Revista de

DIREITO CIVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

REVISTA DE DIREITO CIVIL, ISSN 2596-2337, v.6, n°11, Ago./dez.

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

Editoração e diagramação: Pedro Henrique Carvalho Gomes

Prof. Me. João Vasconcelos
Diretor Acadêmico

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo
Coordenador do Curso de Direito

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

Conselho Editorial

Prof.ª Dr.ª Ana Maria Motta Ribeiro
(Universidade Federal Fluminense)
Prof.ª Dr.ª Ana Paula Teixeira Delgado
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato
(USP - Universidade de São Paulo)
Prof. 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, Padre Anchieta)
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
(AGU e Universidade Federal Fluminense)
Prof.ª Dr.ª Luzia Batista de Oliveira Silva
(Programa de Doutorado/Educação USF, CNPq)
Prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves
(Universidade Federal Fluminense)
Dr. Massimiliano Verde
(Accademia Napoletana, Napoli, Itália)
Prof.ª Dr.ª Myriam Benarrós
(CEUNI/FAMETRO)
Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti
(Ordem dos Advogados do Brasil, SP)
Prof.ª Dr.ª Priscila Pedrosa Mattos de Souza
(Universidade Federal Fluminense)
Prof. Dr. Sidnei Agostinho Beneti
(Ministro STJ – Superior Tribunal de Justiça)
Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues
(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 Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e Fundamentais, assim como atenção com os princípios constitucionais 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 dos organizadores e Coordenação da Revista, ou do seu Conselho Editorial e da Instituição que a abriga e a publica.

Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova

APRESENTAÇAO

Com imensa alegria apresentamos a nossa **11ª edição da RDC – Revista de Direito Civil da Faculdade de Direito do UniAnchieta**. Foi um percurso árduo de muita entrega, trabalho, responsabilidade, respeito pelo articulista e pelo leitor, pelos Docente e pelos Discente e um grande envolvimento de caráter internacional ao longo deste tempo.

A nossa alegria é multiplicada muitas vezes porque, depois de dez edições, nossa Revista alcançou o **Qualis A4**. O Qualis (ou Qualis Periódicos) é um sistema brasileiro de classificação de revistas científicas. Ele foi criado e é mantido pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), um órgão do Ministério da Educação (MEC). Sua função principal é medir a qualidade da produção intelectual de professores e alunos dos programas de pós-graduação (mestrado e doutorado) no Brasil.

A classificação do Qualis é atribuída pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), que é uma fundação vinculada ao Ministério da Educação (MEC) do Brasil. O processo interno de atribuição envolve os seguintes pontos:

- Comitês de Especialistas: A CAPES organiza comissões formadas por consultores e pesquisadores de destaque de cada área específica do conhecimento (Direito, Educação, Medicina, etc.).

- Conselho Técnico-Científico: Estes comitês analisam os periódicos com base em critérios de relevância, impacto e indexação, e os critérios finais são validados pelo Conselho Técnico-Científico da Educação Superior (CTC-ES) da CAPES.

- Plataforma Sucupira: O resultado oficial de quais revistas receberam cada nota (A1, A2, etc.) é disponibilizado publicamente para consulta na Plataforma Sucupira da CAPES.

Obter a classificação Qualis A4 significa que a revista científica atingiu o estrato de entrada da elite acadêmica (o bloco superior "A"), sendo reconhecida pela CAPES como um periódico de boa qualidade científica. O sistema de avaliação da CAPES divide as revistas em 8 estratos de notas altas e médias: A1, A2, A3, A4 (bloco superior) e B1, B2, B3, B4 (bloco inferior).

O que a nota A4 reflete sobre a revista? Uma revista A4, como a nossa, geralmente equivale aos quartis Q3 ou Q4 em **bases de dados internacionais de prestígio**, como ***Scopus* ou *Web of Science***. Significa que ela possui um volume consistente e comprovado de citações acadêmicas globais ou regionais, posicionando-se à frente de todas as revistas do bloco "B".

O Qualis A4 trata-se de relevância nacional e regional consolidada. As revistas A4 desempenham um papel vital ao publicar pesquisas robustas focadas em contextos nacionais ou regionais de áreas específicas. Trata-se de um trabalho de empenho e foco (e de muito suor e noites!). Para alcançar o bloco A, a revista obrigatoriamente possui processos rígidos de revisão por pares (*peer-review*), diversidade geográfica em seu conselho editorial e regularidade estrita em suas publicações.

Publicar em uma revista A4 gera uma pontuação muito positiva para os Programas de Pós-Graduação (PPGs) de Mestrado e Doutorado. Artigos aceitos em periódicos A4 são muito bem vistos em concursos públicos para docência e em processos de seleção acadêmica.

Pois bem, é alegria imensa e compartilhada com todos e todas: articulistas, leitores, pesquisadores, estudantes, revisores, diagramadores, professores e funcionários que se empenham para alcançar um resultado de excelência.

Nesta 11ª edição, recebemos a coloboaração de pesquisadores, e apresentamos temas interessantíssimos: a posse e sua proteção civil e processual à luz principiológicade Ronald Dworkin; questões que envolvem uma análise sobre liberade, trabalho e capital em face dos africanos no Rio de Janeiro; as garantias fundamentais em face de crises e pandemias; considerações sobre a ausência; a extinção da relação contratual; aspectos relevantes da teoria dos campos em Bourdieu; a tutela do direito à imagem nas transmissões religiosas *online*; o debate civil-constitucional em face das propostas de redução da maioridade penal e; um estudo das raízes romanas das obrigações no Direito Civil codificado nacional.

À leitura!

Prof. Dr. Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova

Coordenador da RDC - Revista de Direito Civil

SUMÁRIO

AS AÇÕES POSSESSÓRIAS COLETIVAS À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA DE RONALD DWORKIN: OS CASOS DE PINHEIRINHO E VILA SOMA 9

Thaís Battibugli

O MUNDO DA LIBERDADE, DO TRABALHO E DO CAPITAL: ELITE ECONÔMICA, AFRICANOS E CRIOULOS NA PRAÇA MERCANTIL DO RIO DE JANEIRO NO OITOCENTOS 35

Ênio José da Costa Brito

MÉTODO DA PONDERAÇÃO e GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE OU PANDEMIA 52

Renato Dellova e Samuel Rodrigues de Paula

CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUSÊNCIA 70

Adriana Caione Rebelo Bueno, Isadora Rebelo Bueno e Kauani Yonatan Zacharias de Campos, sob orientação do Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

EXTINÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL 87

Pietro Nardella-Dellova

A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DOS CAMPOS EM BOURDIEU NA RELAÇÃO ENTRE EVANGÉLICOS E O PODER POLÍTICO 106

Magno Paganelli

A TUTELA DO DIREITO À IMAGEM NAS TRANSMISSÕES RELIGIOSAS *ONLINE*: PARÂMETROS DE CONFORMIDADE ENTRE LIBERDADE DE CULTO E PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS (ASPECTOS PRÁTICOS) 128

Ivan Durães e Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova

A DIGNIDADE DA PESSOA CRIANÇA E CONSIDERAÇÕES DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 148

Jessika Endrigo

AS RAÍZES ROMANAS DAS OBRIGAÇÕES NO DIREITO CIVIL CODIFICADO BRASILEIRO 160

Maria do Carmo Seffair

Myriam Benarrós

AS AÇÕES POSSESSÓRIAS COLETIVAS À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA DE RONALD DWORKIN: OS CASOS DE PINHEIRINHO E VILA SOMA.

Thaís Battibugli[1]

RESUMO

Este artigo tem como objetivo aprofundar os estudos do instituto da ação possessória coletiva à luz do princípio da função social da propriedade que abrange a posse social e da a ponderação principiológica de Ronald Dworkin nos *hard cases*, nos casos difíceis, nos quais a mera subsunção lógica e quase automática do fato à norma poderia levar a maiores desastres e claras injustiças sociais. São analisados dois casos concretos de ação possessória coletiva, de reintegração de posse proposta por diferentes massas falidas: o caso Pinheirinho (2012) e o de Vila Soma (2014)

Palavras-chave: função social da propridade, ação possessória, ação possessória coletiva, reintegração de posse

ABSTRACT

This paper aims to deepen the studies of the institute of collective possessory action in light of the principle of the social function of property that encompasses social possession and of Ronald Dworkin's principle consideration in hard cases, in which the mere logical and automatic subsumption of fact into the norm could lead to greater social disasters and clear social injustices. Two concrete cases of collective possessory action, proposed by different bankrupt companies are analyzed: the Pinheirinho case (2012) and the Vila Soma case (2014).

Key words: social function of property, possessory action, collective possessory action, repossession

[1] *Doutora em Ciência Política (USP), Mestre em História Social (USP), Graduanda em Direito (UNIP-Campinas); ex-Professora do curso de Direito e Pedagogia do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta - FADIPA) Contato: thais.battibugli@anchieta.br.*

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo aprofundar os estudos do instituto da ação possessória coletiva à luz do princípio da função social da propriedade que abrange a posse social.

Além disso, este instituto, por ter, em muitos casos concretos, forte repercussão no meio social, com reintegrações de posse que podem desalojar centenas de famílias de uma só vez e precarizar ainda mais sua existência e dignidade, deve ser analisado como fenômeno social e jurídico de grande complexidade.

Em consequência, faz-se necessária a ponderação principiológica de Ronald Dworkin nos *hard cases*, nos casos difíceis, nos quais a mera subsunção lógica e quase automática do fato à norma poderia levar a maiores desastres e claras injustiças sociais.

Serão ainda analisados sob essa ótica principiológica dois casos concretos de ação possessória coletiva, de reintegração de posse proposta por diferentes massas falidas. Tais casos, sem dúvida, marcaram o judiciário paulista e os debates sociais na década passada: por um lado, há o caso Pinheirinho, ocorrido na cidade de São José dos Campos em 2012, como exemplo do que não ponderação na resolução de um *hard case*, que culminou em violações de direitos humanos, além de danos ambientais. Por outro lado, há o caso de Vila Soma, de 2014, na cidade de Sumaré, em que houve complexas negociações entre moradores, massa falida e poder público para que se chegasse a uma solução negociada, pacífica e ponderada.

Por fim, mas não menos importante, agradeço imensamente ao amigo professor e coordenador desta revista, Dr. Pietro Nardela Dellova pelo acolhimento dado ao tema desta pesquisa e suas valiosas indicações bibliográficas.

1- A POSSE E A PROPRIEDADE: CONCEITO E BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A posse existiu e existe em todos os tipos de sociedade, das mais simples às mais complexas, como pertencimento de uma coisa a uma pessoa ou comunidade. Posse é termo equívoco, no ordenamento nacional, é utilizado no direito de família (posse do estado de filiação), nas sucessões (posse da herança), no direito administrativo (posse em cargo público) (LOBO, 2023, p. 39-40).

A posse é também fato jurídico, classificada no CC/2002 como direito real, cujo possuidor detém apenas o uso e gozo, não pode dispor da propriedade: “considera-se possuidor

todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade", segundo o art. 1.196 CC/2002.

Para Pablo Stolze Gagliano (2023, p. 1542), "a posse é uma circunstância fática tutelada pelo Direito", é um direito indissoluvelmente ligado à situação de fato (PEREIRA, 2017, p. 73). Éportanto domínio de fato, protegido pelo direito, sem estar fundada em direito. A posse, portanto, prescinde de maiores formalizações, se contrapõe às formalidades oficiais (LOBO, 2023, p. 40; FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 60).

As concepções clássicas de Ihering e Savigny, sobre a natureza da posse, expõem os debates doutrinários dominantes por largo tempo. Ihering, como adepto da teoria objetiva, na qual uma pessoa deve ser legalmente protegida sempre que tenha uma coisa em seu poder, tem como foco principal o zelo pela propriedade e deixa de lado seu aspecto social transformador (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 72)

Já Savigny é adepto à teoria subjetiva, que prenuncia a função social da posse, por levar em consideração o *animus domini,* ou seja, a intenção subjetiva da pessoa, de sua convicção de ser dono. A posse teria natureza dúplice para Savigny por ser um fato que, em certos contextos, é direito pessoal por ter consequência jurídica de usucapião, nas ações possessórias (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 65-67).

Entretanto, é notável que tanto a teoria objetiva como a subjetiva não alcançam o fenômeno possessório à luz dos direitos fundamentais, dos direitos humanos. Deve-se compreender a posse, atualmente, como permanência, habitação, produção econômica sustentável em que uma vida, uma casa, são construídas, nesse olhar mais atento à proteção da dignidade da pessoa humana (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 65-66).

Enquanto a propriedade é abstração, convenção jurídica, a posse é concreta e real. A propriedade é um direito real, subjetivo, o proprietário é aquele que pode usar, gozar e dispor de seus bens, de pleno direito.

Para o universo greco-romano da antiguidade clássica, a propriedade privada estava ligada à casa, à religião, de culto ao deus doméstico, ao poder do chefe da família, o *pater*. A própria etimologia da palavra propriedade vem de *domus*, que gerou os conceitos de *dominus* e *dominium,* que se refere ao poder do chefe da casa e de seu poder sobre sua família e subalternos, respectivamente (DIDIER JR, 2008, p. 3).

Nesse contexto histórico emerge a concepção clássica de direito de propriedade como direito absoluto, exclusivo, soberano. Portanto, não havia a noção de deveres do proprietário

em relação à comunidade, já que a propriedade era privada, familiar, com íntima ligação com o culto ao Deus doméstico (DIDIER JR, 2008, p. 3-4).

Na descrição clássica de Fustel de Coulanges (2006, p. 47):

> Nessa casa a família é senhora e proprietária; a divindade doméstica lhe assegura esse direito. A casa é consagrada pela presença perpétua dos deuses; ela é o templo que os guarda. — "Que há de mais sagrado — diz Cícero — que a morada de um homem? Lá está o altar, lá brilha o fogo sagrado, lá estão as coisas santas e a religião." — Penetrar nessa casa com intenções malévolas era sacrilégio. O domicílio era inviolável. Segundo uma tradição romana, o deus doméstico afugentava ladrões e afastava inimigos.

Com o advento da modernidade liberal individualista, a propriedade privada se tornou predominante entre os séculos XVIII e XIX, por sua mera utilidade econômica, desvinculada de qualquer aspecto sagrado. No século XIX, civilistas brasileiros como Conselheiro Ribas e de Lafayette Rodrigues Pereira concebiam a propriedade como fruto da vontade absoluta do dono, de forma ilimitada e exclusiva. Esta concepção marca, aliás, o poder do senhorio nacional, proprietário de pessoas escravizadas como coisas, como direito real por mais de 350 anos (LOBO, 2023, p. 19-21, 39; 107; DIDIER JR, 2008, p. 4).

Na sociedade burguesa, o direito à propriedade privada adquire caráter de direito fundamental da pessoa humana (DIDIER JR, 2008, p. 5). Nesse diapasão, vem o artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU de 1948 para proteção ao direto à propriedade privada. A DUDH estabeleceu as bases principiológicas de todas as demais convenções, pactos, tratados de direitos humanos firmados até a atualidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que rege o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos, também estabelece no artigo 21, a proteção ao direito à propriedade privada (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Embora a propriedade seja direito real pleno e exclusivo, não é direito ilimitado, sendo relativizado por obrigações, vínculos, ônus e desde o século XX, pela função social. A propriedade individualista e absoluta pode agora ser subordinada ao interesse coletivo, à

segurança social, à preservação histórica, ao meio ambiente equilibrado (LOBO, 2023, p. 76-77).

Dessa forma, a principal utilização do princípio da função social está na sua aplicação em relação à propriedade privada, que resulta na integração de dois princípios que une esses dois extremos da história jurídica (DIDIER JR, 2008, p. 2).

1. A POSSE E SUA FUNÇÃO SOCIAL: A POSSE SOCIAL

Seguindo Gagliano (2023, p. 1541) o CC/2002 adotou a teoria objetiva de Ihering sobre a posse, como direito juridicamente tutelado. Tanto a posse como a propriedade têm por fundamento a principiologia constitucional da função social (arts. 5º, XXIII; 170, III, da CF/1988), ordenada para a realização da justiça social que contribui para assegurar a existência digna necessária para a redução das desigualdades sociais (arts. 3º, III, e 170, VII, da CF/1988). Dessa forma, não devem atender apenas a uma função individual, de caráter absoluto (LOBO, 2023, p. 106-107).

Dessa forma, para que se caracterize a posse, é necessário haver o uso econômico da coisa, conjugada à demonstração de cumprimento de sua função social (DIDIER JR, 2008, p. 2). Quando a posse é autônoma, isto é, está desvinculada da propriedade em si, tem por pressuposto o exercício da função social. Há, assim, "verdadeira tutela processual da posse", conforme destaca Didier Jr. (2008, p. 102 apud LOBO, 2023, p. 107). A posse autônoma representa efetivo aproveitamento econômico de bens em função de interesses sociais, direitos que são merecedores de tutela (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 70).

A Constituição estabelece a função social da propriedade urbana e rural com a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade. O Código Civil, no §1º do art. 1228 segue o mesmo norte (DIDIER JR. 2008, p. 10):

> O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O enunciado nº 492 do Conselho de Justiça Federal bem conceitua a função social da posse: "a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar

aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos sociais e merecedores de tutela" (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 74).

A posse é, ainda, o principal meio para o exercício do direito de propriedade. Para que a propriedade tenha função social, o proprietário deve possuir a coisa. Assim, a função social está mais ligada ao fenômeno possessório, do que propriamente ao direito de propriedade (DIDIER JR. 2008, p. 12).

É fundamental observar que o princípio da função social da propriedade está no patamar de cláusula geral, que define valores e diretriz, parâmetro hermenêutico, a repercutir em toda tutela processual da posse. A cláusula geral é dispositivo que contém vagueza proposital para que o intérprete, na resolução do caso concreto, possa preencher seu conteúdo, bem como sua consequência jurídica (DIDIER JR. 2008, p. 11)

2. AS AÇÕES POSSESSÓRIAS

A ação possessória ou interdito possessório tem origem na violação da posse de outrem. Os interditos existem para adequar a tutela jurisdicional às diferentes hipóteses de violação da posse, são as medidas defensivas que resguardam a posse da turbação, esbulho ou simples ameaça. *Interdicere* significa proibir em latim (THEODORO JR, 2019, p. 195; PEREIRA, 2017, p. 69).

A ação possessória pode proteger direito individual, bem como direito coletivo. O direito coletivo terá um processo coletivo para tutela de um grupo, categoria ou classe, em situação jurídica coletiva ativa ou passiva. No direito coletivo, em sentido estrito, o grupo preexiste à lesão ao seu pretenso direito, formado por pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica de base (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2016, p. 30; 74; 79).

Segundo Didier Jr. (2019, p. 345), as ações possessórias não seriam nem reais nem pessoais, são *sui generis*, semelhantes, mas não idênticas às ações reais. As ações possessórias coletivas expressam direitos coletivos atípicos. Nelas, há que se ter audiência preliminar de mediação e conciliação, antes mesmo da análise do pedido de tutela provisória, art. 565 CPC (DIDIER JR, 2016; ZANETI JR., p. 112; 313).

As ações possessórias formam um procedimento especial que tem como principal característica a solução simplificada da lide, mais do que a celeridade do rito. Na ação possessória coletiva há litisconsórcio multitudinário quando o esbulho, turbação ou ameaça for praticada por um grupo de pessoas, que serão citadas por meio de edital para os que não foram encontrados no local, art. 554, §§ 1º, 2º e 3º, CPC/2015 (PEREIRA, 2017, p. 72; 74).

3.1- Interdito proibitório

O interdito proibitório é proteção possessória passiva, para que não se dê a ameaça (turbação) ou perda (esbulho) da posse, sob pena de multa, conforme art. 567 CPC/2015 (THEODORO JR, 2019, p. 198).

Assim, defende-se preventivamente a posse com o interdito proibitório. O possuidor passa a ter mandado judicial que o resguarda, sob pena do réu pagar multa em favor do autor ou de terceiros, arts. 567 e 568 do CPC/2015. Requisito para a propositura desta ação é provar a posse, a ameaça e sua probabilidade (PEREIRA, 2017, p. 78).

3.2 - Manutenção de posse

A ação de manutenção de posse (*interdicta retinendae possessio*nis do direito romano) destina-se a proteger o possuidor da turbação, da ameaça, que molesta o exercício da posse, mas sem eliminá-la. Tem finalidade defensiva, o possuidor deve prova a sua posse bem como a ameaça (THEODORO JR, 2019, p. 197)..

Dessa forma, o que se discute, em si, é o elemento perturbador da posse, em relação ao possuidor imediato, direto, seja contra terceiro, seja contra o possuidor indireto, pode ser deferida até mesmo contra o proprietário da coisa (PEREIRA, 2017, p. 74-75).

Pode-se também a manutenção ser dada a possuidor indireto contra o direto, que, apesar de ter poder sobre a coisa em si, pode ser considerado turbador da posse indireta. Se, em cada caso concreto, fosse apurar o domínio, para proteger a posse do turbador, a ação em si perderia a função protetiva e a função de resolver a lide de forma simplificada e célere. É por esse motivo que na ação de manutenção de posse é vedado alegar exceção de domínio, art. 557 CPC/2015 (PEREIRA, 2017, p. 74-75).

Quando a ação é proposta com menos de ano e dia da turbação, chamada posse nova, o autor poderá requerer a manutenção liminar, com justificação sumária, *in limine litis*, sem ouvir a parte contrária. Caso a ação seja proposta com mais de ano e dia, chamada posse velha, haverá o curso normal do processo, sem ação sumária, o réu será citado apresentará contestação, provas e o juiz decidirá ao final (PEREIRA, 2017, p. 75-76).

3.3 - Reintegração de posse

A ação de reintegração de posse (*interdito recuperandae possessionis*, dos romanos), tem por objetivo a restituição da posse em caso de esbulho, a total e injusta privação da posse, seja por ato de violência, por constrangimento devido ao temor de violência iminente, seja por ato clandestino ou abuso de confiança. Não há esbulho no caso de privação por justa causa (THEODORO JR, 2019, p. 197-198; PEREIRA, 2017, p. 77).

Segue o mesmo rito da posse nova da manutenção de posse, força nova espoliativa, com expedição de mandado liminar, e no caso da posse velha, força velha espoliativa, seguirá o rito comum. Nesse último caso, a ação tem efeito dúplice, pois não for reconhecido o direito do autor, será reconhecida *ipso facto*, de forma praticamente automática, a legitimidade possessória do réu (PEREIRA, 2017, p. 76-77).

Tanto na manutenção como na reintegração, a análise sobre a posse não pode ser distorcida pela alegação da propriedade. A invocação da propriedade deverá ser realizada por meio da reivindicação, por via petitória (PEREIRA, 2017, p. 77).

Na análise do caso concreto pode ser difícil perceber a diferença entre turbação e esbulho nas situações fronteiriças entre ambas. Tanto é que o CPC prevê a fungibilidade, a conversibilidade dos interditos de modo que o pedido equivocado ainda possa ser apreciado pelo juízo para que outorgue a proteção adequada ao caso, art. 554 CPC (THEODORO JR, 2019, p. 198).

Tem legitimidade ativa nessas ações, o possuidor, aquele que detém de fato o exercício de alguns dos poderes do domínio. Seus sucessores terão, por sua vez, direito de ingressar com interditos possessórios (THEODORO JR, 2019, p. 198).

É interessante notar que no caso das ações possessórias, caso haja conluio das partes para entrar com ação de reintegração de posse, um contra o outro, em propriedade do Poder Público, a fim de que possam legitimar a invasão por sentença judicial, de forma ilícita, pode o juiz declarar a propriedade do Estado, sem julgar o mérito de procedência ou improcedência da ação possessória, em decisão fora dos limites do pedido (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 366).

3. RONALD DWORKIN: OS CASOS DIFÍCEIS E A RAZOABILIDADE DA JUSTIÇA.

Inicialmente, é preciso notar ser o direito sistema normativo que tem por finalidade específica proibir, obrigar ou permitir condutas, é a norma aplicável coercitivamente (GUSMÃO, 2018, p. 364). É composto por normas, que são o gênero, do qual derivam princípios e regras, que são espécies normativas.

Os princípios contêm valores de alta densidade semântica, são a base da produção e interpretação das regras, incidem de forma imediata nas lacunas do Direito, por terem função integradora do sistema normativo (GUSMÃO, 2018, p. 241-242). Dessa forma, a função do princípio é fundamentar as demais normas, ser diretriz para soluções interpretativas de casos concretos, além de ter função supletiva ou integradora (KUMPEL et. al., 2012, p. 180-181). A regra jurídica será interpretada à luz da doutrina, dos princípios e do próprio caso concreto a ser resolvido.

Dworkin escreve para o contexto jurídico da tradição da *commom law* norte-americana. O sistema de *commom law* iniciou-se na Inglaterra durante a Idade Média e passou a ser aplicado nas colônias britânicas, caso dos Estados Unidos. Esse sistema é, em grande parte, não codificado e que fixa a resolução de caso concreto por precedente judicial de caso semelhante julgado anteriormente (BERKELEY LAW, 2023).

Já o contexto jurídico brasileiro se insere na tradição da *civil law*, que forma sistema de leis codificadas e constantemente atualizadas. Esse sistema remonta à criação do *Corpus Iuris Civilis* pelo Império Romano, no século VI e que serviu de base para ao direito da Europa continental, com a preferência pela lei como fonte primária do direito (ESPINDOLA; SILVA, 2017, p. 139-140).

Ainda assim, em que pese tal diferença sistêmica, é possível utilizar o conceito de *hard case* de Dworkin para a análise de casos concretos complexos, como os que envolvem as ações possessórias coletivas.

Segundo Dworkin (2002, p. 127), o juiz tem o dever, mesmo nos *hard cases* (casos difíceis), de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente, como na tradição positivista. Nela, o juiz tem poder discricionário para legislar novos direitos jurídicos e aplicá-los retroativamente ao caso em questão, quando ação judicial específica não pode ser submetida a regra de direito clara, estabelecida de antemão.

Para Dworkin, o positivismo, por ser sistema de regras que não leva em consideração os princípios em sua analítica. Na falta de regras para a resolução de caso concreto cabe ao juiz poder discricionário para criar nossos direitos de forma retroativa (MACEDO JR., 2017; DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Antes de ser mero sistema de regras, Dworkin analisa o direito existe como sistema de justiça, é uma atitude interpretativa de uma comunidade que realiza a justiça, com a satisfação de um interesse material, valor, fim ou princípio (BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 421-422) e deve atuar em consonância com princípios e valores, como os estabelecidos no art. 1º e 4º da CF/1988. Não levar em conta os princípios é não levar o direito de outrem a sério, principalmente os mais vulneráveis, além de importar em enorme custo teórico e prático ao positivismo (MACEDO JR., 2017).

Enquanto o direito como sistema de regras é aplicado no modelo "tudo ou nada", a regra é válida ou não, sem contribuir em nada para a decisão do magistrado (GUEDES, 2012). Já o direito, como sistema de princípios, é aplicado de forma ponderada, balanceada, na busca da razoabilidade da justiça, para Dworkin, sem haver qualquer hierarquia entre os princípios, a calibração principiológica é realizada à luz do caso concreto. O primeiro modelo seria adequado aos *easy cases* (casos fáceis), de aplicação mecânica na lógica subsuntiva, já para os hard cases seria imprescindível a ponderação principiológica (MACEDO JR., 2017; GUEDES, 2012; BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 421; BITTAR, 2019, p. 717).

No caso possessória coletiva, os direitos conferidos são gerados tanto pela normatividade como pelo princípio positivado da função social da propriedade. A tese Dworkin (2002, p. 132) é a de que "as decisões judiciais, mesmo nos casos difíceis são e devem ser gerados por princípios (argumento de princípio), e não por políticas (argumento de política).

Vale notar que para Dworkin os argumentos de política justificam uma decisão política, evidenciam que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade. O argumento de princípio estabelece direitos políticos das partes. Como exemplo: "o argumento em favor de subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é argumento de política" (DWORKIN, 2002, p. 129; 140).

Os argumentos de princípio justificam decisão política, pois tal decisão respeita ou garante direito de indivíduo ou grupo, estabelece o direito individual como um direito abstrato. Como exemplo: "o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio" (DWORKIN, 2002, p. 129-130; 542)

Ainda que a lei tenha sido positivada, gerada por argumento de política, a decisão judicial será sempre justificada por argumentos de princípio, pois a lei a transformou em questão de princípio (DWORKIN, 2002, p. 130-131)

Entretanto, segundo Dworkin, se o caso for difícil, no qual nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, a decisão apropriada poderá ser gerada por princípios ou mesmo por política (DWORKIN, 2002, p. 131).

Mesmo nos casos difíceis é possível balizar etapas para a construção de raciocínio jurídico que possibilite alcançar sua adequada resolução de modo a se ter a solução mais ponderada e justa possível como ensina Robert Alexy. A arte de raciocinar nestes casos está no sopesamento dos princípios que "a clássica compreensão positivista lógico-subsuntiva do direito não era capaz de comportar" (BITTAR, 2019, p. 781).

A clássica compreensão positivista da lógica subsuntiva resolve casos fáceis em que a aplicação mecânica da normatividade ordenadora se faz sem maiores dúvidas, conflitos principiológicos (BITTAR, 2019, p. 781). Exemplo de caso fácil para os juristas, como para os leigos seria o respeito ao limite de velocidade estabelecido em rodovias e o dever legal de pagar pela comida que se pede em restaurantes (DWORKIN, 1999, p. 422).

4.1 -A ação possessória coletiva como caso difícil.

É fato que as ações possessórias coletivas, envolvem casos difíceis na sua complexidade, muito devido à calibração principiológica que deve existir entre o direito à propriedade privada e a posse coletiva à luz da função social. O processo jurídico decisório em questão deve levar em consideração tanto argumentos de princípio, como argumentos de política (DWORKIN, 2002, p. 130).

O *hard case* é justamente aquele em que tanto uma decisão jurídica como uma decisão política podem ser invocadas como mecanismo de solução de controvérsias de casos concretos complexos (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 490-491)

Perigo ocorre quando um caso difícil é tido como fácil, de mera aplicação da lógica subsuntiva, como será verificado na análise de casos concretos de ações possessórias coletivas, logo a seguir.

4. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: PINHEIRINHO (2012) E VILA SOMA (2014)

PINHEIRINHO

O caso Pinheirinho ou "massacre do Pinheirinho" envolveu ação possessória de reintegração de posse, em São José dos Campos, em 22 janeiro de 2012. O local foi habitado de 2004 até 2012 e chegou a ter mais de sete mil moradores em área muito extensa de 1,3 milhão de m². A ocupação teve início por trezentas famílias que haviam sido desalojadas de área próxima. O imóvel esteve abandonado por mais de duas décadas até passar para o grupo Selecta Comércio e Indústria S.A. nos anos 1980. Com a falência da empresa, a área passou a ser administrada pela massa falida (TEIXEIRA FILHO, 2016, p. 15; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, p. 17-18).

Em operação da PM, a área foi reintegrada à massa falida da Selecta, em cumprimento de liminar de reintegração de posse realizada de maneira extremamente desrespeitosa e violenta. A PM contou com efetivo de cerca de 2 mil policiais fortemente armados, além de Guardas Civis. As famílias removidas foram realocadas em tendas precárias. Segundo a urbanista Raquel Rolnik:

> Milhares de homens, mulheres, crianças e idosos moradores da ocupação Pinheirinho são surpreendidos por um cerco formado por helicópteros, carros blindados e mais de 1.800 homens armados da Polícia Militar. Além de terem sido interditadas as saídas da ocupação, foram cortados água, luz e telefone, e a ordem era que famílias se recolhessem para dar início ao processo de retirada. Determinados a resistir — já que a reintegração de posse havia sido suspensa na sexta feira – os moradores não aceitaram o comando, dando início a uma situação dramaticamente violenta que se prolongou durante todo o dia (...) (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, p. 18).

