange à prioridade absoluta, ela encontra lugar tanto na Constituição Federal, que assegura que família, Estado e sociedade assegurarão, “com absoluta prioridade”, os direitos das crianças e adolescentes, neles incluídos “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

<sup>335</sup> BRITTO, Igor Rodrigues. **Infância e Publicidade**: Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo. 1. ed. Curitiba: CRV, 2010. p. 67.

<sup>336</sup> BRITTO, Igor Rodrigues. **Infância e Publicidade**: Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo. 1. ed. Curitiba: CRV, 2010. p. 68.

<sup>337</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 jul. 2023.

<sup>338</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Art. 19. Direitos da criança. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 189-194.

<sup>339</sup> “Artigo 17

1. Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação, e devem garantir o acesso da criança a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente aqueles que visam à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e de sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes devem:

- incentivar a elaboração de diretrizes apropriadas à proteção da criança contra informações e materiais prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em vista o disposto nos artigos 13 e 18.” (UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 20 jul. 2023.)

convivência familiar e comunitária”, e, para além, prevê a necessidade absoluta de proteção desses sujeitos contra “toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”<sup>340</sup>, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que reproduz a ideia constitucional de absoluta prioridade a garantia de “efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”, fixando, ainda, os parâmetros que envolvem tal garantia.<sup>341</sup>

Como já dito anteriormente, “[p]elo princípio da prioridade absoluta, crianças e adolescentes têm primazia no atendimento de suas demandas e necessidades, e seu interesse deve preponderar”<sup>342</sup>, não sendo possível questionar sobre qual interesse tem prioridade, eis que essa escolha já foi feita por meio do poder constituinte. Ela determina “a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras.”<sup>343</sup>

Por fim, o reconhecimento de sua situação de pessoas em desenvolvimento demanda que possuam uma proteção adicional, própria dos sujeitos em situação de vulnerabilidade e que não possuem eles próprios condições de exercício de seus direitos. Dias ressalta a prioridade absoluta como uma consequência do reconhecimento dessa vulnerabilidade, o que faz crianças e adolescentes destinatários de tratamento especial e de uma necessidade de prioridade com “repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em

---

<sup>340</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>341</sup> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.)

<sup>342</sup> D’AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017. p. 59.

<sup>343</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69.

condições de uso, às crianças, adolescentes e jovens dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente.”<sup>344</sup>

Também no que tange à prioridade absoluta, podem ser encontradas previsões em normas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 (também ratificada pelo Brasil), que determina que, nas leis garantidoras de proteção social e desenvolvimento em condições de liberdade e dignidade, levar-se-ão em conta sobretudo os melhores interesses da criança<sup>345</sup>. A já mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança, no mesmo sentido, prevê em seu art. 3 o respeito ao princípio da prioridade absoluta<sup>346</sup>.

Da mesma forma que as normas internacionais, as Cortes Internacionais também já se manifestaram sobre os direitos das crianças e reconheceram sua prioridade absoluta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, instada a se manifestar sobre os direitos das crianças, emitiu a Opinião Consultiva 17/2002, em que reconheceu a prioridade absoluta como reguladora dos direitos das crianças, fundada “própria dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças, na necessidade de propiciar o seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades”, devendo as ações do Estado e da sociedade voltar-se para o cumprimento do princípio.<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 68.

<sup>345</sup> “Princípio II

- A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Princípio VIII

- A criança deve - em todas as circunstâncias - figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.” (UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 20 nov. 1959. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm). Acesso em: 20 jul. 2023.)

<sup>346</sup> “Artigo 3

1. Todas as ações relativas à criança, sejam elas levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente o melhor interesse da criança.” (UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 20 jul. 2023.)

<sup>347</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002**, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf). Acesso em: 20 jul. 2023. p. 61-62.

Ainda, definiu o conceito e alcance do interesse superior das crianças, implicando um desenvolvimento e exercício pleno de seus direitos como guias para a elaboração de leis e sua aplicação em relação às crianças, explicitando ainda que esse dever não se encontra limitado pelas previsões de igualdade da Convenção, eis que a proteção especial das crianças decorre de sua própria situação de pessoa em desenvolvimento.<sup>348</sup>

Dessa forma, percebe-se uma necessidade de reconhecimento dos direitos das crianças, portadoras “da continuidade do seu povo e da espécie”<sup>349</sup>, sendo sua vulnerabilidade o motor de políticas especiais de proteção. Não por outra razão, em voto concordante na Opinião Consultiva supracitada, Cançado Trindade afirmou que quando se descuida das crianças, destruindo seu encanto, pondo fim prematuro à sua inocência, submetendo-as a todo tipo de privações e humilhações, está-se pondo fim ao futuro<sup>350</sup>. Isso porque o sujeito dos direitos é a pessoa, de carne, osso e alma, não havendo uma neutralidade no Direito, que é finalista e objetiva a proteção desses sujeitos. “*El corpus juris de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección*”<sup>351</sup>

Então, percebe-se que o corpo legislativo, tanto nacional quanto internacional, que protege crianças e adolescentes, reconhece sua situação de sujeitos em desenvolvimento. “Sua deficiência de cognição e falta de compreensão a respeito dos mecanismos que regem a

<sup>348</sup> “2. *Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*

3. *Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.*” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002**, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf). Acesso em: 20 jul. 2023. p. 86.)

<sup>349</sup> COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Estudos sócio-jurídicos. São Paulo: Renovar, 1992. p. 17.

<sup>350</sup> “*El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión.*” (O meio social que descuida de suas crianças não tem futuro. O meio social que descuida de seus anciãos não tem passado. E contar somente com o presente fugaz não é mais que uma mera ilusão [tradução livre da autora]). (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002**, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf). Acesso em: 20 jul. 2023. p. 1 do Voto do Juiz.)

<sup>351</sup> “*O corpus juris dos direitos humanos da criança foi modelado como uma resposta da consciência humana às suas necessidades de proteção.*” [tradução livre da autora]

sociedade fazem como que seja necessário protegê-las para que não sejam iludidas, feridas, enganadas.”<sup>352</sup>

#### **4. A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS GERADAS POR MEIO DE FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA**

Postas as discussões a respeito das novas configurações das famílias e dos direitos das crianças, há de se adentrar na discussão aqui proposta, que se refere à proteção das crianças geradas pelas denominadas inseminações caseiras.

Para tanto, inicialmente serão apresentados os posicionamentos dos tribunais estaduais a respeito do tema. A pesquisa, realizada no mês de julho de 2023, foi feita nos sites dos Tribunais de Justiça dos 26 estados da federação e Distrito Federal, utilizando os marcadores “inseminação” e “caseira”, com o operador “e”. Na maioria dos estados, não foram encontrados julgamentos, à exceção dos seguintes: 1 julgado no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), 2 no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), 4 no Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), 2 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e 20 acórdãos no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). As demandas restringem-se, em sua maioria, a conflitos de competência a respeito do Juízo competente para julgamento de ações visando à inclusão do nome de uma das mães no registro da criança (se a Vara de Família ou o Juizado da Infância e Juventude) e ações para permitir o registro de dupla maternidade. Houve, entre os resultados, acórdãos indisponíveis em razão do segredo de justiça e resultados que não possuíam relação com o tema aqui debatido.

Nesse capítulo, serão destacados alguns julgados que trouxeram questões importantes a julgamento.

Entre os julgados a respeito do registro da dupla maternidade, sobressaem-se os argumentos voltados ao reconhecimento de que, em razão de a inseminação caseira não observar os procedimentos relativos à reprodução assistida realizada em clínicas especializadas, não é possível dar cumprimento ao disposto no art. 17, II, do Provimento n. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que determina a necessidade de “declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida

---

<sup>352</sup> D’AQUINO, Lúcia Souza. **A criança consumidora e os abusos da comunicação mercadológica**: passado, presente e futuro da proteção dos hipervulneráveis. Curitiba: CRV, 2021. p. 58.

heteróloga, assim como o nome dos beneficiários” para a emissão de Certidão de Nascimento da criança com o nome das duas mães. Nesses casos, em regra, os tribunais decidiram pelo reconhecimento da maternidade socioafetiva da mãe que não gestou a criança, tendo ocorrido também um julgamento em que constou a possibilidade de adoção da criança pela outra mãe.

O TJSP possuía jurisprudência mais apegada à norma, no sentido de negar o registro. Entretanto, ultimamente, houve uma mudança de posicionamento, sendo agora plenamente reconhecido o direito da mãe não gestante a ter sua maternidade registrada no documento da criança.

Em alguns casos, sobressai o tema aqui discutido, que diz respeito à possibilidade de determinação de inclusão do pai biológico no registro de nascimento da criança. Veja-se que, em tese, a inseminação caseira parte do pressuposto de que somente um dos pais biológicos (mãe ou pai, apesar de a jurisprudência encontrada ter sido unânime no sentido de busca de registro somente de dupla maternidade) permanecerá com a criança, limitando-se o outro ao fornecimento do material genético.

Nos casos julgados, houve uma única vez em que a situação apareceu, e que será abordada detidamente mais à frente. Mas essa possibilidade não foi afastada pelos Tribunais. O TJSP, no julgamento do processo n. 1055550-93.2019.8.26.0002<sup>353</sup>, asseverou que “caso o genitor biológico ou a menor deseje, no futuro, o reconhecimento de sua paternidade, não estará impedido de fazê-lo, podendo buscar as vias adequadas para tanto, sendo certo a admissão pelo ordenamento pátrio da multiparentalidade.” O mesmo entendimento foi repetido no julgamento do processo n. 1003733-76.2021.8.26.0565<sup>354</sup>.

O caso pontual a respeito do reconhecimento de paternidade foi julgado pelo TJMG. Trata-se de dois casais homossexuais, em que dois pares de irmãos (uma mulher e um homem em cada caso) são casados entre si (as duas mulheres e os dois homens). Pretendendo que os casais pudessem constituir família, os quatro entabularam um acordo em que uma das mulheres geraria duas crianças com material genético de seu cunhado, ficando uma criança como filha de cada casal. Entretanto, após a gestação e o nascimento da primeira criança, a mulher decidiu não prosseguir com o acordado, deixando de gerar o segundo filho. Nesse sentido, houve o ajuizamento de ação de reconhecimento de paternidade pelo doador do material genético, para

---

<sup>353</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1055550-93.2019.8.26.0002. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelados: A. A. P., A. J. G. e R. A. DE G. Relator: Desa. Marcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 21 jan. 2022. DJe 21. jan. 2022.

<sup>354</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1003733-76.2021.8.26.0565. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelados: A. P. DA S. e C. C. G. B. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 21 set. 2022. DJe 21 set. 2022.

que constasse seu nome como pai da criança, pleiteando também o compartilhamento da guarda e visitação da criança<sup>355</sup>.

O Tribunal, ciente do ocorrido, determinou, em sede de agravo de instrumento, a manutenção da decisão que deferiu parcialmente o pedido de guarda formulado, permanecendo a visitação à criança até posterior julgamento final da ação. Veja-se que no presente caso houve o reconhecimento da realização do procedimento, mas, em razão da situação concreta vivenciada pelas partes, foi permitida a convivência entre o pai biológico e a criança.

Essa situação, embora pouco frequente nos Tribunais do país, pode vir a ocorrer com mais frequência, tanto por pais biológicos que querem conviver com os filhos quanto por mães que, em possível situação de adversidade financeira ou emocional, requeiram o reconhecimento da paternidade cumulada com a decisão sobre guarda e alimentos. Há, ainda, um resultado entre os pesquisados que se trata de ação negatória de paternidade, mas o acórdão se encontra em segredo de justiça e não foi possível o acesso a seu conteúdo para compreender o caso ocorrido.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão dos direitos das crianças advindas de inseminação caseira não encontra ainda uma resposta unânime na jurisprudência brasileira. A grande maioria dos casos busca o reconhecimento da dupla maternidade, o que não traz maiores debates jurídicos.

Entretanto há que se pensar nos questionamentos advindos de outras situações, como as acima levantadas. Por mais que as partes envolvidas no processo de inseminação caseira busquem se resguardar com a elaboração de um contrato, com destaque ao que diz respeito aos direitos relacionados à criança gerada, de modo a isentar o doador de qualquer responsabilidade, percebe-se que é um documento precário, visto que temas como guarda e alimentos são matérias de ordem pública, sendo o cerne deste recorte o estado de necessidade do infante, não sendo este objeto de mero arbítrio dos contratantes<sup>356</sup>.

Nesses casos, será necessário ao julgador avaliar o melhor interesse da criança, o princípio da proteção integral e da prioridade absoluta para definir se se trata de caso em que a paternidade biológica deve ou não ser reconhecida. Veja-se que definir o melhor interesse da

---

<sup>355</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0120697-81.2021.8.13.0000. Agravante: S.N., representado por L.N.P. Agravado: T.J.S. Relator: Des. Maurício Soares. Minas Gerais, 02 set. 2021. DJe 02 set. 2021.

<sup>356</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 24, n. 2, p. 101-119, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/453>. Acesso em: 19 jul. 2023.

criança não envolve uma questão meramente financeira ou material, mas também de sua segurança e bem-estar emocional.

A concepção atual de Estado é de uma valorização da pessoa como o centro do Direito, por meio de uma busca de equilíbrio das relações, de solidariedade e redução de desigualdades, repersonalizando as relações.<sup>357</sup> “O grupo dos direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o direito privado. Um novo sistema solar, no qual o Sol é a pessoa. Não se trata de mera comprovação fática ou de instalação legal passiva, senão de verdadeiro princípio ativo e, portanto, estruturante do sistema.”<sup>358</sup>

Entende-se, assim, que a decisão a ser adotada não será única e válida para todos os casos que virem a surgir, mas deverá se adequar ao caso concreto a fim de buscar uma concretização da proteção dos direitos das crianças no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, em busca de delimitar um caminho aos julgadores – tendo em vista que a prática da inseminação caseira tem grande potencial de crescimento no Brasil, dadas as suas circunstâncias –, percebe-se que a saída mais coerente seria normatizar a situação em comento, seja para proibir a prática ou estipular diretrizes desta<sup>359</sup>, salientando em primeiro plano os interesses da parte mais fragilizada da relação: a criança<sup>360</sup>

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 24, n. 2, p. 101-119, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/453>. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.

<sup>357</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

<sup>358</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 257-258.

<sup>359</sup> NUNES, Nátaly Souza. **Implicações jurídicas da omissão legislativa sobre o planejamento familiar por meio da inseminação caseira**. 2021. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/32446>. Acesso em: 19 jul. 2023.

<sup>360</sup> Extrai-se essa conclusão do texto expresso do art. 227 da Constituição Federal de 1988, uma vez que coloca a criança como personagem principal “da família, da sociedade e do Estado” ao utilizar o termo “com absoluta prioridade”, dessa forma, conduz ao entendimento de que a criança e o adolescente são uns dos seres da sociedade que merecem especial atenção e preferência.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRITTO, Igor Rodrigues. **Infância e Publicidade: Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 jul. 2023.

CONCEIÇÃO, Thaisy Luanna Chaves; SILVA, Thayná Vasconcelos da; CORDOVIL, Darciane Coelho; CARVALHO, Thiago dos Santos; PACHECO, Jéssica Oliveira; CRUZ NETO, Manoel Samuel da; SANTANA, Marcos Saulo Salviano; MIRANDA, Suelen Oliveira da Silva; ALMEIDA, Bianca Brandão; VIEIRA, Flávia Nunes. Unveiling assisted reproduction by the unified health system. **Research, Society and Development**, [S. l.], v. 11, n. 9, p. e18711931694, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i9.31694. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/31694>. Acesso em: 24 jul. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002**, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf). Acesso em: 20 jul. 2023.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Estudos sócio-jurídicos**. São Paulo: Renovar, 1992.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **A criança consumidora e os abusos da comunicação mercadológica: passado, presente e futuro da proteção dos hipervulneráveis**. Curitiba: CRV, 2021.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

DAVID, Laís. Inseminação caseira cresce no Brasil: “sou pai de mais de cem filhos”. **IG**, 14 de set. 2022. Disponível em: <https://delas.ig.com.br/filhos/2022-09-14/inseminacao-caseira.html>. Acesso em: 11 jul. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

FACHIN, Luiz Edson. No direito de família, doutrina e jurisprudência vivem em união estável. **ConJur**, 01 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-01/processo-familiar-direito-familia-doutrina-jurisprudencia-uniao-instavel>. Acesso em: 24 jul. 2023.

FARIAS JÚNIOR, João Batista; SOBREIRA, Solange Alves. Liberdade e igualdade: A Herança de Rousseau nos princípios de Justiça de John Rawls. **Revista Húmus**, v. 6, p. 168-176, 2012. p. 173.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e Solidariedade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 181-201.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEVASIER, Luana. Fertilização in vitro: confira os custos do procedimento e como é feito. **Estadão**, 07 jan. 2023. Disponível em: <https://investidor.estadao.com.br/colunas/quanto-custa/fertilizacao-in-vitro-custos/>. Acesso em: 20 jul. 2023.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos: a função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÃES poderão registrar com dupla maternidade filho fruto de inseminação caseira; decisão cita Enunciado IBDFAM. **IBDFAM**, 20 jan. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9269/M%C3%A3es+poder%C3%A3o+registrar+com+dupla+maternidade+filho+fruto+de+insemin%C3%A7%C3%A3o+caseira%3B+decis%C3%A3o+cita+Enunciado+IBDFAM>. Acesso em: 29 jun. 2023.

MARQUES, Júlia. Inseminação caseira para engravidar cresce no Brasil; entenda os riscos. **CNN Brasil**, 04 ago. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/inseminacao-caseira-para-engravidar-cresce-no-brasil-entenda-os-riscos/>. Acesso em: 09 jul. 2023.