Relatório do Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana identificou mais de 1800 denúncias de violações de direitos humanos por parte da PM e da Guarda Civil durante a desocupação. Grande parte dessas denúncias se refere à ameaças e humilhações:

> Das 634 pessoas que responderam ao questionário, 166 (26,2%) relataram ter sofrido algum tipo de agressão física e 205 afirmaram que suas casas foram demolidas sem tempo para a retirada de seus bens. Além disso, 80 pessoas disseram ter ficado sem emprego ou fonte de renda por conta do episódio. Para piorar, ao menos 71 casas foram saqueadas e 67 pessoas foram ameaçadas por pessoas armadas (...) (CARTA CAPITAL, 2015 apud DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, p. 20).

A liminar de reintegração de posse havia sido concedida desde agosto de 2004, na 18ª Vara Cível da Capital, onde tramitava a ação falimentar da Selecta. Entretanto, disputas judiciais processuais levaram ao seu adiamento até 22 de janeiro de 2012. Dias depois, em 28 de fevereiro, acórdão do Tribunal de Justiça, manteve a liminar de reintegração, indeferiu o recurso de agravo de instrumento sob o argumento de que:

> Tratando-se de posse nova e demonstrado o esbulho (...) é de rigor o deferimento da liminar para imitir a Massa Falida na posse do bem. (...) A medida se justifica e grita cumprimento, até mesmo porque a invasão ocorreu já em período em que a administração da massa já era feita pelo Poder Judiciário, que nomeou síndico, sendo que a afronta foi a este também e não só a possuidora (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

Cumpre notar que posse nova é aquela que ocorre há menos de um ano. Nesse período, aquele sofreu esbulho possessório (art. 560/CPC), perda da posse poderá requerer a reintegração por tutela antecipada com a mera presunção urgência, de *periculum in mora*, antes do provimento jurisdicional definitivo, como ação de força nova. Dessa forma, se o possuidor demonstrar a posse nova, o esbulho recente, o mandado liminar terá de ser prontamente

concedido (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 560; THEODORO JUNIOR, 2020, p. 215).

Entretanto, caso a posse seja velha, de mais de ano e dia, não há óbice para que se defira a tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar), ou de evidência, desde que sejam preenchidos os requisitos dos artigos 303, 305 e 311 do CPC (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 574).

A imissão na posse se realiza com a posse efetiva do bem, ou seja, com a reintegração do bem àquele que sofreu o esbulho. Segundo argumento a fundamentar o acórdão, a não concessão da reintegração e o indeferimento da liminar seria afronta ao poder judiciário e à possuidora.

Tal seria se o caso fosse *easy case* de mera aplicabilidade de requisitos processuais, como se a extensa área não estivesse ocupada desde 2004 por inúmeras famílias, como se o direito à dignidade, à moradia não fosse questão social premente no país.

Na realidade, o caso Pinheirinho é *hard case* em termos dworkinianos, pois a ação possessória coletiva traz para o poder judiciário a complexidade de se lidar com o princípio constitucional da função social da posse, a posse-social, com objetivo de realizar a justiça social, a existência digna, a redução das desigualdades, os direitos humanos. Como bem enfatiza Dworkin, o direito antes de ser sistema de regras é sistema de justiça, como já comentado (GAGLIANO, 2023; BILLIER; MARYIOLI, 2005, p. 421-422).

As famílias instaladas no Pinheirinho exerciam a função social da posse na medida em que realizavam aproveitamento econômico da terra em função do interesse social à moradia e à vida digna (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 70).

É digno de nota que em junho de 2012, o gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça enviou ofício à corregedora geral do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com os fundamentos determinantes da ação de reintegração de posse no Pinheirinho ante à representação sofrida pelo poder judiciário paulista.

Em sua defesa o TJ arguiu que:

> A operação da Política Militar foi exemplar (...). O local encobria expressivo tráfico de drogas, prostituição e outros crimes, sem falar que a maioria dos ocupantes das áreas eram prepostos de outras pessoas que residiam fora do local, como ficou claramente apurado (...). Eventual incidente isolado, que está sendo apurado e duvida-se, sinceramente, da

> ocorrência, não pode ser imputado a esta Presidência, ao Comando da PM, ou ao Dr. Rodrigo Capez (este esteve por lá por ordem do Presidente (TJ/SP), porque não há como, nesse contexto, ter vigilância sobre todo efetivo envolvido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2012).

É fato que não cumpre ao poder judiciário a resolução do problema social de déficit de moradias no Brasil. Entretanto, não houve a necessária atenção de analisar esse caso complexo à luz do princípio da posse social. Além disso, os ocupantes foram genericamente desqualificados como traficantes, prostituídos, meros aproveitadores, no claro intuito torná-los sujeitos não dignos de ponderada apreciação judicial, como se não tivessem o direito de terem direitos, para lembrar de Hannah Arendt. Tal fato é revelador da permanência de mentalidade patrimonialista, distante do cotidiano dos muitos que estão em situação de vulnerabilidade social.

Salta aos olhos ainda a tese da não responsabilização sumária de qualquer alta autoridade judicial, policial em relação aos excessos cometidos pela PM. Teriam sido apenas casos isolados pontuais, sem margem para dúvidas, para investigação metódica.

Tal fato é revelador dos obstáculos para a estruturação de sistema eficaz de *accountability* ou seja, de mecanismos de fiscalização, controle e responsabilização da conduta de agentes do Estado, que cometam ilegalidades na função pública.

Essa *accountability* enfraquecida pode ser vista mesmo como parte intrínseca do sistema de justiça e de segurança pública, marcado pelo protecionismo de classe que favorece a impunidade. Os mecanismos de responsabilização e controle dos agentes de Estado protegem e fortalecem o funcionamento do próprio sistema democrático (O'DONNELL, 2000, pp. 352-353).

O sistema político democrático é regime estruturado em esferas e mediações Estado-sociedade voltado resolver questões sociais, de cidadania, de governo com transparência, legalidade, participação política dos cidadãos, protegido por sistema de *accountability* para prevenir e punir desvios ao bem-comum.

A partir do momento em que falha o sistema de responsabilização e controle e que o protecionismo de classe permanece inabalável, o próprio sistema democrático se fragiliza, pois as necessárias mediações dialógicas, de interesse social desaparecem. Os mais vulneráveis permanecem sem voz política, são os invisíveis sociais. Dessa forma, os legitimados

tradicionais, os “donos do poder”, para citar Raymundo Faoro, continuam como sujeitos preferenciais de direito e voz nas instâncias de poder no país (FAORO, 2000, p. 384-388).

O poder não tem origem apenas com a propriedade ou uso de certos recursos e instrumentos, é também relacional, ganha corpo nas práticas e relações cotidianas. É historicamente constituído e resulta de articulações delimitadas a certos grupos de interesse. Deve-se compreender a complexidade multifacetada das instituições de poder, seja político, jurídico, militar, por meio de seus valores, de seus padrões político-culturais que interagem no campo social (BOBBIO; MATTEUCCI, PASQUINO, 2000, p. 937, FISCHER, 1996).

Em contexto de conflito e pressão político-social a instituição se defende das críticas por meio de argumentação e conduta permeada por seus valores corporativos, códigos, mentalidade, reveladores dos pilares de suas práticas (FISCHER, 1996, p. 79). Tal foi o caso dos argumentos expostos pelo TJ/SP à representação na corregedoria do CNJ.

O modo como a comunidade do Pinheirinho foi tratada na reintegração de posse é exemplo de que muitos brasileiros são *subcidadãos*. Subcidadão é aquele que não tem seus direitos civis assegurados, não tem acesso à justiça formal, está na condição de pária social. Sua situação precária seria vista como natural para a parcela mais abastada da sociedade, é alvo preferencial das arbitrariedades policiais (SOUZA, 2000, p. 56-57, 267; KOWARICK, 2002, p. 10).

A violência institucional contra os menos favorecidos é bastante significativa no país, devido à perversa combinação entre a não-consolidação dos direitos civis e sua tradicional cultura política autoritária e excludente, na qual, a violência policial é sua face mais visível e o caso Pinheirinho é claro exemplo (PINHEIRO, 2001, p. 263; CALDEIRA, 2000, p. 136).

Relato de ex-morador do Pinheirinho, esclarece bem o contexto da reintegração de posse de 2012:

> A gente estava comemorado a quebra de uma liminar de reintegração de posse. Lembro de como a gente estava feliz. (…) A gente baixou a guarda. As pessoas estavam dormindo, algumas se deslocando para trabalhar. Não teve tempo de resistência”, afirma. Para ele, o que ocorreu ali foi um esforço para “tirar da vista” aquela multidão de pessoas pobres. “Era inconcebível que uma das melhores cidades para se viver tivesse a maior ocupação da América Latina. É gentrificação.

> Tiraram o Pinheiro para dar cabo desse incômodo.” E o fato de o terreno estar vazio até hoje reforça essa percepção, acrescenta. “Um dos metros quadrados mais bem quistos… É inconcebível que se morasse pobre naquelas terras” (NUZZ, 2022).

Portanto, mesmo com o destaque aos direitos sociais, aos direitos humanos, à função social da propriedade presente na Constituição de 1988, sua proteção e efetividade por meio do Poder Judiciário permanece ainda restrita (TEIXEIRA FILHO, 2016).



Imagens da esquerda para direita: 1) Bairro entregue em 2016 a ex-moradores do Pinheirinho; 2) Área da antiga ocupação, que foi totalmente demolida (imagem nº 4); 3) Cenas da reintegração de posse levada a cabo pela polícia. NUZZI. Vitor. Pinheirinho: da destruição ao recomeço, histórias de vidas reconstruídas. Imagens: Reprodução/Twitter-Pref-SJC/Montagem RBA, 22 de jan. 2022. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/pinheirinho-destruicao-recomeco-vidas-reconstruidas/. Acesso em 20 de jan. 2024.

Em 2016, foi inaugurado conjunto habitacional, para cerca de 1.500 famílias, a maioria de ex-moradores do Pinheirinho sob o programa Minha Casa Minha Vida. O novo bairro continua, contudo, com demandas por serviços públicos semelhantes às da antiga ocupação,

além carregar estigma social, segundo Carlos Júnior, ex-morador do Pinheirinho (NUZZI, 2022):

> O ônibus que roda aqui não leva o nome da gente (*do bairro*). Professores não querem ficar aqui. Não tem lazer, não tem emprego. A gente não é mais ocupação, mas parece que carrega o fardo de ser (NUZZI, 2022).

VILA SOMA

No caso de Vila Soma em Sumaré, houve ocupação nos moldes do Pinheirinho de extensa área de 1.500.000 m^2 de propriedade da Massa Falida Soma S/A e Melhoramentos Agrícolas Vífer Ltda. A área estava desabitada havia mais de 20 anos sem cumprir qualquer função social (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016).

No final de 2013, famílias ocupantes procuraram a Defensoria Pública para auxílio em ação civil pública e em ação de reintegração de posse em que eram rés. Entretanto, o exemplo do Pinheirinho foi utilizado, pelo STF e pela Defensoria Pública paulista, como *standard* do que não deveria ocorrer em Sumaré. A Defensoria trouxe o caso Pinheirinho como exemplo de violação sistemática de direitos humanos em casos de remoções forçadas (TEIXEIRA FILHO, 2016, p. 174-175; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016).

Segundo relato de defensor público, após a repercussão negativa do caso Pinheirinho, houve maior preocupação, no judiciário, em se estabelecer desocupações mais "humanizadas", com plano que resguardasse a dignidade dos moradores. Além disso, a desocupação do Pinheirinho gerou grande quantidade de resíduos sólidos que foram simplesmente enterrados em área de preservação, sem qualquer estudo de impacto ambiental, com a tolerância do poder público (TEIXEIRA FILHO, 2016, p. 175).

Como parte desse esforço de aprendizado do judiciário paulista em analisar a complexidade que envolve a ação de reintegração de posse coletiva, como um *hard case*, de forma sistêmica, foi criado o GAORP (Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse), março de 2015, pela portaria 9.138/2015 do Presidente do TJSP.

Na exposição de motivos para a instituição do GAORP está a necessidade de reduzir os impactos sociais do cumprimento de ordens judiciais de reintegração de posse que possam envolver violações de direitos humanos, com procedimentos de construção de métodos consensuais de solução de conflitos (TJSP, 2015).

O grupo atuou de 2014 à 2019, com atividades interrompidas durante a pandemia, retomadas em 2022 pela portaria nº 10.097-2022 (CNJ, 2023). O grupo é composto pelo juiz assessor da Presidência do TJ, membros do Ministério Público, Defensoria, além de representantes convidados, indicados por seus órgãos, das esferas federal (da Secretaria-Geral da Presidência da República; do Ministério das Cidades); estadual (Casa Civil, Secretaria de Segurança Pública; Comando Geral da PM, Delegacia Geral de Polícia, Secretaria de Habitação, CDHU, Secretaria de Desenvolvimento Social, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania; Coordenadoria Estadual de Defesa Civil do Estado de São Paulo; Procuradoria Geral do Estado de São Paulo; municipal (representante da Secretaria Municipal de Governo; Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos; Procuradoria Geral do Município; Secretaria Municipal da Habitação; Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras) (TJSP, 2015). A solicitação de apoio do GAORP é feita pelo magistrado do caso, (CNJ, 2023; TJSP, 2015).

Em caso de acolhimento da solicitação, é feito um primeiro contato com as partes para obtenção de informações. Em seguida é agendada visita técnica no local da lide e é elaborado relatório com a data da primeira audiência de conciliação/mediação. O relatório é enviado à vara judicial de origem para a intimação das partes e dos interessados para a realização da audiência. Em caso de falta de solução consensual, serão avaliados os procedimentos necessários para o cumprimento da ordem judicial de forma menos gravosa para os ocupantes. Tal procedimento é realizado pela Diretoria de Planejamento (Deplan) (CNJ, 2023; TJSP, 2023).

No caso da Vila Soma, em dezembro de 2015, a Defensoria Pública requereu junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington DC, medida cautelar por grave risco de violação de direitos humanos, na Vila Soma, caso a remoção forçada das famílias realmente ocorresse em janeiro de 2016 (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016).

Dias antes da remoção, agendada para ocorrer entre os dias 17 e 21 de janeiro de 2016, o STF concedeu liminar para suspender a ordem de reintegração de posse na área de conflito, requerida pela Defensoria Pública em 13 de janeiro. A liminar deferida pelo STF e impediu a reintegração de posse da Vila Soma, até o julgamento do recurso pelo próprio STF. Este processo transitou em julgado em maio de 2020.

A Defensoria solicitou atendimento habitacional como condição para a realização da remoção forçada na Vila Soma . O poder público não havia sido apresentado qualquer plano de

remoção das famílias, muito menos o de reassentamento. Havia, assim, grande risco de haver de conflitos sociais e violações de direitos fundamentais, como no caso Pinheirinho (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, p. 10-13; 50).

Na Vila Soma havia duas mil famílias vivendo no local, cerca de 10 mil pessoas, sem qualquer alternativa habitacional caso fossem removidas, pois tanto a CDHU (Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano, como o Município de Sumaré e o próprio governo do Estado de São Paulo não apresentaram alternativa de moradia digna para as famílias (CASOTECA; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, p. 4; 28).

A Defensoria ingressou com ação civil pública com pedido liminar suspender a reintegração de posse até que fosse garantida as moradias para as famílias a serem afetadas. O juízo da 1ª Vara Cível de Sumaré recusou-se a expedir ofício para que os envolvidos na remoção comprovassem a existência de meios dignos para o cumprimento da ordem de remoção (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2016, p. 16).

Nesse complexo contexto social e jurídico, em 29 de fevereiro de 2016, a massa falida vendeu em leilão, a área da Vila Soma para a empresa arrematante FEMA4, com lanço de R$ 64.000.000,00 e pagamento de R$ 6.000.000, divididos em 6 parcelas (AUTO DE ARREMATAÇÃO, 2018).

Posteriormente, a arrematante realizou acordo com a Associação dos Moradores da Vila Soma, em 27 de maio de 2019, com a assinatura de Instrumento Particular de Compromisso de Transação para a solução consensual da demanda possessória, consistente na Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social (Reurb-S), para a transferência da propriedade aos ocupantes mediante pagamento de indenização. O valor a ser pago seria de R$ 60.000.000,00, atualizado em agosto de 2021 (CARLIN, 2021, fl. 2331-2332; CBN CAMPINAS, 2020, CARLIN, 2023, fl. 2332).



Foto aérea de Vila Soma em 2018. LABCIDADE. **O significado da decisão de Carmen Lúcia sobre a Vila Soma.** Fonte: André Dal'Bó da Costa. Luta social e a produção neoliberal do espaço, 25 abr. 2019. Doutorado FAU-USP, 2019. Disponível em: https://www.labcidade.fau.usp.br/o-significado-da-decisao-de-carmen-lucia-sobre-a-vila-soma/ . Acesso em 15 de jan. 2024.

Dessa forma, após muitas negociações, a Vila Soma se transformou em bairro e passa por processo de urbanização para cerca de 2.700 famílias residentes no local. O fim do processo, com trânsito em julgado se deu em 28/03/2020, com indeferimento do recurso extraordinário com agravo em 03/02/2020 (STF, 2023).

Em 6 outubro de 2023, a empresa FEMA4 solicitou ao juízo da Vara Cível de Sumaré ordem de reintegração de posse em face de ocupantes irregulares na Vila Soma que não teriam assinado contrato de compra e venda de lote de modo que procedessem a assinatura do contrato ou desocupação voluntária do lote. A empresa ainda estaria em negociação com a Associação dos Moradores da área para a regularização do máximo de lotes possível (CARLIN, 2023, fls. 2440).

Apenas em 2023 foi ligada rede elétrica pela concessionária, os moradores ainda não dispõem de água encanada, rede de esgoto, coleta de lixo, saúde e transporte público, serviços essenciais e básicos em bairros urbanos. No final de 2023, houve o início das obras de ligação da rede de água e esgoto (BRAZ, 2023).

Dessa forma, nota-se que mesmo com a regularização da posse da terra para os ocupantes, a situação de precariedade e o descaso do poder público em levar serviços públicos essenciais ao novo bairro é clara.

Ainda assim, o caso de Vila Soma pode ser analisado como positivo frente ao caso Pinheirinho, devido ao trabalho da Defensoria Pública que se empenhou para que Vila Soma não se tornasse um novo Pinheirinho. A Defensoria tratou o caso com a complexidade devida, como um *hard case* a ser ponderado pela dignidade da pessoa humana, pelo direito à moradia, pela posse-social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessária ponderação principiológica para a adequada resolução de casos complexos, esbarra, nos casos concretos ora observados, tanto na própria aceitação de se efetivar a função social da propriedade, bem como na necessidade de enxergar questões histórico-sociais, desde longa data tão presentes na realidade nacional, como a questão habitacional, como dignas de terem, pelo menos, o mesmo amparo jurídico do direito à propriedade privada.

Dessa forma, embora a Constituição Federal tenha completado 35 anos, e o novo Código Civil já ultrapasse os 20 anos, ainda há longo e tortuoso caminho a ser percorrido até que a equidade social e o direito a ter direitos seja ponderado e realmente levado a sério no país, tanto no âmbito político como no jurídico.

REFERÊNCIAS

BERKELEY LAW. **The common law and civil law traditions**. Disponível em: https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf . Acesso em 20 dez. 2023.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI. **A História da filosofia do direito**. São Paulo: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. I e II Brasília: Edunb, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas/GEN, 2019.

BRAZ, Isabela. Alexandre Padilha visita Vila Soma, em Sumaré, nesse sábado. Ministro participará da cerimônia do início das obras de ligação da rede de água e esgoto do bairro.

Todo Dia. 23/11/23. Disponível em: https://tododia.com.br/cidades/alexandre-padilha-visita-vila-soma-em-sumare-neste-sabado/ . Acesso em 05 jan. 2024.

CARLIN, Bruno Puerto. **Reintegração de Posse.** 2ª Vara Cível da Comarca de Sumaré. Processo nº 0008497-20.2012.8.26.0604, 06 out. 2023, fl. 2440.

CARLIN, Bruno Puerto. **Reintegração de Posse.** 2ª Vara Cível da Comarca de Sumaré. Processo nº 0008497-20.2012.8.26.0604, 10 ago. 2021, fl. 2333.

CASOTECA de Litigância Estratégica em Direitos Humanos. **Vila Soma**: Litigância Estratégica e o Direito Humano à Moradia. Disponível em: https://casoteca.forumjustica.com.br/caso/vila-soma-litigancia-estrategica-e-o-direito-humano-a-moradia/ . Acesso em 20 dez. 2023.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora das Américas, 2006.

CBN CAMPINAS. **Processo da Vila Soma é encerrado pelo STF.** Disponível em: https://portalcbncampinas.com.br/2020/06/processo-da-vila-soma-e-encerrado-pelo-stf/. Acesso em 05 jan. 2024.

CNJ. **Eficiência Operacional – GAORP.** Disponível em: https://renovajud.cnj.jus.br/conteudo-publico?iniciativa=513 . Acesso em 15 de jan. 2024

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Pedido de medida cautelar por grave risco de violação aos artigos 4(1); 5(1); 17(1); 19; 21(1) e (2); 22(1) e (2); 24 E 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 15 de dez. 2015.

DIDIER JR., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista de Processo**, v. 33, n. 161, p. 9-20, jul. 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Fernanda dos Santos Rodrigues. Precedentes no CPC/2015: os perigos do senso comum teórico dos juristas em tradições de *civil law* e a importância da aplicação do art. 489. **RVMD,** Brasília, V. 11, nº 2, p. 132-156, Jul-Dez. 2017.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Vol. 2. São Paulo: Globo, Publifolha, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** Reais. Salvador: Jus Podium, 2017.

FISCHER, Rosa Maria. O Círculo do Poder – As práticas invisíveis de sujeição nas organizações complexas. In: FLEURY, Maria Tereza Leme; FISCHER, Rosa Maria. **Cultura e Poder nas organizações**. São Paulo: Atlas, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** Volume Único. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. **Conjur**, 05/11/2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios/#:~:text=Dworkin%2C%20regras%20s%C3%A3o%20aplic%C3%A1veis%20segundo,para%20a%20decis%C3%A3o%5B15%5D. Acesso em 26 dez. 2023.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KOWARICK, Lúcio. **Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano**. Novos Estudos Cebrap, n. 63, p. 9-30, 2002.

KUMPEL, Vitor Frederico (et al.) **Noções Gerais do Direito e Formação Humanística.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LABCIDADE. **O significado da decisão de Carmen Lúcia sobre a Vila Soma**. Disponível em: https://www.labcidade.fau.usp.br/o-significado-da-decisao-de-carmen-lucia-sobre-a-vila-soma/ . Acesso em 15 de jan. 2024.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Coisas, Vol. 4. São Paulo: SaraivaJur, 2023

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito. Acesso em 27 dez. 2023.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito Civil: Relações sobre Coisas**, Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Scoretecci, 2024.

NUZZI. Vitor. Pinheirinho: da destruição ao recomeço, histórias de vidas reconstruídas. Imagens: Reprodução/Twitter-Pref-SJC/Montagem RBA, 22 de jan. 2022. Disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/pinheirinho-destruicao-recomeco-vidas-reconstruidas/. Acesso em 20 de jan. 2024.

O'DONNELL, Guilhermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão Parcial. In: MÉNDEZ, J. E.; O'DONNELL, G., PINHEIRO, P. S. **Democracia, violência e injustiça**: o Não-Estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos . Acesso em 17 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-32.htm. Acesso em 15 jan. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Volume IV. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 03765011**. Agravante: José Nivaldo de Melo. Agravada: Selecta Comércio e Indústria S/A (massa falida). Relator Des. Candido Alem, 28 de fevereiro de 2012.

SOUZA, Jessé. **Modernização Seletiva.** Uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UnB, 2000.

STF. **ARE 1251532. Recurso Extraordinário com Agravo**. Origem: SP – São Paulo. Relator: Ministro Presidente. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5836088. Acesso em 05/01/2024.

TEIXEIRA FILHO, Mário Montanha. **A atuação do Poder Judiciário nos conflitos de terra: o caso Pinheirinho**. Dissertação (mestrado) – UNICAMP, IFCH, Campinas, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2019; 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Gabinete da Presidência**. Ofício nº 158/2012, 22/06/2012.

TJSP. **Comissão Regional de Soluções Fundiárias.** Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/solucoesfundiarias. Acesso em 15 de jan. de 2024

TJSP. **Portaria Nº 9.138/2015**: Institui o Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse (GAORP). Disponível em: https://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=23435. Acesso em 16 de jan. 2024.

O MUNDO DA LIBERDADE, DO TRABALHO E DO CAPITAL: ELITE ECONÔMICA, AFRICANOS E CRIOULOS NA PRAÇA MERCANTIL DO RIO DE JANEIRO NO OITOCENTOS

Ênio José da Costa Brito[2]

Resumo

A historiografia brasileira, desde a década de 1990, intensificou as pesquisas com relação à formação do mercado de trabalho e de uma classe de trabalhadores. Lucimar Felisberto dos Santos, em *Entre a escravidão e a liberdade. Africanos e crioulos nos tempos da abolição do Brasil* (1870-1880),[3] "quer discutir como o mundo capitalista urbano da cidade do Rio de Janeiro foi se formando e se definindo a partir da influência e das existências destes trabalhadores" (SAMPAIO *apud* SANTOS, 2023, p. 20). A autora realiza um regaste da presença negra no mercado de trabalho na praça mercantil do Rio de Janeiro no Oitocentos.

Palavras-Chave: escravidão; liberdade; africanos e crioulos; mercado de trabalho; Rio de Janeiro.

Abstract

Since the 1990s, Brazilian historiography has intensified research into the formation of the labor market and a class of workers. Lucimar Felisberto dos Santos, in Between slavery and freedom. Africans and Creoles in the times of abolition in Brazil (1870-1880),[SANTOS, Lucimar Felisberto dos. Between slavery and freedom. Africans and Creoles in the times of abolition in Brazil (1870-1880). Osasco/SP: Edições Acadêmicos, 2023. (ISBN 978-65-990561-3-0-223)] "wants to discuss how the urban capitalist world of the city of Rio de Janeiro was formed and defined itself based on the influence and stocks of these workers" (SAMPAIO apud SANTOS, 2023, p. 20). The author analyzes the black presence in the job market in the commercial square of Rio de Janeiro in the 19th century.

---

[2] *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*

[3] *SANTOS, Lucimar Felisberto dos. Entre a escravidão e a liberdade. Africanos e crioulos nos tempos da abolição do Brasil (1870-1880). Osasco/SP: Edições Acadêmicas, 2023. (ISBN 978-65-990561-3-0-223)*

Keywords: slavery; freedom; Africans and Creoles; job market; Rio de Janeiro.

Novo ordenamento jurídico produtivo em curso na cidade do Rio de Janeiro

Entre a escravidão e a liberdade, originalmente apresentado como tese de doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em História na Universidade Federal da Bahia, em 2013, continua atual com sugestões para uma compreensão mais refinada de questões pendentes no âmbito das relações de trabalho nos períodos pré e pós-abolição de escravizados e escravizadas no Brasil.

Apresentamos de forma sintetizada a leitura desse excelente livro, primorosamente editado, como um convite aos futuros leitores(as) para um contato com o original, que certamente reserva inúmeras surpresas. O editor pensou nos futuros leitores(as) ao realizar uma edição cuidadosa, optando por um formato maior das letras, tanto para o texto como para as notas. Ter colocado as notas no rodapé facilita, e muito, o acompanhamento do texto.

Lucimar Felisberto dos Santos, ao analisar o contexto da praça mercantil do Rio de Janeiro das três últimas décadas do Oitocentos, constatou estar em curso a falência do escravismo como instituição e a emergência de uma cultura de perfil capitalista.

Visando ao "descortinar de um processo de expansão econômica que encera indícios da formação de uma 'burguesia industrial' e, também, de sua específica classe de trabalhadores assalariados, naquele tempo e conexos" (SANTOS, 2023, p. 53), a autora apresenta fato que sinalizam para alterações sociais no trabalho e para a possibilidade de os trabalhadores escravizados constituírem, gradualmente, uma classe, embaraçando e modificando comportamentos da elite econômica, inclusive do legislativo.

Ao levantar e analisar um material histórico com anúncios de venda, de procura-se ou de aluguel de escravizados, libertos e outros trabalhadores, Lucimar confirmou a participação ativa deles nos setores produtivos alternativos à agro exportação e no processo de organização da cidade. A autora percebeu que "a expansão econômica e a conformação urbana favoreceram o surgimento de novas formas sociais, inclusive no que diz respeito à escravidão, o que significou, entre outras possibilidades, que os cativos não assistiam passivos às alterações nas práticas econômicas" (SANTOS, 2023, p. 65). Esse novo ordenamento jurídico produtivo exigia uma mudança de comportamento dos diferentes setores da sociedade.

Em auxílio ao desenvolvimento da Indústria Nacional, políticas foram implantadas, ancoradas em discurso moralizantes. Em 1831, foi criada a Sociedade Auxiliadora da Indústria Nacional, com o objetivo de promover o desenvolvimento e o aprendizado de uma cultura produtiva. Matérias instrutivas foram publicadas nos periódicos sobre a organização do novo mundo do trabalho industrial e a respeito do caráter social, moral e intelectual do preparo profissional.

A implantação de uma ordem burguesa industrial no Brasil requeria a evolução do trabalho escravizado para o livre, uma a solução gradual da "questão do elemento servil".

Dando historicidade ao ato de fuga de escravizados e crioulos

A autora percorreu as páginas do *Jornal do Comércio* e do *Diário de Notícias* para analisar anúncios de episódios de fuga, como da preta Theresa.[4] Nas palavras da autora, "a preta Theresa, quando fugia, permanecia na região central da cidade, costumava 'alugar-se em casas de família, na rua do Sacramento, rua do Espírito Santo e Praia de Santa Luzia" (SANTOS, 2023, p. 116).

A maioria dos escravizados que fugia estava integrada no cotidiano e no mercado de trabalho fluminense.[5] A fuga gerava expectativas de vida melhor, com mais liberdade. Fugia-se para usufruir "doses de liberdade", mesmo na condição de escravizados. Para a autora, "ao seguir as indicações dos anúncios, percebemos que, à época, as estratégias e a lógica que guiavam as ações dos cativos que optavam por fugir na ou para a Corte relacionavam-se com específicas possiblidades: a involução da escravidão, a mobilidade e autonomia ali possíveis aos escravos, e a possiblidade real de se integrarem nos mercados locais" (SANTOS, 2023, p. 120).

Muitos escravizados fugidos eram possuidores de alguma qualificação e aproveitavam a porosidade dos mercados locais para modificarem sua situação econômica internamente à escravidão. "Neste exercício, o ato de fugir surgia como uma possibilidade de inventar um tipo

[4] Depois da leitura de milhares de anúncios, Santos selecionou 121 deles para análise.

[5] Para aprofundar o conceito de cotidiano, ver a definição da antropóloga indiana Veena Das. Entre as páginas 21 e 56 de seu livro, o cotidiano estabelece uma relação pouco simples e banal e bastante complexa e sofisticada na percepção de vida de sujeitos que se constituem e elaboram com práticas de troca, de disputa e de harmonia no campo de sociabilidade que é o cotidiano. (DAS, Veena. Vida e Palavras. A violência e sua decida no cotidiano. São Paulo: Unifesp, 2020).

de liberdade: a possível" (SANTOS, 2023, p.144). Escravizados fugidos, ao serem incorporados aos mercados de trabalho (1870-1880), "percebiam não só o valor econômico do seu trabalho, mas também o tipo de apropriação que seus senhores faziam deles" (SANTOS, 2023, p. 145).

As fugas mostram estarem os escravizados não só cientes do processo de desenvolvimento urbano-industrial em curso na cidade, como revela o fato de serem sujeitos do processo histórico de sua própria libertação, num momento de esmorecimento da política de domínio e de controle.

Segundo Santos, "não só do ponto de vista de quem anunciava as fugas, mas, sobretudo, para os membros das classes trabalhadoras - inclusos africanos e crioulos escravizados -, as qualificações profissionais podiam despontar com um dos recursos diferenciadores de lugares sociais ocupados pelo indivíduo naquele mundo da liberdade, do trabalho e do capital que se consolidava, designando *status* sociais" (SANTOS, 2023, p. 165).

Entre os argumentos que excluíam a população escravizada e seus descendentes da inserção no mercado de trabalho estava o da inexistência da família escrava. Na análise de anúncios de fuga, percebe-se importantes estratégias protagonizadas em família, "na medida em que são analisadas as narrativas dos anúncios, verifica-se que era o esperado dos africanos ou crioulos em suas fugas e, dentre eles, a solidariedade familiar" (SANTOS, 2023, p. 183). As fugas com membros da mesma família revelam o esforço dos escravizados para se manterem unidos na contramão de um ambiente que lhes era hostil.

"A emancipação e a organização do trabalho livre"

Para o exame das mudanças ocorridas no final do Oitocentos, a historiadora analisa uma documentação judicial dos costumes, das convenções e da legislação. Os sistemas que regulavam as relações escravistas e contaminavam as relações de trabalho livre revelavam as ações e as decisões das lutas de escravizados. Lucimar percebeu que foram necessários "específicos eventos para que fosse possível àqueles trabalhadores imaginar – ou generalizar – novas formas de relação de produção" (SANTOS, 2023, p. 219).

As Ordenações Filipinas vigoraram até o Código Civil de 1916 como fundamento da noção de direito do trabalho. Nos últimos anos do Império brasileiro, "não só os usos do termo 'soldada' sofreram ampliações como foram reinterpretadas as determinações das Ordenações Filipinas concernentes ao trato com os criados e, também com os órfãos" (SANTOS, 2023, p. 226). O Juízo de Órfãos, criado para proteger os bens dos órfãos, passou a controlar suas relações de trabalho, frente à disseminação da arte de contar por soldada e de tutelar.

Ações e percepções que revelavam a necessidade de "inovar as políticas de domínio e as formas de se organizar as relações de trabalho e produção, bem como encontrar formas civilizadas, sem abalo à ordem, para superação da questão do 'elemento servil'" (SANTOS, 2023, p. 233).

Entre as singularidades do mundo do trabalho nos Oitocentos inclui-se o caso dos "africanos livres", "a prática social na qual foram eles inseridos pode ser pensada no âmbito das formas de organização do trabalho livre, mas sob condições coercitivas, que coexistiram com a escravidão no Brasil" (SANTOS, 2023, p. 236).[6]

A percepção da autora, em seu levantamento historiográfico, é a de que "esses trabalhadores livres e libertos, envolvidos em diferentes esquemas de trabalho e imersos em suas culturas, percebiam a corrosão do sistema escravista que destituía o mundo do trabalho do princípio regulador do conjunto das relações sociais e, com suas mudanças de atitudes, colaboravam na construção de novos dimensões culturais" (SANTOS, 2023, p. 251).

O ingresso nessa nova ordem liberal, limitada pelo sistema escravocrata, impunha novas condições sociais e históricas às elites dirigentes e aos trabalhadores. "Assim, os caixeiros e os outros agentes do comércio – feitores, trapicheiros, corredores etc., – foram os primeiros dentre as categorias profissionais a serem atingidos de forma direta pelas mudanças nas práticas legislativas, no que tange nas relações de trabalho" (SANTOS, 2023, p. 243).

[6] *Em 2017, a Companhia das Letras publicou a obra da historiadora Beatriz Mamigonian. Africanos Livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil, a autora investiga a abolição do tráfico de escravizados no Brasil desde a proibição da escravização, em 1808, pela Grã-Bretanha e os tratados que garantiram a liberdade dos africanos resgatados dos navios negreiros. Para uma resenha, ver BRITO, Ênio José da Costa. Beatriz G. Mamigonian, Africanos Livres. A abolição do tráfico de escravos no Brasil. Rever. Revista de Estudos da Religião, v. 18, p. 251-257, 2018.*

Trabalhadores, quando entravam com ações reivindicando salários não recebidos, vinculavam-se ao novo conjunto de regras e princípios de matriz capitalista, distanciando-se dos modelos de sujeição escravista.

Leis a serviço do controle da cultura do trabalho ressignificada

Para abordar o desenvolvimento e a tentativa de consolidação da incipiente cultura de trabalho com base em "princípios de legalidade", Santos analisa dois conjuntos de legislação do Direito do Trabalho no Brasil: primeiro, o das Leis de Locação e Serviço de 1830, 1837 e 1879; segundo o das leis abolicionistas de 1871 e 1885. Com intencionalidade de ressaltar "as alterações nas atitudes legislativas, bem como em examinar os interesses e as expectativas dos diferentes sujeitos alcançados pelas legislações" (SANTOS, 2023, p. 253).

Um momento crucial de entroncamento entre as modalidades de trabalho regulado e de trabalho forçado ocorreu nos anos 1870. As classes dirigentes acolheram o desafio de encontrar um ponto de junção entre essas duas formas de organização do trabalho. A autora percebeu que "as medidas legislativas teriam o sentido necessário à transição para a liberdade dos últimos cativos. Daí a elaboração e aprovação da lei (a Rio Branco) que, muito embora tenha sido pensada prioritariamente para levar a cabo um processo gradualista de emancipação, trouxe em seu texto determinações que definiram o lugar social reservados aos libertos, no período imediatamente posterior à sua liberação a sua libertação" (SANTOS, 2023, p. 259 e p. 260).[7]

Os trabalhadores que viveram os últimos anos da escravidão se apropriaram dos conteúdos das legislações e subverteram as expectativas da elite, tirando proveito das leis criadas. As classes proprietárias, "quiçá tivessem percebido que a entrada dos cativos nessa nova cultura

[7] *Para uma análise da Lei de 1871, tanto no Brasil quanto em Cuba, numa ótica das mulheres em busca de seus direitos jurídicos, ver COLLING, Camilla. Concebendo a liberdade. Mulheres de cor, gênero e a abolição da escravidão nas cidades de Havana e Rio de Janeiro. Campinas: Editora UNICAMP, 2018.*

econômica inviabilizava práticas sociais baseadas em antigos costumes e convenções" (SANTOS, 2023, p. 264).

No histórico da engenharia política das alforrias, os libertos ficaram "vencendo salários". A Lei do Ventre Livre, ao legitimar a posse do pecúlio e possibilitar a autoindenização, abriu novos horizontes para os escravizados ao introduzi-los na ordem jurídica. A normatização do pecúlio subverteu a relação de dependência nos limites da escravidão, ao quebrar a hegemonia de uma classe sobre outra.

Segundo a autora, isso provocou um paradoxo entre as leis (1871 e 1885), porque, "por um lado, criaram oportunidades para aos escravos para participar do processo de desescravização, na medida em que os julgavam capazes de atuar em um modelo econômico que lhes permitia a acumulação de recurso em forma de pecúlio e, por outro, restringiam a participação dos libertos naquele mesmo modelo econômico (SANTOS, 2023, p. 274).

Discursos e escritos na antevéspera da abolição da classe proprietária agrária e industriária revelam o desejo de substituir a propriedade do escravizado pela posse dos libertos. Essa "percepção dos objetivos de trabalhadores levaria classes proprietárias a lutarem para que os textos das leis trouxessem específicas restrições. A lei de 13 de maio de 1888, porém, deixou a questão do 'elemento servil' - do 'agente de produção' - sem solução" (SANTOS, 2023, p. 280).

Os trabalhadores que viveram os últimos anos da escravidão se apropriaram dos conteúdos das legislações e subverteram as expectativas da elite, tirando proveito das leis criadas.

O ingresso dos egressos do cativeiro no mercado de trabalho

A elaboração das leis visava a normatizar as relações de trabalho, desmontar um sistema eminentemente personalista baseado em costumes e convenções. Cabia aos legisladores coordenar o processo de transição entre os dois sistemas de produção e a solução foi recorrer às leis e aos decretos.

Quais as conexões entre as experiências dos trabalhadores de diferentes condições e a dos senhores e legisladores? Lucimar percebeu que "num contexto geral de adaptação a uma nova

lógica de produção - o capitalismo -, esses integrantes do mundo do trabalho urbano do Rio de Janeiro do final do Oitocentos reinventavam suas vidas, reviam os seus papéis nesse mundo" (SANTOS, 2023, p. 293).

Os anúncios mostram os empreendedores fluminenses adaptando-se às alterações e diversificações que ocorriam na lógica econômica. As classes trabalhadoras, por sua vez, estavam a par das ideias ilustradas presentes na sociedade.

Quanto à prática de alugar trabalhadores, o Estado foi pioneiro, seguido dos particulares que aderiram a ela. Até o final do século XIX, para alugar escravizados, exigia-se apenas a autorização dos senhores. O padrão da propriedade escrava muda na segunda metade do século XIX, quando a escravidão se transforma num contrato de trabalho, especialmente, nas negociações de alforria.

Duas eram, pois, as modalidades de trabalho urbano remunerados: a de locação da mão de obra e a de ganho. Essas modalidades "foram caracteristicamente formas de exploração capitalistas do trabalho escravo, cujo valor do trabalho beneficiava sobretudo a classe proprietária" (SANTOS, 2023, p. 306).

Em seus trabalhos, ganhadores africanos e crioulos escravizados experienciavam o sentido de liberdade, mesmo repassando parte do ganho aos senhores, porque "o ganho de todos dependeria não só da subversão de costumes ou convenções, mas, também, da oscilação do mercado" (SANTOS, 2023, p. 309).[8] O governo Imperial exercia um amplo controle sobre os ganhadores que não eram considerados escravizados assalariados.

Para criados e criadas era difícil se colocarem no mercado de trabalho. Um problema resolvido, em parte, com o surgimento de agências locadoras, escritórios e companhias que se encarregavam da tarefa de alugá-los.

[8] *Sobre os ganhadores em Salvador, ver REIS, João José. Ganhadores: a greve negra de 1857 na Bahia. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Para uma resenha, ver BRITO, Ênio José da Costa. O extraordinário movimento paredista dos ganhadores na capital da Bahia (1857), Antígona, n.13 - Publicação do Toro - Escola de Psicanálise, Maceió: Edufal , 2020, pp.197-214.*

A coexistência de diferentes "esquemas" de trabalho aponta para a complexidade das relações cotidianas de trabalho que envolviam diversos segmentos sociais e o Estado. A força de trabalho na transição para o trabalho livre e assalariado vai se transformando em mercadoria. Nas palavras da historiadora, "tudo indica que, no limite, tinham o especial sentido de transformar os que haviam experimentado a escravidão em criados - do tipo submisso que viviam 'a bem fazer'-, não em trabalhadores" (SANTOS, 2023, p. 328). Escravizados e crioulos dentro de sua cosmopercepção lutaram e reinventaram "novas formas de viver no mesmo mundo e de reagir ao que lhes era feito" (SANTOS, 2023, p. 328).

Planos, projetos e política policial para integrar ex-escravizados no novo mundo do trabalho

O grupo identificado como "o mosarabi do século XIX" publicou um artigo-síntese na seção pedidos no *Jornal do Comércio,* em 20 de março de 1885, com o intuito de "produzir um sistema de restrição, direcionado ao cerceamento da autonomia e da liberdade almejadas pelos escravizados" (SANTOS, 2023, p. 330). Tinham a intenção de intervir nas deliberações do legislativo relacionadas com o encaminhamento da "questão do elemento servil", intensos debates sobre o tema ocorreram entre 1884 e 1885.

Propunham "converter imediatamente, com o ato de liberdade, a relação de trabalho entre senhores e escravos numa relação entre senhores e possuidores, que seria celebrada com contratos de locação de serviço (SANTOS, 2023, p. 332). Entre os temas apresentados no artigo-síntese temos: as condições de liberdade, desde que sujeita a certas obrigações; obrigações impostas aos libertos de continuar na mesma ocupação; obrigações dos ex-senhores de fornecer alimentos, domicílio, vestuário e tratamento quando enfermo etc.

Lucimar Santos identificou um caminho de propriedade e de posse. Segundo ela, "de proprietário (de escravos) a possuidor (de libertos): este seria o trajeto que deveriam percorrer os donos dos meios de produção, proprietários de estabelecimentos rurais e industriais, do ponto de vista de tal proposta de intervenção na elaboração da lei em discussão" (SANTOS, 2023, p. 338 e p. 339). No fundo, tratava-se de conter o desfecho da abolição, colocar limites às leis abolicionistas, evitar mecanismos institucionais que regulassem a relação capital-trabalho e recuperar o controle sobre os escravizados e libertos.

A lei de 1871 contribuiu para a inserção dos escravizados e libertos nas novas relações de trabalho assalariado. Para os autores do texto síntese, a lei devia contribuir para a constituição de uma nova tradição hierarquizada. Quando se examina a lei de 1885, pode-se constatar a presença de algumas ideias propostas pelo "mosarabi do século XIX", como "o direito ao *usufruto* dos serviços dos libertos pelos seus antigos senhores, por um prazo estipulado de tempo e a alocação forçada (exceto nas capitais)" (SANTOS, 2023, p. 355). Várias medidas coercitivas davam respaldo ao controle dos ex-escravizados e libertos.

Na verdade, estava em curso a reorganização de "uma estrutura de subordinação para o período posterior à Abolição, capaz de precarizar a liberdade que, por força das circunstâncias, seria legalmente concedida" (SANTOS, 2023, p. 358).

Às vésperas da publicação da Lei Áurea, em 28 de abril de 1888, um periódico niteroiense, *O fluminense*, publicou uma matéria que compartilhava com quase todas as ideias expostas na matéria-síntese. O texto anunciava uma época na qual o trabalho seria regulamentado pelo governo. Tratava-se de "impor condições à liberdade, como forma de controlar libertos no pós-abolição. Caberia ao poder público encontrar o modo de acionar esta questão" (SANTOS, 2023, p. 364).

Lutas para tornar concreta uma liberdade abstrata

Dois seriam os pilares para manutenção da ordem social: obrigatoriedade do trabalho e localização forçada, ou seja, "o paradigma pedagógico era claro: a obrigatoriedade do trabalho. 'A todos os cidadãos válidos' de acordo com a posição dos editores do *O fluminense*" (SANTOS, 2023, p. 367). Entende-se, então, por que a vadiagem se tornou um problema no pós-Abolição e acabou levando inúmeros libertos a serem presos.

No entanto, a leitura dos planos e projetos revela uma classe proletária refratária à instalação de uma ordem burguesa na sociedade fluminense das últimas décadas do Oitocentos.

A Sociedade Beneficente da Nação Congo e a Associação Beneficente Socorro Mútuo dos Homens de Cor precisavam pedir permissão para continuar funcionando. Petição que era submetida à aprovação do Conselho de Estado. As experiências associativas eram regidas pelas

políticas públicas, que procuravam limitar os movimentos reivindicatórios. Entre os objetivos associativistas encontrava-se o de exercer livre e legalmente suas funções na capital.

O governo imperial negou sistematicamente a formalização das associações que africanos ou "homens de cor" queriam instalar, pondo, assim, limites às articulações do poder dos grupos subalternizados. Conquistar melhores condições de trabalho e salário constava dos objetivos das agremiações compostas por trabalhadores racialmente identificados como "pretos". As associações continuaram lutando contra uma legislação restritiva, contra os agentes das autoridades imperiais e depois republicanas.

O que permitiu a historiadora concluir que "o entrecruzamento das dimensões econômicas com mudanças sociais e políticas (uma República seria proclamada em um dos intervalos desta pesquisa) é imprescindível ao entendimento dos sentidos das lutas e das vivências dos africanos e crioulos que viveram as últimas décadas da escravidão e os primeiros anos após a Abolição" (SANTOS, 2023, p. 388).

A ordem contra os trabalhadores urbanos

Nas palavras de Lucimar Santos, após 1888, "quando o poder público, finalmente, se colocou como entidade responsável pelo controle das classes trabalhadoras, a pressão sobre a liberdade conquistada em definitivo não arrefeceu" (SANTOS, 2023, p. 401). Tanto para o Código Criminal de 1830 quanto para o Código Penal de 1890, a vadiagem permaneceu sendo criminalizada. A polícia combateu os "movimentos *infrapolítico*s em defesa de uma cultura de origem escrava e, no limite, africana" (SANTOS, 2023, p. 406).

O destino dos presos do combate ao ócio - ébrios, mendigos, desordeiros, capoeiras, jogadores e *cafténs*[9] -, era a Casa de Detenção do Rio de Janeiro. Quem deixasse de exercitar profissão, ofício, também seria considerado contraventor, como os mendigos e ébrios. São expressivos os dados sobre as pessoas de cor detidas no período.

[9] *Cafetinos. Quem pratica cafetinagem ou vive às custas da prostituição de outro corpo.*

Com isso, é possível perceber que “a população negra do Rio de Janeiro estava lidando com a continuidade de uma situação que já era considerada limite nos tempos do cativeiro. Portanto, uma herança social a ser negada” (SANTOS, 2023, p. 406).

Nem a mudança de regime político alterou essa dinâmica de manutenção da ordem. As ilegalidades nos atos de pressão eram rotina, julgamentos e processos eivados de ilegalidade eram comuns. Digno de nota era a “agência por parte das classes trabalhadoras, envolvendo concepções próprias e formas decisivas de interferir em seus próprios destinos” (SANTOS, 2023, p. 418). A população negra era o alvo preferido dos controladores da ordem, o que explica em parte o fato de muitos terem optado por organizar suas vidas fora dos limites urbanos da cidade.

A mudança de mentalidade no mundo do trabalho colocava desafios de manter seus agentes de produção tanto na cidade como no campo. Qual o trabalhador requerido pelo novo projeto econômico? Esse, excepcionalmente, era o corpo de quem “poderia ser um homem saído do cativeiro” (SANTOS, 2023, p. 424).

A defesa da imigração passou a ser um dos motes para acelerar a substituição do trabalho servil pelo livre, nacional ou estrangeiro. Para os nacionais “não há propostas de se lhes oferecerem possibilidades reais de escaparem daquelas condições de trabalho análogas à escravidão” (SANTOS, 2023, p. 427). Grande incentivo se deu à imigração de origem europeia na segunda metade do século XIX. Construiu-se a imagem do migrante como a de um bom e civilizado trabalhador. Mesmo assim, “o que foi determinante no tipo de relação de trabalho que eles viriam a vivenciar foram as alianças firmadas com os capitalistas, os empreendedores e empregadores sediados naquela Praça, o que faz todo o sentido diante das circunstâncias históricas” (SANTOS, 2023, p. 432).

Planos, projetos e política policial foram pensados pelas elites proprietárias para perpetuar a condição social da escravidão, alijar a população negra do mercado de trabalho, que naquela conjuntura se especializava. É o que constata a autora: “pode-se imaginar o quão difícil era para um ‘homem de cor’, africano ou crioulo, contemporâneo daqueles acontecimentos escapar a esses determinantes históricos” (SANTOS, 2023, p. 435).

O período protoindustrial das forças produtivas contou com as mãos de obra negra e africana que, em seguida, foram sistematicamente excluídas no momento de implantação da nova tradição econômica, social e cultural. No entanto, com seu protagonismo, demonstrou "que eram potenciais portadores de condições para tornarem-se membros de uma classe m formação" (SANTOS, 2023, p. 441).

Pontuações finais

Na visão da elite econômica, os ex-escravizados e libertos e seus descentes não tinham capacidade de viver em liberdade. Lucimar Felisberto dos Santos propôs mostrar, exatamente, o contrário, em *Entre a Escravidão e a liberdade* ao "investigar dimensões microscópicas do concretamente vivido por africanos, crioulos e seus descendentes no Rio de Janeiro, nas décadas finais do Oitocentos, e no alvorecer do século XIX" (SANTOS, 2023, p. 440). O que realizou com rigor acadêmico e competência didática ao explorar nervuras de um processo que se implantava no país, uma nova tradição econômica, social e cultural.

Rompendo com visões hierarquizantes da história do trabalho e dos trabalhadores, insere escravizados e crioulos e seus descentes como pertencentes à classe trabalhadora. Pertencimento ativo, pois, aproveitando de "circunstâncias pontuais para, num duplo movimento, defender uma específica dimensão cultural e negar uma dimensão social que as conjunturas históricas do fim do escravismo produziam" (SANTOS, 2023, p. 441).

Frente à riqueza de dados, informações, análises e reflexões reveladoras de um sexto sentido historiográfico da pesquisadora, optamos por esboçar uma pequena mandala com algumas ideias presente no livro, sem a intenção de ser abrangente. Em sua elaboração, seguimos rastros e fios apontados pela autora.[10] Nossa intenção é a de reavivar alguns pontos significativos do livro.

[10] *Na apresentação dos textos omitiremos o nome da autora (Lucimar Felisberto do Santos) e ano (2023), indicando apenas a página. (A referência da obra está presente no final do texto).*

Confeccionando a Mandala

"Obviamente, o disposto na legislação visava, principalmente, ao então Município Neutro da Corte - a capital do país. À época, cidade comercial e de serviço que intensificava sua produção industrial na implementação de um projeto socioeconômico capitalista" (p. 421).

"Um dos segmentos dessa mesma elite, que se diversificou por investir no setor industrial, incluindo até mesmo na relação desse tipo de produção a exploração de mão de obra de escravizados..." (p. 332)

A política imperial e republicana e as elites proprietárias recorreram a medidas legislativas e à política policial para manter as relações de sujeição dos escravizados e libertos (p. 432).

Superar o mundo do trabalho tutelado e forçado (p. 342), uma condição análoga à escravidão (p. 348), exigiu dos africanos, crioulos e libertos um movimento *infrapolítico* (p. 156).

O conceito de *infrapolítico* criado por Robin Kelley é utilizado, "para descrever os confrontos diários, ações evasivas e pensamentos que muitas vezes, apesar de sufocados, podem informar momentos políticos organizados" (p. 156)

Os movimentos *infrapolíticos* em defesa da cultura de origem escrava foram combatidos pela política policial (p. 406).

"O fim da escravidão não terminaria com a dimensão cultural por ela produzida" (p. 276).

Alijados, postos a ganho ou executando tarefas especializadas, os escravizados participaram efetivamente na economia do Rio de Janeiro. (p. 267).

Como agentes históricos, escravizados e crioulos deram sentido às novas formas sociais (p. 282), "reinventaram novas formas de viver no mesmo mundo e de reagir ao que lhes era feito" (p. 328).

Trabalhadores foram aguerridos na defesa de sua liberdade e na luta por aquisição e ampliação de direitos (p. 437).

Após a Lei do Ventre Livre (1871), o comportamento dos libertos afetou as relações estabelecidas com seus antigos proprietários (p. 341)

"O deslocamento estrutural das relações sociais de trabalho da conjuntura em análise foi potencializado tanto pelo desmonte do sistema escravista quanto pelas possibilidades econômicas surgidas no período, que só indiretamente diziam respeito à transição vista como necessária a este processo" (p. 388).

Africanas como Delfhina, "alternativamente, reagindo a todo um sistema de restrições, elas souberam negociar posições. Uma vez que o mundo do operariado que emergia era masculino, a atuação com tabuleiros, nas bancas de frutas, verduras e/ou plantas asseguraria a autonomia, o tipo de liberdade almejada pelas africanas" (p. 448).

Acompanhar os rastros e fios apresentados pela autora requer de seus futuros leitores uma atenção permanente para não deixar escapar as sutilezas presentes nas suas reflexões e análises. Lucimar Felisberto dos Santos soube extrair o máximo de dados obtidos no amplo diálogo historiográfico travado por ela com uma profusão de autores das mais diversas áreas, tendo sempre o cuidado de referendar seus interlocutores.

Entre a escravidão e liberdade convida seus futuros leitores(as) a olharem o retrovisor da história, não só para tomar conhecimento da diuturna luta travada por africanos, crioulos e seus descendentes para se inserirem no novo mundo do trabalho, mas, também, a renovar nosso olhar sobre a realidade dos trabalhadores e trabalhadoras brasileiras na atualidade. Situações análogas à escravidão com frequência são ainda notícias na segunda década do século XXI na sociedade brasileira.

Concordo em gênero, número e caso com Gabriela Sampaio que afirma no prefácio que "a pesquisa inédita e a força da argumentação de Lucimar Felisberto dos Santos precisam ser divulgadas, ganhar novos leitores, chegar a variados públicos, fazendo conhecida a luta e fundamental participação dos egressos da escravidão na construção das riquezas do país capitalista e industrial que se tornou o Brasil" (SANTOS, 2023, p. 25). Essa é a nossa intenção ao elaborar esta leitura-síntese.

A *Ramalho Edições Acadêmicas* está de parabéns por oferecer ao público um texto tão importante, que nos ajuda a compreender o passado e o nosso presente.

Bibliografia

BRITO, Ênio José da Costa. O extraordinário movimento paredista dos ganhadores na capital da Bahia (1857). **Antígona,** n.13 - Publicação do Toro - Escola de Psicanálise, Maceió: Edufal, 2020, (p.197 até p. 214).

COLLING, Camilla. **Concebendo a liberdade**. Mulheres de cor, gênero e a abolição da escravidão nas cidades de Havana e Rio de Janeiro. Campinas: Editora UNICAMP, 2018.

DAS, Veena. **Vida e Palavras**. A violência e sua decida no cotidiano. São Paulo: Unifesp, 2020.

MAMIGONIAN, Beatriz G. **Africanos Livres**: a abolição do tráfico de escravos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MAMIGONIAN, Beatriz G**, Africanos Livres**. A abolição do tráfico de escravos no Brasil. **Rever**: Revista de Estudos da Religião, v. 18, p. 251-257, 2018.

REIS, João José. **Ganhadores:** a greve negra de 1857 na Bahia. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SANTOS, Lucimar Felisberto dos. **Entre a escravidão e a liberdade**. Africanos e crioulos nos tempos da abolição do Brasil (1870-1880). Osasco/SP: Ramalho Edições Acadêmicas, 2023

MÉTODO DA PONDERAÇÃO e GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE OU PANDEMIA

Renato Dellova[11]

Samuel Rodrigues de Paula [12]

RESUMO

O artigo aborda o aparente conflito entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade de ir e vir. No final do ano de 2019, o mundo conheceu a covid-19, um vírus que ocasionou uma pandemia nunca vista pelas atuais gerações, por consequência, rapidamente, o micro-organismo teve seu nome nos holofotes, devido a sua letalidade e a rapidez em que se propagou. Esta situação privou os cidadãos da liberdade de ir e vir durante a pandemia para proteção do direito à vida. O direito à saúde é estritamente relacionado ao direito à vida, e durante a Covid-19, o meio que garantiu a boa administração da saúde coletiva foram os de prevenção, frenando a proliferação do vírus e restringindo outros direitos, tais como, o fechamento de locais e serviços baseados na aglomeração de pessoas. Com este estudo buscou-se compreender se os direitos fundamentais efetivamente conflitam, e se isso acontece, como o método da ponderação pode contribuir para que haja equilíbrio e possam coexistir no sistema jurídico. O trabalho vislumbra uma visão interessante ao demonstrar o combate entre o direito de ir e vir e o direito à vida, na pandemia da Covid-19.

Palavras-chave: Pandemia. Covid-19. Ponderação. Liberdade. Locomoção. Colisão.

ABSTRACT

The article addresses the apparent conflict between the fundamental rights to life and freedom to come and go. At the end of 2019, the world got to know covid-19, a virus that caused a pandemic never seen by current generations, therefore, quickly, the micro-organism had its name in the spotlight, due to its lethality and speed in that spread. This situation deprived citizens of the freedom to come and go during the pandemic to protect the right to life. The right

[11] *Professor de Direito da Universidade São Francisco–USF. Doutorando em Direito e Ciências Sociais (UNC, Córdoba, ARG). Doutor em Educação (USF/SP). 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).*

[12] *Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal (FAAP). Mediador e Conciliador (TJSP). Atua no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania-CEJUSC da cidade de Valinhos, SP. Advogado e Membro da Comissão de Relações Internacionais da OAB (Campinas, SP).*

to health is strictly related to the right to life, and during Covid-19, the means that ensured the good administration of collective health were prevention, curbing the proliferation of the virus and restricting other rights, such as closing places and services based on the agglomeration of people. This study sought to understand whether fundamental rights effectively conflict, and if this happens, how the weighting method can contribute to balance and coexistence in the legal system. The work envisions an interesting vision by demonstrating the fight between the right to come and go and the right to life, in the Covid-19 pandemic.

Keywords: Pandemic. Covid-19. Weighting. Freedom. Locomotion. Collision.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Direito de ir e vir na pandemia do covid-19 – 3. Do direito à vida e a liberdade de ir e vir – 4. Da ponderação – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, importa tratar da diferença entre pandemia e epidemia. Em resumo, epidemia é o termo usado quando se refere a uma doença que se espalha em uma pequena área específica, como por exemplo uma cidade. Pandemia, por outro lado, é o termo que se usa quando uma doença se espalha para uma área maior, um ou mais países vizinhos ou, até mesmo, para uma escala mundial.

De acordo com Santos (2020):

> Quando falamos em epidemia, referimo-nos ao aumento de casos de uma doença em uma região que excede o número esperado para aquele período do ano. As epidemias podem atingir municípios, estados e até mesmo todo um país. No caso da pandemia, observa-se a distribuição da doença por diferentes países.

Cada vez mais cresce a mobilidade em escala mundial, sendo consequência da globalização. Atualmente, é muito mais fácil se locomover para qualquer lugar do mundo do que era na antiguidade, graças ao advento de automóveis, de transportes coletivos, aviões etc,

que são utilizados para turismo ou, simplesmente, para a locomoção, levando pessoas a diversos lugares do globo terrestre.

Com o aumento da mobilidade, principalmente em transportes públicos, como aviões, navios e ônibus, vem a facilidade da proliferação de novas doenças, devido ao alto nível de exposição e contato com um grande número de pessoas.

Sobre a globalização e a proliferação da Covid-19, afirma Echeverría (2020):

> O lugar de origem do vírus diz muito sobre a globalização: uma sociedade onde convivem a maior dinâmica econômica do planeta e práticas tradicionais das populações em seu relacionamento com os bosques e espécies silvestres; mercados onde essas espécies são vendidas, situados em cidades com milhões de habitantes e interconectadas com o planeta.

O local de origem do vírus tem alta movimentação de pessoas que vão para todos os locais do mundo, por consequência da globalização e da facilidade de mobilidade, uma das razões determinantes para a Covid-19 ter alcançado o nível mundial de forma tão sorrateira e repentina.

No ano de 2003, já se teve notícia de um surto do Corona vírus, também em escala mundial, como no caso da Covid-19.

Ocorre que, na mesma época, Silva (2003) já havia dito que “em 1894, teve início em Hong Kong a terceira pandemia de peste bubônica, foram necessários cinco anos para que chegasse ao Brasil. Desta vez, bastaram alguns dias para a chegada dos primeiros casos suspeitos”.