MARTINS, Beatriz Giroto; NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Dos princípios aplicáveis ao direito de família. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica**, v. 10, n. 10, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Art. 19. Direitos da criança. *In*: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 189-194.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0120697-81.2021.8.13.0000. Agravante: S.N., representado por L.N.P. Agravado: T.J.S. Relator: Des. Maurício Soares. Minas Gerais, 02 set. 2021. DJe 02 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Nátaly Souza. **Implicações jurídicas da omissão legislativa sobre o planejamento familiar por meio da inseminação caseira**. 2021. 43 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/32446>. Acesso em: 19 jul. 2023.

PASSOS, Edilenice Passos; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil**. Quadro Comparativo. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2012. p. XVII.

PROJETO de Lei busca regulamentar registro civil de crianças geradas por inseminação caseira. **Arpen-Brasil**, 27 jan. 2023. Disponível em: <https://arpenbrasil.org.br/projeto-de-lei-busca-regulamentar-registro-civil-de-criancas-geradas-por-inseminacao-caseira/>. Acesso em: 11 jul. 2023.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUANET, Luiz Paulo. Democracia deliberativa: entre Rawls e Habermas. **Veritas**, Porto Alegre, v. 56, n. 1, 2011.

SANDEL, Michael. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1003733-76.2021.8.26.0565. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelados: A. P. DA S. e C. C. G. B. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 21 set. 2022. DJe 21 set. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1055550-93.2019.8.26.0002. Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo. Apelados: A. A. P., A. J. G. e R. A. DE G. Relator: Desa. Marcia Dalla Déa Barone. São Paulo, 21 jan. 2022. DJe 21. jan. 2022.

SILVEIRA, Denis Coitinho. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. **Trans/Form/Ação**, v. 30, n. 1, p. 169-190, 2007.

SOARES, Dennis Verbicaro; BOAVENTURA, Igor Davi da Silva; RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 28, n. 122, p. 89-110, mar./abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 17-23, jun. 2007.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos das Crianças**. 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 20 jul. 2023.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 20 nov. 1959. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex41.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm). Acesso em: 20 jul. 2023.

WITZEL, Ana Cláudia Paes; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Análise da família monoparental como entidade familiar após o advento da Constituição Federal de 1988. In: ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira (Org.). **Os novos parâmetros da Responsabilidade Civil e as relações sociais**. 1. ed. Franca: Unesp, 2012.

## REMINISCÊNCIAS TEÓRICAS SOBRE A ORIGEM DA VIDA E O MOMENTO DO SURGIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

Lucas Foratto Silva<sup>361</sup>

Pietro Nardella-Dellova<sup>362</sup>

### Resumo

O presente estudo compreende atividade de pesquisa sobre cinco teorias a respeito da origem da vida, sob aspectos científicos, culturais, teológicos e jurídicos, sendo elas construídas sob as óticas: genética, embriológica, neurológica, ecológica e metabólica, e as correlacionando com três correntes doutrinárias que tratam do início da personalidade jurídica, sendo elas: teoria natalista, da personalidade condicional e concepcionista. Compreendendo, assim, as principais intersecções teóricas sobre o tema, possibilitando propor, em sede de hipótese, qual teoria melhor se adequa à tradição jurídica contemporânea, bem como meios de sua regulação.

### Palavras-chave

Personalidade, civil, vida, início, direitos.

### Substract

Currente paper comprises research activity on five theories about the origin of life, under scientific, cultural, theological and legal aspects, which are constructed from the perspectives: genetic, embryological, neurological, ecological and metabolic, correlating them with three doctrinal currents that deal with the beginning of legal personality, being them: nataltheory, conditional personality and conceptionist. Thus, understanding the main theoretical intersections on the subject, thus making it possible to propose, in case, which theory best fits the contemporary legal tradition, as well as means of it's regulation.

### Keywords

Personality, civil, life, beginning, rights.

---

<sup>361</sup> Advogado, bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Itu (FADITU), onde desenvolveu monitoria em Direito Constitucional Aplicado, bem como compôs grupo de estudos com enfoque na Teoria da Linguagem de Ludwing Wittgenstein aplicada ao Direito Tributário brasileiro. É especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Foi articulista do Jornal 'A Federação' com enfoque em política e direitos fundamentas. Advoga nas áreas do Direito Cível, Constitucional, Trabalhista, Administrativo e Criminal há 9 (nove) anos, onde implementa sistemas de Big Data e jurimetria para formulação de teses constitucionais.

<sup>362</sup> Orientação e aprovação do presente Artigo

## 1. Introdução

Por toda a história humana, a autocompreensão enquanto “ser” entende o ambiente de autoquestionamento, talvez em maior medida do que de autoconhecimento, que mais aflige a humanidade, pela quase intangível possibilidade de se alcançar uma lei científica capaz de definir o “Ser”, definir a “Vida” e definir seus “Direitos”.

Não obstante, desde a primeira centelha de pensamento, o ser humano busca compreender a natureza de sua identidade de espécie, bem como o seu lugar como mestre de seu tempo, e vem elaborando as mais refinadas e, por vezes, mais complexas hipóteses para tornar tais conceitos objetivos e tangíveis.

A ciência jurídica, que compreende ramo próprio das ciências sociais aplicadas, por sua vez, busca o ambiente normativo oriundo da autocompreensão humana sobre a realidade, uma vez que, o ser humano, desde a primeira centelha de pensamento, ordena sua realidade de acordo com sua capacidade de compreender o mundo natural, sua participação no ambiente e no tempo em que existe, bem como sua capacidade de alterar a realidade, especialmente pela intervenção tecnológica.

É lugar comum que o ser humano intervê na realidade de forma cada vez mais eficaz, conforme evolui sua tecnologia, o que cria ambientes inter-relacionais mais complexos, o que, por sua vez, exige um sistema normativo mais eficiente. Podemos observar com certa facilidade o surgimento de normas a regular estes ambientes na história, especialmente quando o tema trabalhado é tangível, como normas contratuais, normas a regular a indústria, o mercado financeiro, o mercado farmacêutico, a forma como o ser humano deve interagir com o meio ambiente, inclusive normas penais, pelo surgimento de novas maneiras de violar direitos de outros indivíduos; todavia, quando o ambiente normativo se volta para as questões mais elementares da humanidade, os avanços tecnológicos e científicos parecem lançar mais dúvidas sobre o tema do que trazer luz para sua compreensão e, portanto, a origem da vida, certamente, é um dos grandes questionamentos do ambiente jurídico atual, especialmente pelas muitas respostas que os mais diversos ramos das ciências propõem para sua conceitualização em nosso atual estágio de desenvolvimento científico.

Destarte, o Direito, enquanto meio de obtenção da justiça, mesmo em um ambiente objetivamente normatizado, necessita compreender as repercussões que cada hipótese, tese ou definição causará na sociedade, para cada diferente cultura, em sua formação histórica e religiosa, especialmente porque não pode o Direito tomar para si o poder de eleger qual teoria

está correta, mas sim, coalescer as diversas teorias e anseios sociais e buscar obter delas um meio de preservar os Direitos inerentes à Personalidade da Pessoa Humana nos diversos estágios e formas de seu exercício.

Esta atividade, dialética e científica, quando elaborada dentro do ramo das ciências jurídicas, se presta de forma genérica a normatizações sobre o tema; todavia esta normatização, que em essência visa estabelecer um nicho justo a fomentar o desenvolvimento humano, se perfaz primordialmente da complexa conceitualização do certo e do errado. Podemos dizer que um dos meios mais eficazes para se investigar o certo e o errado tem seu nascedouro na moral e, portanto, na ética, enquanto ramo da filosofia e, em especial para o tema proposto, pela bioética.

De forma resumida, a bioética articula um consenso dos diferentes nichos socioculturais e religiosos com o ambiente institucional, formado por profissionais da saúde, cientistas, governos, objetivando a segurança e a biossegurança<sup>[1]</sup> e, por que não afirmar, da segurança jurídica envolta nas conclusões propostas, inclusive, sua reverberação nas questões mais basilares do Direito Civil.

Assim, devemos questionar: O que é vida? Quais os conceitos que os mais diversos ramos das ciências, que os mais diversos nichos sociais, culturais e religiosos dão à vida? Como o ambiente jurídico trata o tema? E como as ciências jurídicas podem melhor tratar o tema? Nosso ambiente normativo já alcançou todo seu potencial sobre a origem da vida e sobre a garantia de direitos fundamentais neste particular?

Tais questionamentos são de suma importância ao tema, pois separam os conceitos, evitando, assim, uma aproximação comum, todavia, equivocada, entre vida humana e pessoa humana. O que também contribui para que o debate sobre direitos fundamentais da pessoa humana seja feito em um ambiente de clareza do saber e clareza das informações disponíveis.

## **2. Perspectivas científicas sobre o início da vida**

### **a. Não há denominadores comuns (problematização)**

O tema em tela sustenta certamente uma das maiores controvérsias humanas e uma das poucas que, com o avanço tecnológico e com o aumento das informações disponíveis, ao invés de se tornar mais clara à compreensão, torna-se mais complexa, no sentido de que cada degrau que o ser humano conquista em conhecimento representa ao mesmo tempo um passo mais próximo e um passo mais distante de uma lei científica em sentido estrito.

Sob um aspecto biológico, talvez até mesmo filosófico, a vida é uma constante, não se inicia a cada reprodução, conformando um ciclo vital, em que a vida pode se iniciar para um novo indivíduo. Aliás, do ponto de vista celular não é diferente, pois cada célula ao se reproduzir gera uma nova célula viva, e estas células por sua vez podem compreender um indivíduo multicelular, cujo *status* de vivo independe da morte ou do surgimento de novas células em seu organismo em específico. O mesmo ocorre com relação às espécies vivas, mantendo o ciclo vital permanente.

Todavia, resta-nos claro que ao utilizar a individualização da vida como ponto referencial, urge a necessidade de compreender de forma mais objetiva em que momento começa e termina a vida, tanto pelos critérios científicos, sobre o começo da vida humana, como pelos critérios filosóficos ou jus-filosóficos, sobre o início da vida de uma pessoa[2].

Ainda, estes dois momentos conceituais criam uma dificuldade, em especial, do ponto de vista ético, que tanto irá influenciar os limites da atuação médica, como, naturalmente, a edificação de normas jurídicas a regular, em especial, a extensão da garantia de direitos à vida, pois começamos a observar a vida sob dois prismas, a vida e a pessoa, isto é, além e, talvez, mais importante do que definir quando começa a vida, é preciso definir em que momento esta vida guarda o potencial de se tornar uma pessoa, e em que momento esta vida, de fato, se torna uma pessoa, como momento singulares e não partes de um singularidade.

## **b. Perspectiva Genética**

Desde a década de 1990, as ciências genéticas vêm ganhando muito destaque no âmbito dos sistemas judiciais pelo mundo. Mas muito além de fornecer meios mais precisos de constituir elementos de prova, em especial na esfera das ciências penais, fornece um complexo de novas informações científicas que influenciam todo o Direito enquanto Ciência, e, portanto, ampliando o espectro de estudo da bioética dentro das ciências jurídicas.

De forma geral, podemos afirmar que a perspectiva genética tem seu nascedouro na visão biológica do início da vida, como um desdobramento mais refinado das ciências biológicas, do que a teoria metabólica, a qual trataremos adiante, especialmente, quando se concentra o estudo no início da vida humana.

A visão Biológica, como, aqui tratada, antecessora da perspectiva ou visão genética, tem por base, quando tratamos da vida sob o prisma da vida humana, que o desenvolvimento humano embrionário tem início na fecundação do óvulo pelo espermatozoide[3], a partir do qual uma série de alterações ocorrerão, pela multiplicação celular, ainda antes de ocorrer a

nidação, formando um zigoto, com DNA próprio[4]; todavia este zigoto poderá, até o 12º dia da fecundação, se dividir em mais de um embrião.

A perspectiva genética, como um resultado mais refinado da teoria biológica, observa, assim, a existência de um DNA próprio como elementar básica para se considerar o surgimento de uma nova vida, ou seja, com a fecundação, a combinação dos genes formam um novo conjunto genético único, portanto um novo indivíduo de uma dada espécie, sendo, esta individualidade genética a constante para se definir o momento do surgimento de uma nova vida.

A visão genética ganha evidência como hipótese, pois pode, por assim dizer, ser cientificamente submetida à prova com a execução das técnicas de reprodução humana assistida. Se citarmos a fertilização *in vitro*, o embrião formado fora do útero da mãe, com o material genético dos progenitores, não receberá qualquer novo elemento genético após o procedimento assistido de nidação, desenvolvendo-se com metabolismo próprio, embora necessite que o útero materno lhe forneça nutrição, hidratação e calor; mas apenas replicando células com seu próprio material genético, aliás, é importante ressaltar que este indivíduo pode ser gerado em uma “barriga de aluguel”, o que demonstra sua interdependência genética[5].

Pela perspectiva genética, todo o desenvolvimento humano, a partir da sua concepção, é decorrência da vida originada pelo novo genoma humano, sendo assim, esta perspectiva não abre abordagem para elementos como a viabilidade da vida, *intra* ou *extra* uterina, bem como sobre a condição daquele indivíduo se tornar um “ser moral”[6].

Assim, dos próprios avanços biotecnológicos, muitos conceitos já bem edificados na sociedade sofreram grandes questionamentos, os retirando do campo das certezas e os levando para o campo das grandes controvérsias, extraindo, ao menos em nosso tempo, qualquer possibilidade de se encontrar um denominador comum.

A conceitualização genética, assim, pode ser observada como uma forma de reafirmar a óptica da conceitualização biológica, como em sendo o início da vida a partir da concepção, uma vez que pela ciência genética, pode-se verificar certa independência entre o novo indivíduo e suas matrizes genéticas ou mesmo gestacionais.

### **c. Perspectiva Embriológica**

Notaremos grande correlação entre a visão embriológica e a visão genética. Mas esta trata o início da vida, pela confirmação da individualidade do desenvolvimento do ser

resultante da fecundação, ou seja, do surgimento de um embrião, isto porque, mesmo tendo o zigoto um DNA próprio, resultado da fecundação, até o 12º dia, ele pode se dividir em mais de um indivíduo, logo, gerando dois ou mais conjuntos celulares distintos, que guardam o potencial de dois ou mais seres humanos.

Notadamente, esta teoria busca o reconhecimento do momento de início da vida, quando a individualidade do organismo já é mais evidente. Isto pois, até a formação do(s) embrião(ões), a nova sequência genética pode se desdobrar em mais de um indivíduo.

Todavia, este conceito, tal como o genético, carrega de forma intrínseca uma carga axiológica inerente à vida humana de uma pessoa (no conceito jurídico de pessoa humana), o que nos remete às singularidades do momento em que se estabelece o início da vida e o do momento em que se estabelece o início da personalidade humana.

Podemos, assim, observar que a ciência, acompanhando as tendências semânticas, filosóficas, culturais e religiosas, busca ao mesmo tempo que definir sob critérios precisos estes dois momentos, os conceituar dentro do sentir humano sobre sua existência. Não fosse isso, a Organização Mundial da Saúde não consideraria a vida intrauterina apenas a partir da nidificação, pois apenas a partir do pleno implante do “neooncebido” se pode observar sua individualidade[7].

Vê-se que os conceitos científicos, acompanhando a própria natureza humana sobre sua existência, buscam o intuito da individualidade como meios de definição da vida que carrega o potencial de se tornar uma pessoa.

Do ponto de vista médico/biológico, o embrião possui um genoma próprio, que decorre do DNA formado no momento da fecundação, mas com carga de individualidade mais específica, possuindo um perfil epigenético que lhe dá o potencial de iniciar um processo de desenvolvimento contínuo e gradual até atingir a maturidade de sua espécie, manifestando a propriedade de uma lei científica, qual seja a capacidade dos animais, que pela atividade específica dos seus diversos genes, ordenam um processo de desenvolvimento[8].

Tais características, tão específicas do embrião, dão guarida à visão embriológica para definição do momento do surgimento da vida, como a formação do(s) embrião(ões) após a concepção.

#### **d. Perspectiva Neurológica**

A perspectiva neurológica é resultado de um exercício de raciocínio reverso, elaborado sob a interpretação de uma das correntes médicas para o momento em que a vida cessa num dado indivíduo.

Atualmente, muitos são os meios hábeis para manter a atividade de órgãos vitais em ambientes controlados com o auxílio de aparelhos; todavia, estes meios de manutenção da vida, dão certa carga de artificialidade à continuidade da atividade vital em um indivíduo, inclusive, possibilitando o funcionamento destes órgãos vitais, mesmo quando já exauridas todas as possibilidades de o dito indivíduo retomar suas funções vitais de forma autônoma.

Essa circunstância trouxe à mesa de debates bioéticos a necessidade de se questionar quando a vida cessa, para, em termos práticos, determinar quando os aparelhos que mantinham os órgãos vitais em funcionamentos poderiam ser desligados, bem como quando, como e por quem esta decisão poderia ser tomada.

Naturalmente, não há consenso a respeito desta questão, da mesma forma como não há consenso a respeito do momento em que se inicia a vida; todavia a necessidade de garantir uma resposta, em especial, aos familiares daqueles que já não podiam retomar sua condição saudável e sua consciência, gerou o que podemos chamar de consenso, em especial nas ciências médicas, que foi seguido pelas ciências jurídicas, regulando o tema de forma a reconhecer que com o fim definitivo das atividades elétricas do cérebro, ou seja, com a chamada morte cerebral, reconhecesse a morte daquele indivíduo.

O exercício lógico reverso, por sua vez, determina um ambiente condicional: Se a vida cessa com o fim da atividade elétrica no cérebro, logo, a vida se inicia com o início da atividade elétrica no cérebro.