Acontece que muitas pessoas têm reações assintomáticas com novos vírus, pois, em muitos casos, os sintomas iniciais são semelhantes ao de uma gripe comum, o que faz com que a maioria das pessoas pensem que não seja nada grave e façam suas viagens normalmente, tendo contato com várias pessoas.

Cotidianamente, com exceção às situações pandêmicas, as pessoas não têm cuidados severos de higienização, para evitar contágio de doenças, o que facilita o contágio desenfreado de novos vírus, o que ocorreu com mais frequência.

Com relação aos contaminados assintomáticos na covid-19:

> [...] o que mais contribui para que a pandemia se agrave é a rapidez com que o vírus se espalha. O principal problema é que mesmo pacientes sem sintomas são capazes de transmitir o vírus. Um estudo realizado por norte-americanos e chineses publicado no periódico Science apontou que dois terços das infecções foram transmitidas por pacientes sem sintomas (POR QUE 2020).

Isso reforça a ideia exposta anteriormente, isto é, aqueles que mais contribuem para a proliferação de alguma doença, geralmente, são os infectados assintomáticos (sem sintomas), porque não percebem a contaminação e levam suas vidas normalmente, além de disseminarem para diversos locais no começo de uma pandemia.

Notadamente, por conta disso, o vírus se manteria em circulação, caso não fosse tomada medida de contenção, como o isolamento social, adotado no Brasil e em diversos outros países na pandemia da Covid-19.

Conforme infectologistas, a “quarentena” ou o isolamento social é uma das medidas mais eficazes para a contenção de qualquer vírus, principalmente para aqueles de proliferação aérea, além de cuidados básicos, como lavar as mãos e uso de máscaras.

Repisa-se que, a frequência do surgimento de novas pandemias vem aumentando consideravelmente no último século, nesse sentido, Silveira (2020) conclui que:

> [...] se há alguma coisa quase certa em relação à atual pandemia é que ela não será a última que a humanidade vai enfrentar. Só não se sabe quando e de onde virá a próxima e qual seu agente causador, se um vírus, bactéria ou outro micro-organismo.

Em breve análise, pode-se verificar que o surgimento de doenças inéditas tem relação direta com a globalização, tendo em vista que, na evolução da industrialização da vida da civilização moderna, o sistema de produção exige muito do ecossistema, o qual sofre com mudanças e demandas necessárias ao avanço tecnológico.

Para o engenheiro florestal André Ferreti:

> Juntamos a mudança climática com esse efeito da ilha de calor, que é causado por essa grande região metropolitana cheia de concreto e cimento. Vemos também todo o problema da canalização dos rios, a ocupação de leitos de rios, de áreas de banhados - que seriam áreas inapropriadas para construção das casas, das infraestruturas públicas e privadas. Acabamos invadindo áreas em que naturalmente o excedente de água se concentrava, aí temos essa situação caótica (BOEHM, 2020).

Nesse ínterim, outro caso comum, que pode ser citado como exemplo, é a quantidade de enchentes que temos em São Paulo, causadas pela concentração urbana, ou seja, pelo tanto de área construída em determinado perímetro, de modo que não existe solo para absorver a água que cai da chuva.

Completando o raciocínio, o médico sanitarista Gonzalo Vecina Neto expõe que "haverá outros vírus ou micro-organismos tentando colonizar o homem, nos usando como reservatório e produzindo doença" (SILVEIRA 2020).

Para elucidar, pontua-se que o ser humano está ocupando o espaço desses micro-organismos e, além disso, está oferecendo outros espaços para eles habitarem.

Como exemplo, temos a exploração da pecuária em grandes proporções, sem os devidos cuidados de higienização, o local que facilitará o desenvolvimento e mutação de novas doenças (SILVEIRA 2020).

Sendo assim, o grande causador de pandemias parece ser o Homem, que com a industrialização em massa prejudica ecossistemas antes isolados e força a natureza a tomar caminhos diferentes dos naturais.

O único prejudicado dessa exploração indiscriminada e inconsequente é o próprio ser-humano, pois, além de prejudicar o planeta em que habita, a natureza responde em proporções ainda maiores, não apenas com novas doenças, mas também com enchentes, dentre outros desastres naturais.

No final do ano de 2019, o mundo conheceu a covid-19, um vírus que ocasionou uma pandemia nunca vista pelas atuais gerações, por consequência, rapidamente, o micro-organismo teve seu nome nos holofotes, devido a sua letalidade e a rapidez em que se propagou.

2. Direito de ir e vir na pandemia DA COVID-19

É sabido o tamanho da crise causada pela pandemia da covid-19 no ano de 2020, não só por ter alcançado um nível mundial, como também pelo número altíssimo e acelerado de contágios, ceifando vidas e impactando na economia global.

No Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 06/2020, foi determinado estado de calamidade pública, o qual influenciou os governantes estaduais e municipais a legislarem sobre o funcionamento do comércio e indústrias, que, diante das políticas de isolamento social, causou repercussões e limitações no direito de ir e vir dos cidadãos (BRASIL, DLG. 6/2020, 2020).

Com o objetivo de frear o contágio, foi sancionada a Lei nº 13.979/20, que autorizou a aplicação de políticas de isolamento social e de quarentena no cotidiano das pessoas, medida que foi aplaudida por alguns e criticada por outros. Vejamos:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.
> Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
> I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

> II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus (BRASIL, Lei n. 13.979/20, 2020).

Frise-se que o não cumprimento das medidas sanitárias acarretaria conduta criminal, conforme o Código Penal, "art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa" (BRASIL, CP, 2020).

Na sequência, a Medida Provisória nº 926/20, alterou o texto da lei 13.979/2020, dando plenos poderes para os estados e municípios exercerem a contenção, quando necessário privando a locomoção de pessoas no contexto interestadual e intermunicipal, frisando o caso de necessidade, vejamos:

> Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:
> VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:
> a) entrada e saída do País; e
> b) locomoção interestadual e intermunicipal (BRASIL, MP 926/2020, 2020).

Assim, os estados, durante a vigência dessa medida provisória, tiveram autonomia para restringir o direito de ir e vir dos seus cidadãos, em prol do direito da coletividade.

Sobre a autonomia dos estados, temos o seguinte precedente:

> HABEAS CORPUS Nº 582.517 - BA (2020/0116593-8) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE : MATEUS

NOGUEIRA DA SILVA ADVOGADO : MATEUS NOGUEIRA DA SILVA (EM CAUSA PRÓPRIA) - BA036568 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA IMPETRADO : MUNICÍPIO DE LAURO DE FREITAS PACIENTE : MATEUS NOGUEIRA DA SILVA INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA DECISÃO Trata-se de habeas corpus ajuizado, em seu próprio favor, por Mateus Nogueira da Silva, no qual aponta constrangimento ilegal decorrente do indeferimento do pedido liminar formulado no HC n. 8012255-38.2020.8.05.0000, em curso no Tribunal de Justiça da Bahia, e da consequente manutenção do toque de recolher determinado no Decreto Municipal n. 4.626, de 22/5/2020, editado pela Prefeita de Lauro de Freitas/BA. O impetrante argumenta, em síntese, que o ato normativo é ilegal, em confronto claro à Lei n. 13.979/2020; que carece de embasamento jurídico e científico para sua implementação; que a parte do decreto que se enquadra como norma secundária, prevendo sanções no caso de descumprimento, viola sua liberdade de locomoção; e que lhe proíbe de exercer livremente seu direito de locomoção nas intermediações do Município. Requer a concessão de salvo conduto a ele e à coletividade, a fim de restabelecer a ordem jurídica e a vigência da Constituição Federal que está sendo suspensa pelo decreto combatido, assegurando a liberdade de locomoção no município de Lauro de Freitas/BA. É o relatório. As Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte, na esteira do preceituado na Súmula 691/STF, têm entendimento pacificado de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator indeferindo medida liminar em ação de igual natureza, ajuizada nos Tribunais de segundo grau. Esse posicionamento pode ser afastado apenas em situações excepcionais, se evidenciada a configuração de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, o que aqui não se observa. Diante da inadmissível supressão de instância, convém aguardar o trâmite regular dos habeas corpus na origem, a fim de permitir que o órgão competente análise em maior profundidade a matéria ali levantada. Pelo exposto, indefiro liminarmente a petição inicial (art.

> 210 do RISTJ). Publique-se. EMENTA HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR QUE INDEFERE MEDIDA LIMINAR EM MANDAMUS ORIGINÁRIO. DECRETO MUNICIPAL. TOQUE DE RECOLHER. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF. Writ indeferido liminarmente. Brasília, 25 de maio de 2020. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator (BRASIL, STJ, 2020).

Na jurisprudência acima, nos deparamos com a situação em que o impetrante do *habeas corpus* pede, por ele e pela coletividade, a concessão de salvo conduto, visto que, supostamente, no Município de Lauro de Freitas/BA existia um decreto municipal que determinava toque de recolher para a população.

O cidadão argumentou que o decreto, em tese, possuía amparo pela Lei 13.979/2020, e violava sua liberdade de locomoção e da coletividade, garantida pela Constituição Federal.

Com relação à economia, pareceu necessário que a população trabalhasse para fomentar riqueza. Em contrapartida, havia a questão humanitária, a saúde, referente ao contágio e, por consequência disso, os governos estaduais e municipais legislaram de forma a frear a proliferação do vírus.

Por determinado período, mesmo que acabasse atingindo o funcionamento de comércios e indústrias, bem como limitando a circulação de pessoas, até certo ponto, essas medidas eram justificáveis.

Sobre a pandemia da Covid-19 e o direito de ir e vir, Bispo (2020) expõe que “em 2020, o Brasil foi atingido por uma pandemia com dimensões devastadoras, que chegou diretamente a repensar na dinâmica constitucional de políticas de ir e vir, saúde e economia”.

Como consequência, surgia uma dúvida, se estados e municípios possuíam competência para legislarem sobre o fechamento da indústria e comércio e a limitação da circulação de pessoas.

A reflexão acerca da capacidade dos estados e municípios legislarem sobre a atividade da indústria e comércio, com o objetivo de limitar a circulação de pessoas em seus territórios, era de suma importância, visto que existia um desencontro ao que temos na Carta Magna.

Sobre a competência legislativa, a Constituição Federal é clara, "art. 22º Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho" (BRASIL, CRFB, 1988).

Sobre o direito comercial, acima mencionado, observa-se que apenas a União poderia legislar quanto ao funcionamento de comércios, ficando implícito que havia uma possível inconstitucionalidade nos atos dos Estados e Municípios que legislaram livremente sobre o assunto.

3. do direito à vida e a liberdade de ir e vir

Tavares (2012) afirma que o direito à vida "é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente. É assim, o direito humano mais sagrado".

Para Nascimento (1997):

> No exame sistêmico do texto constitucional, incompreensível seria garantir-se como cláusulas pétreas, a vida e a integridade física do homem e não se garantir com a mesma eficácia de cláusula intocável por emendas constitucionais, visto que a saúde, destutelada, pode levar inclusive à morte. A proteção estatal da saúde decorre dos princípios adotados pela Carta, e, como resultado, é limitação material implícita a obstar sua abolição, ou redução, por emenda constitucional.

Em sendo assim, o direito à saúde é estritamente relacionado ao direito à vida. Durante a Covid-19, o meio que garantiu a boa administração da saúde coletiva foram os de prevenção, frenando a proliferação do vírus e restringindo outros direitos, tais como, o fechamento de locais e serviços baseados na aglomeração de pessoas.

Sobre o dever do estado de garantir o direito à vida, Tavares (2012) explana que "o direito à vida se cumpre, neste último sentido, por meio de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável".

Nesse ínterim, é função do Estado prevenir e garantir o direito à vida da coletividade, tendo autoridade para manejar as leis de acordo com a necessidade de cada momento, desde que, trabalhe com o "meio-termo" ou, usando o meio técnico, abordando o método de ponderação de direitos.

4. dA ponderaÇÃO

Por ser uma situação atípica, onde o bem maior, que é a coletividade, é visado, deve-se ponderar e encontrar medidas viáveis e eficazes para as situações de fato, unificando o "melhor dos dois mundos". Esse seria o conceito didático de ponderação dos direitos: chegar ao meio-termo na razoabilidade.

Nesse contexto, Moraes (2016) ensina que o direito de ir e vir não é absoluto:

> Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela constituição federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Logo, nessa situação em que exista conflito de garantias constitucionais, deve-se ponderar entre a dignidade da pessoa humana e a importância do objeto discutido, visando sempre o melhor para a coletividade.

Para Steinmetz (2000):

> a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas, a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional e o método da ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade.

Assim, o melhor caminho a ser trilhado, nesses momentos de interferência entre direitos, é ponderar o que é, de fato, melhor para a coletividade, analisando cada caso individualmente.

A hipótese de colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, Alexy (2016, p. 110) não entende que um deles possa ser declarado inválido, que seja possível introduzir em um deles uma cláusula de exceção ou mesmo que exista uma relação de precedência absoluta ou abstrata entre quaisquer princípios. Alexy partirá da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, para defender que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância, devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer.

A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso Lüth (ALEXY, 2003), para resolver um conflito entre direitos fundamentais.

Esse método não serve apenas para a Covid-19, mas também para futuras situações semelhantes, como outras pandemias ou crises, nas quais dois direitos fundamentais entram em conflito.

No caso em questão, a pergunta que vem à tona, seria: que conflito é esse? Bom, o conflito entre a liberdade de ir e vir e o direito à vida, mais figurado na saúde coletiva geral.

Enquanto se restringiam a liberdade de ir e vir, as medidas de contenção serviam para garantir o êxito do direito à saúde e à vida, ocasião em que a estratégia de ponderação deveria ser utilizada.

A ponderação, nesse caso, seria o equilíbrio entre a liberdade do direito de ir e vir e o direito à vida, de modo que o mesmo seria ajustado para garantir a saúde coletiva.

Ainda, sobre o conflito de direitos e garantias fundamentais, Moraes (2016) conclui que:

> Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Diante de toda a doutrina e legislação exposta, apesar de ser algo muito recente, podemos observar que o direito de ir e vir foi restringido, momentaneamente, em prol do direito à vida, por ser, naquele momento, o bem maior a ser resguardado, defendendo a coletividade e, consequentemente, o direito individual de cada cidadão.

5. Conclusão

O presente artigo analisa o direito de ir e vir e o direito à vida, na situação da pandemia da Covid-19. A importância na abordagem do tema, se deu em razão de ser uma pandemia causada por um vírus inédito que ceifou um número considerável de vítimas.

Tendo isso em vista, houve a necessidade de se decretar quarentena, exigindo o isolamento social de boa parte da população, o que impactou diretamente no enfraquecimento da economia brasileira.

O setor econômico restou prejudicado porque, com a permanência das pessoas em casa, houve diminuição de consumo na maioria dos setores, além de muitas empresas terem sido obrigadas a manterem as portas fechadas, sem exercer as suas atividades laborais, e em muitos casos, alcançando a falência.

Com isso, surgiu a discussão sobre a legalidade do fechamento de comércio, visto que, no exercício pleno do direito de ir e vir, os cidadãos entendiam que o isolamento social deveria ser opcional.

Por outro lado, surgiram argumentos defensores do direito à vida, não só por ser um dos direitos mais importantes, mas também por ser a base de vários outros direitos fundamentais que existem e são defendidos pela Constituição Federal.

Sendo assim, vimos que apesar do direito à liberdade de locomoção ser um direito fundamental, ele não é absoluto, pois na própria Constituição, que garante a liberdade de ir e vir, também poderá impor restrições “nos termos da lei”.

Demais disso, devemos saber que, nos casos em que direitos fundamentais se chocam, deve ser utilizado o mecanismo da ponderação, de modo que haja um equilíbrio e os dois possam coexistir na esfera jurídica.

Como a igualdade é relativa, para cada situação de fato deve ser encontrado um meio-termo entre os direitos, visando garantir o direito à vida, mas também manter a liberdade de ir e vir.

Neste caso específico deveria ser levado em consideração o número de infecções semanais ou diárias, para, assim, realizar-se um estudo científico sobre a viabilidade do relaxamento das restrições impostas ao direito de ir e vir, tais como o aumento de infectados, a economia, e a liberdade das pessoas, mas acima disso, priorizar o direito à vida da coletividade. Dessa forma, alguma racionalidade seria conferida sobre qual direito prevalecer.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris, vol. 16, n.2, junho de 2003, p. 132/134.

BISPO, Luana. **Supremacia constitucional e decisão do STF em manter a autonomia dos estados e municípios no combate à pandemia de coronavírus**. Jus.com.br, jun. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/82183/supremacia-constitucional-e-decisao-do-stf-em-manter-a-autonomia-dos-estados-e-municipios-no-combate-a-pandemia-de-coronavirus Acesso: 20 jan. 2021.

BOEHM, Camila. **Desenvolvimento desordenado é uma das causas de enchentes em SP**. [Entrevista concedida a] André Ferreti. Agência Brasil, São Paulo, 13 fev. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/desenvolvimento-desordenado-e-uma-das-causas-de-enchentes-em-sp . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL, Medida Provisória 926/2020, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, **para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm#:~:text=MPV%20926&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,import%C3%A2ncia%20internacional%20decorrente%20do%20coronav%C3%ADrus . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Decreto Legislativo 06/2020, de 20 de março de 2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Compl nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública**, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial do Senado Federal, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm . Acesso: 20 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente**

do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 fev. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735 . Acesso em Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 582517 BA 2020/0116593-8**. Impetrante: Mateus Nogueira da Silva. Impetrado: Município de Lauro de Freitas. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 25 de maio de 2020. Diário Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=HC+582517&tipo_visualizacao=RESUMO&b=DTXT . Acesso em: 20 jan. 2021.

BISPO, Luana. **Supremacia constitucional e decisão do STF em manter a autonomia dos estados e municípios no combate à pandemia de coronavírus.** Jus.com.br, jun. 2020. Disp em: https://jus.com.br/artigos/82183/supremacia-constitucional-e-decisao-do-stf-em-manter-a-autonomia-dos-estados-e-municipios-no-combate-a-pandemia-de-coronavirus Acesso: 20 jan. 2021.

BOEHM, Camila. **Desenvolvimento desordenado é uma das causas de enchentes em SP**. [Entrevista concedida a] André Ferreti. Agência Brasil, São Paulo, 13 fev. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/desenvolvimento-desordenado-e-uma-das-causas-de-enchentes-em-sp . Acesso em: 20 jan. 2021.

CORONAVÍRUS **(Covid-19)**. Google Notícias, 2020. Disponível em: https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419 . Acesso em: 20 jan. 2021.

ECHEVERRÍA, Júlio. **O coronavírus e a globalização.** Folha de São Paulo, 1ª abr. 2020. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/o-coronavirus-e-a-globalizacao.shtml 12/11/20 . Acesso em: 20 jan. 2021.

ENTENDA **os impactos do coronavírus na economia global**. TradeMap Blog, 18 ago. 2020. Disponível em: https://trademap.com.br/blog-educacional-entenda-os-impactos-do-coronavirus-na-economia-global/ . Acesso em: 20 jan. 2021.

GRUBER, Arthur. **Covid-19: o que se sabe sobre a origem da doença**. Jornal da USP, 14 abr. 2020. Disponível em: https://jornal.usp.br/artigos/covid2-o-que-se-sabe-sobre-a-origem-da-doenca . Acesso em: 20 jan. 2021.

GUEDES, Maria Julia. **Quarentena: qual é a sua importância?** Politize, 26 mar. 2020. Disponível em: https://www.politize.com.br/quarentena/ Acesso em: 20 jan. 2021.

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

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários à Constituição Federal: Direitos e garantias fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena: Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. 1993**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. . Acesso em: 20 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus. **Agência Brasil**, Brasília, 11 mar. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus . Acesso em: 20 jan. 2021.

POR QUE o coronavírus se espalha tão rápido e o que podemos fazer para não sobrecarregar o sistema de saúde? **MedPrev**, 2020. https://medprev.online/blog/saude/por-que-o-coronavrus-se-espalha-tao-rapido-e-o-que-podemos-fazer-para-nao-sobrecarregar-o-sistema-de-saude/ . Acesso: 20 jan. 2021.

RUPRECHT, Theo. Coronavírus: 6 medidas antes de flexibilizar o isolamento social. Veja Saúde, 18 de agosto de 2020. Disponível em: https://saude.abril.com.br/medicina/coronavirus-medidas-flexibilizar-isolamento-social/ Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Pandemia.** Brasil Escola Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/doencas/pandemia.htm . Acesso em 20 jan. 2021.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. **As medidas restritivas da liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes**. 2008. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/11020/as-medidas-restritivas-da-liberdade-de-locomocao-das-criancas-e-dos-adolescentes . Acesso em: 20 jan. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed, p.149. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luiz Jacintho da. **A globalização da doença**. Revista Saúde Pública, v. 37, n. 3, São Paulo. 2003. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102003000300001&lng=en&nrm=iso . Acesso em: 20 jan. 2021.

SILVEIRA, Evanildo da. **Porque uma nova pandemia nos próximos anos é praticamente inevitável.** BBC News Brasil, 12 ago. 2020a. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-53758807 . Acesso em: 20 jan. 2021.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** 2000, 521 f. Dissertação (Mestrado) – Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56635/WILSON%20ANTONIO%20STEINMETZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y . Acesso em: 20 jan. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed, p. 498; 502-503; 511; 840. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em:

http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3240/tavares-andr-ramos-curso-de-direito-constitucional.pdf . Acesso em: 20 jan. 2021.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUSÊNCIA

Adriana Caione Rebelo Bueno, Isadora Rebelo Bueno e *Kauani Yonatan Zacharias de Campos*[13] sob orientação do *Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova*[14]

Resumo

Conforme art. 22 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406 de 2002), ausente é aquele que desaparece de seu domicílio sem dele haver notícias, não tendo deixado representante ou mandatário. A partir da definição apresentada, cabe, esclarecer a diferença entre desaparecido e ausente nos termos do referido diploma, visto que a declaração de ausência tem como objetivo exclusivo e fundamental a administração dos bens deixados pelo ausente, não havendo uma preocupação com o sujeito em si, enquanto ao se declarar alguém como desaparecido às autoridades competentes o foco é a busca pela pessoa que desapareceu, não com seu patrimônio. É necessário, também, compreender por quem pode ser declarada a ausência e a quem compete a curadoria dos bens deixados pelo ausente, bem como apresentar o procedimento adotado pelo juiz para definir um curador, não deixando de lado as questões sucessórias. Este artigo busca não só servir como resposta às questões apresentadas e esclarecer a diferença entre ausência e desaparecimento, mas também, expor os reflexos patrimoniais e sucessórios da ausência, explorando a fundo o papel do Direito Civil e Registral em todas as suas fases.

Palavras-chave: ausência; domicílio; representante; mandatário; declaração; curadoria; administração; patrimonial; sucessória; Direito Civil; Direito Registral.

Abstract

According to the article 22 of the Brazilian Civil Code (Law 10.406 of 2002), an absentee is someone who disappears from their domicile, without being heard from, having left no accredited representative or attorney-in-fact. Based on the definition presented, it is important to clarify the difference between absentee and missing people under the terms of the aforementioned law, since the declaration of absence has as its exclusive and fundamental

[13] ***Adriana Caione Rebelo Bueno****, bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes (UMC), Estado de São Paulo;* ***Isadora Rebelo Bueno****, estudante de Direito da Universidade Padre Anchieta e auxiliar notarial no 1º Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições, Tutelas e Tabelião de Notas da Sede do Município e Comarca de Cajamar, Estado de São Paulo;* ***Kauani Yonatan Zacharias de Campos****, escrevente autorizado no 1º Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições, Tutelas e Tabelião de Notas da Sede do Município e Comarca de Cajamar, Estado de São Paulo.*

[14] ***Pietro Nardella-Dellova*** *(orientador) é Pós-Doutor PUC/SP. Doutor pela Universidade Federal Fluminense. Mestre pela USP. Autor. Coordenador da Revista de Direito Civil da Padre Anchieta.*

intention the administration of the property left by the absentee, with no concern about the individuals themselves, while declaring someone as missing to the competent authorities the focus is on seeking for the person who has disappeared, not with its assets. It is also necessary to define by whom the absence should be declared and who is responsible for curating the assets left by the absent person, as well as to present the procedure adopted by the judge to define a curator, not leaving aside inheritance issues. This article seeks not only to provide an answer to the questions raised and clarify the difference between absence and disappearance, but also to explain the repercussions of absence on property and inheritance, exploring in depth the role of civil and registry law in all its phases.

Key words: Absence; domicile; attorney in fact; declaration; curator; assets; succession; Civil Law; Registration Law.

1. INTRODUÇÃO

O Instituto da ausência, conforme elucidado por Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, dentre outros notáveis autores, encontra sua finalidade, em dada medida, na proteção dos direitos patrimoniais do ausente, e, principalmente, na atribuição de uma finalidade ao patrimônio do qual é/era titular. Dessa forma, o presente artigo discorrerá acerca da importância da declaração de ausência, a qual resume-se em determinar precipuamente um administrador (curador) aos bens deixados, e, posteriormente, conduzi-los à partilha nos termos da lei, expondo ainda, o caráter estritamente patrimonial da referida declaração que, indo de encontro ao entendimento do senso comum acerca do tema, não tece relações com a busca pelo titular desaparecido.

2. CONCEITO

Conforme já posto, sabemos que ausente é quem, sem dele haver notícias, desaparece de seu domicílio (art.22, CC/02). No entanto, o primeiro passo para explorarmos a fundo essa definição é compreender o conceito de “domicílio” apresentado nos arts. 70 e segs. do Código Civil. De acordo com os referidos artigos, a ausência pode ser declarada em relação à pessoa que não for encontrada em sua residência com ânimo definitivo, ou seja, o lugar em que esse indivíduo possua sua vida concentrada e realize todas as funções fundamentais à manutenção de sua existência, sua residência permanente.

Porém, há situações em que um mesmo indivíduo possui mais de um domicílio, por exemplo: Um empresário, que tem a sede de sua empresa estabelecida na Cidade de São Paulo, Capital do Estado, e uma filial em Santos, e, para bem administrá-las, possui uma casa em cada cidade, intercalando seu domicílio. Em tese, portanto, o empresário só poderia ser declarado ausente se não fosse encontrado em nenhuma de suas casas, pois: "se alguém tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, qualquer delas será considerada seu domicílio." (art. 71, CC/02).

No entanto, ainda não haveria razão suficiente para declarar a ausência desse empresário caso ele ainda fosse visto em seu ambiente de trabalho, mesmo que esporadicamente, pois, tomando por base o art. 72, do Código Civil, é também seu domicílio o local em que possui exercício profissional.

Além do exposto, o art. 76, parágrafo único do referido diploma, traz algumas situações específicas de domicílio necessário, a saber: "O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.", caso quaisquer desses indivíduos, descritos no art. 76, não for encontrado, sem deles haver notícias, em seus respectivos domicílios necessários, podem ser declarados como ausentes.

Superada a questão do domicílio, o segundo passo para entender quem pode ser considerado como pessoa ausente, encontra-se na segunda parte do mesmo art. 22 do Código Civil: "(...) se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens", ou seja, uma pessoa só pode ser considerada ausente com o objetivo de ser nomeado curador para seus haveres, se desaparecer de seu domicílio, possuir bens e não tenha deixado:

a)– **Um mandatário, previamente nomeado**, a quem precisa ter conferido poderes suficientes para administração de seus bens, a exemplo disso, suponhamos, então, que uma pessoa, solteira, tenha nomeado um procurador com poderes suficientes para administrar um imóvel, até então único patrimônio do mandante, porém, seis meses após a outorga do mandato, o referido mandante recebeu em doação, sem reserva de usufruto, um segundo imóvel e não nomeou mandatário para a administração do mesmo antes de seu desaparecimento, desta forma, a

declaração de ausência ainda far-se-ia necessária, visto que seu procurador possuiria poderes insuficientes acerca da totalidade do patrimônio deixado;

b)- Um curador previamente nomeado pelo juiz em decorrência de uma situação de incapacidade relativa, devido, nos termos do art. 1.767 do Código Civil, à ebriedade, vício em tóxicos, prodigalidade, incapacidade transitória ou permanente de manifestar sua vontade.

Concluímos que o conceito de ausente resume-se em: uma pessoa desaparecida de seu domicílio, seja sua(s) residência(s) com ânimo habitual ou seu ambiente de trabalho, detentora de patrimônio, que não tenha deixado representante ou mandatário com poderes suficientes para a administração do mesmo, a saber que, uma vez concretizada, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, a declaração de ausência alcançará sua finalidade com a nomeação de um curador em juízo competente para administrar os bens deixados.

3. DAS FASES DA AUSÊNCIA

3.1. Declaração da ausência

Compreendido o conceito de ausente, importante elucidar que a declaração de ausência e a sucessão provisória dela decorrente relacionam-se de forma direta ao direito privado, vez que a partir delas se produzem expectativas de aquisição de bens e direitos a eles relativos, cabendo, para a correta aplicação do disposto no art. 26 do Código Civil, observar a legitimidade estabelecida em lei para fazê-lo.

A questão da legitimidade é tratada de forma clara no art. 27 do Código Civil, reforçando que, somente consideram-se interessados: o cônjuge não separado judicialmente (ou convivente, conforme o Enunciado 97 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF)[15]

[15] *O referido enunciado foi responsável por vincular o entendimento de que para a tutela especial da família, as regras presentes no Código Civil referentes ao cônjuge estendem-se ao convivente, exemplificando a referida decisão, justamente, com a curadoria dos bens ausente, a saber: "No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil)."*

e o disposto no art. 1.723 [16] do Código Civil), os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários, os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte e, por fim, os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Considerando os possíveis cenários envolvendo cada um dos legitimados, podemos observar os seguintes exemplos:

a)- ao cônjuge ou convivente sujeito as regras do regime da comunhão parcial de bens, há a expectativa de meação dos bens que possuir em comum com o ausente e a herança nos bens particulares do ausente;

b)- aos herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários, cabe a expectativa da herança nos bens pertencentes ao ausente;

c)- aos que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte, como nos casos do doador que efetuou em favor do ausente a doação com cláusula de reversão (art. 547 CC/02), ou o nu-proprietário de imóvel em que o ausente é usufrutuário; e

d)- os credores de obrigações vencidas e não pagas, uma vez que os credores do ausente têm a expectativa do pagamento devido. Observados os exemplos acima e em leitura combinada dos arts. 615 e 616 do CPC/2015, compreende-se que, com exceção daqueles identificados no inciso III do art. 27 do Código Civil, são legitimados a requerer a declaração de ausência os mesmos que possuem legitimidade para requerer o inventário em caso de falecimento. Dita legitimidade deve ser observada antes da abertura da sucessão provisória, ou seja, no momento em que qualquer interessado requeira que se declare a ausência.

[16] *A união estável é uma situação de fato; como tal, sua constituição independe de contrato escrito, no entanto, requisitos indispensáveis à sua constituição são: a)- convivência pública; b)- continuidade e durabilidade; c)- haver por parte de ambos a "affectio maritalis", definida em objetivo comum de constituição de família e construção de vida comum, sem que, tais requisitos se confundam com namoro, noivado ou demais relações afetivas.*

3.1.1. Curadoria dos bens do ausente

Uma vez declarada a ausência, caso o ausente não possua mandatário, ou ainda, caso esse mandatário não queira[17] ou não possa continuar exercendo o mandato, haverá a arrecadação dos bens e a nomeação de um curador em juízo competente para a administração desses bens.