Entretanto o momento do início da atividade elétrica no cérebro, por si só, é controverso. O que se sabe a partir da literatura médica é que a formação do sistema nervoso se dá entre a 8<sup>a</sup> e a 20<sup>a</sup> semana da gestação; todavia não se pode precisar o momento em que se inicia a atividade elétrica neste sistema nervoso em formação embrionária. [\[9\]](#)

De plano, o grande lapso temporal em que a atividade elétrica pode ou não se iniciar no embrião denota grande dificuldade para sua aplicação no ambiente jurídico; todavia essa teoria já é utilizada em casos específicos, como a autorização judiciária para realização de abortos de fetos anencefálicos [\[10\]](#), – aliás, sobre este ponto, como observaremos adiante, a ordem jurídica se valerá de diversas teorias sobre a personalidade jurídica, bem como diversas visões científicas sobre o marco do início da vida, de acordo com as pressões sociais, ideológicas e natureza dos fatos que envolvem cada caso concreto, o que do ponto de vista

jurídico, também, dificulta a adoção de um único critério dentro da própria ordem legal –, mas não é aplicada, por exemplo, nas teses e modelos jurídicos que tratam da proteção da vida do feto em outros ambientes fáticos.

Outro aspecto importante da “visão” neurológica sobre o marco inicial da vida, reside no fato de que seu apoio de base é a função do sistema nervoso, afinal, é de se presumir que algo especialíssimo possa ser dele extraído do ponto de vista conceitual, para que possa dar guarida para fixar este instante, no qual a atividade orgânica do embrião em pleno desenvolvimento, configura uma vida, podemos chamar esta característica como Consciência, a *mens* humana, ainda que em estágio de potencial desenvolvimento, o que nos leva a um importante desdobramento da visão neurológica, qual seja a visão psicológica.

#### **e. Perspectiva Psicológica**

É conhecido que a mente humana se perfaz em uma série ordenada de conexões elétricas no cérebro, formadas pelas sinapses entre os neurônios, que criam o ambiente de acúmulo de informações e memórias, que guiarão a formação do comportamento do raciocínio lógico e, de formas que a ciência médica e psicológica ainda não alcançou em integralidade, da formação da psiquê humana e sua fonte egóica [\[11\]](#).

O estudo da mente, resultado da visão psicológica, denota ainda maior dificuldade do que o modelo neurológico, pois se no primeiro há a necessidade de se conhecer o momento de formação do sistema nervoso, e então determinar o momento em que se inicia a atividade elétrica neste sistema nervoso, a visão psicológica extrapola o conceito, se debruçando sobre um questionamento, cuja elucidação aparenta ser ainda mais remota, qual seja, ‘em que momento o feto passa a ter uma mente?’; mas para responder a esse questionamento, outro mais importante se faz necessário: O que é a mente?

Tais questionamentos remontam à filosofia clássica, aos dogmas religiosos, muito antes do surgimento de ramos científicos como a psicanálise, que embora muito refutada, garante os pilares do estudo de um campo cuja compreensão ainda escapa de nossa ciência, talvez até mais do que escapa o potencial da ciência em definir o momento da vida. Assim, se faz necessário tecer um breve bocejo histórico conceitual para tratar o tema.

Se retomarmos à filosofia clássica, Platão, em sua obra *A República*, ao tratar da consciência humana, ou alma humana, afirmava que a alma se unia ao corpo apenas no momento do nascimento, sendo portanto este o momento em que a vida do feto se tornava uma vida humana. Seu discípulo, Aristóteles, por sua vez, elaborou a “teoria da animação

imediate”, conjecturando que a “alma” se unia ao feto algumas semanas depois da concepção, fato que se observaria a partir do momento que o feto começasse a se mexer dentro do útero materno, sendo esta teoria, inclusive, recepcionada por São Tomás de Aquino e influenciando até hoje a visão que a Igreja Católica tem sobre o tema.[\[12\]](#)

Após a era clássica da filosofia, muitos temas antes amplamente discutidos foram de certa forma limitados pelos dogmas religiosos da igreja católica, muitos deles mantidos até os dias atuais. Sendo que apenas no último terço do século XIX, essas discussões encontraram novas aberturas, período que foi nominado como “descoberta da Vida” pelo filósofo espanhol Julián Marías.

Sören Kierkegaard, filósofo dinamarquês (\*1813, +1855), debruçou seus pensamentos em oposição ao idealismo alemão de Hegel[\[13\]](#), envolto por seus conflitos com os dogmas religiosos cristãos e o pensamento filosófico. Apelando para o protestantismo, Kierkegaard buscou na filosofia de São Tomás de Aquino meios para compreender o homem e o ser, rejeitando a eternização da *ratio* que o hegelianismo introduzia à filosofia; apontando que o ‘ser’, ou seja, o homem, é algo concreto, temporal, abordando a existência humana em um núcleo rigorosamente individual[\[14\]](#), ou o “ser” que irá influenciar o trabalho de Martin Heidegger.

A ambientação do ser, especialmente do ponto de vista individual, como podemos denotar do já tratado neste trabalho, demonstra em grande parte as bases conceituais utilizadas de plano de fundo que as ciências médicas e biológicas se valeram para construir seus conceitos de base, bem como os limites (no entender matemático de limite). Este desenvolvimento científico, todavia, se deu (e se dá) de forma simultânea com o desenvolvimento da atividade intelectual sobre o “ser” que muito importará ao estudo no campo da psicologia e, como já tratamos aqui, será deste “ser” autocompreendido em si, que é um dos objetos de estudo da psicologia, que podemos extrair o principal fundamento de validade à visão neurológica do início da vida, uma vez que nos dá a dimensão de importância da atividade neurológica sobre a individualidade tão necessária para se trabalhar os conceitos de vida, como podemos observar tanto nas perspectivas genéticas quanto embriológicas.

Assim, para compreender este ponto, em essência, uma vez que encontramos aplicação prática sobre o “estar vivo” e o “ser vivo” no ambiente jurídico, é preciso compreender como o pensamento humano se desenvolveu neste particular. Para tanto, cumpre observar, antes de adentrarmos na filosofia de Heidegger ou na psicanálise freudiana, compreender o momento histórico em que a psicologia adentra nos anais da filosofia.

Franz Brentano (\*1838, +1917), filósofo austríaco, também de tradição católica, e portanto com fortes influências de Aristóteles e São Tomás de Aquino, buscou meios de criar ligações entre a filosofia clássica e medieval com a filosofia de seu tempo, e, para isso, debruçando sua obra em dois conceitos fortemente correlacionados, a ética e o “ser”, o que resultou numa forte influência nas áreas de estudo da psicologia e também na obra de seu contemporâneo filósofo, o alemão Wilhelm Dilthey (\*1833, +1911), de forma a complementarem uma à outra.

A psicologia de Brentano observava de forma básica a existência intencional do indivíduo, a partir de ‘atos psíquicos’ de ‘representação’, ‘juízos’ e ‘emoções’, buscando um meio de transformar a psicologia em uma ciência positiva experimental. Esse ambiente histórico era partilhado por Dilthey, que ao tratar de sua psicologia e história do espírito nos trouxe à ‘ideia da vida’ como um complexo de ‘relações vitais’[\[15\]](#), que devem ser interpretadas em um ambiente histórico, revelando um método hermenêutico para a psicologia e, portanto, ‘descritiva e analítica’, em oposição ao positivismo experimental de Brentano/Conteano, nos dando uma nova fórmula interpretativa sobre a vida psíquica, em que a unidade vital está em ação recíproca ao mundo exterior, logo, a vida humana, em seu entender, seria composta pelas conexões entre os infindáveis elementos da vida psíquica.[\[16\]](#)

De forma geral, podemos observar que a perspectiva psicológica, adentra o cerne da perspectiva neurológica, pois muito além do que pode ser tratado de forma analítica, como a observação das correntes elétricas do cérebro, busca-se compreender o fundamento da observação dessa atividade física ser bastante para determinar o *status* de vivo do ser humano – isto porque não se discute em nenhum nível científico que existem formas de vida, biologicamente compreendidas, que não possuem uma consciência, ou até mesmo que não possuem sistema nervoso, como já afirmado neste trabalho –, as teses que se desdobram sobre a compreensão da vida têm natureza balizada por questões inerentes à definição de vida humana, ou melhor, da pessoa humana.

Desta forma, não podemos afastar da compreensão do *status* de vivo do ser humano o *status* do “ser”. Essa discussão foi tratada com grande profundidade na obra do filósofo alemão Martin Heidegger, intitulada *Sein und Zeit*[\[17\]](#), na qual ele cunha, no § 53, importante conceito, o *Existenzialer Entwurf eines eigentlichen Sein zum Tode*[\[18\]](#), que pode ser compreendido a partir de uma considerável simplificação do tema, que “Ser” é estar para a própria morte, sendo a existência um contínuo incompleto, cuja conclusão é “não ser”, portanto a morte, logo, o “ser vivo”, é aquele que resta sujeito ao deixar de ser vivo[\[19\]](#).

Heidegger, assim, trata do ser como possibilidade do existir, afirmando que: *Sein zu einer Möglichkeit, das heißt zu einem Möglichen, kann bedeuten: Aussein auf ein Möglichen als Besorgen seiner Verwirklichung*[20]. Sendo que o chamado empenho para realizar de forma efetiva as possibilidades do “ser” resulta na anulação das possibilidades[21].

Como resultado, podemos observar que a filosofia e a psicologia do final do século XIX e início do século XX descreveu as bases de compreensão do ser por meio de seu antagônico natural, o não-ser ou deixar de ser, ou seja, “ser vivo” e “deixar de ser vivo”. Assim, o que tivesse meios de interromper o que dá ao ser humano, em sua psiquê, elementos de uma consciência, ou uma “alma”, poderia ser considerado como ‘receptáculo’ da essência da vida humana, ou seja, o sistema nervoso.

Todavia, e aqui não estamos expressando qualquer juízo de valores sobre a validade ou não das teorias apresentadas por Freud, foi apenas a partir dele que se investigou, do ponto de vista da psicologia e da psicanálise, o *momentum* em que a consciência surge e, pelas evidências observadas de psicopatologias, que podem encontrar sua origem durante a vida fetal, se tornou possível afirmar que a consciência, ainda que despida, num primeiro momento, de sua autocompreensão enquanto “ser”, de pensamentos elaborados e lógicos, tem sua origem ainda durante a gestação[22].

Assim, ante a impossibilidade de se determinar com precisão em que momento o sistema nervoso se torna hábil a desempenhar atividades próprias da consciência, resta muito mais complexa a fixação de um marco inicial para a vida a partir deste momento; todavia o elemento físico da psiquê é o sistema nervoso central, assim, tornou-se mais prático o uso da sua formação como marco para o início da vida humana, entretanto este momento também não é preciso o bastante para muitas das necessidades jurídicas, em especial aquelas próprias da preservação de direitos fundamentais da pessoa humana, enquanto, pelos axiomas de Heidegger, serve bem a outros propósitos jurídicos, quando observa a ausência das condições de manutenção da vida pelo fim da atividade elétrica cerebral e, portanto, pela impossibilidade da continuidade da psiquê, logo, do “ser”.

#### **f. Perspectiva Ecológica**

Como já pudemos observar, a individualização do ser é um lugar comum para as muitas definições, ou tentativas, de fixar marcos para o início da vida humana. A visão ecológica, todavia, acrescenta maior grau de exigibilidade de condições ao feto, para que possa ser considerado vida, muito além mesmo de conceitos de ‘vida viável’, que desta

corrente até pode derivar, pois a partir da visão ecológica, a vida se inicia a partir do momento em que o feto passa a ter condições de uma vida extrauterina, ainda que não precise necessariamente experimentar esta vida naquele momento [23].

Naturalmente, o feto nestas condições já passou por todos os elementos individualizantes de sua existência genética e embriológica, já tem seu sistema nervoso com considerável grau de desenvolvimento, bem como elementos de uma consciência, guardando, portanto, um grande potencial de nascer com vida, muito maior do que em estágios anteriores da gestação, todavia por esta visão, o tempo entre a fecundação, a individualização, a formação das características embriológicas de espécie, bem como a formação do sistema nervoso, é demasiado grande, até que se considere aquele feto uma vida humana, o que causaria diversos problemas jurídicos, em especial com relação à preservação de Direitos, bem como a própria natureza humana, que em sua atual conformação sociocultural tende a repelir uma definição que postergue tanto o marco inicial da vida.

#### **f. Perspectiva metabólica**

A perspectiva metabólica, certamente traz consigo uma carga de controvérsia, que possivelmente a afastou do ambiente jurídico, como uma possibilidade de fixar o marco inicial para o início da vida em especial, porque o ambiente jurídico se preocupa de forma mais evidente com a definição de uma vida humana.

Todavia, como demonstraremos mais adiante neste trabalho, vida, quando analisada em termos gerais, possibilita a exploração de determinados ambientes teóricos, que muitas vezes não contemplam toda a complexidade de quando tratamos especificamente da vida humana, em especial porque todos as visões científicas têm como plano de fundo a vida que guarda o potencial de se tornar uma pessoa. Aliás, por este mesmo raciocínio, os termos gerais não contemplam a complexidade de cada espécie de vida conhecida, com seus potenciais específicos, como o de se tornarem uma bactéria, uma planta, um pássaro etc.

De plano, poderíamos dizer que a perspectiva metabólica resolve este problema, pois ela não está ligada à individualidade do genoma, ou à especificidade de um embrião, especialmente porque algumas espécies de vida não se reproduzem de forma sexuada, nem se desenvolvem a partir de formas embrionárias, mas nem por isso deixam de ser organismos vivos.

Entretanto o metabolismo, por si só, não nos permite observar o potencial de desenvolvimento de determinada espécie viva. Daí, surgem questionamentos que colocam em

xeque a perspectiva metabólica, tais como: Pode haver vida sem que esta possua capacidade de se desenvolver? Um contínuo existencial muito curto (para nossos padrões de tempo) pode ser considerado vida?

Evidentemente, tais questões nos levam para próximo de questionamentos da origem da vida histórica – pois neste particular seria necessário poder pontuar o que surge primeiro, o metabolismo ou o RNA – e não para a origem da vida de um determinado organismo. Daí a necessidade de se tratar com muita cautela o tema sob estudo, pois, aqui, não se discute a origem da vida na Terra, mas sim a origem da vida de qualquer organismo vivo e, então, a origem da vida de um ser humano.

Entretanto para que possamos iniciar qualquer estudo quanto a esta visão científica da origem da vida, é preciso antes compreender, por meio da literatura biológica, o que é metabolismo.

De forma muito concisa, J. Laurence define Metabolismo como a transformação da matéria orgânica em energia e outras substâncias, que são utilizadas pelos organismos para manter sua atividade. Essa atividade compreende atributos próprios dos seres vivos, dentre eles, o movimento, o ciclo vital e reprodução, a partir de uma organização celular, com química própria[24]. Logo, podemos observar que a manutenção dos atributos que as ciências biológicas utilizam para determinar “o que está vivo” depende da existência de metabolismo.

Assim, a visão metabólica, embora em sua formação conceitual, em especial aquela de que as teorias jurídicas se socorrem, não pretenda fixar o marco para o início da vida, uma vez que as atividades orgânicas de reprodução em si já carregam vida, pois são o resultado do ciclo vital – elementar da análise do metabolismo, pois é mantido pelo metabolismo –, o que a princípio poderia esvaziar o sentido de se questionar o marco inicial da vida como um todo, já que como parte do ciclo, não teria início ou fim, o que, aliás, incentivou o questionamento sobre o marco inicial de uma vida em específico (e inclusive fez surgir a necessidade da elaboração de outras teorias – já analisadas neste trabalho – que melhor pudessem definir o marco inicial da vida), ou seja, quando aplicada a visão metabólica ao questionamento central – em que momento se inicia uma vida? – nos defrontamos com um conjunto de variáveis muito grande para serem definidos em um algoritmo, para que possamos tratar esta perspectiva como uma lei científica hábil a determinar o marco de uma vida dentro de um ciclo vital, o que nos sugere que para a investigação sobre o início da vida de um novo organismo é necessário investigar o início da atividade metabólica, vez que será a partir desta atividade que este organismo adquirirá a capacidade de se desenvolver dentro do ciclo vital

de sua espécie, resultando em um conceito que pode ser aplicado a quaisquer espécies vivas, incluindo os seres humanos.

A discussão deste ponto nos remete ao estudo histórico do início da vida na terra, em especial quando aproximamos a visão metabólica da visão genética para o início da vida e compreendemos as correlações e oposições entre a atividade metabólica e a atividade genética; senão vejamos:

Um estudo introdutório sobre citologia e genética[25] revela que a ciência ainda não tem um consenso histórico sobre o tema. De forma geral, o núcleo das células, que contém o DNA, controlam toda a atividade celular, incluindo o próprio metabolismo, o que a princípio poderia nos ofertar uma resposta simples, de que o DNA é antecessor do metabolismo; todavia uma afirmação como esta implicaria outra: em que momento e como se forma o DNA? – o que até mesmo poderia nos remeter à perspectiva genética, pois esta ofertaria uma solução de ordem prática, que poderia ser aplicada ao Direito, sem maiores dificuldades conceituais; entretanto a aplicação de um teoria, apenas por suas soluções práticas, esvazia o sentido científico de qualquer estudo, em especial, porque do ponto de vista jurídico, cultural e filosófico, a definição do marco vital é essencialmente necessário para que possamos o diferenciá-lo do marco da personalidade e, então, compreender que são distintos, para que possamos mensurar os limites dos direitos fundamentais a eles aplicados.