De acordo com o *caput* do art. 25, do Código Civil, tem preferência à curadoria dos bens deixados pelo ausente: o seu cônjuge (ou convivente), salvo se separado judicialmente, ou ainda, se estiver separado de fato há mais de dois anos. Não havendo cônjuge ou convivente, segue-se a ordem de preferência disposta, respectivamente nos parágrafos 1º, 2º e 3º do referido artigo, assim, ficam responsáveis pela curadoria:

a) - os pais do ausente ou os seus descendentes, nesta ordem, ressalvada a hipótese de haver impedimentos ao exercício do cargo, conforme às disposições legais inerentes à tutela, também aplicáveis à curatela presentes no art. 1.735 do Código Civil, ou, ainda, no caso de haver escusa por parte do nomeado, conforme o art. 1.736 do aludido diploma;

b)- quando, for necessária a nomeação de um descendente, bem como ocorre na *saisine*, os descendentes mais próximos precedem os mais distantes;

c)- em falta, do cônjuge, dos pais ou descendentes, o juiz nomeará um curador a sua escolha. Cabe pontuar que a ordem de preferência apresentada acerca da nomeação do curador não é absoluta, podendo ser alterada motivadamente pelo juiz, no que dispõe o parágrafo único do art. 723, do CPC/15.

As obrigações da curatela estão descritas no art. 739 do atual Código de Processo Civil e são, também, aplicáveis no que couber à curatela específica dos bens do ausente, conforme o exposto no art. 744 do mesmo código. Dessa forma, cabe ao curador do ausente guardar, conservar e administrar os bens deste, de forma que terá de representá-los em juízo ou fora dele sob intervenção do Ministério Público; manter os bens arrecadados sob boa guarda e conservação, bem como promover a arrecadação de outros que possam vir a existir; executar as medidas

[17] *O inciso I do art. 682, do Código Civil, expõe que a escolha de assumir ou não o mandato é faculdade do mandatário, cabendo-lhe o direito à renúncia.*

conservatórias dos direitos de herança; apresentar mensalmente ao juiz o balancete de receita e despesa; e, ainda, ao final da curatela deve prestar contas relativo a todo o período de sua gestão; tudo isso a fim de garantir a preservação do patrimônio deixado.

Ainda, no âmbito do Direito de Família, cabe ao curador, conforme o disposto no art. 24 c.c o art. 1.778 do Código Civil, a autoridade sobre os filhos menores deixados pelo ausente, caso sobre este(s) filho(s) não esteja sendo exercido o poder familiar pelo outro genitor, devendo o curador, portanto, assumir todas as responsabilidades relacionadas ao menor incapaz, relativamente ou absolutamente. De forma que, caso o menor for relativamente incapaz, ou seja, menor de 16 (dezesseis) anos, o curador exercerá sobre ele direitos de representação para os atos da vida civil, já para o caso da idade do menor ser entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos e, desse modo, for relativamente incapaz, os limites da curatela não ultrapassarão os de assistência. Ainda, para o filho menor detentor de plena capacidade civil nos termos do art. 5º do mesmo diploma o curador não possuirá obrigações relacionadas.

Na hipótese de as obrigações citadas serem descumpridas, ou ainda, por perda da plena capacidade civil do curador, mudança de cidade, escassez de tempo para o bom cumprimento da curatela, falecimento, entre outras situações, haver-se-á substituição do mesmo, a qual deverá ser determinada por mandado judicial.

Sendo nomeado um curador, a curatela perdurará por 1 (um) ano, em conformidade com o disposto no art. 26 do Código Civil, para que, então, abra-se a sucessão provisória. No caso de a administração dos bens do ausente estar sob responsabilidade de um representante ou mandatário por ele deixado, os detentores de interesse legítimo acima caracterizados, poderão também, após 03 (três) anos, requerer a declaração de ausência para que seja aberta a sucessão provisória, o que não se contradiz com o disposto no art. 22, visto que a declaração de ausência para fins de nomeação de um curador não se enquadra havendo representante ou mandatário.

3.2. Sucessão Provisória

Passado 1 (um) ano da curatela, ou 03 (três) anos para os casos em que houver representante ou mandatário previamente nomeado, conforme acima explicado, os detentores de legítimo interesse acerca do patrimônio do ausente (art. 27, CC/02), podem requerer que se abra provisoriamente a sucessão, nos termos do que dispõe os arts. 26 a 36 do Código Civil.

Conforme o art. 28, mediante o trânsito em julgado da sentença que determina a abertura da sucessão provisória, haverá a abertura[18] do testamento (se houver), bem como do inventário e da partilha dos bens, porém os herdeiros só poderão receber a posse dos bens do ausente, bem como as obrigações a ela relativas, 180 (cento e oitenta dias) após a publicação da sentença pela imprensa.

O §1º desse mesmo artigo revela que se, porventura, passado o prazo de duração da curatela, nenhum interessado comparecer para requerer a sucessão provisória, o Ministério Público poderá requerê-la em juízo competente, trazendo ainda em seu §2º que, caso 30 (trinta dias) se passarem do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória e nenhum herdeiro ou interessado legítimo ter requerido a abertura do inventário, a herança entrará em vacância, ou seja, será direcionada ao Poder Público nos termos do que dispõe o art. 1819 e segs. do Código Civil brasileiro, o que, em parte, invalida o disposto no parágrafo anterior no que diz respeito à declaração de ausência realizada pelo Ministério Público, visto que uma vez a herança sendo considerada jacente sua atuação torna-se desnecessária.

Aberta a sucessão provisória, diferente do que ocorre na sucessão definitiva, os bens deixados pelo ausente são partilhados entre seus herdeiros, de forma que cada herdeiro terá somente a posse de seu respectivo quinhão, sendo vedada a alienação ou hipoteca dos bens, salvo mediante determinação judicial ou, para os casos de desapropriação. Neste contexto, o sucessor provisório assume o papel de um "usufrutuário" dos bens que receber na partilha. (art. 31, CC/02).

Havendo, ainda, bens móveis sujeitos à deterioração ou extravio, se o juiz assim julgar conveniente, antes que seja realizada a partilha, esses haveres serão convertidos em bens imóveis, ou ainda, em títulos garantidos pela União, visando a preservação da fazenda do ausente considerando a hipótese de seu retorno. (art.29, CC/02)

[18] *Dependendo da espécie de testamento, não haverá "abertura" imediata do mesmo, sendo necessária observação casuística para cada tipo de testamento.* ***1)-*** *Para o testamento público observa-se o disposto nos arts. 735 a 737 do CPC/15 c.c art. 1.862 do Código Civil;* ***2)-*** *Para os testamentos ordinários em geral, público, cerrado ou particular, no art. 1.862 do Código Civil;* ***3)-*** *Para os testamentos especiais, marítimo, aeronáutico e militar, o disposto nos arts. 1.886 e 1.887 do Código Civil.*

Para se imitirem na posse dos bens do ausente, nos termos do art. 30 do código civil, os herdeiros legítimos deverão apresentar garantias correspondentes ao valor de seu respectivo quinhão, em forma de penhora ou hipoteca, sendo excluídos desta obrigação os herdeiros necessários[19], nos termos do §2º do referido artigo.

Caso o herdeiro legítimo não necessário não possa prestar as garantias exigidas, a administração de seu quinhão ficará reservada ao curador ou a outro herdeiro selecionado pelo magistrado, salvo se provar em juízo que não possui recursos suficientes para tal, podendo, assim, pleitear que lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria; desta forma, embora não possa administrar a parte que lhe caberia nos bens, a lei confere ao excluído um amparo ao permitir que usufrua dos rendimentos provenientes de seu quinhão. (art.30, §1º c.c art. 34, CC/02).

O legislador também diferenciou a forma de fruição dos bens entre os herdeiros necessários e demais sucessores, de modo que os primeiros podem gozar da totalidade dos frutos e rendimentos advindos da fração dos bens que lhes couber, enquanto os outros deverão capitalizar a metade dos frutos e rendimentos e prestarão contas anualmente ao juiz competente conforme o art. 33 do Código Civil. O objetivo de dita reserva obrigatória de 50% dos frutos e rendimentos é elucidada pelo parágrafo único do aludido artigo, prevendo que em caso de regresso do ausente e uma vez provada que sua ausência foi involuntária e justificada, este deverá receber a parte reservada em capitalização, a qual, conforme o disposto no art. no art. 33 c.c o art. 29, deverá ser feita mediante a conversão destes em bens imóveis ou títulos garantidos pela União, ao que determinar o juiz, sendo ouvido, para tal, o Ministério Público.

Conforme explicado, não é preciso que os herdeiros necessários apresentem garantias para a imissão da posse, prestem contas acerca dos frutos e rendimentos de seu respectivo quinhão, nem capitalizem metade desses frutos e rendimentos, o que não os exclui das demais obrigações de sucessores provisórios, portanto, à luz do disposto no art. 32, uma vez empossados dos bens,

[19] *São herdeiros necessários: Os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, sendo que para os descendentes e ascendentes, os mais próximos excluem os mais distantes. São herdeiros legítimos, porém não necessários: os colaterais até 4º grau (art. 1.845, CC/02)*

cabe aos herdeiros, necessários ou não, a representação legal, como *solvens* ou *accipiens*[20], a depender da situação, no que disser respeito às relações obrigacionais ligadas ao patrimônio deixado pelo ausente, de modo que caso o processo diga respeito a um bem específico componente da totalidade patrimonial e que esteja sob posse de apenas um ou alguns dos herdeiros, somente estes serão demandados ou terão de demandar. Já, na hipótese de o processo se referir à totalidade dos bens ou a algum bem que esteja sob posse de todos os sucessores, todos terão de demandar ou ser demandados. Isto aplica-se não somente às ações pendentes relacionadas ao patrimônio, mas também às futuras que os herdeiros responsáveis moverem ou que contra eles forem movidas.

Ainda na fase da sucessão provisória e uma vez cessada a curadoria, caberá ao juiz a nomeação de um tutor para os eventuais filhos menores e incapazes deixados pelo ausente ou de um curador para os filhos maiores relativamente incapazes, caso o curador previamente nomeado para estes tenha sido seu genitor, agora ausente. Tais responsabilidades podem ser assumidas pela mesma pessoa anteriormente nomeada à curatela ou, ainda, outrem, a depender da escolha do magistrado conforme o disposto, para a tutela, nos arts. 1.732 e segs., e para a curatela, nos arts. 1.767 e segs. do Código Civil.

Se, porventura, o ausente reaparecer, depois de estabelecida a posse provisória, conforme elucidado supra e de acordo com o disposto no art. 36 do Código Civil c.c o art. 745 do CPC/15, será a ele entregue a parte que lhe couber nos frutos e rendimentos advindos de seu patrimônio do período em que esteve ausente, recuperando também a posse dos bens anteriormente divididos entre seus sucessores provisórios, cabendo a estes a tomada das medidas assecuratórias[21] prévias para a concretização do disposto.

---

[20] *Accipien: parte ativa de uma relação obrigacional, ou seja, o detentor do direito de cobrança acerca do pagamento da obrigação; solven: parte passiva da relação obrigacional, de quem é cobrado o pagamento da obrigação.*

[21] *Medidas necessárias a preservação do patrimônio e asseguradoras dos direitos do ausente, que, porventura, pode vir a reaparecer, obrigatoriamente, tomadas por seus herdeiros enquanto perdurar a sucessão provisória.*

No entanto, conforme o art. 33, parágrafo único, caso o ausente reapareça e for comprovada que voluntária e injustificadamente se desertou de seu domicílio, perderá os frutos e rendimentos que lhe caberiam em favor de seus sucessores como forma de punição legal.

Ainda, se for comprovada a morte do ausente, cessará a sucessão provisória, abrindo-se, portanto, a definitiva, para que sejam transmitidos, conforme o disposto no art. 1784 do Código Civil, os haveres deixados pelo "de cujus", antes ausente, aos herdeiros legítimos, que o eram na época do falecimento.

3.3.Sucessão Definitiva

Passados 10 (dez) anos da abertura da sucessão provisória, podem os legítimos interessados, em conformidade com o art. 37 do Código Civil, requerer a abertura da sucessão definitiva, devendo os sucessores, para tal, realizarem a prestação de contas da administração realizada ao longo referido período. É importante ressaltar que, aos herdeiros excluídos da sucessão impossibilitados de apresentar garantias hipotecárias ou pignoratícias correspondentes ao valor de seu respectivo quinhão (arts. 30 e 34, CC/02), também é facultado o requerimento da declaração da sucessão definitiva.

É também possível, nos termos do art. 38 do referido diploma, declarar a sucessão definitiva uma vez que o ausente tenha atingido a idade de 80 (oitenta) anos e dele não se tenha notícia há, pelo menos, 05 (cinco) anos, sendo que a lei não estabelece o termo inicial para a contagem destes 05 (cinco) anos ou uma forma específica para se verificar se o período efetivamente foi cumprido, cabendo, portanto, comprovação pelos meios ordinários de prova.

De todo modo, mesmo para a situação acima, é indispensável que antes da abertura definitiva da sucessão, haja a declaração da sucessão provisória, para que, posteriormente, quando o juiz responsável julgar conveniente, possa se converter em sucessão definitiva, visto que é impossível e seria de certa forma, até discriminatório, tomando por base apenas o fator idade avançada, descartar a possibilidade de o ausente reaparecer, portanto, seu patrimônio precisa ser resguardado mediante o cumprimento de todas as etapas do devido processo legal, mesmo que o prazo para declarar-se a sucessão definitiva seja mais enxuto mediante análise casuística feita pelo magistrado.

Uma vez que a sentença declaratória da sucessão definitiva transite em julgado, haverá a presunção da morte do ausente, em consonância com o art. 6º do Código Civil, encerrando-se ali a existência da pessoa natural, o que significa que os herdeiros assumirão a propriedade definitiva de seu quinhão correspondente.

Porém, de maneira prática, conforme o art. 39 do Código Civil, a propriedade plena dos herdeiros sobre os bens, só se consolidará 10 (dez) anos após a abertura da sucessão definitiva, uma vez que, se dentro do referido período o ausente reaparecer, ou ainda, aparecendo algum de seus herdeiros necessários que até então não havia aparecido, ainda lhes caberão os bens ainda existentes, sub-rogados, ou ainda o valor correspondente aos referidos bens, caso tenham sido alienados.

Ressalta-se que, dentro desse mesmo período, o ausente não regressar ou nenhum herdeiro legítimo requerer a sucessão definitiva, conforme anteriormente explicado a herança entrará em vacância, sendo direcionada, se em território Federal, ao Município ou Distrito Federal, a depender de qual circunscrição está localizada (último domicílio do ausente) e incorporada ao domínio da União.

4. FORO COMPETENTE

Nos termos do que dispõe o art. 49 do Código de Processo Civil de 2015, a declaração de ausência deve ser requerida no foro de seu último domicílio. O mesmo se aplica, conforme o disposto nesse mesmo artigo, aos processos em que o ausente for réu, ou melhor dizendo, requerido, uma vez que, enquanto ausente, não há como comparecer à citação em processo criminal e segundo o princípio da pessoalidade ou intrasncendência da pena positivado no art. 5º, inciso XLV da Constituição Federal, não há quem por ele possa responder no processo, concepção também reforçada no o artigo 261 do Código de Processo Penal de 1941, o qual dispõe que o ausente, ou qualquer outro acusado, não poderá ser julgado ou processado sem a devida defesa. Portanto, de maneira prática, uma vez declarada a ausência, faz-se possível apenas o andamento de processos que digam respeito a obrigações patrimoniais deixadas pelo ausente ou a eventuais obrigações trabalhistas pelas quais os herdeiros, provisórios ou definitivos, deverão.

Como exceção ao disposto, nos casos em que a declaração de ausência tem como finalidade específica a percepção de benefício previdenciário da União ou de autarquia federal, há entendimento jurisprudencial de que tal declaração compete à Justiça Federal.[22]

5. DO REGISTRO DA DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA

Conforme o art. 9º, inciso IV do Código Civil, tanto a sentença declaratória de ausência, quanto a declaração de morte presumida[23] são objetos de Registro Público nos termos do CAPÍTULO X, da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos - LRP), o Registro da Sentença Declaratória de Ausência com nomeação de curador deve ser realizado no Cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária de cada comarca, em livro especial, sendo competente, para este caso, o 1º Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da Comarca do último domicílio do ausente, mediante apresentação de mandado judicial para a realização do registro.

Conforme disposto no referido art. 94 da LRP, de maneira geral, o registro deve conter:

a)- data em que foi realizado;

b)- nome, idade, estado civil, profissão, domicílio anterior do ausente, data e cartório de registro de seu nascimento e eventual casamento, bem como o nome de seu cônjuge se ainda for casado;

c)- tempo decorrido da ausência até a data da sentença;

---

[22] Conflito de competência conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões do Rio de Janeiro (STJ, Conflito de competência nº 30.633 – RJ, rel. Min Ari Pargendler, j. 14 de fevereiro de 2001, v.u.)

[23] O Código Civil dispõe sobre a declaração de morte presumida em seus arts. 6º e 7º, a qual se presume com a abertura da sucessão definitiva tanto para os casos de ausência uma vez finalizadas todas as etapas abordadas neste artigo, ou nos demais casos em que a lei autoriza, abordados nos incisos I e II do supra mencionado art. 7º, mediante, conforme o parágrafo único desse mesmo artigo, o esgotamento de todas as buscas e averiguações, devendo a sentença declaratória de morte presumida fixar a data em que provavelmente tenha ocorrido o falecimento.

d)- nome do promotor do processo;

e)- data da sentença e nome do juiz que a proferiu; e, por fim,

f)- qualificação do curador, contendo seu nome, estado civil, profissão, domicílio e residência, bem como, os limites da curatela estabelecidos na sentença.

Para o caso de substituição do curador por mandado judicial nas situações anteriormente elencadas e após o registro da sentença declaratória de ausência já ter sido realizado, mediante a apresentação do referido mandado no cartório em que foi registrada a declaração, será realizada a averbação da substituição do curador no assento, devendo o novo curador ser qualificado sob as mesmas regras do anterior.

Especificamente para o estado de São Paulo, conforme seu Provimento nº 58/89 (Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça NSCGJ – Tomo II, subseções III (Ausência) e IV (Da Morte Presumida) do Cap. XVII, item 116 o registro das sentenças declaratórias de **ausência** com objetivo de nomeação de um curador deve ser realizado no livro "E" de Registro Civil das Pessoas Naturais do domicílio anterior do ausente, contendo, todos os itens acima elencados. O registro das sentenças declaratórias de **morte presumida,** deve ser feito no mesmo livro "E" com as mesmas cautelas e efeitos do registro da ausência, constando no registro, além do anteriormente disposto, a data do provável falecimento.

6. EFEITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

No tocante ao Direito de Família, a questão dos filhos menores e/ou incapazes deixados pelo ausente foi superada nos itens 4.2 e 4.3 deste artigo, os quais elucidam acerca da responsabilidade do curador do ausente para com estes, e, da posterior nomeação de um tutor ou curador definitivo pelo juiz, a depender da situação. Porém, ainda nos resta abordar os efeitos conjugais da declaração de ausência, o que será o objeto deste capítulo.

A declaração de ausência não possui, por si só, capacidade de alteração do estado civil do cônjuge, sendo necessário para tal, a provocação do poder judiciário pelo cônjuge do ausente, entrando com ação de divórcio, caso para ele seja interessante a alteração de seu estado civil antes da declaração de morte presumida, em consonância com o Princípio da Inércia legal.

Caso, antes da conclusão do processo de divórcio, o cônjuge sobrevivente já conviva com outra pessoa, é possível, nos termos do art. 1.723, §1º do Código Civil, para resguardo dos direitos de ambos acerca dos bens que juntos adquirirem, que se realize uma declaração de união estável, sob o regime de bens que ambos julgarem mais conveniente desde que não gere confusão patrimonial[24], mesmo que um deles (ou ambos) ainda se encontre no estado civil de casado. Desta forma, a união estável poderia ser declarada, e com a contração do divórcio, far-se-ia a dissolução desta e a conversão em matrimônio, resguardando os direitos de ambos sobre o patrimônio retroativo.

Se a alteração do estado civil não for objeto de interesse imediato do cônjuge do ausente, esta se dará na fase final do processo declaratório de ausência, com a declaração de morte presumida conforme o disposto no art. 1571, §1º do Código Civil, sendo que, a partir desta o cônjuge sobrevivente se tornará viúvo do ausente, estando, a partir desse momento livre para converter novo matrimônio. É importante ressaltar que mesmo que a alteração do estado civil com a declaração de morte presumida seja tecnicamente mais simples, muitas vezes o divórcio é preferível tendo em vista a morosidade do processo de ausência, morosidade esta necessária como uma medida "protetiva" acerca do patrimônio do ausente.

7. DOS DESAPARECIDOS POLÍTICOS

Sabemos que, um dos períodos mais horríveis, sangrentos e marcantes da história brasileira foi, sem dúvidas, a Ditadura Militar, em que o domínio militar ceifava a liberdade do povo

---

[24] Vamos supor que (a) seja casado com (b) sob o regime da comunhão parcial de bens e (b) desparecesse. Passados 2 anos do desaparecimento de (b), (a) entra com o processo de divórcio e partilha, porém antes da conclusão do referido processo, (a) conhece (c), e ambos decidem viver juntos com objetivo de constituição de unidade familiar, adquirindo para isso um apartamento e para a garantia de direitos sob o patrimônio adquirido, ambos resolvem fazer uma declaração de União Estável, optando pelo regime da Comunhão Universal de Bens.

Nesta situação, a vontade das partes não poderia ser concretizada, uma vez que caso optassem pelo regime da comunhão universal, o convivente (c) teria direito à meação de todos os bens de (a), inclusive dos bens adquiridos antes do início da União Estável, sob os quais (b) também tem direito, sendo que mesmo que as partes interessadas tenham dado início ao processo da declaração de morte presumida por ausência de (b), se este não estiver concluso de fato (o que levaria aproximadamente 20 anos), ainda entende-se que o ausente (b) poderia retornar. Cabendo à (a) e (c), neste exemplo, apenas os regimes da separação convencional ou da comunhão parcial de bens.

brasileiro, dizimando aquilo que se conhecia por democracia, e, trazendo consigo apenas medo, insegurança e angústia.

Também sabemos que durante o referido período que perdurou de 1964 a 1985, aproximadamente 434 pessoas desapareceram sem deixar notícias. Essas pessoas, denominadas desaparecidos políticos, desapareceram porque tiveram a audácia de questionar o regime da época, sendo por esse motivo silenciadas pela ditadura.

A Lei 9.140 de 04 dezembro de 1995, mais conhecida por Lei dos Desaparecidos Políticos, reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 02 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1968, podendo seus herdeiros legítimos requererem ao Oficial de Registro Civil de seu último domicílio a lavratura de seu assento de Óbito.

Uma vez realizado o assento de óbito, para estes casos, dá-se diretamente a abertura da sucessão definitiva, sem necessidade de submeter as famílias dessas pessoas ao longo processo de declaração de morte presumida por ausência, uma vez a morte delas é extremamente provável, não havendo, portanto, a necessidade de um procedimento tão longo considerando a possibilidade de regresso delas ao seu domicílio original. Aberta, a sucessão definitiva os bens são transmitidos aos herdeiros e estes, podem ainda, conforme previsão da mesma Lei 9.140, requerer indenização ao Estado por seus desaparecidos.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente estudo acerca do instituto da ausência, suas características e repercussões, pudemos compreender que o simples desaparecimento da pessoa natural não é suficiente em si mesmo para que seja concretizada a declaração de ausência, afinal, a referida declaração possui um objetivo muito claro: a administração dos bens deixados pelo ausente, não sendo necessária para os casos há ausência de patrimônio.

É importante compreender, também, que sendo iniciado o processo, este não apresenta relação direta ou gera repercussões imediatas para demais áreas, além do aspecto patrimonial, relacionadas a outros campos da vida do ausente, tal como foi observado no tocante ao direito de família, uma vez que a declaração de ausência por si só não altera o estado civil do cônjuge

sobrevivente, sendo necessária provocação do mesmo, entrando com a ação de divórcio, tal qual ocorreria independente da situação ausência.

Ademais, é necessário ressaltar a importância da manutenção de cautela absoluta durante todas as etapas do processo, uma vez que o objeto do mesmo é a administração e partilha do patrimônio de alguém, ou seja, as conquistas que essa pessoa atingiu ao longo da vida, sem a participação desse alguém exatamente por estar ausente, podendo gerar, após decorridos 10 (dez) anos da declaração de morte presumida, efeitos irreversíveis, os quais, mediante improvável retorno, terão de ser enfrentados pelo antes ausente, sendo, portanto, justificada a onerosidade existente no processo.

9. BIBLIOGRAFIA

NARDELLA-DELLOVA, Giuseppe Pietro Buono. Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil, vol.1, 1ª ed., Grupo Editorial Scortecci, 2023;

NARDELLA-DELLOVA, Giuseppe Pietro Buono. Direito Civil, Relações Obrigacionais, vol.2, 1ª ed., Grupo Editorial Scortecci, 2024;

PELUSO, Cesar. Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência, 12ª ed., ver. e atual., Editora Manole, 2018;

TARTUCE, Fernanda. CPC na Jurisprudência, 3ª ed., Editora Foco, 2023;

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, 6ª ed., Editora Forense, 2023;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil. v. I. 26ª ed., Editora Forense, 2013;

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Brasileiro: Direito de Família. v. 5. 27ª ed., Editora Saraiva, 2012, p. 720.

EXTINÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Pietro Nardella-Dellova[25]

Resumo

Saber dos critérios do desfazimento do contrato permite às partes vislumbrar se há ou haverá resquícios dessa relação, como a responsabilidade pós-contratual. Por isso mesmo, veremos quais os requisitos para que as partes que contrataram possam distratar ou resilição bilateral, isto é, desfazer a relação contratual por vontade mútua.

Palavras-chave: exitnção do contrato, rescisão, resolução, resilição, distrato e outras formas de desfazimento contratual

Abstract

Knowing the criteria for terminating the contract allows the parties to see whether there are or will be remnants of this relationship, such as post-contractual liability. For this reason, we will see what the requirements are for the parties who contracted to be able to terminate or terminate bilaterally, that is, to undo the contractual relationship by mutual will.

[25] Pietro Nardella Dellova. Pós-doutormaneto pela PUC/SP. 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, Usf, 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.

Keywords: termination of the contract, rescission, resolution, termination, termination and other forms of contractual termination

Introdução

No presente artigo, trataremos da extinção da relação jurídica contratual. É o desfazimento do vínculo contratual com repercussões das mais diversas para cada um dos contratantes.

Quem contrata espera o cumprimento das obrigações geradas no contrato e, finalmente, espera que o contrato seja integralmente cumprido e, assim, desfeita a relação jurídica. Entretanto, não poucas vezes, o desfazimento ou extinção do contrato se dá por outros meios e circunstâncias, sejam econômicas, jurídicas ou simplesmente volitivas.

Saber dos critérios do desfazimento do contrato permite às partes vislumbrar se há ou haverá resquícios dessa relação, como a responsabilidade pós-contratual. Por isso mesmo, veremos quais os requisitos para que as partes que contrataram possam distratar ou resilição bilateral, isto é, desfazer a relação contratual por vontade mútua.

Conforme a classificação do contrato, veremos se é possível, ou não, a simples resilição unilateral do contrato, ou seja, por vontade exclusiva de uma das partes, e quais os desdobramentos obrigacionais de tal decisão.

Veremos, também, que por vezes é impossível cumprir o contrato. Tal impossibilidade pode advir de causa criada por uma das partes ou por força maior e caso fortuito. Neste caso, veremos que a lei considera a resolução do contrato ou simplesmente o seu desfazimento sem qualquer ônus para as partes.

Há casos em que o contrato é desfeito por razões precedentes ao próprio contrato, anteriores à sua formação. São as nulidades, absoluta ou relativa, do contrato ainda na fase da formação do negócio jurídico, o que pode se revelar a partir do erro, ignorância, dolo, coação, estado de perigo, lesão patrimonial, fraude contra credores ou simulação negocial. Passaremos por estes vícios, revisitando-os, agora para descobrir se foram suficientes para desfazer o contrato.

Finalmente, estudaremos os casos específicos em que o desfazimento pode ser chamado de rescisão e consequente indenização por perdas e danos, assim como pela exceção do contrato não cumprido ou por desequilíbrio econômico.

Trata-se, portanto, de matéria relevante para a compreensão do contrato enquanto fonte de obrigações anteriores e a partir do contrato e posteriores ao seu desfazimento.

1 – Distrato, resilição, resolução, nulidades, rescisão

1.1. Uma consideração preliminar sobre o desfazimento do contrato

Conforme a cátedra de Caio Mário da Silva Pereira, o contrato cumpre seu ciclo existencial, *nascendo do consentimento, sofrendo as vicissitudes de sua carreira e terminando*. (2016, p. 129).

Há causas para o desfazimento contratual, chamadas por Maria Helena Diniz (2014, p. 176 e segs.), de *normal* e *anormais*.

A *causa normal* de extinção do contrato é o seu cumprimento, isto é, a sua execução, conforme ensina Orlando Gomes (2000, p. 169). Espera-se, desde o início, que o contrato seja cumprido, e é esta a sua razão originária de existir.

Ao cumprimento da obrigação pelo devedor segue-se a quitação, obrigatoriamente, feita pelo credor. Como afirmou Gustav Radbruch, a *obrigação traz em si o germe de sua própria morte* (1945, v. II, p. 50). Trata-se do pagamento, do cumprimento obrigacional, além do caráter temporário da relação obrigacional, sobretudo daquela nascida dos contratos.

Pagamento e quitação são negócios jurídicos, respectivamente, da parte *solvendi* (de quem se exige) e da parte *accipiendi* (a quem se paga) que se completam e extinguem a relação obrigacional. O pagamento válido tem como efeito a extinção do vínculo obrigacional, enquanto a quitação resguarda o devedor e faz prova do pagamento.

Anota Paulo Lôbo, com razão, que além do pagamento, os modos eventuais de extinção das obrigações, tais como *pagamento em consignação, pagamento com sub-rogação, imputação do pagamento, compensação, confusão, novação, remissão de dívida* (ele as chama de adimplemento eventual) também extinguem o contrato (2014, p. 189).

Ademais, consideramos, contratual ou legalmente, normal o desfazimento do contrato pelo *direito de arrependimento*. As *Arras*, disciplinadas nos Arts. 417 a 420 do CC/02, tratam do direito ao arrependimento e, mesmo com repercussão legal, as *Arras* são objeto de contrato, podendo ser *confirmatórias*, *penitenciais* ou *indenizatórias*.

Destacamos, como *direito contratual ao arrependimento*, o Art. 420 do CC/02, conforme o qual, *se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar*.

Como *direito ao arrependimento advindo da lei*, relembramos o Art. 49 do Código de Defesa do Consumidor que permite ao consumidor a possibilidade de desistir do contrato no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. A lei considera este período de sete dias como *prazo de reflexão* com eventual arrependimento por parte do consumidor, com direito a receber de volta os valores pagos, a qualquer título, de modo imediato e monetariamente atualizado. [26]

Além do cumprimento obrigacional, ou seja, da *causa normal de extinção contratual*, há aquelas que Diniz chama de *causas anormais extintivas* (2014, p. 177 e segs.). Diniz as considera como *anteriores* ou *contemporâneas* ou, ainda, *supervenientes* ao contrato.

1.2. Das nulidades e da resolução

1.2.1. Das nulidades

Entre as *causas anteriores ou contemporâneas* à formação do contrato que levam ao desfazimento, encontram-se as *nulidades do negócio jurídico* que também tivemos a oportunidade de tratar como *juízos das nulidades* (2022, *passim*).