Assim, conforme publicação da revista ‘Cell’, um importante estudo elaborado por pesquisadores do MIT, em que foram coletados dados que podem demonstrar que o metabolismo antecede ao DNA[26] e ao RNA, pois as evidências encontradas no estudo citado indicam a ocorrência de metabolismo ocorrendo na ausência de fosfatos, elemento básico da formação do RNA, utilizando em seu lugar o enxofre, elemento comum durante a formação geológica do planeta Terra, embora não possamos – e também não é nosso objeto de estudo – determinar o momento histórico do início da vida, podemos concluir que a atividade genética é dependente do metabolismo para se manter.

Destarte, se fizermos a aproximação dos estudos recentes às teorias do Italiano Francesco Redi, do Russo Alexander Ivanovich Oparin e do Inglês Jhon Burdon Sanderson H., que compreende a chamada ‘teoria da evolução gradual dos sistemas químicos’ [27], que consideram as possíveis condições da terra primitiva, os compostos disponíveis e a formação dos primeiros aminoácidos a comporem as primeiras cadeias proteicas que darão origem às cadeias de RNA e posteriormente de DNA, dando origem aos primeiros seres vivos unicelulares procariontes, embora – não seja objeto deste estudo – não possamos precisar o

surgimento da vida na terra, podemos concluir, em complemento ao raciocínio anterior, que aos seres vivos já constituídos e em plena atividade de seus ciclos vitais, seus metabolismos são controlados por seus códigos genéticos localizados no núcleo celular, e a partir do metabolismo estes organismo podem gerar a energia necessária para manter suas atividades vitais, que compreendem o ciclo vital, a reprodução, o movimento, ou seja, o desenvolvimento autônomo e individualizado, bem como a homeostase, que consiste nas principais características dos seres vivos, logo a vida é dependente da atividade metabólica para que possa exercer seu potencial existencial, existente em seu material genético.

Evidente que adentrar as esferas destas questões no presente trabalho pode nos levar para muito distante da proposta metodológica abordada; todavia o conhecimento deste desenvolvimento científico é de suma importância para que possamos extrair das perspectivas sob debate, elementos com carga de objetividade suficientes para satisfazer as necessidades jurídicas presentes e, talvez, ofertar melhores condições para as pesquisas jurídicas, possibilitando ao jurista observar a vida e a personalidade humana o mais próximo possível de sua natureza, física e filosófica.

A vantagem precípua da visão metabólica consiste no fato de que sua aplicação sobre o conceito de vida é ampla e abrangente, escapando de grande parte dos conceitos de individualização presentes em perspectiva que demonstram muita aplicação prática ao estudo científico/jurídico, como a perspectiva genética, por exemplo, que é especialmente aplicada para definir a vida humana e termina por nos colocar diante da aproximação entre a origem da vida e a origem da pessoa, ou pessoa em potencial, como elementos que partilham de um mesmo instante atomístico.

Aliás, pela perspectiva metabólica, a vida humana seria, então, observada pelas características fisiológicas e genéticas da espécie, para defini-la como tal, sendo considerada vida em quaisquer de seus estágios de desenvolvimento, desde que possamos observar o genoma formado e a presença da atividade metabólica do organismo considerado. Bem como, a mesma regra pode ser aplicada para quaisquer outras espécies vivas.

Assim, podemos concluir que há vida a partir de sua [constituição](#) genética, na forma própria de cada espécie viva, seja pertence a qualquer reino biológico, e que esta vida se mantém pela atividade metabólica desde sua [constituição](#) até que esta atividade cesse, prejudicando em resultado a manutenção do DNA, que, cessada a atividade metabólica, irá decair e se decompor.

De certa forma, esta interpretação aplicada à visão metabólica, que se aproxima da atividade lógica utilizada pela perspectiva neurológica, melhor se alinha à definição de vida em sentido amplo, uma vez que abrange a totalidade do período em que determinado organismo se mantém em atividade vital, resolvendo, portanto, uma das dificuldades observadas na perspectiva genética, vez que metabolismo e material genético são interdependentes, têm origem simultânea; mas o material genético não cessa para que a vida cesse, ele decai a partir do fim das atividades vitais, que são mantidas pela atividade metabólica.

A nosso ver, esta aplicação permite com maior objetividade distinguir vida humana de pessoa humana, afastando qualquer equívoco conceitual que pode resultar de outras teorias que aproximam os dois conceitos, uma vez que a análise do conceito vida, de forma genérica, torna indistinto, no momento de definição de vida, a vida de uma planta, uma bactéria, um elefante ou um ser humano, são todos seres vivos; porém, evidentemente, só o ser humano vivo poderá adquirir personalidade jurídica.

Esta visão científica, por assim dizer, nos permite, uma vez superada a compreensão do conceito de vida em si, discutir o conceito de pessoa humana. Esta, sim, detentora de atributos de personalidade e, portanto, garantia de Direitos.

### **3. Perspectivas jurídicas sobre o início da personalidade – resumo**

Uma vez que definimos o marco inicial da vida em sentido amplo e alcançamos o marco inicial da vida humana sob seus aspectos biológicos, fisiológicos e genéticos, cumpre completar o conceito, especialmente para que alcance a aplicação jurídica necessária, isto é, responder à questão: “em que momento surge a personalidade jurídica?”

A resposta para este questionamento é um dos temas que estabelecem o centro da pesquisa que ora se propõe; todavia para que possamos encontrar o marco inicial da personalidade, devemos, assim como fizemos quando estudamos o marco inicial da vida, definir o que é personalidade jurídica e o que é pessoa para o Direito.

Sem que seja necessário elaborar uma complexa investigação científica, podemos afirmar que só o ser humano pode ser o destinatário da norma jurídica, que só o ser humano pode, portanto, ser titular de relações jurídicas<sup>[28]</sup>, o que faz do ser humano um sujeito de direitos e deveres por decorrência natural da sua existência.

Essa definição por si já guarda certa carga de complexidade, pois a afirmação de que o ser humano é sujeito de Direito pode ser facilmente compreendida, mas quando

acrescentado o ambiente dos Deveres, alguns questionamentos surgem por decorrência quase natural, tais como: “pode uma criança ter algum dever jurídico?”, “pode o indivíduo acometido de algum mal que aflija suas faculdades mentais ter deveres jurídicos, ser responsável por seus atos?” – as respostas para essas questões são naturalmente negativas, o que nos sugere, e veremos que é precisamente a intenção da legislação brasileira, assim como diversas normas alienígenas, de que o ser humano deve ter seus direitos garantidos de forma perene, e esta proteção está prescrita no ordenamento jurídico brasileiro a partir de uma fórmula, que compreendemos como de aplicabilidade muito prática quando observamos unicamente o Direito Civil, especialmente, porque, historicamente, com exceção das normas penais, o campo obrigacional do Direito Civil surge antes do campo obrigacional dos Direitos humanos, que exigirão um estudo mais pontual sobre o tema, precisamente fundamentando a necessidade de estudos como o presente.

No campo obrigacional cível, se observarmos a legislação pátria, desde o [Código Civil de 1916](#), a prescrição normativa liga capacidade civil à personalidade, sendo uma medida da outra, ou seja, conforme o ser humano adquire capacidade de compreensão de seus atos, ela amplia o escopo de sua personalidade jurídica, aderindo obrigações além de seus direitos. Nossa atual prescrição normativa e entendimento jurisprudencial nos esclarece o tema do ponto de vista cível com a praticidade que apontamos; senão vejamos:

Art. 2º, [CC](#): A personalidade civil da **pessoa** começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”  
 TJRS – Ap. Cível 70020535118, 25-10-2007, 8ª Câmara Cível – Rel. Claudir Fidelis Faccenda. “**registro público** – Nascimento de criança morta – Certidão de nascimento – impossibilidade – Registro no livro – C – auxiliar (arts. 33, [V](#) e [53](#), § 1º, da Lei nº [6.015/73](#)). A lei determina que ao nascituro que nasce sem vida, ou seja, que não respirou, não se faz certidão de nascimento e, posteriormente de óbito, mas apenas o registro em livro próprio. **Embora a lei ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é com nascimento com vida que o indivíduo adquire personalidade civil (Art. 2º do Código Civil), alcançando direitos personalíssimos como patrimonial e ao nome.** Recurso improvido, por maioria” (grifo nosso).

Podemos observar, assim, que a lei cível, que dá a baliza ao tema, trata a existência da pessoa humana em duas etapas, uma de expectativa de direito e uma de completude do Direito. Assim, ao nascituro é garantida a expectativa dos direitos da personalidade, que se converterão em direitos a partir do nascimento com vida, quando a vida humana adquire personalidade e, portanto, se torna uma pessoa humana, destinatária de direitos, por isso

detentora da chamada capacidade de direito, que, ao concluir seu potencial de desenvolvimento e adquirir meios de compreender seus atos em plenitude, se tornará sujeito de direitos e deveres, adquirindo a capacidade de fato, ou capacidade civil plena.

Como pontuamos, esta solução se revelou de ordem prática para, em especial, a esfera do direito civil. Mas, como toda matéria no campo do Direito, teve sua interpretação trabalhada sobre os mais diversos referenciais, abrindo múltiplas hipóteses interpretativas para o tema, ora mais ampliativas, ora mais restritivas e ambas devem ser analisadas com especial cautela no momento em que é realizada a atividade hermenêutica sobre a lei para sua subsunção, ainda porque a atividade interpretativa sobre temas tão sensíveis, pode, em grau último, ampliar a abstração do conteúdo da norma em relação a um caso concreto determinado; senão vejamos:

Segundo preleciona Maria Helena Diniz (2002, pg. 113), *in verbis*:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os direitos, pois a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria independente de sua mãe. Se as normas o protegem é porque têm personalidade civil.

Interpretação, que embora acompanhe a aplicação prática das normas do direito pátrio em parte, também visa à certa simplificação a qual o tema não pode comportar e demonstraremos.

De plano, as vertentes interpretativas mais ampliativas aproximam a personalidade humana da vida humana e aproximam os direitos inerentes da personalidade à expectativa destes direitos garantidos pela lei aos nascituros, isto porque, ao garantir a expectativa de direito, os Direitos mais básicos da condição humana são, num primeiro momento, efetivados aos nascituros; todavia isto não faz da expectativa de direito um sinônimo de direito e, portanto, não pode ser utilizado para afirmar que o nascituro é, por decorrência do que a lei lhe garante, um ser humano dotado de personalidade jurídica, se assim não fosse, desde a concepção, o ser humano em formação teria direito ao nome, um dos Direitos mais cristalinos da personalidade, sem natureza patrimonial.

Na mesma medida, mas em sentido oposto, as interpretações mais restritivas dificultam a subsunção, pois terminam por afastar, inclusive, as expectativas de direito, pois ao negar a personalidade enquanto potencial, esvaziam as garantias do desenvolvimento deste ser humano em formação.

Destarte, *a priori*, de forma similar à maneira como estudamos a vida em si, para encontrar seu marco, temos que estudar a personalidade em si, ainda que o façamos pelo

prisma das ciências jurídicas, mas de forma que possa resultar em uma única fórmula para quaisquer ramificações do Direito.

Naturalmente, não somos os primeiros a desenvolver trabalhos sobre este tema; razão pela qual para que possamos investigar a natureza da personalidade jurídica e, portanto, iniciar um estudo que tem por objetivo encontrar o marco em que um indivíduo se torna uma pessoa, bem como o marco em que o ser humano em formação adquire o potencial de se tornar uma pessoa e, ainda, a importância de se distinguir estes dois momentos, visitaremos as três[29] principais teorias que são debatidas no ambiente jurídico e buscaremos sua natureza conceitual.

#### **a. Teoria Natalista**

A teoria Natalista é reconhecida por muitos doutrinadores como a adotada pelo ordenamento civilista brasileiro, pois segundo esta teoria, a personalidade jurídica se dá com o nascimento com vida, razão pela qual, até o nascimento, a lei apenas põe a salvo a expectativa desses direitos ao nascituro.

Entretanto a aplicação da teoria natalista para interpretar a norma civilista de forma restritiva aparenta uma desconformidade histórica e cultural, pois ao se afastar de discussões muito pertinentes ao tema, tais como a definição do marco inicial da vida humana, também restringe sua aplicação para um ambiente tecnológico e científico desenvolvido, como o atual, bem como impõe limitações para os inimagináveis avanços futuros, até mesmo dificultando, por excessiva simplificação do tema, discussões imprescindíveis para o direito, no que concerne a garantia de direitos fundamentais da dignidade humana[30], que, aliás, extrapolam o conceito de pessoa.

Podemos observar, inclusive, que nosso desenvolvimento jurisprudencial, no período mais próximo à promulgação do [atual Código Civil](#) (2002), vem ampliando, de forma cautelosa, a interpretação do art. 2º do [Código Civil](#), precisamente para aumentar o espectro de garantias de direitos e expectativas de direito relativos à dignidade do nascituro, já que sustenta em algum grau de desenvolvimento biológico o potencial de se tornar uma pessoa e é em essência uma vida humana, senão vejamos:

TJSP – Ap. Cível 349.128-4/4, 2-2-2005, 5ª Câmara de Direito Privado – Rel. Dimas Carneiro. “**Investigação de paternidade** – nascituro –

Possibilidade científica e jurídica – Extinção dos autos em primeira instância por falta de interesse – Descabimento – Possibilidade conferida pela lei processual à mãe para ser investida na posse dos direitos cabentes ao nascituro e a proteção legal **da dignidade deste** último, tudo aliado à ampla garantia constitucional da proteção à vida – **inclusão do nascituro no pólo ativo, pois já deve ter nascido** – apelo provido. (grifo nosso)

Como podemos observar na decisão acima, as expectativas de direito que são vinculadas à dignidade humana, por força da prescrição constitucional da dignidade da pessoa humana, são galgadas ao *status* de direito cabente ao nascituro, mesmo este não sendo reconhecido pelo direito, até seu nascimento, como uma pessoa humana, restando, portanto, uma forma eficiente e bem alinhada com o conhecimento científico existente a respeito do marco inicial da vida e da impossibilidade de determinar o marco inicial da consciência, preservando, assim, seu potencial, mas aplicando um ambiente de segurança jurídica quanto ao reconhecimento da personalidade do nascituro apenas no momento de seu nascimento com vida.

Temos, assim, que a teoria natalista não impede a proteção da dignidade do nascituro, bem como permite um ambiente jurídico, em que o potencial desta vida é protegido; mas cuja proteção, por não ser o nascituro destinatário de direitos absolutos e próprios da personalidade, poderá ser limitada por questões fáticas pontuais, que devem ser estudadas de forma individualizada, em especial aquelas referentes ao aborto.

#### **b. Teoria concepcionista**

A teoria concepcionista vem ganhando especial destaque na doutrina recente<sup>[31]</sup>. É amplamente defendida pela igreja católica; embora sofra duras críticas sociais, pois, ao ser ampliadora do ponto de vista da garantia dos direitos do nascituro, ao reconhecer-lhe a personalidade desde a concepção, aproximando muito o surgimento da personalidade com o surgimento da vida embrionária, cria diversas espécies de limitações legais, especialmente relacionadas com temas excessivamente sensíveis, como o aborto em suas hipóteses legais existentes, bem como restringe o ambiente de debates sobre a ampliação das hipóteses legais.

Em suma, segundo a teoria concepcionista a personalidade civil surge no instante da concepção, isto é, desde a fecundação do óvulo, seja por meios naturais ou reprodução assistida e, que desde a concepção, o nascituro tem todos os direitos inerentes à personalidade resguardados, o que permite, em síntese, que sejam oponíveis, inclusive contra a mãe, o que cria uma ambiente obtuso, em especial, para discussão de temas mais sensíveis, em especial

àqueles relacionados à interrupção de gravidez de fetos anencefálicos, de fruto de estupros e, inclusive, da gravidez que coloca a vida da mãe em risco.

Se observarmos a jurisprudência mais recente, há tendência ampliativa do que se teve nos primeiros anos após a promulgação do [Código Civil de 2002](#), seguindo *in crescendo*, resultando no posicionamento mais recente do STJ, no sentido de que a legislação brasileira como um todo se aproxima mais da teoria concepcionista do que da teoria natalista presente na redação do art. 2º do [Código Civil](#)[32].

Todavia, esta teoria, embora tenha sido reconhecida pelo STJ, não pode ser considerada a baliza do ordenamento jurídico, pois embora, a partir da interpretação ampliativa oriunda dela, se possa aumentar o escopo protetivo, em especial, das expectativas de direito, que guardem relação com a dignidade da pessoa humana em relação ao nascituro, o nascituro, de um ponto de vista estritamente objetivo sobre o ordenamento jurídico brasileiro, não é uma pessoa e, portanto, nunca poderá exercer seus direitos, mesmo aqueles garantidos em expectativa; tais direitos estão, por falta de melhor colocação, em posse de sua progenitora, ou progenitores, a depender da relação jurídica existente entre eles, não fosse desta forma, o uso ampliativo da interpretação das normas constitucionais que apontam a dignidade como uma expectativa de direito a ser protegido com maior escopo em relação ao nascituro, em termos práticos, quase que “como se vivo fosse”, não lhe garante de fato o status de pessoa, pois se o fizesse, ou se seguirmos neste *in crescendo*, teríamos que admitir o registro civil de fetos, o que demonstra claramente que o posicionamento do STJ não pode ser interpretado como uma anulação das disposições presentes no [código civil](#), bem como não anula as circunstâncias sensíveis que já discutimos neste trabalho.

### **c. Teoria da personalidade condicionada**

A teoria da personalidade condicionada, a nosso ver, foi o resultado de atividade hermenêutica, que tentou adequar a intenção da prescrição normativa brasileira às infundáveis possibilidades dos casos concretos, de certa forma, a pontuar um meio termo, entre as teorias natalistas e concepcionistas (o que concordamos ser necessário); todavia, para tanto, lançou mão de um grau de ativismo jurídico, que restou por criar dificuldades de sua aplicação por ferir princípios basilares que regem os direitos fundamentais.