[26] *Veja o Código de Defesa do Consumidor https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm*

Conforme os Arts. 166 e 171 do CC/02, respectivamente, *nulidade absoluta* (com efeitos *ex tunc* da sentença que atinge o ato no seu nascedouro) e *nulidade relativa* (com efeitos *ex nunc* da sentença a partir do anto anulatório).

Nos casos exemplares de desfazimento do contrato (enquanto negócio jurídico) citamos a anulação (nulidade relativa), conforme a combinação dos Arts 4º, 138 e segs. e 171, do CC/02, por *incapacidade relativa do agente*, e por vícios de vontade: *erro, ignorância, dolo, coação, estado de perigo e lesão* (patrimonial).

Tanto a incapacidade relativa do agente quanto os vícios de vontade atingem o negócio contratual no elemento *volitivo*, respectivamente, *discernimento* e vontade real, conforme os Arts. 4º, 104, I, e 112, todos do CC/02. São causas anteriores ou contemporâneas ao contrato. [27]

Registramos, que Maria Helena Diniz (2014, p. 178) considera que as causas de nulidade relativa, isto é, de anulação, não deveriam constar no rol dos modos de extinção, pois a anulação se daria *a posteriori*, e apenas se houver ação anulatória. Consideramos, contudo, que tais casos devem sim constar como formas de extinção, pois nos referimos às causas anteriores de desfazimento, e não à respectiva ação anulatória. Seguimos, nesse sentido, a doutrina de Clovis Bevilaqua (1910, p. 245) que trata dos contratos nulos e anuláveis como formas de desfazimento contratual.

Quanto à nulidade absoluta, apontamos as causas do Art. 166 do CC/02, segundo o qual o negócio jurídico será absolutamente nulo quando: *I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção*.

Como causa de nulidade absoluta, apontamos o Art. 167 do CC/02: *é nulo o negócio jurídico simulado*. Conforme o mesmo Artigo, haverá simulação nos negócios jurídicos

[27] *A anulação deve se dar no prazo decadencial de quatro anos ou, de modo especial, de dois anos, conforme os Arts. 178 e 179 do CC/02.*

quando: *I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados*.[28]

Cabem, finalmente, algumas observações importantes. O negócio jurídico viciado com dolo nem sempre será anulado quando a ação anulatória for ajuizada por quem agiu com dolo, conforme se depreende do Art. 150 do CC/02. Realmente, o Código Civil caracterizado pela boa-fé objetiva, adota o princípio do *nemo propriam turpitudinem allegans* (quem agir com torpeza não pode alegá-la em sua própria defesa) para impedir a anulação. Os romanos eram ainda mais específicos: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (quem agir com torpeza não será sequer ouvido se quiser alega-la em sua própria defesa), o que não se admite no atual espírito do direito civil-constitucional que consagra o direito fundamental de todos serem ouvidos e terem acesso à Justiça.

Ressaltamos, também, que os casos de coação física resultam em nulidade absoluta, pois seria desarrazoado pensar em relativização da nulidade, assim como os casos de dissimulação, aparentemente simulados, resultam apenas em anulação, pois há um ato que se pretende maquiar, esconder, com menor potencial ofensivo aos direitos.

1.2.2. Da resolução

Outra causa anterior ou contemporânea de extinção do contrato é a que chamamos aqui de *condição resolutiva*, subentendida em todos os contratos bilaterais, isto é, sinalagmáticos.

Os Arts. 474 e 475, do CC/02, tratam da cláusula resolutiva expressa e tácita. A cláusula expressa, independentemente de manifestação judicial, opera efeito de pleno direito. Entretanto, se for tácita, há que se ter interpelação judicial. Quando se tratar de cláusula resolutiva expressa chama-se *pacto comissório expresso*, conforme Orlando Gomes (2000, p. 174).

---

[28] *Art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, aponta uma longa lista de casos de nulidade absoluta aos quais chama de cláusulas abusivas.*

O inadimplemento, nestes casos, leva à resolução contratual, ou seja, a parte lesada pode pedir o desfazimento do contrato ou, se preferir, o seu cumprimento integral. Em quaisquer dos casos, a indenização por perdas e danos será requerida do agente que deu causa à resolução contratual.

De maneira distinta, há resolução do contrato como impossibilidade de cumprimento e, neste sentido, causa posterior de extinção contratual. Já tivemos oportunidade de tratar (2022, *passim*), dos casos de resolução da obrigação e, por isso mesmo, do contrato, por razões de força maior ou caso fortuito. A lei é clara a partir dos Arts. 233 do CC/02, tendo em vista que o devedor embora quisesse cumprir, vê-se impedido por razões outras. Se não estiver em mora, resolve-se a obrigação para ambos, respeitado o *status quo ante*, ou seja, resolve-se, mas eventuais valores adiantados devem ser restituídos.

1.3. Distrato e resilição

O Código Civil trata do *distrato* e da *resilição* nos Arts. 472 e 473. Depreende-se do texto legal que o legislador considera a expressão resilição como sendo um gênero, na qual se encontram a resilição bilateral e a resilição unilateral. É a compreensão para não considerar a expressão como redundância ou um pleonasmo.

Mantenhamos assim. Resilição bilateral é a mesma coisa de distrato. O distrato é um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, mediante declaração de vontade de ambos os contratantes com objetivo liberatório.

Dispõe o Art. 472, do CC/02, que *o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato*. Não devemos nos afastar do princípio da autonomia de vontade ligado ao da supremacia da ordem pública. [29]

O distrato produz efeitos, se outra coisa não se acordou, de caráter *ex nunc*, respeitados os direitos de terceiros.

---

[29] *A forma, no caso do Art. 472, tem a ver apenas com a exigência legal. Assim, se se exige escritura para o negócio jurídico, exigir-se-á escritura para o distrato do mesmo negócio. Isso vale como preceito que respeita as normas cogentes, impositivas. Não seria necessário se a forma do contrato, agora sendo distratado, tivesse forma acordada pelas partes que, de modo livre, poderiam fazê-lo com a forma que quisessem – ou sem forma, valendo-se dos meios de prova admitidos em lei.*

Por outro lado, a *resilição unilateral*, quando permitida, tácita ou expressamente, pela lei, deve ser feita mediante denúncia notificada à outra parte. É a *declaração receptícia* da vontade, conforme Rosa e Nelson Nery (2016, p. 97) independentemente de justificativa. É exigência legal do Art. 473 do CC/02, e segue o sentido das relações de boa-fé, do comportamento ético civil-constitucional, do respeito à dignidade da pessoa do outro e do direito à informação.

Nestes casos, pode ter havido investimento vultoso da outra parte, e o Parágrafo Único do citado Art. 473, antecipando-se a eventuais conflitos, dispõe que o efeito da resilição unilateral operará efeito apenas depois de transcorrido prazo compatível com tal investimento. Parágrafo desnecessário, pois são casos em que vale a confiança, a fidúcia, e, rompido este vínculo, não se pode obrigar as partes a continuarem.

De qualquer sorte, neste e em outros casos, vale o princípio de origem *epicurista*, posteriormente inserido no pensamento romano, do *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (não ofender a ninguém ou não causar prejuízo a outrem). Ademais, está já disciplina, nos Art. 187 e 927, do CC/02, o abuso de direito e sua consequente responsabilização.[30]

Finalmente, a resilição unilateral não requer pronunciamento judicial, produzindo efeitos *ex nunc*. Não haverá restituição, pois os efeitos jurídicos permanecem inalterados.

1.4. Da rescisão

O termo rescisão é comumente utilizado, sem fundamento, para qualquer tipo ou modo de desfazimento contratual. Por isso, não poucas vezes, encontramos esta palavra associada à *resilição* e *resolução* do contrato ou simplesmente pelo desfazimento por vontade de uma das partes.

Ensina Orlando Gomes (2000, p. 188) que a palavra deve ser reservada a certos tipos de dissolução contratual. Gomes está certo, pois o termo lembra ruptura de contrato no qual houve alguma lesão ou *laesio enormis* (grande lesão). De fato, é palavra que se origina no latim

[30] *A resilição unilateral pode ocorrer em contratos como o mandato, comodato, depósito, contratos de execução continuada e sem prazo determinado, ou com especificidades, a exemplo da doação, da renúncia do mandatário e, ainda, do resgate ou ato pelo qual se libera o vínculo da garantia real, como na hipoteca.*

*rescissio onis (*a ação ruptura), ou *rescindere* (ato de cortar, arrancar, abolir) e, ainda, *scindere* (separar).

Entretanto, não é o caso de qualquer lesão ou desiquilíbrio contratual, pois o contrato pode voltar ao equilíbrio e manter-se, sobretudo quando os valores são revistos.

Alguns autores, entre os quais o próprio Orlando Gomes (2000, p. 189), traça um paralelo com os juízos das nulidades, absoluta ou relativa. Assevera aquele antigo civilista que a rescisão se afasta da nulidade absoluta, pois está é decretável, enquanto a rescisão é efeito de ação. Lembra, dessa forma, a nulidade relativa, pois em ambos os casos há que se ter ação anulatória ou rescisória.

É preferível não confundir os casos de rescisão com os de anulação, pois a rescisão não tem a ver com vício de vontade ou de consentimento. Ademais, a sentença da rescisão retroage, efeito *ex tunc*, enquanto a da anulação opera efeito *ex nunc*. Em qualquer caso, resguardam-se os direitos de terceiros de boa-fé. Utilizaremos o termo rescisão quando houver uma lesão, um descumprimento, um atentando ao contrato ou um fato qualquer que imponha um dever a um dos contratantes que, por sua vez, não o cumpre.

2 - Exceção do contrato não cumprido

A exceção do contrato não cumprido é cláusula interna de qualquer contrato bilateral, isto é, que impõe obrigações para ambas as partes. Nesse sentido, o Art. 476 do CC/02 dispõe que em tais contratos (bilaterais) *nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro*.

Trata-se de relação de respeito à vontade das partes em face da bilateralidade, sobretudo no que respeita ao equilíbrio patrimonial, tendo em vista que é o patrimônio que responde pelo descumprimento contratual do qual resulte perdas e danos.

Além disso, os princípios da probidade e da boa-fé que consagram não apenas a formação do contrato, mas sua existência e cumprimento, estabelecem um contexto de expectativa dos contratantes em contrato bilateral sobre os referidos patrimônios, pois, como dissemos, a responsabilidade é patrimonial.

Não basta a certeza da dignidade das partes em cumprir suas obrigações. A expectativa é objetiva e nestes contratos não se esperam surpresas ou desequilíbrios e, por isso mesmo, fala-se em bilateralidade no cumprimento das obrigações.

Nesse sentido, o Art. 477 do CC/02 avança, não apenas no sentido de descumprimento de obrigações que nasceram bilaterais, mas do patrimônio das partes. Dispõe o referido Artigo: *se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la*.

O princípio *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) marca, conforme Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 139), a *reciprocidade* nos contratos bilaterais, pois cada uma das partes é devedora e credora uma da outra. Isso se explica pela interdependência das prestações.

A expressão, conforme alguns, já conhecida pelos romanos, constitui o que Pereira chama de *defesa oponível* por um os contratantes, no caso, o demandado, contra o contratante que demanda e é inadimplente.

Registramos que Pereira não considera a origem da *exceptio non adimpleti contractus* como do direito romano, ou seja, pelos jurisconsultos, mas fruto do trabalho dos canonistas, a partir do século II da era comum (2016, p. 140).

Realmente, por princípio básico, rudimentar, se duas pessoas estão obrigadas a cumprir determinado fato ou obrigação, quem não cumpre não poderia sequer exigir da do outro o cumprimento da sua. Mas, como não se pode esperar o alto grau civilizatório, dá-se ao exigido o direito de dizer não, de não cumprir, alegando exatamente o *exceptio non adimpleti contractus* da outra parte. Lembra Pereira que a própria expressão *exceptio* aparece como defesa em termos gerais.

Mas, não se trata apenas do não cumprimento da obrigação por uma das partes em contrato e, por isso mesmo, a defesa ou a recusa da outra em cumprir com a sua. Nos contratos bilaterais pode não haver uma obrigação de cada lado, mas várias, pois diferentemente do vínculo obrigacional (dar, fazer ou não fazer), o contrato é um campo mais amplo com muitas possibilidades.

Daí que muito mais que cumprir uma obrigação, trata-se de cumprir o contrato como um todo, de modo completo, em todos os seus detalhes. Uma das partes pode cumprir a sua obrigação, ou com uma obrigação, mas não de modo completo, e isso seria o suficiente para a outra parte invocar o *exceptio*. [31]

Caio Mário da Silva Pereira faz importante consideração sobre esta relação que, segundo ele, é marcada pela equidade (2016, p. 140). Segue o civilista dizendo que há casos em que o contrato mesmo sendo bilateral não autoriza a invocação da *exceptio*. É a situação de obrigações embora bilaterais, são sucessivas e, como se espera, uma das partes deve mesmo cumprir a sua obrigação em primeiro lugar e a outra, na sequência.

A *exceptio*, assim, caberia nos casos de *simultaneidade*, não de *sucessividade*. É um direito que diz respeito à natureza dos contratos bilaterais, mas todo direito deve ser exercido no contexto da boa-fé.

Lembramos, conforme o Art. 187 do CC/02, que o exercício de um direito que excede os *fins sociais, econômicos, dos bons costumes e da boa-fé*, constituem-se em atos ilícitos, sujeitando o agente à responsabilidade civil.

É a boa-fé, no caso específico, que deve ser invocada, aliás, em qualquer situação contratual. A parte que invoca a *exceptio* contra a outra parte, sabendo que a obrigação daquela é sucessiva e não simultânea, pratica ato de má-fé. Não é este o espírito do princípio *da exceptio non adimpleti contractus*.

Caio Mário da Silva Pereira anota, ainda, que pode haver interdependência das obrigações e, neste caso, autorizada está a invocação da *exceptio* (2016, p. 141) caso a outra parte não cumpra com sua obrigação. É o caso de *non servanti fidem non est fides servanda* (não se deve respeitar a palavra de quem viola a palavra dada).

[31] *Insistamos num ponto. É contrato e não apenas obrigação jurídica. É o caso da exceptio non rite adimpleti contractus por conta da inexatidão da prestação contratual da outra parte. Poderíamos dizer que a exceptio non adimpleti contractus refere-se ao descumprimento da obrigação no contrato bilateral, enquanto a exceptio non rite adimpleti contractus refere-se ao cumprimento incompleto ou inexato da obrigação atribuída à outra parte.*

Acima, já fizemos referência à diminuição patrimonial e de como isso afeta as relações jurídicas. Pode não ser, como vimos, o descumprimento da obrigação ou o cumprimento inexato nas relações contratuais bilaterais. Pelo que vimos, isso é o básico para o uso da *exceptio*. Pode ser uma situação específica em relação ao patrimônio.

Não nos parece haver dúvida da frustração de expectativa quando da diminuição do patrimônio, ao longo do cumprimento do contrato, de uma das partes. Pode ocorrer insolvência, protesto de título, pedido de moratória etc.

O patrimônio (penhorável) do devedor é o que responde pelas suas dívidas. O Art. 391 do CC/02 dispõe: *pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor*. Referimo-nos, por evidente, aos bens penhoráveis, como já tivemos oportunidade de expor (2022, passim).

É o mesmo princípio de responsabilidade patrimonial que autoriza ação pauliana (revogatória) nos casos de *fraude contra credores*, conforme os Arts. 158 e segs., do CC/02, ou seja, nos casos em que o devedor entra em insolvência.

Há casos em que se exige o pagamento antecipado em consonância com o Art. 333 do CC/02, que permite ao credor o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código:

I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores;

II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor;

III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

O que acima se mostra é a expectativa do credor em relação aos bens do devedor que lhe permite a cobrança antecipada. Nos casos de bilateralidade do contrato, pode acontecer não apenas de um descumprimento total ou parcial, ou da insolvência de um dos devedores, ou, ainda, de concurso de credores sobre seus bens, mas de fragilização do patrimônio do garantidor (garantia fidejussória).

Por exemplo, verifica-se que o patrimônio do fiador se tornou insuficiente em relação a um contrato. Sendo relação bilateral, a parte que sente frustração na sua expectativa de

recebimento, pode invocar a *exceptio* e, antes de cumprir com sua obrigação, exigir reforço da garantia anteriormente oferecida ou até mudar a garantia de fidejussória para real (hipoteca, penhor, anticrese e garantia fiduciária).

Em suma, é dever dos contratantes não apenas cumprir de modo integral as obrigações contratuais, e do melhor modo possível, mas manter acesa a luz da boa-fé e o *honeste vivere*, ou seja, agir continuadamente a fim de que a outra parte se sinta confortável quanto às suas expectativas, tendo em vista que o contrato, enquanto autorregulação de interesses privados, serve para tranquilizar as partes.

O contrato é uma relação que vincula patrimônios nas relações obrigacionais, pois é o patrimônio que responderá. Daí a importância das considerações sobre a *exceptio non adimpleti contractus* e, também, *exceptio non rite adimpleti contractus*.

Lembra Maria Helena Diniz (2014, p. 138) que a *exceptio non adimpleti contractus* não poderá ser arguida se houver renúncia, impossibilidade da prestação ou se o contrato contiver cláusula *solve et repete*.

A renúncia a um direito é negócio jurídico válido. A impossibilidade da prestação quando não imputada à parte, resolve a obrigação desobrigando as partes, com exceção da conduta repreensível, ou seja, culpa, ou casos de mora.

A cláusula *solve et repete* torna a exigibilidade da prestação imune a qualquer pretensão contrária do devedor. Neste caso, a cláusula *solve et repete* é renúncia ao direito da *exceptio*.

Finalmente, uma dúvida se apresenta, a saber, se é possível invocar a cláusula *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos administrativos. Rosa e Nelson Nery (2016, p. 130) lembram que a doutrina sustenta que não é possível utilizar a exceção do contrato não cumprido porque a Administração Pública tem função e interesses públicos, sendo esse o objetivo dos seus contratos.

Já falamos sobre isso quanto comparamos os princípios da autonomia privada e o da supremacia da ordem pública, assim como quando tratamos dos limites entre o público e o

privado (2022, passim). Anotam os civilistas Rosa e Nelson Nery que, todavia, há sinalizações do STJ no sentido de entender que se aplica nos casos em que há atraso no pagamento. [32]

3 – Resolução do contrato por onerosidade excessiva

O contrato é um microcosmo de relações econômicas, diria, de boas relações econômicas que expressa os processos civilizatórios de um determinado povo e, também, seu alto grau de compreensão e emancipação. Por isso mesmo, o contrato é a maior expressão de autorregulação de interesses privados.

Não é demais lembrar que o contrato *faz lei entre as partes* e se rege também pelo princípio da *pacta sunt servanda*. Em outras palavras, os contratos devem ser cumpridos. Entretanto, o contrato é ato volitivo, cujo percurso começa no discernimento, assistência ou representação das partes, avança para a vontade negocial e, finalmente, é estabelecido com o encontro de duas ou mais vontades.

A própria lei reconhecendo o valor do elemento subjetivo dispõe, no Art. 112 do CC/02, que nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciadas que o sentido literal da linguagem (falada ou escrita).

Isso ocorre porque, sendo o contrato uma fonte de obrigações jurídicas que comprometem diretamente o patrimônio dos contratantes, ninguém pode dar mais direitos do que aqueles que possui.

Ademais, ninguém se obriga para a ruína e, mesmo nos casos de doação, a própria lei impede a ruína e o desfazimento completo do patrimônio. A vida é economia, e o contrato é o espelho dessa intensidade cotidiana.

---

[32] Em que pese a nota em função de algumas decisões do STJ, seguimos pelo princípio da não possibilidade da invocação da exceptio por parte do contratante privado contra a Administração Pública, ainda pelo motivo de se contraporem duas esferas distintas, uma que visa, legitimamente, o lucro contratual; outra que, também legitimamente, busca o interesse público. Ainda que a dicotomia entre público e privado tenha pouco a pouco desaparecido, não descuidamos de afirmar que não é no sentido de uma privatização do público, mas de uma constitucionalização do direito privado.

Quando uma pessoa contrata tem em vista o universo particular da economia que os seus olhos podem enxergar, pauta-se pela previsibilidade e antecipa repercussões ou fatos possíveis.

Se alguém contrata e não tem noção econômica de mundo e de contrato, levando-se à ruína, pratica ato com defeito de vontade, podendo ser erro, ignorância, estado de perigo ou lesão patrimonial. Isso, se a fase do discernimento já estiver superada.

Há casos, contudo, que o negócio padece na origem da capacidade dos agentes, como nos casos de prodigalidade. O pródigo é um relativamente incapaz por não ter dimensão econômica de mundo e arruinar seu patrimônio. Por isso mesmo, a lei o submete à curatela após a interdição.

Pois bem, se por razão adversa, um contrato se torna excessivamente oneroso detecta-se uma anomalia. O Código Civil, nos Arts. 478 a 480, dispõe sobre isso da seguinte maneira: *nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*.

É claro o preceito legal. Se a prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Trata-se aqui de *caso fortuito* ou *força maior*. É o fato para além da capacidade contratual comum de previsão econômica.

Em uma sociedade serena que se conduz sem altos e baixos, com economia e finanças equilibradas, a previsibilidade se torna algo comum, ou seja, é a antecipação de eventos possíveis. Não é o caso da imprevisibilidade, como ocorre em guerras repentinas, desastres naturais, ataques virulentos, etc.

A primeira possibilidade aqui é a do devedor pedir a resolução do contrato. O pedir refere-se a ação. Podem as partes, como em tudo que for privado e não estiver sob normas cogentes, transacionar sobre o desfazimento do contrato. Poderão fazê-lo, por exemplo, pelo distrato. O Artigo aponta para a intervenção judicial, porém nada obsta que se faça pela transação.

No espírito das relações contratuais, e afinado com o que se tem por evolução das relações contratuais, o Art. 479 do CC/02, aponta uma possibilidade de não resolução quando, para evita-la, oferece solução contratual para modificar equitativamente as condições do contrato.

Resta saber se o devedor é obrigado a aceitar esta predisposição revisional da outra parte. Somos pela resposta positiva, pois o problema se encontra no desequilíbrio econômico do contrato, e não no contrato. Assim, e vez de desfazer o contrato e pedir sua resolução, o devedor deve aceitar a manifestação de boa-fé e equilíbrio da outra parte. Salva-se o contrato e o devedor não é submetido a um estado de ruína econômica.

Nos casos em que a obrigação é apenas de uma das partes, conforme dispõe o Art. 480, do CC/02, poderá ela poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. É mudança ou redução prestacional para combater a onerosidade excessiva que se verificou no contrato, mas tanto quanto se possa, o contrato deve ser mantido, reconduzido para sua original manifestação de vontades.

Com estas considerações podemos retomar o princípio da obrigatoriedade do contrato, ou *pacta sunt servanda* que rege os contratos, sendo sua natureza autorregulatória. Mas, os princípios não estão soltos ou destacados, sendo necessário que o interprete os coloque em base principiológico de tal modo que seja possível entender um princípio quando posto diante de outro.

No caso do *pacta sunt servanda* coloca-se um outro princípio (ou outros) para a análise do fato *contrato*. Se o contrato é ato volitivo e a vontade se expressa em manifestação de vontades, fica claro que as partes quiseram determinados efeitos no *ponto zero do contrato*. Por isso mesmo, o princípio que traz balança à obrigatoriedade é o *rebus sic stantibus*.

Os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*) enquanto as condições contempladas ou previstas se mantiverem como na do momento em que houve a manifestação de vontades (*rebus sic stantibus*).

A cláusula *rebus sic stantibus* (chamamos de princípio por ser um ponto de valor em torno do qual se constrói um pensamento, comportamento e juízo de valor) é subentendida nas relações contratuais, isto é, está na própria relação. A onerosidade excessiva destoa deste princípio porque as partes tinham duas realidades no momento da formação do contrato: a real, presente, e a previsível na normalidade das mudanças econômicas.

Invocar a onerosidade excessiva é recuperar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não permitir que ele se torne o motivo de destruição de patrimônios e, acima de tudo, de vidas.[33]

O juiz, neste caso, deve verificar a vigência do contrato comutativo de execução continuada, pois não pode ser um contrato aleatório (neste caso, a parte assume o risco). Deve, também, verificar a alteração radical das condições econômicas no momento da execução em comparação com as da formação do contrato e, finalmente, a onerosidade excessiva para uma das partes, e benefício exagerado para a outra.

Além disso, o juiz deve verificar a imprevisibilidade e extraordinariedade da modificação, pois rebus sic stantibus não se aplica a riscos normais. Finalmente, deve-se levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nos casos empresariais levam-se em conta os riscos assumidos e a sofisticação dos contratantes.

Um dos casos com os quais trabalhamos, e Paulo Lôbo também (2014, p. 201) refere-se à mudança de câmbio em 1999. Na ocasião, houve um incentivo às pessoas físicas (naturais) para que fizessem o contrato de *leasing* (originarimante, arrendamento mercantil) na aquisição de veículos novos.

Havia um sinal governamental, anterior ao pleito eleitoral, de que o câmbio seria mantido (algo como R$ 1,13 x U$ 1,00). Muita gente adquiriu carros com o contrato de *leasing* e parcelas reajustadas pela variação do dólar.

Entretanto, assim que terminaram as eleições, quinze dias depois, ficou impossível manter o câmbio naquele patamar e abriu-se abruptamente o câmbio fazendo o dólar saltar para R$ 2,15. Fácil imaginar que os pagamentos foram reajustados com cem por cento ou mais.

À luz da legislação anterior, especialmente Código de Defesa do Consumidor, era possível invocar a cláusula rebus sic stantibus. Mas, os juízes de Primeira Instância, em sua maioria, entenderam que não e mantiveram a cláusula de reajuste pela variação do dólar. Coube aos Tribunas de Justiça de muitos Estados corrigir e reformas as Sentenças e reconhecer a

[33] *Importante destacar que a onerosidade excessiva dá ao devedor o direito de pedir rescisão, não revisão contratual. Claro, e já o dissemos acima, a outra parte pode oferecer revisão de condições, cláusulas e equilíbrio econômico-financeiro.*

incidência da extraordinariedade e imprevisibilidade e determinar a alteração judicial com base na cláusula *rebus sic stantibus*.

À época, os bancos alegaram que o Código de Defesa do Consumidor não se aplicava a tais contratos. Não havia previsão no antigo Código Civil de 1916, então vigente. Mas, os Tribunais entenderam que a vontade real das partes não era para o *leasing* (arrendamento mercantil), mas para um tipo especial de Venda e Compra e, por isso mesmo sujeita ao Código de Defesa do Consumidor.[34]

[34] *Art. 6º do CDC: são direitos básicos do consumidor: Inciso V: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.*

Bibliografia

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Bahia: Livraria Magalhães, 1910;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais.** 30ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014;

GOMES, Orlando. **Contratos**. 22ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1. 3ª edição. São Paulo: Scortecci, 2026;

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito Civil - Relações Obrigacionais**., Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Scortecci, 2025;

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

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. **Direito Civil: Relações sobre Coisas**, Vol. 3. 3ª edição. São Paulo: Scoretecci, 2024.

NERY, Rosa e NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Contratos**. Vol. III. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2016;

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Vol. II (dois tomos em um) – Parte Especial. 2ª edição. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1945;

A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DOS CAMPOS EM BOURDIEU NA RELAÇÃO ENTRE EVANGÉLICOS E O PODER POLÍTICO

The insufficiency of Bourdieu's Theory of Fields in the relationship between evangelicals and political power

La insuficiencia de la Teoria de Campo de Bourdieu em la relación entre los evangélicos y el poder político

Magno Paganelli[35]

"A crença não desaparece, ela se desdobra e se diversifica"

(Danièle Hervieu-Leger)

RESUMO

O presente artigo é síntese de pesquisa de pós-doutorado que investigou a relação de poder entre o campo religioso evangélico e o campo político no Brasil. Aplicamos a Teoria dos Campos de Pierre Bourdieu, em que o campo político legitima os demais setores entre os quais se organizam as sociedades, tais como campo religioso, cultural, educacional, mídia, política etc. Em pesquisa anterior, verificou-se como o turismo de evangélicos brasileiros para Israel-Palestina serviu como legitimador de narrativas em nível internacional. Na apresente pesquisa, aplicou-se a Teoria dos Campos, a fim de observar o seu comportamento no cenário brasileiro ao atravessar uma onda de conservadorismo, alimentada pelo apoio dos mesmos evangélicos, desta vez no Governo Bolsonaro. A hipótese de que a relação dos evangélicos com a política subverte a Teoria dos Campos de P. Bourdieu se mostrou acertada, ficando demonstrada a insuficiência da Teoria para explicar as relações entre campo político e campo religioso, uma vez que Bourdieu considerou o catolicismo na formulação de sua teoria, e o cenário brasileiro tem outro grupo cristão, os evangélicos, com suas variegadas posições políticas e cosmovisões teológicas, as quais difere e subverte a Teoria aplicada.

PALAVRAS-CHAVE: Bourdieu; teoria dos campos; evangélicos; neopentecostais.

[35] Magno Paganelli é pós-doutor na Escola de Artes, Ciências e Humanidades (EACH-USP), doutor em História Social (FFLCH-USP) e Mestre em Ciências da Religião (Mackenzie).

ABSTRACT

This article is a summary of postdoctoral research that investigated the power relationship between the evangelical religious field and the political field in Brazil. We applied Pierre Bourdieu's Field Theory, in which the political field legitimizes the other sectors among which societies are organized, such as the religious, cultural, educational, media, political fields, etc. In previous research, it was verified how tourism by Brazilian evangelicals to Israel-Palestine served as a legitimizer of narratives at the international level. In the present research, the Field Theory was applied in order to observe its behavior in the Brazilian scenario when going through a wave of conservatism, fueled by the support of the same evangelicals, this time in the Bolsonaro Government. The hypothesis that the relationship between evangelicals and politics subverts P. Bourdieu's Theory of Fields proved to be correct, demonstrating the insufficiency of the Theory to explain the relationships between the political field and the religious field, since Bourdieu considered Catholicism in the formulation of his theory, and the Brazilian scenario has another Christian group, the evangelicals, with their varied political positions and theological worldviews, which differ and subvert the applied Theory.

KEYWORDS: Bourdieu; field theory; evangelicals; neo-Pentecostals.

RESUMEN

Este artículo es una síntesis de una investigación posdoctoral que investigó la relación de poder entre el campo religioso evangélico y el campo político en Brasil. Aplicamos la Teoría del Campo de Pierre Bourdieu, en la que el campo político legitima a los demás sectores entre los que se organizan las sociedades, como el campo religioso, cultural, educativo, los medios de comunicación, la política, etc. En investigaciones anteriores se verificó cómo el turismo de evangélicos brasileños a Israel-Palestina sirvió como legitimador de narrativas a nivel internacional. En la presente investigación se aplicó la Teoría de Campo, con el fin de observar su comportamiento en el escenario brasileño al atravesar una ola de conservadurismo, alimentada por el apoyo de los mismos evangélicos, esta vez en el Gobierno de Bolsonaro. La hipótesis de que la relación entre evangélicos y política subvierte la Teoría de Campo de P. Bourdieu resultó ser correcta, demostrando la insuficiencia de la Teoría para explicar las relaciones entre el campo político y el campo religioso, ya que Bourdieu consideró el catolicismo en la formulación de su teoría, y el escenario brasileño tiene otro grupo cristiano, los evangélicos, con sus variadas posiciones políticas y cosmovisiones teológicas, que difiere y subvierte la Teoría aplicada.

PALABRAS CLAVE: Bourdieu; teoría de campo; evangélicos; neopentecostales.