Esta teoria observa a personalidade com um atributo próprio da condição humana, considerando, por assim dizer, o ser humano uma pessoa desde o seu nascimento com vida, de forma muito similar à teoria natalista; todavia não trata os “direitos” do nascituro como

expectativas de direitos protegidas, e, sim, os trata como Direitos sujeitos a uma condição suspensiva, que consiste precisamente no nascimento com vida.

Direitos da personalidade, por força de lei, possuem determinadas características, que garantem sua oponibilidade *erga omnes*, e a qualquer tempo, sendo, portanto, direitos irrenunciáveis, o que lhes dá um caráter de Direitos Absolutos[33].

Destarte, a própria natureza absoluta dos direitos da personalidade impede que sejam sujeitos à condição, termo ou encargo, tornando, portanto, impossível juridicamente tratar a personalidade sob a perspectiva de uma condição, seja ela qual for, o que impossibilita a aplicação desta Teoria para definir o marco inicial da personalidade humana.

#### **4. Considerações finais**

De plano, é necessário reconhecer que o tema sob análise não pode ser esgotado em um trabalho de espectro tão limitado como este. Todavia, podemos aqui, ao menos, tentar estabelecer fundamentos para estudos futuros, sob conceitos mais pontuais ao tema.

Observamos que a maior dificuldade em precisar os conceitos chave para instruir futuras hipóteses científicas reside nas muitas aproximações observadas entre as teorias científicas que buscam precisar o início da vida, e o início da vida humana, com as teorias científicas, filosóficas e jurídicas que buscam precisar o início da personalidade jurídica, quando estes elementos são distintos pela própria natureza distinta dos objetos de estudo.

Vida, vida humana (assim como a de qualquer outro ser vivo de qualquer reino biológico) e personalidade (esta, sim, atributo único dos seres humanos) constituem objetos de estudos distintos e, portanto, geram conceitos distintos, que devem ser estudados, sem ignorar suas intrínsecas conexões, dentro do seu natural dinamismo ambiental, mas de forma essencialmente separada, para que ao final cada estudo possa fornecer os dados necessários para que hipóteses e modelos jurídicos sejam criados e aplicados a casos concretos, sob a clareza do saber.

Todavia o Direito exige respostas imediatamente aplicáveis. Este imediatismo para a solução de conflitos, e prescrição de comportamentos, supera a capacidade das ciências naturais de fornecer os dados necessários para que possamos elaborar modelos jurídicos mais precisos. Todavia esta característica própria do Direito, enquanto ambiente fomentador da justiça e ordenador da realidade, não pode fundamentar a intervenção indevida pela criação de conceitos teóricos, dentro do escopo jurídico que adentrem o escopo das ciências naturais; ao contrário, as ciências jurídicas terão que observar suas limitações conceituais e buscar

construir modelos jurídicos que preservem direitos dentro das imprevisões e das impossibilidades conceituais – que até podem sugerir uma limitação à atividade jurídica enquanto ciência –, visando sempre sopesar, de forma adequada, Direitos e expectativas de direitos que em dado momento e pelas infundáveis possibilidades fáticas entrem em conflito.

Assim, acreditamos que a Teoria Natalista, para considerar o surgimento da personalidade humana a partir do nascimento com vida, acrescida da proteção dos direitos do nascituro, pela expectativa destes direitos, atrelada à sua condição de natural desenvolvimento, desde o momento em que se verifica a vida sob perspectiva genética e metabólica, dá ao Direito, enquanto ciência, meios de analisar as circunstâncias fáticas previsíveis, para a partir delas ordenar a realidade e criar meios para que aquelas circunstâncias fáticas imprevisíveis, que podem conflitar diferentes classes de direitos, possam ser devidamente ordenadas, regulando eventuais conflitos de normas e garantias, em especial entre o nascituro e sua progenitora ou progenitores, ou, ainda, entre o nascituro e a sociedade como um todo, haja vista que a sociedade em si detém deveres também em relação à vida em potencial e tem o direito de que esta vida se desenvolva, cumprindo assim suas potenciais funções sociais; mas também deve ter seus anseios ideológicos limitados em casos específicos, quando as circunstâncias fáticas puderem autorizar a cessação da proteção das expectativas de direito do nascituro, circunstâncias estas que devem ser pontualmente analisadas, mantendo apenas uma mesma fórmula determinativa do marco inicial da vida e do marco inicial da personalidade.

### Referências Bibliográficas

ADRADE, Liliane Lopes. *A Determinação do início da Vida: ciência versus direitos*. In: Tempus Actas de Saúde Coletiva. 2013. Vol. 7. Nº: 1. Pg. 115-131. Disponível em: <http://www.tempusactas.unb.br>. Acessado em 03/09/2020

AZEVEDO, MOREIRA, *Psiquismo fetal: um olhar psicanalítico*. Ed. Diaphora. Revista Soc Psi RS. 2012. Ago/Dez; 12 (2) pg. 64-69.

BARCHIFONTAINE, [CP](#). *Bioética no início da vida*. Ver. Pistis Prax., Teol. Pastor., Curitiba. 2010; 2 (1):41-55.

BARCHIFONTAINE. Christian de Paul de, *Bioethics at the begining of live*, Ver. Pistis Prax, Teol. Pastor., Curitiba, V. 2, nº 1, 2010, Jan/Jun. p. 41-55

BARRETTO, Vicente de Paulo. LAUXEN, Elis Cristina Uhry, *O marco inicial da vida humana: perspectivas ético-jurídicas no contexto dos avanços biotecnológicos*. Cad. Saúde Pública 33 (6) 13 Jul 2017, in: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00071816>

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*, São Paulo: Saraiva, 2001

E. Matthews, *Mente conceito-chaves em filosofia*. São Paulo: ed. Artmed, 2007, pg. 12.

FRASER, F. C. & NORA, J.J. *Genética humana*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1986.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: V. I. Parte Geral*. 5. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2004

GOLDFORD. Joshua E., HARTMAN. Hyman, SMITH, Templo F., SEGRÈ, Daniel. *Remnants of na Ancient Metabolismo without Phosphate*, Rev. Cell, Março/2017, pg. 1126, ss. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.cell.2017.02.001> acessado em 25/09/2020

GOLDIM, Jr. *Início da vida de uma pessoa humana*. 2007, acessado em 18/09/2020 in: <http://www.bioetica.ufrgs.br/inivida.htm>

HEIDEGGER. Martin, Ser e Tempo, ed. Alemão e português, ed. UNICAMP e Editora Vozes, Campinas. 2014. Pg. 717.

Informativo nº 547 do STJ

LAURENCE, J. 20005, pg. 93 – 100.

LAURENCE. J, *Biologia*, São Paulo: Ed. Nova Geração, 2005, pg. 16

LEAL, Mirian Martins. OLIVEIRA, Karina Diaz Leyva. PARENTE, Priscila Batista Corrêa. ARAUJO, Gleiton Lima, SILVA, José Carlos Quinaglia e., *Início da vida: Uma visão multidisciplinar pautada na bioética*, Com. Ciências Saúde. 2018; 29 (3): 191-200.

LEAL, Mirian Martins. OLIVEIRA, Karina Diaz Leyva. PARENTE, Priscila Batista Corrêa. ARAUJO, Gleiton Lima, SILVA, José Carlos Quinaglia e., *Início da vida: Uma visão multidisciplinar pautada na bioética*, Com. Ciências Saúde. 2018; 29 (3): 191-200.

MARÍAS, J. 2004. Pg. 419-426

Marías. J, 2004, pg. 475-484.

MARÍAS. Rulián, *História da Filosofia*, São Paulo, ed. Martins Fontes, 2004. Pg. 399-400

MEIADO. Guilherme de Paula, *O INÍCIO DA VIDA: uma análise sobre a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro*. *In*: Revista científica do Unisalesiano – Lins – SP, ano 7, nº 15, 2016. Pg. 328 – 339. Disponível em <http://www.salesianolins.br/universitaria/artigos/no15/artigo2.pdf> acessado em 01/09/2020

Michael Tooley em suas *Class Notes for Essays on Abortion*, acessado em 18/09/2020 in: <https://spot.colorado.edu/~tooley/NotesforEssays1100.html>

MS. Ribeiro, VS. Pinheiro, *A dignidade da pessoa humana e o direito à vida do nascituro, fundamentos biológicos, filosóficos e jurídicos. The dignity of the human person and the unborn*. R Dir Gar Fund. 2017; 18 (1):139-176.

Severino A, Zenni C, Menegoti D, Ribeiro G, Aires FD. *A tutela do embrião in vitro na Convenção Americana de Direitos Humanos: uma interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Quaestio Iuris. 2018; 11:737-756.

TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

Teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista.

Tradução de Fausto Castilho – UNICAMP. 2014

VENOSA. Silvio de Salvo, *Direito Civil, parte geral*. 10ªed. São Paulo: Atlas, 2010. Pg 131 – 138

## OS MAIS VELHOS, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS 20 ANOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UMA CONTRIBUIÇÃO DOS ADVOGADOS DO CONSELHO DE NOTÁVEIS DA OAB/SC SUBSEÇÃO BALNEÁRIO CAMBORIÚ/SC

*Maria Cecília Sada de Amorim, Reinaldo Assis Pelizzaro, Retijane Popelier<sup>363</sup>*

No ano de 1988, recebemos, com todas as loas, a magnífica Constituição Federal da República e nela, além de diversos outros marcos civilizatórios, há o capítulo VII que trata da criança, do adolescente, do jovem e do **idoso**.

A Carta Magna trouxe magnífica fonte para formação de uma – nova – sociedade melhor, quando, entre outros, em seu artigo 229 diz que **os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade**.

O Código Civil vigente tramitou no Senado Federal como Projeto de Lei nr. 634-B, de 1975, entrando em vigor no ano de 2.002.

Historicamente, a iniciativa de editar-se um novo Código Civil coube ao governo Jânio Quadros, na longínqua década de 1960, quando o então Ministro da Justiça, Oscar Pedrozo d’Horta, confiou o preparo de anteprojeto ao professor e insigne doutrinador baiano Orlando Gomes, que apresentou seu trabalho em 1963, propondo, na verdade, a adoção de dois códigos, pois pretendia manter o Código Civil e criar o Código das Obrigações.

Este atual anteprojeto foi adequado à nova Constituição Federal, que exigiu profundas modificações, notadamente, no que diz respeito ao Direito de Família, sendo exaltada mais uma vez a pertinência da unificação, no dizer de SOLARI “a formação de um direito privado comum, sobre bases romanas, preparou o caminho à unificação”.

Fora de dúvida que estamos no limiar de um novo tempo para o direito material, com profunda modificação no ordenamento jurídico brasileiro.

À atual e futuras gerações caberá implementar as novas regras e princípios, que terão nas universidades o ambiente natural para aprendizagem e assimilação; daí porque corajosas incursões pelo novo Código Civil, inaugurando-nos nesse novo tempo de desafiadora e intrigante modernidade.

---

<sup>363</sup> Membros do Conselho de Notáveis da OAB de Balneário de Camboriú

A partir da Nova Constituição Federal, já madura com seus 35 anos, e do Novo Código Civil, que completa seus 20 anos, o destaque que pretendemos dar é sobre a velhice, a terceira idade, a melhor idade, seja lá como preferiram denominar.

A nova Constituição Federal incluiu essa população em seu ordenamento, assim influenciando em toda legislação consequente.

Envelhecer é uma missão ... E é preciso entender o significado de se chegar aos 20 ou 35, como é o caso dos Estatutos reverenciados, e também 60, 70, 80, 90 anos, para cada um de nós.

A longevidade é, sem dúvida, um triunfo, cada pessoa idosa vivencia a história da vida que tem, começo, meio e fim.

A sociedade, autoridades e instituições devem lembrar que a pessoa quando idosa pode contribuir muito com seu talento, tempo de sabedoria e tantas outras coisas.

Pesquisadores concluíram que há um medo de envelhecer, resultado das imagens de pessoas idosas que aparecem como seres passivos. Essa imagem negativa, essa ideia de sermos seres invisíveis e descartáveis em razão da idade precisa mudar. Precisamos ser ouvidos e devemos lutar pelo direito de expor nossas opiniões quando se trata de assuntos relativos à vida, ao amor e tantos outros, pois somos autores da nossa própria história de vida.

O diretor desta revista, estudioso mestre, Professor, Doutor Pietro, um pensador que nos inspira na prática dos Direitos Humanos, mostrando que a formação, o conhecimento com os sentimentos de fé, humildade e responsabilidade social tornam o ser humano um edificador de uma sociedade humana desenvolvida, proporcionando, então, uma vida feliz, próspera e digna para todos, conforme propõe o art.5 de C.F de 1988, inclusive para os idosos.

Conhecemos a realidade e todas as belezas e agruras de nossos agrupamentos humanos, e esses agrupamentos são compostos por crianças, adolescentes, adultos e idosos.

É imensa a quantidade de idosos ignorados por todos os demais. Claro, sempre ressaltando exceções, mas essa regra é a realidade.

Para circunscrever o tema, tão abrangente, pois envolve todos os segmentos da sociedade, propomos esta análise que afeta à Advocacia.

Como sabemos, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, tem previsão expressa sobre a composição do Conselho Federal, dos Conselhos Estaduais e dos Conselhos Municipais.

O parágrafo único do artigo 64 do Regulamento Geral da Advocacia e da OAB informa que:

Para o desempenho de suas atividades, o Conselho conta também com comissões permanentes, definidas em Provimento, e com comissões temporárias, todas designadas pelo Presidente, integradas ou não por Conselheiros Federais, submetidas a um regimento interno único, aprovado pela Diretoria do Conselho Federal, que o levará ao conhecimento do Conselho Pleno.

E uma Comissão Permanente do CFOAB, entre outras, é a Comissão Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa.

Esse modelo é seguido pelos Conselhos Estaduais e, na maioria, pelas Subseções.

Ou seja, por todo este País, a população pode contar com diversas instituições e, em particular, com a Ordem dos Advogados do Brasil, cujos instrumentos devem, por força de Lei, ser aplicados para atendimento, cuidado, proteção e garantias das populações que mais precisam desse atendimento, no caso em tela, a população de idosos.

Não vemos isso na realidade, pois tais comissões encontram-se ainda limitadas por discursos e formalidades, na maioria das vezes, caridosas, bem a propósito da ideia de que a solidariedade basta.

Mais especificamente, há idosos em todos os lugares. E há idosos na Advocacia.

Ora, se a finalidade precípua da OAB se encontra prevista em apenas dois incisos de seu Estatuto [artigo 44, I, II] parece imprescindível focar justamente naquilo que deles emana.

Defender a Constituição é defender o que ela defende, portanto quando em seu artigo 229 consta que idosos devem ser cuidados por seus filhos e não vemos isso acontecendo, parece lógico, s.m.j., que à OAB, por suas Comissões dos Direitos da pessoa idosa, cabe tratar da questão, não somente com discursos e formalidades, mas, principalmente, com ações concretas que alterem, para melhor, essa realidade.

No âmbito da Advocacia, é possível tangenciar o assunto para outro caminho.

O Advogado ou Advogada idoso (a) é uma fonte de informações. Dispensa a pieguice, mas não seu protagonismo.

Além da solidariedade, cabe-lhe algum destaque que, posto em prática, certamente contribuirá para o fortalecimento social.

Essa é a proposta desenvolvida pela Subseção da OAB no Estado de Santa Catarina, ao criar, no ano de 2010, um Conselho para abrigar em seus assentos aqueles que já alcançaram a condição de idoso.

Trata-se do Conselho de Notáveis – notáveis no sentido de “Ser Notado” – da Subseção de Balneário Camboriú/SC. Referido Conselho destina-se a valorizar Advogados e Advogadas veteranos e servir de fonte de consulta para a Diretoria da Subseção e seu Conselho.

Seu lançamento ocorreu na gestão 2010/2012 da OAB/SC, Subseção de Balneário Camboriú/SC, então sob a Presidência de Retijane Popelier. A gestão seguinte, presidida por Leandro Molim Hannibal, deu continuidade ao trabalho, valorizando o Conselho.

Essa iniciativa inspirou também a Diretoria da Subseção da Jaú/SP, que, na gestão 2019/2021, sob a influência da Secretária Geral, Dra. Bruna Gimenes, criou seu Conselho.

A constituição desse conselho e seu funcionamento está aquém do que poderia ser, tanto em Balneário Camboriú quanto em Jaú, mas funciona. Conta com o discreto interesse das diretorias subsequentes, mas mesmo assim não desiste.

Esse pouco interesse bem reflete a cultura que ainda predomina em nosso meio.

Esse Conselho mantém vínculos entre os idosos da Subseção de Balneário Camboriú, inclusive com reuniões e encontros, o que os alegra, contribui para a saúde física e mental, promove valorização e faz com que aqueles que já estão na condição de idosos sejam vistos e, conseqüentemente, respeitados. Em outras palavras: “Notados”.

Sentimo-nos agradecidos hoje em fazer parte desse grupo de Advogados com mais idade, denominado “Conselho de Notáveis”, na Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Balneário Camboriú/SC, espaço onde tantos idosos têm a chance de contribuir com suas experiências.

Nós, advogados e advogadas já idosos integrados ao C.N., continuamos ativos, com propósitos e princípios, além de metas e objetivos. Continuamos a viver por bons motivos, com nosso conhecimento, sabedoria e vivência na advocacia para servir a OAB, a sociedade e instituições.

Continuamos estudando, pois nossa capacidade de aprender permanece, independentemente da idade. Somos e continuamos participativos, saudáveis, com energia e disposição.

O C.N nos faz sentir ativos e respeitados, pela nossa experiência, responsabilidade, vivência, participando ativamente da comunidade dos advogados de Balneário Camboriú.

Então, há a legislação que – por absoluto desprezo da maioria das pessoas – tem positivada uma regra humana básica: cuidar dos idosos. Há toda uma estrutura jurídica com centenas de instituições cujos estatutos e regimentos determinam o uso desses mecanismos em defesa dos idosos. E há a OAB e uma Subseção em Santa Catarina que criou um Conselho para

ser composto por aqueles advogados e advogadas já em final de carreira, que não vão competir com os mais novos, mas que não querem ficar esquecidos em uma sala de televisão.

Todavia a maioria da população de advogados e advogadas mais novos não vê esses idosos.

Essa atitude gera perda para a sociedade, perda para as pessoas, perda para a OAB.

Portanto é curioso ter a legislação, ter a estrutura e as pessoas insistirem em não ver essa população, em não valorizar essa população de idosos. É não somente curioso, é antagônico.

A Instituição OAB é um dos segmentos de classe mais pulverizados pelo País. Há Conselhos em todos os Estados. Há Subseções por todos os cantos. Além dos benefícios que essa estrutura oferece para os profissionais, e além de todos os trabalhos que desenvolve em diversas áreas por meio de suas comissões, poderia valorizar seus idosos, suas idosas, afinal viver já é uma grande tarefa, mas viver como advogados ou advogadas é uma grande tarefa qualificada. Ignorar ou desprezar essa população diz mais de quem despreza do que de quem é desprezado.

Tal condição contraria o progresso civilizatório a que esta Nação se propôs com a Constituição Federal de 1988 e o novo regramento civil em vigor. Temos tudo para melhorar isso.

No momento em que comemoramos os vinte anos de vigência do novo Código Civil, fazemos votos de vida longa à Constituição Federal do Brasil, com a definitiva concretização de seus Princípios e objetivos!

## **Bibliografia**

AMORIM, Maria Cecília Sada de. História se faz assim: Conselheiros Notáveis da OAB Balneário Camboriú/ Blumenau, Ed. Nova Letra,

BEVILAQUA, Clovis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*\_Ed. Hist.Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1979, 1339 pgs.

BRASIL. Estatuto da advocacia e da OAB, Lei 8.906/94

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*. Ed. Saraiva 1968

PELLIZZARO, Reinaldo Assis, O DIREITO CIVIL (*Como Fator de Integração*) NO MERCOSUL. Editora Pellizzaro-Edipel ano 2013, pp.132

## EQUIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO PARA OS LGBTQIAP+: DA ATUAÇÃO NECESSÁRIA DO STF EM FACE DA LACUNA SUBJETIVA DO PODER LEGISLATIVO

Gabriel Gomes Dantas Grassi<sup>364</sup>

Larissa Cristine Gondim Porto<sup>365</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como tema a busca por equidade LGBTQIAP+ no Brasil por meio de decisões da Suprema Corte, tendo em vista a presença de lacunas no sistema jurídico brasileiro. Utilizando o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica, o artigo trata dos conceitos de igualdade, a relação dos LGBTQIAP+ com a sociedade, os tipos de lacuna que se adequam à omissão do legislador, a necessidade de positivar direitos dessa minoria e as conquistas de direitos nos tribunais superiores. A Suprema Corte age no preenchimento das lacunas normativas deixadas pelo Poder Legislativo, para que dessa maneira se garanta igualdade material no sistema jurídico brasileiro. Mediante a atuação do Supremo Tribunal Federal, foram permitidas a união homoafetiva, a criminalização da LGBTQIAP+Fobia, a alteração de prenome e do sexo no registro civil para pessoas trans e o fim da restrição de doação de sangue para homens que se relacionam com outros homens. Considera-se, portanto, que a via jurisprudencial é uma maneira viável de preenchimento das lacunas deixadas pela Lei.

**Palavras-chave:** Direitos de Minorias. Isonomia. Lacuna Normativa. Direitos LGBTQIAP+.

**Abstract:** The present article has as its theme the search for LGBTQIAP+ equity in Brazil through the decisions of the Supreme Court as a result of the lack of norms as well as the gaps in the Brazilian Legal System. Using deductive method, the historical-comparative method and the bibliographic research technique, the paper deals with equity concepts, the relationship among the LGBTQIAP+ and the society, the sort of gaps which suit the omission of the legislator, the need to affirm the rights of this minority and the achievement of rights in the Superior Courts. The Supreme Court acts on the gaps in the law left by the Legislative power, so that way material equality is guaranteed on the Brazilian Legal System. It was through the Supreme Court's action that the homoaffective union, the criminalization of the LGBTQIAP+phobia, the forename and gender alteration on civil registries of transgender individuals and the end of restrictions of blood donation towards gay men were all permitted. It's considered, therefore that the jurisprudential rote is a viable way of filling the gaps left by the law.

**Keywords:** Minorities Rights. Isonomy. Legal Gap. LGBTQIAP+ Rights.

---

<sup>364</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos e Advogado. Email: grassi.gabrieldg.gabriel9@gmail.com

<sup>365</sup> Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos. Mestre em Ciências Jurídicas e em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba. Bacharel em Direito e em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba. Professora do Centro Universitário de Patos. Email: larissa.gondim@gmail.com

## INTRODUÇÃO

Por definição, grupos minoritários são pessoas que se encontram em situação não justificável de desvantagem, estando, portanto, em gozo de uma esfera de direitos diminuída em relação àquela oferecida aos grupos majoritários. Quando se fala em minoria, é pressuposto da discussão imaginar que os grupos enquadrados como tal têm menos voz na sociedade, não por uma questão quantitativa, mas por uma falha qualitativa de representação política, econômica e social, motivo pelo qual qualquer avanço relativo ao conjunto de seus direitos é tido como resultado de bastante luta.

Os LGBTQIAP+ são um exemplo de grupo minoritário no Brasil. Esses grupos suportam inúmeras injustiças em meio à sociedade e, como a legislação específica que os acoberta de tais situações é insuficiente, o resultado é a exclusão dessas pessoas da sociedade e a relativização de seus direitos.

O Poder Legislativo se omite ao não aprovar leis que combatam, em caráter mais específico, a violência contra os LGBTQIAP+, fazendo com que o preconceito e a discriminação, que são males que estão arraigados na sociedade, mantenham-se. A lei, sendo um forte instrumento transformador do meio social, deveria ser usada como forma de combater a discriminação, e não um espaço vazio daquilo que aparenta ser juridicamente irrelevante.

Mediante o exposto, indaga-se: como sanar a relativização dos direitos dos LGBTQIAP+ decorrente das lacunas normativas?

Utilizando o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica, o presente artigo trata da atuação dos tribunais superiores na observância das garantias fundamentais e individuais, que podem inserir os LGBTQIAP+ no meio social. A partir do conceito de igualdade formal e material, busca-se trabalhar a importância de positivar o direito para os grupos excluídos na busca do autorrespeito. Analisa, também, decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria de direitos dos LGBTQIAP+, averiguando que a jurisprudência se transforma em um instrumento jurídico para reafirmar o caráter comum da diversidade.

## 1 IGUALDADE, MINORIAS E OS LGBTQIAP+

A igualdade é um dos princípios mais importantes da democracia e da garantia de direitos em qualquer sistema jurídico vigente. O Direito brasileiro tem o princípio da igualdade

como um dos seus pilares na garantia da dignidade das pessoas que vivem em diferentes condições no país. Ele é de extrema importância, principalmente para certos grupos da sociedade que necessitam de proteção jurídica específica.

Diversos pensadores contribuíram com ideias a respeito da igualdade. Rousseau (2013), que analisava a importância da igualdade pelos malefícios da desigualdade, dividiu as desigualdades em dois tipos, sendo eles a desigualdade natural ou física e a desigualdade moral ou política:

[...] uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra podemos chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e é estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens. Esta consiste nos diferentes privilégios que alguns usufruem em detrimento dos outros, como o de serem mais ricos, mais honrados, mais poderosos que eles, ou mesmo o de se fazerem obedecer por eles (ROUSSEAU, 2013, p. 43)

Para Rousseau (2013, p. 43), a desigualdade moral ou política necessita de que haja consentimento para que seja estabelecido o privilégio de uns em detrimento de outros, pois não há desigualdade moral na natureza humana: o homem natural foi consumido por suas paixões, fazendo-o se submeter à artificialidade. Dessa maneira, ele encontrou a origem da desigualdade: na propriedade, na acumulação de terras - que levou à submissão aqueles que não as possuísse e na riqueza -, que leva à corrupção ante a moralidade.

Assim, no pensamento de Rousseau, torna-se nítido que um pequeno grupo de pessoas detém maior quantidade de propriedade e, portanto, esse grupo de pessoas está em posição elevada em relação aos que tem pouca, criando, portanto, uma situação de desigualdade, que marca o início da degeneração da natureza humana.

Considerando que direitos também são bens, que formam um patrimônio jurídico, não é difícil imaginar a situação em que direitos também são distribuídos desigualmente. Assim, é preciso esclarecer a relação entre igualdade e desigualdade jurídica. No âmbito jurídico, o conceito de igualdade tem vários sentidos, sendo os mais clássicos: a igualdade formal e a igualdade material.

Entende-se por igualdade formal a igualdade jurídica, a igualdade perante a lei, na qual todos deverão se submeter às leis de igual forma, independente de raça, cor, sexo, credo, etnia, gênero. Essa igualdade está presente no sistema jurídico brasileiro como um dos princípios deste, é a própria Constituição (Brasil, 1988) que traz em seu artigo 5º a garantia de igualdade como direito fundamental, protegido como cláusula pétrea. É, portanto, um dos valores

essenciais para a democracia no Brasil. Enquanto busca para que não haja diferenciação no tratamento de pessoas que se encontram em situação semelhante, a igualdade formal é uma garantia da isonomia legal para os cidadãos.

Por sua vez, a igualdade material é um dos princípios basilares da isonomia entre aqueles que ocupam posições desiguais. Rui Barbosa (1999, p.36) preceituou a respeito da igualdade material:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Em seu discurso “Oração aos Moços”, Rui Barbosa defendeu que ao tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, estar-se-á dando um impulso para desiguais a fim de que estes alcancem aqueles que, por diversas circunstâncias, já partiram de uma posição de vantagem na sociedade. A igualdade material é aquela que iguala de acordo com as diferenças, pois cada grupo tem sua peculiaridade.

Esses grupos de pessoas que se encontram em desvantagem são, no geral, grupos minoritários. Essa desvantagem afeta não só o aspecto econômico e jurídico da vida dessas pessoas, como também a vida pessoal e social.

Entende-se por minoria grupos de pessoas que são discriminados e estigmatizados de uma forma em que os membros desses grupos são marginalizados e desfavorecidos em relação a outros grupos, que são os grupos que fazem parte da maioria. Chaves (1971, p.149) aduz o seguinte sobre o tema:

Na literatura sociológica a palavra minoria tem sido utilizada frequentemente em dois sentidos. Significa primeiro, mais amplamente, um grupo de pessoas que de algum modo e em algum setor das relações sociais se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, "maioritário", ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem quase sempre um tratamento discriminatório por parte da maioria.

Nesse sentido, entende-se que as minorias são grupos que estão em posição valorativa de desvantagem e dependência em relação ao grupo majoritário. O princípio da igualdade, no geral, implica equilibrar essa desigualdade presente na sociedade, oferecendo proteção jurídica

específica aos grupos minoritários, pois é mediante essa segurança normativa que essas minorias conseguem uma expectativa de igualdade.

A população LGBTQIAP+ é um exemplo de minoria que comporta diversos grupos de pessoas, tais como: lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais, etc. Por muito tempo, a homossexualidade foi tratada como uma doença e as pessoas que sentem atração por outras pessoas do mesmo sexo foram tidas como problemáticas e descartáveis. Dias (2011, p.43-44) destaca a necessidade de “despatologizar” a homossexualidade aos olhos da sociedade:

Mais importante é a constatação de que muito mais prejudicial à homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. São indivíduos que experimentam sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. A busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.

A intolerância persegue os LGBTQIAP+ por toda a vida, por meio da agressão física, moral e até psicológica. A homofobia está tão impregnada na sociedade brasileira que até mesmo na linguagem e nas gírias é possível encontrá-la. Absolutamente todas as formas de se referir a um LGBTQIAP+ já foram, e são muitas vezes, utilizadas de forma pejorativa, como ofensas.

A relativização da vida de pessoas LGBTQIAP+ é muito grande no Brasil. É o país que mais mata LGBTQIAP+ no mundo, segundo a pesquisa do Grupo Gay da Bahia (2021, p.2-3), que é referência e publica anualmente o relatório de mortes violentas de LGBTQIAP+ no Brasil:

300 LGBT+ sofreram morte violenta no Brasil em 2021, 8% a mais do que no ano anterior: 276 homicídios (92%) e 24 suicídios (8%). O Brasil continua sendo o país do mundo onde mais LGBT são assassinados: uma morte a cada 29 horas [...] Panorama Nacional: O Nordeste foi a região onde mais LGBT tiveram morte violenta, 35% dos casos, seguida do Sudeste (33%). É a primeira vez que o Sudeste concentra tantos óbitos: mais do que a soma total das demais regiões, Sul, Norte e Centro-Oeste. Não há regularidade sociológica que explique essa e muitas das ocorrências, como também, por exemplo, a redução das mortes nos meses de primavera. São Paulo é o estado onde ocorreu o maior número de mortes, 42 (14%), seguido da Bahia com 32, Minas Gerais com 27 e Rio de Janeiro, 26. Acre e Tocantins notificaram apenas um assassinato e Roraima foi o único estado sem registro. A capital mais perigosa para o segmento LGBTI+ em 2021 foi Salvador (12 mortes), seguido de São Paulo, com 10 ocorrências. Salvador, com aproximadamente 3 milhões de habitantes, registrou duas mortes a mais que São Paulo, 12

milhões, risco portanto de um LGBT baiano ser vítima de morte violenta é 3\4 superior ao de um paulistano.

Nota-se que houve uma crescente nas mortes violentas de LGBTQIAP+ entre o ano de 2020 e o ano de 2021 no Brasil. O aumento foi de 8% em relação ao ano anterior. É perigoso ser LGBTQIAP+ no Brasil: aqui é o país em que mais se mata LGBTQIAP+ no mundo inteiro, apesar de não ser um dos países com legislação que proíba e puna LGBTQIAP+ por conta de sua natureza. O Brasil, ainda assim, mata mais do que esses países.

Por esse motivo, a população LGBTQIAP+ necessita que haja maior proteção para que possam viver de maneira mais harmoniosa em sociedade. É preciso um esforço conjunto por parte das autoridades legislativas e jurídicas para que se busque, mediante a igualdade material, melhores condições de vida.

Esse esforço se faz por meio de políticas públicas igualitárias que reforcem tais grupos como sendo parte da sociedade, não devendo, assim, promover a exclusão ou discriminação. Boa parte das conquistas em direitos para os LGBTQIAP+ se deu mediante decisões jurisprudenciais das cortes superiores do país. É necessário que tais proteções isonômicas abranjam cada vez mais essas minorias, e que tais medidas possam sanar a demanda de resguardo desses grupos.

## **2 A NECESSIDADE DA POSITIVAÇÃO DE DIREITOS LGBTQIAP+ EM FACE DAS LACUNAS LEGAIS E DO ESCASSO CONTEÚDO NORMATIVO**

Os LGBTQIAP+ são um grupo minoritário que tem tido seus direitos negados e não garantidos por muito tempo, tal situação decorre também da ausência de legislação positivada que possa dar maior segurança aos membros do grupo na sociedade. São escassas e insuficientes as normas que tratam da pauta. O Poder Legislativo age com omissão na não edição de normas que possam sanar essa ausência normativa que evidencia as lacunas legais.

A garantia de direitos positivos que tutelem a população LGBTQIAP+ é um passo importante em ordenamentos jurídicos cuja base normativa advém do sistema Civil *Law*. Para o positivismo jurídico, a principal fonte do Direito é a lei. Para Bobbio (1995, p.120), direitos positivados são mais seguros, pois partem do Estado, que é detentor do poder soberano:

como o homem pode controlar a natureza através do propósito de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a

regem; mas para que isso seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, que seja posto através da lei.

Bobbio acredita no caráter transformador da lei, mas essa transformação deve ter uma base racional, deve ser consciente. A positivação de direitos e garantias traz maior segurança às pessoas pertencentes à sociedade, principalmente grupos minoritários que estão desprotegidos, como os LGBTQIAP+. Trata-se de buscar uma justiça mais racional e menos passional e costumeira.

A positivação de direitos também se justifica pela ideia de reconhecimento jurídico. O indivíduo só se vê como sujeito pertencente à sociedade quando ele é reconhecido pelos demais, e esse reconhecimento se dá com a obtenção de direitos. Feinberg (1980, p.151, apud Honneth, 2009, p.196) fala o seguinte sobre o assunto:

Ter direitos nos capacita a ‘manter-nos como homens’, a olhar os outros nos olhos e nos sentir, de uma maneira fundamental, iguais a qualquer um. Considerar-se portador de direitos não é ter orgulho indevido, mas justificado, é ter aquele autorrespeito mínimo, necessário para ser digno do amor e da estima dos outros. De fato, o respeito por pessoas [...] pode ser simplesmente o respeito por seus direitos, de modo que não pode haver um sem o outro; e o que se chama ‘dignidade humana’ pode ser simplesmente a capacidade reconhecível de afirmar pretensões.

Feinberg (1980, p.151, apud Honneth, 2009, p.196) vê o ‘ter direitos’ como parte da condição humana, o autor é citado por Honneth (2009, p.196) na obra “Luta Por Reconhecimento”, que se aprofunda no reconhecimento das pessoas na sociedade. Esse reconhecimento se dá de três formas: o reconhecimento por meio do amor, que leva à autoconfiança; reconhecimento jurídico (do direito), que leva ao autorrespeito; e o reconhecimento mediante a solidariedade, que leva à autoestima.