INTRODUÇÃO

Em pesquisa de doutoramento sobre a relação entre os poderes políticos de Israel e da Palestina, investigou-se (PAGANELLI, 2018) as relações de poder entre o campo religioso evangélico brasileiro e os campos políticos de Israel e da Palestina. O aporte teórico utilizado na pesquisa foi suprido por Pierre Bourdieu (2011), a chamada Teoria dos Campos. Tal teoria se propõe explicar como se dão as relações simbólicas nos diferentes segmentos sociais, aos quais Bourdieu chama "campo" ou "campos". Na pesquisa de pós-doutoramento (PAGANELLI, 2024), a teoria foi aplicada à realidade brasileira, investigando a relação do mesmo campo religioso dos evangélicos com o campo político no Governo Bolsonaro.

A seguir, será demonstrado como a Teoria dos Campos se comportou e quais deficiências identificou-se para dar ocasião à presente revisão na teoria.

1 A epistemologia e construção da Teoria de Bourdieu

Bourdieu realizou sua pesquisa de doutoramento em Filosofia na Argélia, sobre as estruturas temporais da vida afetiva, na década de 1950,[36] enquanto servia o Exército francês, depois de convocado em 1955. Os francesas negociariam a independência da Argélia entre 1961 e 1962. Segundo Fontaine (2023), a situação da população cristã estava na pauta das negociações: "a defesa da "civilização cristã" na Argélia havia sido uma das principais justificativas ideológicas para a violência francesa contra a população argelina, o futuro do cristianismo na Argélia pós-colonial não era evidente". (FONTAINE, 2023)

Assim como se deu na África do Sul com o *apartheid*, na Argélia, "a religião tornou-se um dos marcadores mais simbólicos e poderosos da diferença e até mesmo da segregação legal na Argélia" (FONTAINE, 2023), forçando a uma leitura hermenêutica do significado e das implicações políticas da fé dentro de um arcabouço dogmático enviesado. Foi neste contexto e ambiente que Bourdieu formaria a base epistemológica e formularia os primeiros conceitos de

[36] Publicado em 1958, *Socilogie de l'Algerie*. Em português, **O desencantamento do mundo – estruturas econômicas e estruturas temporais**, ed. Rev. e aum., trad. Elisa Mazza. São Paulo: Perspectiva, 2021.

campo político e religioso, tendo o catolicismo como agente no espaço público e se constituindo em referencial para o campo religioso.

Posteriormente, Bourdieu desenvolveria suas ideias e apresentaria os principais argumentos da Teoria dos Campos com a publicação de três artigos, os quais estabeleceram os primeiros princípios: *Champ intelectual et projet créateur* (1966), *Genèse et structure du champ religieux* (1971) e *Une interpretation de la théorie de la religion selon Max Weber* (1971). Note como a religião aparece com certa centralidade em seus artigos (Hilgers, 2014, p. 2).

À época quando Bourdieu propôs e apresentou a sua Teoria, o conceito de campo estava em uso em outras disciplinas, como a Física, a Matemática e a Psicologia. Mesmo compartilhando da mesma epistemologia, Bourdieu desenvolveria na sociologia uma teoria de "forma relativamente autônoma" (Hilgers, 2014, p. 2). Jean-Claude Passeron, que trabalhou com Bourdieu em uma teoria do sistema de ensino, assumiu que eles utilizaram o conceito do campo da teoria *Gestalt* em particular o trabalho de Kurt Lewin (Passeron,[37] *apud* Hilgers, 2014, p. 3).

Em introdução a Teoria do Campo Social de Bourdieu, Hilgers entendeu que as diferentes teorias de campo não são compostas ou identificadas em "objetos ou agentes individuais", pois "o espaço, seja social ou físico, é relacional". Portanto, "o campo é o espaço analítico definido pela interdependência das entidades que compõem uma estrutura de cargos entre os quais existem relações de poder" (Hilgers, 2014, p. 5).

Bourdieu assim definiu campo:

> [...] todas as sociedades se apresentam como espaços sociais, isto e, estruturas de diferentes que não podemos compreender verdadeiramente a não ser construindo o princípio gerador que funda essas diferenças na objetividade. Princípio que é o da estrutura da distribuição das formas de poder ou dos tipos de capital eficientes no universo social considerado. (BOURDIEU, 1996, p. 50)

[37] PASSERON, J.-C. *Mort d'un ami, disparition d'un penseur*. In P. Encrevé and R.-M. Lagrave (eds) **Travailler avec Bourdieu**. Paris: Flammarion, 2003, p. 17–90.

Ao tratar do campo político em analogia com o campo religioso, afirmou:

> [...] e o campo político [...] é um microcosmo [...] um pequeno mundo social relativamente autônomo no interior do grande mundo social. [...] um campo é um microcosmo autônomo no interior do macrocosmo social. [...] Como o campo religioso, o campo político repousa sobre uma separação entre os profissionais e os profanos. No campo religioso, há os laicos e os clérigos. (BOURDIEU, 2011, p. 194-195)

A Teoria dos Campos de Bourdieu é a desembocadura de uma reflexão que se concatena, reflexão relativamente histórica que une três pensadores. "A teoria dos campos [em Bourdieu] refere-se explicitamente a Durkheim, no que diz respeito a constituição histórica e autonomização dos campos, a Marx, pela interpretação dos efeitos dessa autonomização, e a Weber, pela construção da autonomia de um campo e suas lutas internas" (Hilgers, 2014, p. 5; nossa trad.).[38]

Segundo Bourdieu, a natureza de um campo pode ser religiosa, econômica, intelectual ou educacional, artística, jornalística, política etc. A relação interna em determinado campo e entre os campos numa dada sociedade ocorre à base de "trocas simbólicas", que é a retroalimentação do que Bourdieu chama de "produtores" de serviços e "consumidores" (BOURDIEU, 2001, p. 30,38,54). Quanto maior o capital[39] simbólico, social ou "prestígio social" (BOURDIEU, 2001, p. 15), maior o poder de influência ou de barganha na economia das relações sociais simbólicas entre os referidos campos.

[38] Para Bourdieu, um campo é relativamente uma área de domínio autônomo de atividade que responde a regras de funcionamento e instituições que lhe são específicas e que definem as relações entre os agentes. Cada campo tem suas regras específicas: o campo político tem que manter uma estreita relação com os indivíduos externos ao campo, porque agentes derivam sua legitimidade da representação dos cidadãos (HILGERS, 2014, p. 5; nossa trad.).

[39] A partir do conceito de capital em Marx, Bourdieu reconsiderou qualquer valor, recurso cultural ou de poder, situação ou posição social, econômica ou cultural como fonte de riqueza, indo além das concepções anteriores de acumulação de bens (BOURDIEU, 2011).

Decorreria do aumento de tal capital simbólico a ampliação de poder, influência ou prestígio público, traduzido em maior capacidade de auferir dividendos em cada campo: quanto maior o capital (poder, autoridade e visibilidade, traduzidos em prestígio e ganhos), maior dependência, vinculação e interesse despertaria em outros campos. Segue-se que o campo político, que regulamenta e legisla a sociedade, se torne legitimador dos campos, nele se encontrando o poder do Estado, em tese, o maior poder numa sociedade.

Bourdieu argumentou sobre a gênese e a estrutura das "funções sociais" que compõem o campo religioso (e demais campos) e indicou que elas "tendem sempre a se transformarem em funções políticas" (BOURDIEU, 2001, p. 30; 1971, p. 298). Por meio da estrutura do campo religioso transmutado em político na separação das esferas de poder, a religião organiza a autopercepção "do mundo e, em particular, do mundo social [...] como a estrutura natural-sobrenatural do cosmos" (BOURDIEU, 2001, p. 33-4): se é assim que funciona desde sempre (desde tempos mitológicos), então é assim que Deus quer (na sociedade moderna).[40]

Como exemplo dessa transmutação do campo religioso em político, tomamos um acontecimento da história, a passagem da Lei de Deus como normativa das sociedades para a normatização da vida pública pela Lei dos Homens (o Direito), notadamente após a Revolução Francesa, uma mudança epistemológica radical. A laicização na cultura removeu da esfera pública o antigo discurso religioso, substituindo-o pelo discurso da fraternidade comum e a generosidade humana; o amor e o cuidado com os pobres deram lugar a assistência social, o clero deu lugar ao Estado e a fé permaneceu em ambos os casos: antes religiosa, veio a se tornar fé civil nas instituições, mediada por diferentes ideologias. O fim da religião, com o estabelecimento do Direito em que os que foram considerados iguais perante Deus agora serão considerados iguais perante o Direito ("todos são iguais perante a lei", não mais perante Deus).

No atual estado, a "autonomia" e a "legitimidade" de um grupo social dependerão do contato com a fonte legitimadora que foi eleita (BOURDIEU, 2001, p. 38). No caso dos evangélicos, a

[40] Bourdieu partiu da leitura que Émile Durkheim (1858-1917) fez da "gênese social dos esquemas de pensamento, de percepção, de apreciação e de ação" e acrescentou: A religião contribui para a imposição (dissimulada) dos princípios de estruturação da percepção e do pensamento do mundo e, em particular, do mundo social, na medida em que impõe um sistema de práticas e de representações cuja estrutura objetivamente fundada em um princípio de divisão política apresenta-se como a estrutura natural-sobrenatural do cosmos (BOURDIEU, 2001, p. 33-34).

pesquisa anterior viu no Estado de Israel essa fonte legitimadora eleita, com seu aparato sociorreligioso, lendário, cultural e simbólico. Os seus elementos constituintes (aparato simbólico), constitui o novo signo do qual o campo evangélico se servirá para a sua legitimação. No presente trabalho, o campo político brasileiro, acessível por meio de eleição democrática, pode ser ocupado pelos agentes do campo religioso; agentes do campo religioso podem ocupar e controlar uma fatia do campo político. Ao fazer assim, um produtor dos bens de serviços religiosos amplia o seu campo de poder:

O campo do poder (que não deve ser confundido com o campo político) não é um campo como os outros: ele e o espaço de relações de força entre os diferentes tipos de capital ou, mais precisamente, entre os agentes suficientemente providos de um dos diferentes tipos de capital para poderem dominar o campo correspondente [...] (BOURDIEU, 1996, p. 52)

Na observação das relações entre os agentes dos campos religioso e político, a Marcha Pra Jesus é caso emblemático de como eventos religiosos (com apelo turístico) podem se configurar. Ela é o evento anual cuja maior edição ocorre na cidade de São Paulo. A direção do evento, da Igreja Renascer em Cristo, convida e dá visibilidade a políticos. A 27ª edição, em 2019 (a última antes da pandemia), contou com as presenças do então Governador de São Paulo, João Dória, do então prefeito da Capital, Bruno Covas, e do então Presidente da República, Jair Bolsonaro.[41] Segundo Bourdieu previa na Teoria dos Campos, os religiosos deveriam buscar legitimação no campo político:

Enquanto resultado da monopolização da gestão dos bens de salvação por um *corpo de especialistas* religiosos, socialmente reconhecidos como os detentores exclusivos da competência específica necessária à produção ou à reprodução de um *'corpus' deliberadamente organizado* de conhecimentos secretos (e portanto raros), a constituição de um campo religioso acompanha a desapropriação objetiva daqueles que dele são excluídos e que se transformam por esta razão em *leigos* (ou *profanos*, no duplo sentido do termo) destituídos do *capital religioso* [...] e reconhecendo a legitimidade desta desapropriação pelo simples fato de que a desconhecem enquanto tal (BOURDIEU, 2001, p. 39; ênfases no original).

[41] Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/20/marcha-para-jesus-2019-reune-milhares-de-fieis-em-sao-paulo.ghtml> e acessado em 03.02.2020.

No Governo Bolsonaro, a classe[42] ou o campo político negociou o seu capital simbólico no apoio aos evangélicos (a base eleitoral do presidente Jair Bolsonaro). Demonstramos como a referida negociação ocorre no cenário internacional, nas relações já apontadas. No caso do cenário nacional, a aferição de receitas ou capital simbólico pelas diferentes instâncias do Governo via turismo é representativa para as instâncias mais baixas do Governo, uma vez que a relação política *x* religião também ocorre nelas. Referimo-nos ao palanque dado a políticos pela organização de eventos religiosos, como a Marcha pra Jesus e o Congresso Gideões Missionários da Última Hora (GMUH).

No imaginário evangélico, a legitimação no mercado simbólico de ideias ocorre e pode fomentar a adesão dos turistas. Essa legitimação se dá na forma de apoio por parte dos agentes do campo político. Nas palavras de Bourdieu, o campo religioso irá *interpretar* essa legitimação "sob a modalidade de crença" em favor da tradição religiosa adotada, que considerará os seus esforços como a tradução do "mundo natural", chancelada pela divindade (a autoridade pública que chancela as demandas religiosas representa a vontade de Deus. BOURDIEU, 2001, p. 47): "Este sistema simbólico [da hierarquia celeste reproduzida na hierarquia eclesiástica] [...] constitui, em última instância, um aspecto da ordem cósmica estabelecida por Deus, sendo, portanto, eterna e imutável" (BOURDIEU, 2001, p. 70-71). A fala do político numa igreja ganha peso, próximos que estão à sacralização das atividades políticas humanas rotineiras.

Embora o Planalto não disponha de farto aparato imagético e simbólico sobre os evangélicos como dispõe Israel, permanece a possibilidade de atrair evangélicos, dependendo da conjuntura política e econômica do país; a conjuntura determina a maior ou menor facilidade (e a estratégia), a depender do viés político conservador ou progressista. A possiblidade de o Planalto atrair esses religiosos é maior em relação ao segmento católico, em um governo progressista, uma vez que a Igreja Católica e governos progressistas tendem a apoiar a causa de grupos menos favorecidos em função de sua teologia menos triunfalista (Teologia da Libertação-TL) e mais voltada para os pobres. Grosso modo, essa tem sido uma bandeira do Governo "Lula 3": [...] no âmbito prático a alquimia religiosa faz "da necessidade virtude", ou então [...] "torna fácil e feliz o que é inevitável", no âmbito gnosiológico faz "da necessidade

[42] Não estamos confundindo o conceito de classe de Marx com o conceito de campo e seu *habitus* em Bourdieu. (BOURDIEU, 1996, p. 21; ênfase no original)

razão" ao transformar as barreiras sociais que definem o "impensável" em limites lógicos, eternos e necessários (BOURDIEU, 2001, p. 47).

Ao contrário, evangélicos adeptos da Teologia do Domínio e da Teologia da Prosperidade interpretam a "necessidade", o "inevitável" e "as barreiras sociais" e "impensáveis" em obstáculos a serem superados com a bênção e o "braço forte" de Deus.

Ao contrário do que pregam essas correntes teológicas mencionadas, a função pedagógica da doutrinação religiosa procura a obediência a uma lógica interna que provê a implementação e manutenção de uma ordem cosmológica e social, de modo que a transgressão dessa ordem e das suas barreiras sociais se constitui sacrilégio e cabem sanções (divinas, no caso). Uma vez que os campos religiosos não são homogêneos, a percepção que o evangélico tem é que o mundo natural foi organizado e é mantido pela divindade (e deve-se insistir em tal manutenção). Os princípios de estruturação do mundo foram assim interiorizados e só podem ser abolidos através de uma revolução simbólica: [...] isto acontece porque, em cada formação social e em cada época, toda a visão do mundo e todos os dogmas cristãos dependem das condições sociais características dos diferentes grupos ou classes, na medida em que devem adaptar-se a estas condições para manejá-las (BOURDIEU, 2001, p. 52).

Assim, a Igreja vê como seu papel contribuir para a restauração da antiga ordem, que coincidirá com a vontade de Deus. "Neste sentido, por estar investida de uma função de manutenção da ordem simbólica em virtude de sua posição na estrutura do campo religioso, uma instituição como a Igreja contribui sempre para a manutenção da ordem política" (BOURDIEU, 2001, p. 72). Nisso reside a crescente e notável investida dos evangélicos, os mais afeitos à política, notadamente o setor chamado neopentecostal, base do eleitorado do ex-Presidente Bolsonaro, e que procurou ditar pautas em diversas áreas. O ex-Ministro do Turismo Marcelo Álvaro Antônio (PSL), que professa essa fé, era membro da Igreja Cristã Maranata no início da presente pesquisa.

Bourdieu entendeu que nas relações entre os campos religioso e político, o simbolismo religioso recebe a função legitimadora do campo político (BOURDIEU, 2001, p. 69). Essa é a questão que levantamos no campo teórico e que ora investigamos. Aplicamos a questão ao contexto brasileiro: como o público evangélico lida com o campo político em seu benefício e como a política se torna atrativa para o grupo?

Para Bourdieu, há relação entre os poderes político e religioso e essa relação ocorre na competição entre as fontes geradoras de serviços. Nesta engrenagem, produtores de serviço competem pela atenção do maior número ("mobilização") de religiosos ("leigos"), pois disso depende a própria legitimação como produtores de bens de religião e preservação da ordem social: "[...] por estar investida de uma função de manutenção da ordem simbólica em virtude de sua posição na estrutura do campo religioso, uma instituição como a Igreja contribui sempre para a manutenção da ordem política" (BOURDIEU, 2001, p. 72). A esse papel da Igreja Bourdieu chama "relação de homologia", isto é, o modo como a Igreja contribui para a ordem política por meio de seu poder simbólico e preservação da ordem religiosa, ordem e estrutura que é reproduzida na política (BOURDIEU, 2001, p. 72).

A Igreja é "um corpo (sacerdotal) que detém o monopólio da manipulação legítima dos bens da saúde [...] investido de um poder propriamente espiritual [...] é também uma empresa de dimensões econômicas, capaz de assegurar sua própria continuidade, apoiando-se em vários tipos de recursos." (BOURDIEU, 1996, p. 195). Bourdieu acrescenta:

O poder temporal da Igreja repousa também sobre o controle de *cargos* que podem dever sua existência a simples lógica econômica (quando vinculados a empreendimentos econômicos propriamente religiosos, como as peregrinações, ou com dimensão religiosa, como as empresas da imprensa católica, ou *à ajuda do Estado*, como os cargos de ensino. (BOURDIEU, 1996, p. 195; ênfase no original)

Aqui Bourdieu apontou o aspecto econômico da Igreja na manutenção de sua existência. Ela usa os meios, digamos, seculares ou não religiosos, disponíveis no entorno social leigo. Ao passo que a Igreja se imiscui dos expedientes disponíveis no mercado de bens e serviços, "tudo parece indicar que estamos indo na direção de uma *Igreja sem fiéis,* que tira sua força (inseparavelmente política e religiosa ou, como diz a linguagem dos clérigos, 'apostólica') do conjunto de cargos de que ela dispõe". (BOURDIEU, 1996, p. 196) Em outras palavras, a tendência desse quadro apresentado pelo autor, com o tempo, é que o campo religioso seja absorvido pelo campo político em determinadas funções ou, que a função religiosa se restrinja à "cura das almas" (BOURDIEU, 1996, p. 195).

Bourdieu indicou algo que esclareceu qual modelo religioso ele utilizou na elaboração do eixo político-religioso em sua Teoria dos Campos:

A mudança dos fundamentos econômicos da existência da Igreja, que se operou pouco a pouco, faz com que a transação puramente simbólica com os laicos (e o poder simbólico exercido pela prédica e pela cura das almas) seja relegada a segundo plano em proveito da transação com o Estado, que assegura as bases do poder temporal que a Igreja exerce, *através dos cargos financiados pelo Estado*, sobre os agentes que devem ser cristãos (*católicos*) *para ocupar os cargos que ela controla*. (BOURDIEU, 1996, p. 196; ênfases acrescentadas por nós)

Por esta citação, que nos atualiza sobre a questão econômica, vê-se, ainda, que a Teoria dos Campos de Bourdieu foi elaborada sobre o modelo católico de padroado, o que em nada se assemelha ao atual modo de gestão da própria Igreja Católica no Brasil, tampouco ao modelo adotado pelas igrejas evangélicas que ora investigamos.

Além do poder político, que recebiam do papa "autoridade plena sobre todos os territórios que já tinham descoberto assim como sobre aqueles que ainda descobririam" (BOSCH, 2007, p. 280), cabia aos navegadores portugueses e espanhóis, promover a evangelização, cuidar dos assuntos eclesiásticos, tendo assim, a "origem do direito do padroado (*patronato real*, em espanhol)" (BOSCH, 2007, p. 280, ênfase no original).

No padroado, cabia ao governo local a folha de pagamento dos clérigos e a contratação ou exoneração deles. O padroado vigorou no Brasil até a Proclamação da República, em 1889. A esse mecanismo híbrido, Inácio de Loyola (1491-1556) chamou "missão", e a seus seguidores, bem como a si, "missionários" (BOSCH, 2007, p. 281), o que difere radicalmente do modo como os evangélicos entendem o conceito de missões, desvinculadas da parceria da Igreja com o poder político, na maioria dos casos.

Uma vez que evangélicos não realizam suas operações no modelo do padroado, e em outras questões diferem do modelo católico, dados os resultados a que chegamos na pesquisa anterior, confirma-se que a Teoria dos Campos é insuficiente para explicar o eixo político-religioso na configuração do cenário ora recortado em nossas pesquisas.

O campo político não é o agente legitimador, em última instância, do campo religioso, quando este é representado pelos evangélicos, com igrejas atuando autonomamente no cenário ou nas esferas públicas, com membros (líderes ou não) exercendo o direito que a cidadania lhes confere de concorrer a cargos públicos eletivos.

A igreja evangélica, neste aspecto, constitui-se uma força religiosa-espiritual, conforme Bourdieu propôs, mas além disso, ela tem vocação do ponto de vista social para apresentar-se como agente (corporativo ou não) de intervenção nas esferas políticas e econômicas do país. No catolicismo, o Direito Canônico, restringe a participação ativa de seus oficiais na política partidária.[43] Isto difere radicalmente da posição dos oficiais evangélicos na mesma condição, que podem se candidatar livremente.

Esse aspecto da Teoria dos Campos em Bourdieu demonstra que a sua epistemologia sobre o campo religioso não é válida para ser aplicada quando os produtores de bens de salvação, expressão dele, são os evangélicos, quer tradicionais, quer pentecostais.

Há dois apontamentos que Bourdieu fez da religião cristã que merecem revisão. Para Bourdieu, Weber se distanciou de Lévi-Strauss ao rejeitar a mensagem religiosa "como produto de operações intelectuais". Para Weber, a mensagem religiosa serve a funções emocionais ou práticas, um aparato de respostas sistemáticas a questões existenciais (BOURDIEU, 1971, p. 299). Distintamente da mensagem, Weber enxergou os "interesses religiosos" dos produtores de serviços, que se vinculam aos interesses dos recebedores da mensagem, que para ele não há incompatibilidade, e afirma que sobre os interesses dos últimos, há disputa pelo "monopólio da gestão dos bens de salvação" (BOURDIEU, 1971, p. 299). Se nisso Weber se aproxima de Marx ao estabelecer que a religião cumpre uma função de preservação da ordem social ao contribuir com a 'legitimação' do poder do 'dominante' e à 'domesticação dos dominados'" (BOURDIEU, 1971, p. 299).

Consideramos tal afirmação por demais generalista (por não abarcar toda a realidade percebida no campo religioso), e dado que grupos religiosos (mas não somente estes) são heterogêneos, deve-se observar que a relação dominador-dominado funcionará em todas as configurações religiosas. Porém, em grupos religiosos 1) com menos informação e acesso a teologias

[43] "A Igreja proíbe expressamente que os seus clérigos (padres e diáconos) filiem-se a partidos políticos, especialmente sem a devida licença do bispo diocesano ou da autoridade competente: "não tomem parte ativa em partidos políticos ou na direção de associações sindicais, a não ser que, a juízo da autoridade eclesiástica competente, o exija a defesa dos direitos da Igreja ou a promoção do bem comum" (cf. cân. 287 § 2 do Código de Direito Canônico), e também proíbe que assumam cargos públicos: "os clérigos estão proibidos de assumir cargos públicos que importem a participação no exercício do poder civil" (cf. cân. 285 § 3 do Código de Direito Canônico), reservando-lhes inclusive sanções penais". Disponível em <https://abre.ai/fPq1> e acessado em 20.02.2023.

inclinadas a uma reflexão melhor elaborada e 2) às novas formas de cristianismo, como grupos neopentecostais, cuja Teologia do Domínio e pregações voltadas para essa perspectiva leva os "dominados" a desejarem o domínio do espaço público, em vez de acomodarem-se ao seu estado ou lugar na estrutura do grupo social. Em outras palavras, grupos neopentecostais, embora religiosos, pautam-se por comportamentos um tanto quanto diferenciados dos grupos religiosos com os quais os sociólogos franceses (Bourdieu e Durkheim) e alemães (Weber e Marx) trabalharam.

A mentalidade desses novos grupos (especialmente os neopentecostais) é voltada para valores da modernidade, como pesquisas recentes demonstram. Desde a década de 1990, duas influências formavam nos grupos neopentecostais uma cosmovisão própria, em um cenário sociopolítico e econômico favorável. A Teologia da Prosperidade valeu-se da favorável conjuntura econômica do Plano Real e a Teologia do Domínio, na esteira do movimento que mobilizou os evangélicos para o acesso a cargos públicos.

Pino Lucà Trombetta chamou de "quarto cristianismo" o que caracterizou essa nova configuração religiosa, com os seguintes traços identitários: teologia do domínio, guerra espiritual, gestão de igrejas como empresas, tele evangelismo, uso de técnicas de *marketing*, espetacularização dos cultos e da música, lançamento de candidaturas políticas de nomes ligados à igreja (TROMBETTA, 2015, p. 50).

Como observou Hervieu-Léger, parece haver uma fusão no horizonte do espaço público, onde se dá o "engajamento dos crentes" nas pautas políticas e culturais, marcando "o retorno da religião" aos espaços de onde antes havia sido removida:

O intenso *retorno da religião ao cenário público*, no coração das sociedades ocidentais, lá onde a privatização da religião era considerada a mais avançada; a evidenciação, através da efervescente irrupção dos novos movimentos sociais, do *engajamento dos crentes ligados à mobilização política e cultural*; a dispersão das crenças expressa pelo *aumento de religiosidades paralelas e novos movimentos religiosos*: todos esses fenômenos davam um peso irrefutável à ideia de uma modernidade 'racionalmente desencantada', definitivamente alheia à religião'. (HERVIEU-LÉGER, 2005, p. 21; ênfases acrescentadas)

O segundo aspecto da interpretação que Bourdieu fez da religião que merece atualização diz respeito ao modo como analisou a religião antiga de Israel, com seu corpo sacerdotal e levítico, sem fazer uma única menção ao fato de as religiões não serem estáticas, como já indicamos na epígrafe; antes, são dinâmicas, transformáveis e pelo poder da coerção, são também transformadoras. Ele disse:

Se a religião de Jahveh passou por uma evolução "ético-racional" em um povo palestino (*sic*) que, apesar de seus grandes centros culturais, nunca conheceu um desenvolvimento urbano e industrial comparável ao do Egito e a Mesopotâmia é que, ao contrário da *polis* mediterrânea que não tem nem nunca produziu religião racionalizada devido à influência de Homero e especialmente a ausência de um corpo sacerdotal organizado hierocraticamente e especialmente preparado para sua função, a Antiga Palestina teve um clero da cidade. (BOURDIEU, 1971, p. 302; nossa trad.)

Bourdieu parece imprimir no judaísmo certa necessidade do sistema religioso judaico demonstrar alguma evolução por meio de traços previamente determinados que o evidenciariam. Tais traços seriam notados na consolidação de uma ética do trabalho substituta do anseio pela salvação à medida que os deuses evoluíssem e fossem alvos de uma espécie de meritocracia. Esse estágio evolutivo seria alcançado pelo êxodo rural da população, pela urbanização, atraída pelo desenvolvimento industrial nas cidades. Isso, segundo Bourdieu, não teria se dado na sociedade da religião de Jahveh.

Mas o maior mérito de Max Weber é ter mostrado que é na medida [...] em que favorece o desenvolvimento de um corpo de especialistas na gestão da propriedade de salvação que a urbanização [...] contribui à "racionalização" e à "moralização" da religião. O processo de 'internalização' e 'racionalização' dos fenômenos religiosos, e [...] a introdução de critérios e imperativos éticos, a transfiguração dos deuses em poderes éticos que querem recompensar o 'bem' e punir o 'mal', de forma a salvaguardar também o aspirações éticas e, finalmente, o desenvolvimento do sentimento de 'pecado' e o desejo de 'redenção', são todos traços que, via de regra geral, progrediram paralelamente ao desenvolvimento do trabalho industrial, na maioria das vezes diretamente relacionado ao desenvolvimento de cidades. (BOURDIEU, 1971, p. 302; nossa trad.).

Seguindo o desenvolvimento da sociedade pela religião, na Modernidade, ao completar a travessia do "**processo de 'internalização'**[44] **e 'racionalização' dos fenômenos religiosos"**, a cultura religiosa não poderia ser analisada como tal, pois se constituiria no Estado moderno. Bourdieu sinalizou o seu entendimento de que nem todas as tradições religiosas passam por essa metamorfose, como no caso da "religião de Jahveh" que, entre o povo palestino, produziu grandes centros culturais, mas "nunca conheceu um desenvolvimento urbano e industrial comparável ao do Egito e a Mesopotâmia", mas "**teve um clero da cidade" (em vez de algo como uma "indústria da cidade")**.

É tão notório que povos desfrutem processos históricos distintos que página Bourdieu mencionou a *polis* mediterrânea que, inversamente à experiência judaica, "não tem nem nunca produziu religião racionalizada [...] e especialmente [contasse com a] ausência de um corpo sacerdotal organizado hierocraticamente e especialmente preparado para sua função" (BOURDIEU, 1971, p. 302). Qual foi a produção industrial da *polis* mediterrânea? A vocação daqueles povos era intelectual (no caso grego), não fabril ou jurídica (como os romanos), como também militar e sucessivamente.

Resta verificar como se dão as relações entre os campos político e religioso, na configuração pretendida pela presente pesquisa. Desde a década de 1990, novas abordagens teológicas surgiram no Brasil. No presente interesse está a chamada batalha espiritual no poder público, teologia neopentecostal a nosso ver uma exacerbação das concepções espiritualistas cristãs, que marca o olhar neopentecostal sobre as condições do mundo.

Uma evolução do movimento de batalha espiritual levou à Teologia do Domínio, que considera papel da Igreja coletivamente, e dos cristãos individualmente, dominar este mundo, ocupar espaços onde o mal está para o quanto antes, preparar as instituições e a sociedade para o retorno

[44] "Internalização", a que Berger chama interiorização: "A interiorização é antes a reabsorção na consciência do mundo objetivado de tal maneira que as estruturas deste mundo vêm a determinar as estruturas subjetivas da própria consciência. [...] Se se imagina um indivíduo totalmente socializado, cada sentido objetivamente disponível no mundo social teria seu sentido análogo dado subjetivamente em sua própria consciência. [...] Se a socialização não conseguir interiorizar pelo menos os sentidos mais importantes de uma determinada sociedade, torna-se difícil manter esta última como empreendimento viável. Especificamente, semelhante sociedade não estaria em condições de estabelecer uma tradição que garantisse a sua persistência no tempo.". (BERGER, 1985, p. 28-29).

de Cristo. Nesta nova fase ou realidade histórica, o poder político mudaria de mãos, sendo legitimado pela presença de Deus e seu povo, no centro do poder.