O sujeito, ao portar seus direitos, carrega consigo o autorrespeito, um sentimento existente nas pessoas que fazem parte da sociedade. Nas palavras de Honneth (2009, p.196): “viver sem direitos individuais significa para o membro individual da sociedade não possuir chance alguma de construir um autorrespeito”. Portanto é indispensável para o indivíduo constituir o autorrespeito, e para isso, é também indispensável a garantia de seus direitos individuais. Aqueles que não detêm direitos, seja pela privação destes ou pela exclusão do meio social, não se sentem presentes na sociedade.

Entretanto percebe-se que existe uma carência normativa em relação a direitos positivos específicos que atendam à proteção das pessoas LGBTQIAP+. O ordenamento jurídico aponta para a incompletude. Diniz (2002, p.70) conceitua lacuna como sendo: “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”.

A lacuna é a ausência de lei reguladora sobre certo fato, pode-se dizer que é uma falha no ordenamento, portanto ao identificar que existem falhas no ordenamento, é possível dizer que ele não é completo, mas, sim, completável.

No caso do LGBTQIAP+ o silêncio normativo muitas vezes não mostra a ausência de solução para o problema, mas sim a ausência de vontade para que ele seja resolvido. Trata-se, portanto, de uma lacuna imprópria

Como sendo um dos grandes doutrinadores a respeito do tema, Bobbio (1995, p.143) traz o conceito de lacuna subjetiva que faz jus ao caso:

As subjetivas[lacunas], por sua vez, podem dividir-se em *voluntárias* e *involuntárias*. Involuntárias são aquelas que dependem de um descuido do legislador, que faz deixar de lado um caso que talvez se considere pouco frequente, etc. Voluntárias são aquelas que o próprio legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras muito miúdas, e é melhor confiá-la, caso por caso, à interpretação do juiz

As lacunas subjetivas existem propositalmente, pois o legislador escolhe não editar a norma necessária e elas existem em razão de algum motivo atribuível a ele. A abstenção do legislador nesses casos faz com que os fatos não tipificados tenham que passar por julgamento com base na analogia, costumes e princípios do Direito. Porém essa omissão intencional fere a estabilidade jurídica com decisões não uniformizadas e de direito incerto.

Essas lacunas são fruto de questões pessoais que dizem respeito ao sujeito criador e editor das normas, que é o legislador, por vezes justificada pela complexidade do assunto, mas agir com tal omissão por parte do legislador descarta a tentativa de certos grupos de serem reconhecidos em sociedade. A omissão legislativa para com os LGBTQIAP+ já foi, inclusive, declarada pela ADO nº 26 (Supremo Tribunal Federal, 2020), que trata da criminalização da homofobia, sendo uma omissão inconstitucional.

Essas lacunas ferem a sociedade no todo, pois a ausência de legislação vulnerabiliza a vida das pessoas do grupo no meio social. Com a ADO nº26 (Supremo Tribunal Federal, 2020),buscou-se notificar o poder legislativo do estado de mora na edição e aprovação de norma

satisfatória sobre o tema, e essa mora não deveria estar ocorrendo, pois é um desrespeito tanto com a Constituição (Brasil, 1988), em seu art.5º, XLI e XLII, que são dispositivos antidiscriminatórios, quanto com a vida das pessoas pertencentes ao grupo.

### 3 MARCOS JURISPRUDENCIAIS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA NA CONQUISTA DE DIREITOS PELOS LGBTQIAP+

Em face da voluntariosa inatividade do Poder Legislativo, o espaço jurídico conquistado pelos LGBTQIAP+ se deu mediante decisões dos tribunais superiores que agem na observância de manter uma sociedade mais harmoniosa e igualitária para todos os cidadãos. Um dos grandes marcos na história da luta por direitos da comunidade LGBTQIAP+ foi a possibilidade da constituição de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, um tabu que estava arraigado na sociedade brasileira e foi quebrado. A decisão partiu do STF no julgamento da ADPF nº132/RJ e da ADI nº4277/DF (STF, 2011).

O julgamento conjunto parte do preceito de que o art.1.723 do Código Civil (Brasil, 2002) necessitava de nova interpretação que melhor pudesse se adequar aos preceitos fundamentais presentes na Constituição (Brasil, 1988). Fez-se necessário que a união entre duas pessoas do mesmo sexo passasse a fazer parte da entidade familiar.

O texto é de extrema importância, traz proibições nítidas à discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero e do preconceito como parte da Constituição (Brasil, 1988). Juntou-se o interesse das duas ações para sanar a necessidade de se estabelecer a união entre duas pessoas do mesmo sexo como algo possível dentro do direito brasileiro. Mas não só isso, a decisão por completo trouxe maior igualdade para a comunidade. Consta na ementa da decisão:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011)

O referido artigo do Código Civil (Brasil, 2002) na ADPF nº132/RJ e ADI nº4277/DF (STF, 2011) tratava como entidade familiar estritamente a união entre homem e mulher, situação essa que foi alterada após a decisão do STF. A entidade familiar sendo tratada como exclusividade da união de homem e mulher fere princípios constitucionais que garantem igualdade entre todos os cidadãos, vai de encontro a artigos como os 1º, 4º e 5º da Constituição (Brasil, 1988), que trazem preceitos de igualdade, isonomia e liberdade.

O princípio da igualdade garante que todas as pessoas tenham igual respeito, toda pessoa tenha igual consideração, e que tenham suas identidades devidamente reconhecidas por quem são de fato. A decisão colocou o afeto como sendo um valor jurídico constitucional.

A família é base da sociedade, sendo assim, há especial proteção do Estado, pois a família é parte fundamental da estrutura social. A união estável está disposta nos artigos 226 da Constituição (Brasil, 1988) e 1.723 do Código Civil (Brasil, 2002), em ambos os dispositivos está expresso que a união estável se dá entre homem e mulher, porém, tal disposição, deixa subentendido que a união estável seria estritamente entre homem e mulher, trata o quarto ponto:

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011)

Tal norma tem em sua gênese o interesse de assegurar a proteção da mulher, esse dispositivo foi importantíssimo na emancipação da mulher por intermédio da Constituição (Brasil, 1988), usar tal dispositivo como forma de discriminação vai de encontro aos princípios de sua própria criação, que foi uma forma de assegurar a igualdade de direitos entre homem e mulher, ou seja, a não discriminação.

A entidade familiar sofreu mutação, tornou-se mais adequada à sociedade, evoluiu junto com o direito brasileiro. E teve como base para tal mutação princípios da própria Constituição.

Outro caso relevante é o da ADI nº4275/DF (Superior Tribunal Federal, 2019), que regulou a possibilidade de alteração do nome social e do sexo no registro civil, possibilitando uma maior inserção dessa minoria na sociedade e preservando a integridade e dignidade das pessoas da comunidade. Diz a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. (STF - ADI: 4275 DF - DISTRITO FEDERAL 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 07-03-2019)

Com a ADI nº4275/DF (STF, 2019) transexuais passaram a poder alterar o prenome e o sexo no registro civil sem a necessidade de cirurgia, garantindo que tenham sua identidade e privacidade preservadas, sem que seja preciso passarem pela situação vexatória de serem associadas a uma imagem a qual elas não se identificam.

Um dos pontos mais importantes da discussão foi a não necessidade de autorização judicial para efetuar as alterações de nome e sexo no registro civil. Foi questão de divergência entre os ministros, mas prevaleceu a não necessidade de judicialização, para que não haja dificuldade para os transexuais e possam, assim, se apresentar à sociedade como querem ser vistos.

Outro caso relevante foi o da ADO nº26/DF (STF, 2020). O tema em debate foi a criminalização da LGBTQIAP+Fobia, por meio do seu enquadramento na Lei nº 7.716/89, a Lei do Racismo. A ação tem como objeto a omissão inconstitucional. Consta na ementa da ADO nº26/DF (STF, 2020):

A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERAÇÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

A mora do Estado expõe omissão parcial institucional para tratar a matéria, e essa omissão demonstra a desvalorização da vida das pessoas pertencentes à comunidade

LGBTQIAP+ na sociedade brasileira. A ADO nº26 (STF, 2020) trouxe maior segurança para a comunidade por meio tanto da adequação de discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero a um tipo penal preexistente, quanto para expor o estado de inércia das instituições em se tratando do tema, o que demonstra o desinteresse político de aplicar relevantes matérias constitucionais em sua integridade. Tal desinteresse faz com que certas normas constitucionais tenham sua eficácia comprometida.

O julgamento possibilitou a criminalização da LGBTQIAP+Fobia, porém não houve a criação de um novo tipo penal mediante esse julgamento. As condutas que são consideradas discriminatórias em razão da orientação sexual ou identidade de gênero passaram a fazer parte de tipos penais já existentes previamente. É interessante dar atenção a esse fato, pois o STF não pode criar tipos penais, como consta na própria ementa do julgamento:

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX)  
(STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

Não houve criação de um novo tipo penal, mas sim uma nova interpretação do conceito de racismo, assim como no caso Ellwanger no julgamento do HC 82.424 (STF, 2003). Houve, assim, uma mutação interpretativa da Constituição, para modificar o sentido e o alcance da norma sem a necessidade de alteração textual. Quando se trata de racismo, um grupo tem seu valor atacado por outro grupo, que o inferioriza, assim como acontece com os LGBTQIAP+. Parte da discussão foi sobre o conceito de racismo e sua nova interpretação. Consta na ementa:

AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE ORDEM POLÍTICA E DE NATUREZA JURÍDICO-SOCIAL. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000,

Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

O comportamento que configura o racismo está na ideia de que existe uma hierarquia de grupos, para o racista ele está em uma posição de superioridade em relação à pessoa do outro grupo, e ele utiliza esse preceito para discriminar, violentar e até eliminar. Os pressupostos desse tipo de pensamento são aplicados também à homofobia e práticas de seu cunho. Parte da discussão no julgamento girou em torno do correto enquadramento na de Lei de Racismo, é uma forma de não dar valor diferente a cada tipo de opressão.

Uma das partes mais polêmicas do julgamento da ADO nº26 (STF, 2020) foi a questão da liberdade religiosa, que é um dos preceitos constitucionais mais importantes e de extrema relevância discursiva. O Supremo assegurou que há total compatibilidade entre a liberdade religiosa e a criminalização da homofobia e transfobia:

[...]é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

Não houve por meio desse julgamento a mitigação ao pleno direito de professar qualquer fé religiosa, ou credo e suas práticas concernentes, muito menos à liberdade religiosa, que é uma garantia constitucional. A compatibilidade dos dois se dá pelo fato de que somente se configurará o ato criminoso em caso de discurso de ódio, ou qualquer ato ou fala que incite violência e discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero.

As crenças e cultos que não se alinham com a prática homoafetiva, ou transexual, ou qualquer que seja a orientação sexual e identidade de gênero de um indivíduo, continuarão seguindo suas escrituras. Porém não será possível a ilimitada liberdade de um em detrimento do outro.

Por fim, relata-se também o caso da ADI nº5543/DF (STF, 2020). O propósito dessa ADI era derrubar a Portaria nº158/16 do Ministério da Saúde e a Resolução RDC nº34/14 da

Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que restringia a doação de sangue por homens que se relacionam com outros homens:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, “D”, DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. ACÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. (STF - ADI: 5543 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/08/2020)

A restrição de homossexuais e bissexuais à doação de sangue externa que certas instituições ainda não se compromissaram com a busca da igualdade de tratamento e dignidade dessas pessoas que buscavam praticar o nobre ato de doar sangue. Tornar a doação de sangue mais uma forma de discriminar pessoas em sociedade é um abuso das normas constitucionais. Não respeita o grupo de pessoas que é afetado por tal preconceito e se distancia da busca de uma sociedade justa e harmoniosa:

2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. (STF - ADI: 5543 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/08/2020)

O fator preponderante são os atos/condutas da pessoa, esses atos indicam se a pessoa tem maior ou menor possibilidade de enfermidade. A indicação de homossexuais e bissexuais como vetor de doenças a partir de suas orientações sexuais é absolutamente preconceituosa e discriminatória. Fere a dignidade dessas pessoas, dignidade essa que faz parte da boa vivência dos LGBTQIAP+. A restrição impedia as pessoas de em suas próprias vidas privadas não poderem gozar de suas escolhas, como a orientação sexual. Uma questão tão nobre como a doação de sangue jamais deveria ser palco para o preconceito e discriminação:

3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue. (STF - ADI: 5543 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 11/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 26/08/2020)

Foram reforçados antigos preconceitos mediante a Portaria nº158/16 do Ministério da Saúde e a Resolução RDC nº34/14 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Preconceitos de quando a AIDS começou no Brasil e era tida como doença de homossexuais. Os homossexuais e bissexuais estavam expostos a situações vexatórias e constrangedoras.

A busca por mais conquistas LGBTQIAP+ continua. A maioria gritante dessas conquistas se dá por meio da atividade do Poder Judiciário, enquanto o Poder Legislativo tem negligenciado sistematicamente as necessidades dessa minoria. O silêncio soa como não.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face das injustiças sociais sofridas pelos LGBTQIAP+ e da ausência de legislação protetiva para o grupo, foi desenvolvido este artigo, buscando analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na busca por equidade para os LGTBQIAP+, em face das lacunas normativas e ausência de leis que tratem do tema.

Foi demonstrada a eficácia da atuação do Supremo Tribunal Federal na observância dos princípios fundamentais e individuais, suprimindo as lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que possui material legal insuficiente para garantir os direitos e proteger a população LGBTQIAP+.

Com a atuação do STF na observância das garantias fundamentais e individuais dos LGBTQIAP+, há maior inserção de tal grupo no meio social e, conseqüentemente, maior reafirmação de sua diversidade. A relativização dos direitos positivos, por omissão do legislador, tem sido sanada com a atuação da Suprema Corte.

Todavia não se deve esquecer o caráter transformador da positivação de normas em relação ao meio social e da extrema importância que as leis têm na jornada do indivíduo pela

busca do autorrespeito, adquirido quando o sujeito possui direitos e deveres. Buscar esses direitos ainda é essencial, considerando que a igualdade é o caminho da Justiça, e a Justiça é a finalidade do Direito.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p.36.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 119-120.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Distrito Federal: Senado Federal: Centro Gráfico. 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4275/DF**. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Julgado em 01 mar. 2018. Publicado no DJ em 26 ago. 2020. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277/DF**. Relator: Ministro AYRES BRITTO. Julgado em 05 maio. 2011. Publicado no DJ em 14 out. 2011. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5543/DF**. Relator: Ministro EDSON FACHIN. Julgado em 11 maio. 2020. Publicado no DJ em 26 ago. 2020. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26/DF**. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Julgado em 13 jun. 2019. Publicado no DJ em 06 out. 2020. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 06 set. 2022.

CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. 2011. p. 43-44.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento** - a gramática moral dos conflitos sociais. 2º. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

DOMINGOS, José Marcelo de Oliveira; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBTQ+ no Brasil**: relatório 2021. 1 ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2022/03/mortes-violentas-de-lgbt-2021-versao-final.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2013.

**EM BUSCA DA COMPREENSÃO DO MUNDO DO TRABALHO DOMÉSTICO A  
PARTIR DOS DEBATES PÚBLICOS SOBRE SUA REGULAMENTAÇÃO NOS  
ANOS FINAIS DO IMPÉRIO (1870-1910)**

IN SEARCH OF AN UNDERSTANDING OF THE WORLD OF DOMESTIC WORK  
BASED ON PUBLIC DEBATES ABOUT ITS REGULATION IN THE FINAL YEARS OF  
THE EMPIRE (1870-1910)

**Ênio José da Costa Brito<sup>366</sup>**

**Resumo**

Silva, Maciel Henrique. *Nem mãe preta, nem negra fulô. Histórias de trabalhadoras domésticas em Recife e Salvador (1870-1910)*. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. ISBN :978-85-462-0158-7. 416 p.

“Nem mãe preta, nem negra fulô. Histórias de trabalhadoras domésticas em Recife e Salvador” (1870-1910), de Maciel Henrique Silva elege como tema “a reconstituição de experiências sociais das domésticas nos anos finais do século XIX e início do XX, no sentido de abrir brecha para o que pode vir a ser o início de um longo e inacabado processo histórico de formação de uma classe” (Silva, 2016, p.17).<sup>367</sup> Organizado em duas partes, Espaços “de trabalho, caminhos de ficção e Experiências de ser criada”, cada uma delas com três capítulos.

Para analisar o processo inicial de formação de uma classe nos anos finais da escravidão, o autor escolhe como *locus* das análises as cidades de Recife e Salvador. Para Silva, “mulheres livres pobres, libertas, muitas delas negras e pardas, nos anos finais da escravidão e no pós-emancipação partilharam experiências fundamentais à sua formação de classe cuja identidade era, de modo ambíguo, ao mesmo tempo próxima e desloca do *ethos* escravista e patriarcal” (Silva, 2016, p. 28). Recorre ao conceito de classe, sem negligenciar o gênero e a raça, classe entendida com uma categoria histórica.

Nosso propósito nesse *Essay Review* é de apontar as ideias marcantes do texto, mantendo sua dinâmica interna e finalizar tecendo breves observações. Nossa intencionalidade é dar a conhecer um pouco a riqueza de dados e informações apresentados pelo autor sobre a história social das trabalhadoras domésticas.

**O MERCADO DE SERVIÇOS PESSOAIS: AS DOMÉSTICAS INSUBMISSAS**

Com a abertura dos Portos, em 1808, cidades como Salvador e Recife se beneficiaram e mesmo com problemas atraíam gente em busca de melhores condições de vida, especialmente a partir de 1850. Abrigavam em suas complexas estruturas sociais uma ampla população negra e uma vasta gama de categorias sociais intermediárias.

---

<sup>366</sup> Professor Titular do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciência da Religião da PUC-SP, Coordenador do Grupo de Pesquisa “Imaginário Religioso Brasileiro (Veredas)” e Vice Coordenador do Centro de Estudos Culturais Africanos e da Diáspora (CECAFRO-PUC). Editor responsável de revista Último Andar. <https://orcid.org/0000-0002-7730-0760>; [brbrito@uol.com.br](mailto:brbrito@uol.com.br)

<sup>367</sup> Originalmente apresentado como tese de doutorado em História Social na Universidade Federal da Bahia (UFBA),

Nas duas províncias, o serviço doméstico era realizado por trabalhadoras de condição livre, vindas das suas zonas de influência. O censo de 1872 apontou também para a presença de estrangeiras entre as domésticas. Num primeiro momento, o trabalho doméstico – uma questão privada assentada nos costumes –, foi realizado por escravizadas. Mais tarde, no último quartel do século XIX, a migração interna ocasionada pela fome e seca, pelo declínio dos engenhos próximos, pelos fluxos interprovinciais e internacionais mudou o perfil das domésticas de Recife e Salvador: poucas africanas, muitas mulheres nacionais de diversas procedências e cores constituíam o mercado de serviços pessoais, juntamente, com as trabalhadoras autóctones.

Em Salvador e Recife, as condições de trabalho da criadagem doméstica, as relações hierárquicas, os padrões de tratamento, os significados da escravidão doméstica se assemelhavam. Valores culturais estavam na base das práticas adotadas por patrões e patroas, já as criadas, buscavam formas para sobreviver.

Famílias pobres entregavam suas filhas para servir “portas adentro”, em Salvador, elas eram chamadas de Catarinas. Meninas, também, eram socializadas por instituições, como a Roda dos Enjeitados, em Recife e a Santa Casa da Misericórdia, em Salvador.

Para ser doméstica, na Bahia ou em Pernambuco no século XIX e início do XX, era preciso bem mais do que saber o ofício específico, era preciso força física para suportar a jornada de trabalho; e ainda saber negociar as relações. Algumas sabiam e estavam apenas iniciando um longo e penoso aprendizado em sua identidade enquanto classe (Silva, 2016, p. 77).

Para o autor, “o longo processo [de] formação da classe das trabalhadoras domésticas, se não permaneceu absolutamente impermeável ao ideário de trabalho livre e assalariado, ocorreu sem produzir uma cópia da ideologia de mercado livre” (Silva, 2016, p. 79). De 1850 a 1860, inúmeras foram as formas de contratar as domésticas livres e libertas, que se distanciavam das fórmulas contratuais propostas pelos economistas clássicos.

A leitura dos contratos – de perfil religioso, pedagógico, revela que a Santa Casa preparava domésticas a baixo custo, ordeiras para servir as famílias baianas. No entanto transformar uma menina órfã em doméstica não era tão simples, gerava traumas, tensões tanto na instituição quanto nas domésticas. Na verdade, as domésticas não eram uma massa inerte, tinham seus anseios de liberdade e de “viver por si”. Em Salvador, o Asilo dos Expostos abrigava mais meninas do que meninos e a Casa Pia Colégio dos Órfãos de São Joaquim, só meninos, que começavam a trabalhar entre 11 e 15 anos. O destino dos meninos do Asilo dos Expostos era o serviço doméstico, que acabava promovendo a circulação de crianças, “que

consiste na contínua transferência de responsabilidade sobre a criança de um adulto a outro adulto, de lar em lar, de instituição para outra, e também crianças em situação de rua” (Silva, 2016, p. 116).

O recrutamento de criados e criadas não obedecia a critérios raciais, mas era influenciado por eles. No final do século XIX, estava em curso no país um “projeto social excludente” (Wlamyra Albuquerque), demarcando lugares sociorraciais tanto no Império como na República.

“Dentro de lares baianos, a regra era mesmo contratar empregadas de cor preta ou mestiça” (Silva, 2016, p. 121). A Santa Casa da Misericórdia na contramão oferecia mulheres e meninas de cor parda.

A pedagogia cristã da obediência, o sentido de positividade construído sobre o trabalho no contexto mais burguês do da segunda metade do século XIX, a filantropia da Misericórdia, não parecem ter sido uma liga tão poderosa para formar uma classe de domésticas mais submissas em Salvador” (Silva, 2016, p. 129).

## A PRESENÇA DAS DOMÉSTICAS NOS DISCURSOS LITERÁRIOS

No final do século XIX, Joaquim Nabuco, idealizando as relações escravistas, afirmava ter saudade da escravidão. “No ostracismo político que a República lhe votou, restou a Nabuco estabelecer um nexó passional com o passado” (Silva, 2016, p.138)<sup>368</sup>. O memorialista Júlio Celso de Albuquerque Bello, em 1835, publica “Memórias de um Senhor de Engenho”. “A palavra que melhor define as *Memórias* do proprietário do engenho de Queimadas é ‘saudade’” (Silva, 2016, p. 143). Os textos de Anna Bittencourt – o romance “Letícia”, os contos “Dulce e Aline” e “Violeta & Angélica” e o livro de memórias “Longos Serões do Campo” –, permitem desvelar “as relações domésticas do período da escravidão e sobre a Abolição e suas repercussões na região, através da voz de uma mulher branca, apegada a valores tradicionais e religiosos do meio rural” (Silva, 2016, p. 145).

Diante dos problemas ocasionados pela Abolição, Anna Bittencourt, “só via como solução para as pessoas de sua classe a paciência cristã, a perseverança resignada no ensino e no exemplo para com os criados e criadas livres” (Silva, 2016, p. 153).

<sup>368</sup> Para uma visão geral sobre a vida e a obra de Joaquim Nabuco, ver NOGUEIRA, Marco Aurélio. *O encontro de Joaquim Nabuco com a política. As desventuras do liberalismo*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. MARTINS, Andrei Venturin. *Joaquim Nabuco: Um abolicionista liberal do Brasil*. São Paulo: É Realizações, 2021.

No livro “As voltas da estrada”, Xavier Marques “constrói uma interpretação política das relações sociais no âmbito dos Estados monárquico e republicano, um escravista, e outro com trabalho livre” (Silva, 2016, p. 157). Marques quer alijar o passado, não tem saudade dele. Mário Sette tem “em comum com a baiana Anna Bittencourt, não obstante as diferenças de origem social, a arraigada fé católica, o gosto pelas reminiscências íntimas, pelos aspectos mais singelos da vida doméstica” (Silva, 2016, p. 162). Em 1938, publicou o romance “Os Azevedo do Poço”, nele “ameniza a condição de escravidão pelo reforço de laços familiares” (Silva, 2016, p. 163).

O ativista Manuel Querino nos seus escritos “buscava inserir africanos e mestiços na história nacional, mostrar suas contribuições à civilização brasileira, em uma ação política bem mais evidente do que Mário Sette pode encetar” (Silva, 2016, p. 165). Ao registrar suas memórias distancia-se tanto de Anna Bittencourt quanto de Joaquim Nabuco, como de Mário Sette e do antigo senhor do Engenho Júlio Bello. Ele não se preocupa com as domésticas, nem tem saudades da escravidão.

Em seguida, Silva busca na análise de um conjunto de obras de autores já mencionados acima e outros, “compreender a construção de representações relativas à escravidão doméstica e ao trabalho livre, as relações de gênero, classe e raça, e perceber no âmbito destas relações, algumas resistências e negociações possíveis entre os subordinados” (SILVA, 2016, p. 173).

Carneiro Vilela (1846-1913), Theotônio Freire (1863-1917), Mário Sette (1886-1950), “todos esses escritores são herdeiros do XIX, e este século continuará a persegui-los em sua produção” (Silva, 2016, p. 174).

Mário Sette, no romance “Seu Candinho da Farmácia”, “foge a todo tipo de conflito social e racial, não obstante seu texto traga situações em que a cor e a classe dos personagens sugerem relações de poder e conflitos” (Silva, 2016, p. 175), como no romance “Os Azevedo do Poço”. Nos seus “Romances Rurais” como “Senhora do Engenho” e “Águas Claras”, romantiza a vida rural.

Para registrar o declínio do patriarcado, Carneiro Vilela em “A Emparedada da Rua Nova” elege a honra, o crime e os dramas domésticos. As criadas “são elas que testemunham a desonra de seus amos, os acessos de cólera, os encontros furtivos ...” (Silva, 2016, p. 179). O abolicionista Theotônio Freire foi original em “Passionário” (1897), texto profundamente religioso e espiritual, nele constrói uma das raras representações de uma mulata casta, a costureira Lúcia (Silva, 2016, p. 180). No entanto “Theotônio não está infenso de racismo, ainda que não de modo tão agressivo quanto Vilela” (Silva, 2016, p. 182). Em Vilela, os traços

de caráter, os determinismos raciais, de gênero e de classe revelam a construção racializante de seus personagens, particularmente de mulheres negras e mulatas.

Silva finaliza a análise dos romances debruçando sobre os romances do chamado Ciclo-da-Cana-de-Açúcar, nos quais, José Lins do Rego dá “voz às negras da casa grande e às criadas do Recife do período do pós-abolição” (Silva, 2016, p. 114).

Nas suas obras, a estética afro-brasileira como símbolo da identidade nacional se faz presente, suas formulações sobre classe, raça e gênero são bem definidas. “Suas obras construíram a imagem das domésticas negras/mulatas que ficou sedimentado no imaginário brasileiro até hoje” (Silva, 2016, p. 194-195). Até o terceiro romance da série, “Banguê”, o mundo construído por Rego é estático, nele tudo é naturalizado. As criadas são como “animais domésticos” sem história, confundidas com os demais elementos da natureza. A venda do engenho e a chegada da usina significou para as velhas escravas a “perda da proteção que não foi substituída por relações de trabalho, com pagamento em dinheiro” (Silva, 2016, p. 203).

### **CONFLITOS, EXPERIÊNCIAS COMPARTILHADAS E CONTROLE**

O capítulo intitulado “Conflitos pela honra: as domésticas, patrões e cultura popular” tem uma intencionalidade definida: “discutir menos conflitos de domésticas com patrões e patroas, e mais conflitos amplos que, não obstante, também auxiliam à formação da consciência de classe das domésticas” (Silva, 2016, p. 218).

Para os pobres, libertos, em especial as mulheres, o conflito maior está ligado à honra e à sexualidade. Qual o limite da honra para mulheres “livres” pobres de cor, num contexto de práticas sociais patriarcalmente estruturadas? Na verdade, “sob experiências comuns, domésticas tuteladas e escravas protagonizavam complexas táticas de resistência que ora se confundem ora se afastam” (Silva, 2016, p. 240).

Não se pode esquecer que “os grupos populares conviviam, desde cedo, com conflitos ligados à honra de seus membros mais frágeis, especialmente as domésticas mães de crianças e adolescentes” (Silva, 2016, p. 271). Na busca de indícios, Silva resgata a história das menores Donata, Theodora, Maria Galdina, Anna Francisca e Annizia, que após sofrerem violência sexual tiveram alguma proteção da mãe, das fofocas e dos vizinhos.

As muitas órfãs de Canudos e mulheres não tiveram a mesma sorte. O Comitê Patriótico da Bahia, em 1897, deixou inúmeros registros dramáticos de crianças e mulheres tratadas como troféus de guerra. Passaram a viver uma “nova escravidão”.

Para Silva, “as experiências narradas neste capítulo mostram injunções e coesões na vida de domésticas e de suas filhas, cuja luta pela honra e pela sobrevivência ocorriam a cada dia desde a infância até a fase adulta” (Silva, 2016, p. 271).

As empregadas domésticas, no Recife e na Salvador da segunda metade do século XIX não agiam com consciência de classe, mas graças as semelhanças de vida, experiências comuns eram partilhadas. “Tal atitude exercida no meio urbano, aos poucos modelou identidades sociais mais ou menos marcadas pela classe, pelo sexo/gênero, pela raça/etnia, bem como pela idade/geração” (Silva, 2016, p. 274).

É possível constatar no pós-abolição uma certa continuidade entre escravidão e trabalho das domésticas, continuidade rompida apenas, na década de 1960, quando surgem as primeiras associações de classe das domésticas.

O autor, para pensar o tortuoso processo de formação de uma classe das domésticas, analisa algumas experiências específicas das mulheres, que serviam como domésticas nas cidades de Recife e Salvador. A análise do cotidiano dos conflitos, que mobilizam solidariedade de gênero, classe e de raça revelam escolhas das domésticas, seu protagonismo e insubmissão.

Os conflitos entre domésticas e patrões apontam para a compreensão delas de seus direitos e deveres. “De todo o jeito, as formas de resistência dos subordinados, ensina James Scott, quase nunca eram assim tão abertas, face a face com seus oponentes” (Silva, 2016, p. 323). Na literatura ficcional, “a fofoca surge como arma mais insidiosa e contínua do que a busca por direitos no meio policial e judicial monárquico e republicano” (Silva, 2016, p. 328).

O comportamento das domésticas, mesmo não constituindo – ainda – uma classe, inspirava receio e temor, ao revelar suas teias de relações e a necessidade por parte das elites de estabelecer um controle sobre elas.

No pós-Ventre Livre e depois na República, o Império, gradualmente, tomou para si o controle do trabalho livre, intervindo na regulamentação das relações entre patrões e patroas e seus criados. Em certo sentido, começa a conferir um sentido de classe, de grupo de trabalhadoras peculiares. A partir da década de 1870, o estado Monárquico interfere na vida doméstica na tentativa de regular as relações entre patrões/patroas e seus criados.

Na década de 1880, as propostas de regulamentação e controle das contratadas surgiram um pouco por toda a parte, Rio de Janeiro, em 1881; Desterro, em 1883; Recife e Salvador, em 1886. “Os soteropolitanos foram mais rigorosos no admitir e controlar o criado por mecanismos policiais, por outro lado, os legisladores recifenses se preocuparam mais com a submissão à autoridade privada” (Silva, 2016, p. 347).

Os anseios reguladores do Estado Imperial e Republicano foram bloqueados pelo serviço doméstico. A lei não teve efeito concreto e duradouro. O “desaparecimento dos contratos de trabalho pode indicar que os libertos estavam se afastando de contratos aprisionados, com cláusulas nem sempre tão favoráveis à sua liberdade de movimentos” (Silva, 2016, p. 365).

A mentalidade paternalista no âmbito das relações de trabalho permanece, apesar da tentativa do Império e da República de maior controle. Para os senhores, “era hora de preservar aquela margem de autonomia ainda restante, contratar domésticas livres e libertas sob critério pessoal/tradicional e expulsá-las de casa tão logo se julgasse que esta estavam se comportando como ‘ingratas’ diante da ‘proteção ‘recebida’” (Silva, 2016, p. 370).

## **PONTUAÇÕES FINAIS**

No Brasil, pensar no trabalho doméstico é pensar numa história de longuíssima duração, que tem como protagonista, em geral, mulheres negras. A ampla e minuciosa pesquisa realizada por Maciel Silva, debruçando-se sobre o cotidiano dessas trabalhadoras, quer colocá-las no lugar que merecem no âmbito da pesquisa histórica. Pois, diz Silva, “a história social do trabalho, no Brasil, contudo, em suas circunvoluções não deu a devida ênfase ao lugar da casa, do lar, das relações entre criados e criadas livres e seus patrões como mais um elo no intrincado jogo da abolição/emancipação” (2016, p. 332).

A reconstituição dos “serviços internos”, do protagonismo e movimentação das domésticas exigiu uma ampla pesquisa e uma leitura refinada de inúmeras fontes. O texto, numa narrativa envolvente, convida o leitor a romper com estereótipos presentes no imaginário, pois, Nem “mãe preta, nem negra fulô”, convida a vê-las como protagonistas de suas histórias, construtoras de estratégias para enfrentar e lidar com seus inúmeros problemas e conflitos.

Silva, com perspicácia, equilíbrio e competência articula a história das domésticas de Recife e Salvador à história política, às tensões do debate público, às movimentações nas relações de poder e aos costumes paternalistas.

Sem contar com uma estrutura jurídica do Estado, as trabalhadoras domésticas, majoritariamente, pretas, pardas e também pobres brancas construíram espaços precários, frágeis de autonomia, mas reveladores de uma luta diuturna diante da violência cotidiana.

Muito esclarecedor, ter recorrido as categorias de James Scott para explicitar a resistência das domésticas e suas práticas infrapolíticas, isto é, a construção de uma política

própria. Como, também, ter mostrado que já na década de 1880, as chamadas "classes perigosas" estavam sendo objeto de intervenções legais por parte do governo.

O texto deixa claro o desejo dos "ex-senhores" de prolongar, manter os inúmeros privilégios. Assim, "o trabalho que desejavam no pós-Abolição não era exatamente um trabalho livre" (Silva, 2016, p. 352). Para o autor, mesmo em condições precárias, as trabalhadoras colocaram em xeque o paternalismo.

Outro desafio que o texto de Silva suscita, é a reflexão sobre a presença negra na história social do trabalho. A historiografia sobre o operariado continua em parte reproduzindo um antigo silêncio: os brancos imigrantes passam a ganhar as páginas dos livros e os negros egressos do mundo escravista continuaram ausentes. Temos o desafio de elaborar uma história social do trabalho mais inclusiva.

"Nem mãe preta, nem negra fulô", pela riqueza e rigor da pesquisa, pelas análises e pela sua atualidade é um convite irrecusável à leitura nesse momento que o país se desumaniza na esteira do exemplo de seus dirigentes.