Tais concepções ditas teológicas não desfrutam de apoio amplo da Igreja histórica (protestantes e evangélicos), sendo uma concepção bastante recente que encontram guarida entre os neopentecostais (cf. TROMBETTA, 2015, p. 50), que levam de arrastão indivíduos afeitos ao poder, seja em qual for a denominação evangélica ao qual estes estejam vinculados. Diferentemente do simbolismo de poder e domínio que a imagética associada a Israel empresta aos neopentecostais, o poder político no Brasil dá a esse grupo mecanismos jurídicos e ferramentas democráticas para uma prática, experiência que na relação com o Estado de Israel ocorre apenas no sentido imaginário da espiritualidade.

A força produtora e mantenedora de poder, extraída das convicções dogmáticas elaboradas no ambiente teológico, dá sentido ao campo simbólico religioso neopentecostal. Em outras palavras, a nova hermenêutica neopentecostal direciona a interpretação de textos bíblicos com conteúdos específicos da comunidade judaica, fazendo-os aplicarem à própria realidade local e práxis de fé. Na realidade nacional que pesquisamos, isso se traduziria na realização das expectativas evangélicas de domínio (Teologia do Domínio), dado que o campo político levaria a cabo as aspirações religiosas desses grupos. Bourdieu resumiu esse mecanismo na tríade interesse-crença-poder simbólico, que C. Lévi Strauss denominou "complexo xamanista".

Lévi Strauss: "Quesalid não se tornou um grande feiticeiro porque curava seus doentes, ele curava seus doentes porque se tornou um grande feiticeiro" [...] o princípio da relação entre o interesse, a crença e o poder simbólico, deve ser buscado no que Lévi Strauss denominou "o complexo xamanista", isto é, na dialética da experiência íntima e da imagem social, circulação quase mágica de poderes no curso da qual o grupo produz e projeta o poder simbólico que será exercido sobre ele e ao fim do qual se constitui, tanto para o profeta como para seus sectários, a experiência do poder profético responsável por toda a realidade de tal poder. (BOURDIEU, 2011, p. 55-6)

Edin Sued Abumanssur, que pesquisou as relações entre turismo e religião, fez contraponto a análise econômica do "turismo religioso" (que ele mantém entre aspas), pois as operadoras de turismo não distinguem a motivação do turista ao oferecer o seu produto. Esse turismo "é fruto da mesma racionalidade administrativa com a qual as agências de viagens operam qualquer

demanda de lazer" (ABUMANSSUR, 2009, p. 4). Ele argumenta que a motivação pessoal do turista independe do mercado, e que as viagens no século XX, com cunho capitalista e consumidor, "só vieram a se tornar 'turismo religioso', quando o volume de pessoas envolvidas alcançou uma escala que tornasse economicamente viável o planejamento e os investimentos na área" (ABUMANSSUR, 2009, p. 4). Se o aparato comercial "emoldurou" a sensibilidade espiritual, isso não removeu nem remove "o ato de fé" expresso na decisão pessoal do turista (ABUMANSSUR, 2009, p. 3). Em outras palavras, confirma o que dissemos sobre a motivação precípua do turista religioso na escolha de destinos ser interna à comunidade de fé, não impulsionada externamente por campos como o político ou o econômico.

Reader, que pesquisou o santuário *Shikoku*, no Japão, observou que após melhorias econômicas a partir de 1950, como planos de crescimento econômico, um sistema de pensões e aumento na expectativa de vida, o número de peregrinos aumentou e também a demografia das comunidades peregrinas, maior número de idosos e mulheres em maior número do que homens (READER, 2007, p. 216-7). Na Índia aconteceu o mesmo e houve desenvolvimento da educação como estímulo a peregrinações a locais de culto (READER, 2007, p. 217). O *hajj*, a peregrinação anual de muçulmanos, movimentava pouco mais de 100 mil peregrinos há 70 anos, hoje atinge cerca de 2,5 milhões, e poderia atrair mais, não fossem as questões de segurança e de acomodação em Meca. Vital para esse crescimento foram os avanços no campo da aeronáutica: maior oferta de linhas aéreas e aeroporto internacional próximo a Meca (READER, 2007, p. 217).

Sobre o turismo e onde ele se dá, nas cidades, Lipovetsky chamou de "visual delectation" (ou deleite visual), que trabalha desde o "design dos espaços públicos e do mobiliário urbano, ao fachadismo arquitetônico, à revalorização do patrimônio, à multiplicação dos museus" (LIPOVETSKY, 2015, p. 318-319), e de igrejas, conventos etc., o que implica o campo da arquitetura urbana, comportado na Teoria de Bourdieu.

A cidade é tomada como marca (*brand*) e sobre ela são aplicadas as ferramentas do *marketing* para torná-la um produto vendável, com apelo estético que atraia o capital, que explore os símbolos presentes e seus investidores (mas não menos os líderes espirituais). No Brasil Belém, Salvador, Nova Trento, Recife, Aparecida e outras são o próprio símbolo de eventos de um passado significativo que precisam ser vistos, tocados, percebidos hoje, e não há espírito

(parafraseando Weber) que dê conta dessa relação econômica entre campos tão variados, como indicou Bourdieu.

Na economia das trocas simbólicas parece não haver crise; se se avizinha uma crise política ou econômica (ou ambas), na sobreposição do campo político sobre o campo religioso há o apelo mágico que viagens para determinada região exercem no imaginário, e, no turismo local: as viagens são remédio para todos. Em momentos de crise "tem gente que quanto pior esteja, mais se esforça para ir, justamente por causa da relação [fetichista][45] entre Israel e magia na mente dos evangélicos".[46]

Entre católicos, o mesmo fenômeno já foi observado. Alves e Santos, que também se apoiam nas concepções de Lipovetsky, pesquisaram a Festa do Círio de Nazaré, em Belém do Pará, e afirmaram:

> Salta aos olhos nesse processo, as interfaces entre o registro do bem cultural imaterial as demandas crescentes em torno do turismo religioso, especialmente as festas populares de matriz católicas, que disseminam artefatos, signos, bens, serviços e conteúdos diretamente associados ao sagrado, à religiosidade e à unicidade da experiência do consumo de ritos, práticas e emblemas da sacralidade (RODRIGUES, 2016, p. 332-3).

Além do aspecto do "consumo estético, a pesquisa dos autores reforça o papel do turismo religioso na balança comercial dos países ou cidades de destino. Ampliando para o caso brasileiro, os autores consideram mais do que o consumo estético, mas o que chamam bens do "patrimônio imaterial do Brasil" (RODRIGUES, 2016, p. 331). Esses bens são percebidos na "noção/conceito de cultura como uma totalidade abrangente, composta por costumes, crenças, tradições, pertencimentos, formas de simbolização e expressão, modos de saber, fazer, sentir e criar" (RODRIGUES, 2016, p. 332).

[45] Caio Fabio, em entrevista dada a nós. Ele disse "fechista", termo que não existe; dado o contexto da conversa, fizemos a correção. Ele levou milhares de evangélicos para Israel desde a década de 1990.

[46] "As caravanas evangélicas para as terras bíblicas funcionariam como um meio de autenticação de valores, ações e normas de comportamento no qual aqueles que estão envolvidos nessa atividade acreditam serem primordiais dentro de suas redes de convenções" (FROSSARD, 2013, 143). Miriane Frossard escreveu dissertação (2006) e tese (2013) sobre as caravanas evangélicas para a Terra Santa.

Nesse quadro, festas como o Círio de Nazaré, em Belém (PA), são um exemplo conhecido de "eventos" ou festas de natureza religiosa que "estão inscritas na construção de destinos turísticos e políticas mais abrangentes, definindo interesses econômicos e políticos bastante completos" (RODRIGUES, 2016, p. 340). "Bastante completos" porque envolvem a indústria têxtil e de confecções, os ramos alimentício, hoteleiro, a feitura de artesanatos e "o consumo dessas materialidades e imaterialidades" que criam uma trama de fato ampla que se torna "uma espécie de fato social imaterial e simbólico total" ao pautar e ditar a agenda da "cadeia de produção e consumo do turismo cultural, projetando negócios, mercadorias e estratégias econômicas por parte das cidades, regiões e países que abrigam e estimulam essas efemérides" (RODRIGUES, 2016, p. 340).

O Círio de Nazaré, numa cidade que tem quase 1,5 milhão de habitantes, recebeu 80 mil turistas em 2013 e mais de 2 milhões de romeiros (30% a mais que a população local) (RODRIGUES, 2016, p. 344). É desnecessário avaliar o impacto do turismo na região, assim como a dependência que a população tem da atividade turística.

De acordo com a Organização Mundial do Turismo (OMT), o turismo cultural é que mais cresce no mundo [...] De acordo com Lipovetsky e Serroy, a cada cinco anos crescem em 10% o número de museus no mundo, inclusive os museus dedicados às tradições religiosas e formas diversas de se viver e experimentar o sagrado" (RODRIGUES, 2016, p. 341).

Reader indica a face moderna das peregrinações, que analogicamente às antigas, servem para "enfatizar a autonomia individual e o desenvolvimento pessoal" (READER, 2007, p. 225); seja nas rotas de Santiago de Compostela ou a *Shikoku*, ou aos novíssimos centros como *Glastonbury* ou Sedona, as peregrinações continuam "provendo meios de aquisição direta de experiência espiritual para si próprio no mundo moderno" (READER, 2007, p. 226) e se já eram motivações no passado, se repetem no presente, independentes de filiação religiosa. Ele já havia destacado (READER, 2007, p. 219) que a peregrinação no passado era uma busca autônoma fora das *estruturas de poder da religião oficial*, e neste ponto parece fazer uma comparação.

Reader conclui que o crescimento global do número de peregrinos não deve ser entendido como "reavivamento dos sentimentos religiosos" (READER, 2007, p. 226) e mostra os resultados de uma pesquisa sobre a comunidade inglesa de *Kendal* (centro turístico com pouco mais de 28

mil habitantes), concluindo que se trata de uma "revolução espiritual em que o declínio das igrejas estabelecidas foi acompanhado não somente do aumento da secularização como por um retorno às tradições em direção a mais autonomia e espiritualidade individualizada e personalizada" (READER, 2007, p. 226), o que é um movimento chamado no Brasil de "desigrejados" – aqueles que se confessam religiosos, mas abrem mão do vínculo com uma instituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, apresentamos as interconexões entre os diferentes campos político, religioso, cultural e econômico, indicando a base da economia das trocas simbólicas na teoria dos campos de Pierre Bourdieu, demonstrando como o campo religioso se posiciona frente ao campo político na configuração pesquisada.

A partir disto, procedemos a uma revisão da bibliografia sobre os principais movimentos/pontos religiosos que mobilizam peregrinos no Brasil e apresentamos os dois eventos evangélicos mencionados, a fim de obtermos um panorama nacional suscinto (a pesquisa completa está em PAGANELLI, 2024), com o objetivo de compreendermos o comportamento do segmento religioso no que tange o turismo nacional.

Como objetivo do artigo, demonstramos na literatura de Bourdieu como a Teoria dos Campos, especialmente no eixo política-religião, foi elaborada insatisfatoriamente, contendo uma falha quando a religião tomada é o catolicismo. Aplicando tal Teoria ao cenário político e religioso brasileiro, onde o grupo evangélico é significativamente pronunciado e atuante de forma incisiva no cenário político, fica demonstrado que a Teoria dos Campos é insuficiente para explicar a relação dos evangélicos com o poder público, uma vez que, diferentemente dos católicos (tal como em Bourdieu), os evangélicos se lançam à ocupação do poder político, não tendo eles travas dogmáticas como o Direito Canônico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUMANSSUR, Edin Sued. **Religião e turismo**. Texto de palestra realizada para a *Planet Work*, no Rio de Janeiro, em setembro de 2009. Disponível em <https://www.academia.edu/17249505/Religi%C3%A3o_e_Turismo> e acessado em 09.02.2018.

BOSCH, David J. **Missão transformadora, mudanças de paradigma na teologia da missão**, 2ª ed. São Leopoldo: EST/Sinodal, 2007.

BOURDIEU Pierre. *Genèse et structure du champ religieux*. In: **Revue française de sociologie**, 1971, 12-3. p. 295-334; Doi: 10.2307/3320234. Disponível em <https://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1971_num_12_3_1994> e acessado em 26.02.2023.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas sobre a teoria da ação**; trad. de Mariza Correa. Campinas: Papirus. 1996.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**, introdução, organização e seleção Sergio Miceli, trad. Sérgio Miceli, Silvia de Almeida Prado, Sonia Miceli e Wilson Campos vieira, 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O campo político**, in Revista Brasileira de Ciência Política, n. 5. Brasília, janeiro-julho de 2011, p. 193-216.

BOURDIEU, Pierre. **O desencantamento do mundo – estruturas econômicas e estruturas temporais**, ed. Rev. e aumentada, trad. Elisa Mazza. SP: Perspectiva, 2021.

FONTAINE, Darcie. *Christianity and French Algeria* (Chapter 1), in **Decolonizing Christianity, Religion and the End of Empire in France and Algeria**. Published on-line by Cambridge University Press: 05 June 2016. Disponível em <https://www.cambridge.org/core/books/abs/decolonizing-christianity/christianity-and-french-algeria/4A6121FFCD592D016F4D4FD21724BE5E> e acessado em 26.02.2023.

FROSSARD, Miriane Sigiliano. **Caminhando por terras bíblicas: religião, turismo e consumo nas caravanas evangélicas brasileiras para a Terra Santa**. Tese de doutoramento em Ciências da Religião, defendida na Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013.

Hilgers, Mathieu; Mangez, Eric. “Introduction to Pierre Bourdieu's social fields”. In: Hilgers M.; Mangez E. **Bourdieu's Theory of Social Fields. Concepts and applications**, 2014, p. 1-36. Disponível em <http://hdl.handle.net/2078.1/151623> e acessado em 25.02.2023.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A estetização do mundo: Viver na era do capitalismo artista**; trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

PAGANELLI, Magno. **A história recente do turismo religioso brasileiro e seu papel no conflito Israel-Palestina**. Tese apresentada a banca examinadora do Programa de Pós-Graduação do Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Ciências, área de concentração em História Social. 2018.

PAGANELLI, Magno. **O Turismo religioso brasileiro em sua relação com o poder político**: uma revisão da Teoria dos Campos de Pierre Bourdieu à luz da emergência dos evangélicos. Pesquisa em nível de pós-doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Turismo na Escola de Artes, Ciências e Humanidades ⊢ EACH da Universidade de São Paulo ⊢ USP, 2024.

READER, Ian. Pilgrimage growth in the modern world: meanings and implications. In **Religion** 37, issue 3. Elsevier, 2007, p. 210-229. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/journal/religion/vol/37/issue/3>.

RODRIGUES, André Figueiredo; AGUIAR, José Otávio (Orgs.). **História, religiões e espiritualidade: da antiguidade aos recortes contemporâneos, novas abordagens e debates sobre religiões**. São Paulo: Humanitas, 2016.

TROMBETTA, Pino Lucà; MOREIRA, Alberto da Silva (Orgs). **O pentecostalismo globalizado**. Goiânia: Editora da PUC Goiás, 2015.

A TUTELA DO DIREITO À IMAGEM NAS TRANSMISSÕES RELIGIOSAS *ONLINE*: PARÂMETROS DE CONFORMIDADE ENTRE LIBERDADE DE CULTO E PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS (ASPECTOS PRÁTICOS)

Ivan Durães[47]

Giuseppe Pietro Buono Nardella-Dellova[48]

RESUMO

O presente artigo examina a tutela do direito à imagem dos fiéis e participantes de cultos e eventos litúrgicos transmitidos ao vivo pela internet, à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, Lei nº 13.709/2018. Parte-se da premissa de que a imagem captada nesse contexto constitui dado pessoal sensível, por sua aptidão de revelar convicção religiosa, o que desloca o regime jurídico aplicável do rol geral de bases legais para o rol fechado de hipóteses do art. 11 da LGPD. O trabalho examina, em seguida, o modelo de consentimento geralmente praticado pelas organizações religiosas brasileiras, fundado em avisos de entrada, áreas de *opt-out* e termos genéricos, avaliando sua compatibilidade com os requisitos de validade do

[47] Pós-doutor em Ciências da Religião (Mackenzie/SP); Educação (USF/SP), Direitos Humanos (Universidade de Coimbra) e Antropologia (PUC/SP). Doutor e Mestre em Direito. Mestre em Ciências da Religião. Bacharel em Teologia, Filosofia e Direito. Coordenador da Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Evangélica de São Paulo/FAESP. Professor universitário e pesquisador, com dezenas de obras publicadas. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Braz Cubas. Pró-reitor de Regulação, Pesquisa e Extensão na Faculdade Teológica Batista de São Paulo, 2021-2024. Coordenador Adjunto do Curso de Relações Internacionais do Centro Universitário Braz Cubas (2023-2025). Acadêmico e Pesquisador Sênior da *Accademia Napoletana*, Nápoles, Itália. Conselheiro da Junta de Educação Religiosa da Convenção Batista do Estado de São Paulo, 2020-2021.

[48] Pós-Doutoramento PUC/SP (Direito, Política e Religião). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela USP Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Ciência da Religião, Bolsa CAPES, PUC/SP. Pós-graduado em Literatura. Pós-graduado em Direito Civil. Graduado em Filosofia e em Direito. Professor de Direito Civil e Filosofia do Direito. É Poeta, com vários livros, e Autor de livros de Direito, Ciências Sociais, Religião e do Curso completo de Direito Civil (6 volumes). Articulista e Revisor de várias Revistas nacionais e internacionais. É criador e coordenador da Revista de Direito Civil RDC/Padre Anchieta. É coordenador das Jornadas Internacionais de Direito Civil (2024 e 2025). É membro da UBE, União dos Escritores, SP, e da *Accademia Napoletana per la Cultura*, Napoli, Itália. É membro do Grupo de Pesquisas CNPq-PUC/SP. Criou e coordenou o CPPJ, Centro de Pesquisa e Prática Jurídica ''Prof. Dr. Goffredo Telles Jr.''. Foi membro das Comissões de Bioética e de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP; é membro do CN da OAB/BC-SC. Desde 1998 atua também em *investigazioni civili*, Itália. Foi Gestor de Empresas (ligadas à FIESP) e Coordenador Acadêmico de vários Cursos de Direito (SP e MT). Compõe, por nomeação, a *Cátedra Libre de Lengua y Cultura Napolitana da Universidad Nacional La Plata*, Argentina.

consentimento para dados sensíveis. Por fim, propõe-se um conjunto de parâmetros de conformidade, de caráter propositivo e estritamente prático, aptos a conciliar a proteção do direito à imagem dos fiéis com o exercício legítimo da liberdade de culto no ambiente digital.

Palavras-chave: *Direito à imagem. Dado sensível. Liberdade religiosa. Consentimento. LGPD.*

ABSTRACT

This article examines the protection of the right to image of worshippers and participants in religious services and liturgical events livestreamed over the internet, in light of Brazil's General Data Protection Law (Law No. 13,709/2018). It starts from the premise that the image captured in this context constitutes sensitive personal data, given its capacity to reveal religious conviction, which shifts the applicable legal regime from the general set of legal bases to the closed list of hypotheses under Article 11 of the LGPD. The study then examines the consent model currently practiced by Brazilian religious organizations, based on entrance notices, opt-out areas, and generic terms, assessing its compatibility with the validity requirements for consent regarding sensitive data. Finally, the article proposes a set of compliance parameters, of a constructive nature, capable of reconciling the protection of worshippers' right to image with the legitimate exercise of religious freedom in the digital environment.

Keywords: *Right to image. Sensitive data. Religious freedom. Consent. LGPD.*

INTRODUÇÃO

A ampliação do uso de plataformas digitais para a transmissão ao vivo de cultos, missas e eventos litúrgicos, intensificada a partir da última década, trouxe às organizações religiosas benefícios evidentes de alcance e de continuidade de sua missão institucional, mas também um problema jurídico ainda pouco sistematizado na doutrina civilista: o da tutela do direito à imagem dos fiéis e demais participantes que, ao comparecerem presencialmente a esses eventos, têm sua imagem captada e difundida, muitas vezes sem clareza quanto ao alcance, à finalidade e à duração desse tratamento.

O problema ganha contornos específicos com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Isso porque a imagem de uma pessoa participando de culto religioso vai além do mero dado pessoal comum, alcançado espécie de dado apto a revelar sua convicção religiosa do sujeito, categoria expressamente qualificada como sensível pelo art. 5º, II, da LGPD. Tal qualificação desloca o regime de licitude do tratamento do rol amplo do art. 7º para o rol fechado

e mais restritivo do art. 11, com consequências práticas relevantes para a validade dos modelos de consentimento hoje praticados pelas organizações religiosas brasileiras.

O problema que orienta este artigo pode assim ser formulado: em que medida o modelo de consentimento genérico atualmente praticado pelas organizações religiosas (usualmente expresso em avisos afixados na entrada do templo, associados a áreas de não captação) atende aos requisitos de validade exigidos pelo art. 11, I, c/c art. 5º, XII, da LGPD para o tratamento de dado pessoal sensível? E, num segundo momento, quais parâmetros normativos poderiam ser adotados para conciliar essa exigência com o exercício legítimo da liberdade de culto, sem impor às organizações religiosas ônus inconstitucionalmente desproporcional ao cumprimento de sua missão?

A pesquisa vale-se de metodologia dogmático-jurídica, com revisão da legislação civil-constitucional aplicável, da doutrina especializada em direitos da personalidade[49] e em proteção de dados pessoais. O artigo está estruturado em cinco partes: a primeira examina o direito à imagem como direito da personalidade; a segunda, a liberdade religiosa em sua dimensão coletiva; a terceira, o enquadramento da imagem do fiel como dado sensível na LGPD; a quarta, os limites do modelo de consentimento hoje praticado; e a quinta, de caráter propositivo, apresenta parâmetros de conformidade para as transmissões religiosas online.

Cumpre registrar, desde logo, a premissa metodológica que orienta este trabalho: o exame aqui empreendido não parte do pressuposto de que as organizações religiosas brasileiras descumprem, de modo deliberado, a legislação de proteção de dados pessoais. Ao contrário, a pesquisa reconhece que o modelo hoje praticado resulta de esforço genuíno de adequação, conduzido em ambiente normativo ainda carente de regulamentação setorial específica, e busca, precisamente por isso, contribuir com parâmetros técnicos capazes de aperfeiçoar essa prática, sem impor às instituições religiosas ônus desproporcional ou postura de desconfiança que não corresponde à realidade observada.

[49] Para análise criteriosa do conceito e projeção dos *direitos da personalidade*, vide: MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106-107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941. Acesso em: 31 jul. 2026; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 144 e ss.

1. A IMAGEM COMO DIREITO DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1 FUNDAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem encontra assento expresso na Constituição Federal de 1988, que o consagra, no art. 5º, incisos V e X, como direito autônomo, desvinculado da necessidade de comprovação de dano à honra ou à reputação do titular. O Código Civil de 2002, por sua vez, disciplina a matéria em seu art. 20, ao estabelecer que a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.[50]

A doutrina civil-constitucional é uníssona ao reconhecer que o direito à imagem, como direito da personalidade, integra o núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana[51], apresentando-se como categoria aberta e dinâmica, cujos contornos se ajustam às transformações tecnológicas e sociais de cada época[52]. Essa característica de abertura é especialmente relevante para o objeto deste artigo, na medida em que a transmissão ao vivo de eventos religiosos, fenômeno praticamente inexistente à época da edição do Código Civil de 2002, insere-se justamente no rol de situações não expressamente previstas pelo legislador, mas plenamente alcançadas pela proteção constitucional e civil da imagem.

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

[51] Nas palavras de Nardella-Dellova, "a pessoa, e não a coisa ou a instituição, é trazida para a centralidade do Estado Democrático de Direito que vai ganhar um caráter de pessoa humana com dignidade" (NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Scortecci, 2023, p. 37).

[52] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 40.

Ensina Antônio Chaves que "levamos a nossa imagem conosco por toda a existência, selo, marca, timbre, reflexo indelével da nossa personalidade..."[53] Conforme lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a tutela do direito à imagem vai além da vida, pois é possível que os parentes próximos de uma pessoa falecida utilizem medidas judiciais e extrajudiciais para a proteção da imagem de quem já tenha falecido[54], eis o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana a proteger os atributos da personalidade *post mortem.*

Cumpre observar, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento de que a utilização não autorizada da imagem de alguém, quando destinada a fins econômicos ou comerciais, prescinde de prova de prejuízo para gerar o dever de indenizar, nos termos da Súmula 403 daquela Corte. Observe-neste sentido, o seu verbete: "independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."

Embora a transmissão de cultos religiosos não tenha, via de regra, finalidade comercial direta, aquela orientação jurisprudencial reforça a autonomia do direito à imagem frente à necessidade de demonstração de dano moral propriamente dito, circunstância que também deve ser sopesada na avaliação da licitude das transmissões ora examinadas.

1.2 IMAGEM-RETRATO E IMAGEM-ATRIBUTO: DISTINÇÃO RELEVANTE PARA O CONTEXTO LITÚRGICO

A doutrina brasileira, influenciada pela tradição civilista italiana, costuma distinguir a imagem-retrato ("decorrente da identidade física do indivíduo"[55]) da imagem-atributo (o conjunto de

[53] CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*: Tomo I, Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 537.

[54] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Parte Geral e LINDB. Vol. 1. Salvador: JusPodvm, 2012, p. 198.

[55] LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*: Parte Geral, Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78.

características pelas quais a pessoa é reconhecida socialmente)[56], ainda que não se trate propriamente de sua fisionomia.[57]

Não se pode ignorar que a transmissão de um culto religioso pode comprometer tanto a imagem-retrato, quanto a imagem-atributo do participante. Neste último caso, na hipótese em que sua presença, associada a determinada denominação ou congregação, venha a ser interpretada por terceiros de modo a gerar constrangimento, discriminação ou prejuízo em outras esferas da vida do titular, no ambiente profissional, familiar ou social. Ambas integram o rol de riscos que devem ser considerados quando da formulação de parâmetros de conformidade pela organização religiosa.

2. LIBERDADE RELIGIOSA E A DIMENSÃO COLETIVA DO CULTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE CULTO E DE PROSELITISMO

A liberdade religiosa é assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos VI e VIII, que garantem a inviolabilidade de crença e de culto, bem como a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, na forma da lei. Trata-se de direito fundamental de primeira dimensão, historicamente vinculado à formação do próprio constitucionalismo moderno, e que abrange tanto a dimensão individual da crença, quanto a sua dimensão coletiva e institucional, abrangendo o direito de reunião para fins de culto, de organização eclesiástica e de divulgação

[56] De longa data, observa-se importante movimento doutrinário propondo a expansão do conceito de imagem, para além da captura das características físicas do indivíduo em quadros, fotografias etc. Por todos, vide: Moraes, Walter. *Direito à Própria Imagem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 443/61, setembro de 1972. p. 64.

[57] Primoroso é o trabalho de Luiz Alberto David Araújo, em sua dissertação de mestrado na PUC/SP, de 1989. Vale conferir: ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 1989. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1989. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8840/1/tese.pdf. Acesso em: 30 jul. 2026. Acerca dos novos parâmetros de proteção geral da imagem, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vale a leitura do seguinte trabalho: ADELHO JUNIOR, Marcos Duque. Novos contornos de proteção ao direito à imagem a partir da interpretação conforme ao art. 20 do Código Civil, perpetrada à luz da ADI 4815/DF. In: ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. p. 285-307. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc14.pdf. Acesso em: 3 jul. 2026.

da mensagem religiosa perante terceiros.[58] Esta última hipótese, que envolve o direito à propagação pública da fé, é o que, de nossa parte, denominamos de direito fundamental ao proselitismo.

Essa dimensão coletiva e institucional da liberdade religiosa é frequentemente subestimada em análises que tratam da questão exclusivamente sob o prisma do direito à imagem do participante individual.

O culto, por sua própria natureza, é ato coletivo e a sua transmissão ao público externo está presente desde a pregação itinerante até os meios de comunicação de massa do século XX, e hoje potencializada pela internet, não é elemento acessório, mas manifestação legítima do próprio conteúdo essencial da liberdade religiosa em sua vertente de proselitismo, constitucionalmente assegurada.

A liberdade religiosa é, inclusive, uma das garantias do Estado laico. A propósito, "a laicidade do Estado não permite o menosprezo ou a supressão de rituais, principalmente no tocante a religiões minoritárias...".[59] Assim, todas as expressões religiosas, majoritárias e minoritárias, bem como a opção de não professar qualquer religião, estão protegidas pelo direito fundamental à liberdade religiosa, assegurando-se a proteção de ritos, seja no espectro individual ou coletivo.

2.2 A TRANSMISSÃO *ONLINE* COMO EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA MISSÃO ECLESIÁSTICA

A transmissão ao vivo de cultos e eventos litúrgicos não configura, portanto, atividade estranha ou alheia à liberdade religiosa, mas antes um de seus modos contemporâneos de exercício, comparável, guardadas as devidas proporções, à radiodifusão de programas religiosos, prática há muito consolidada e pacificamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro. A circunstância de a transmissão se dar por meio digital, e não somente por ondas de rádio ou televisão, não altera a sua natureza jurídica de exercício de liberdade religiosa

[58] DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005, p. 232.

[59] STF. RE 494.601. Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-8-2018. Informativo 910.

constitucionalmente protegida. Aliás, é papel do Estado garantir o exercício da liberdade religiosa, não importando o modo de manifestação individual ou coletiva.[60]

É por essa razão que qualquer exame da tutela dos direitos da personalidade dos participantes de cultos transmitidos *online* deve partir de premissa de ponderação bilateral, e não de subordinação automática da liberdade religiosa à proteção de dados pessoais. De nossa parte, entendemos que não se trata de afirmar que a liberdade de culto autoriza, *per se*, qualquer forma de tratamento da imagem dos fiéis, mas de reconhecer que a solução do problema não pode resultar em restrição desproporcional à transmissão de cultos, sob pena de esvaziamento do próprio conteúdo essencial da liberdade religiosa em sua dimensão comunicativa.

Cabível aqui a técnica de ponderação para o alcance do equilíbrio das normas no sistema jurídico-constitucional. Nesse contexto, necessário observar o critério metodológico minimamente rigoroso, sob pena de a solução do caso concreto ficar entregue à subjetividade do intérprete. Transposta a regra da proporcionalidade ao problema ora examinado, tem-se que a transmissão de cultos religiosos satisfaz, sem maior dificuldade, o exame de adequação, porquanto constitui meio idôneo à realização da finalidade evangelística e comunicativa perseguida pela organização religiosa.

O exame de necessidade, todavia, exige investigação mais detida: cumpre indagar se existem meios alternativos, igualmente aptos a realizar essa finalidade, mas menos gravosos ao direito à imagem dos fiéis, indagação que remete diretamente aos parâmetros técnicos de diferenciação entre planos gerais e captação individualizada.

Aplicável aqui a doutrina de Robert Alexy, visto que quando dois princípios estão em choque, para que haja harmonia no sistema, um deles "[...] terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições".[61]

---

[60] MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 359.

[61] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 93-94.

Em busca de compatibilidade sistêmica, necessário submeter ainda a problemática deste artigo ao exame de proporcionalidade em sentido estrito que, por sua vez, impõe que se compare o grau de restrição imposto ao direito à imagem com o grau de realização da liberdade religiosa proporcionado pela transmissão, de modo que, quanto mais genérica e menos identificável for a captação da imagem do fiel, menor a intensidade da restrição a seu direito da personalidade, e mais facilmente se justificará, no caso concreto, a prevalência da liberdade de culto.

3. A IMAGEM DO FIEL COMO DADO PESSOAL SENSÍVEL: ENQUADRAMENTO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em seu art. 5º, II[62], qualifica como dado pessoal sensível, entre outros, o dado referente à convicção religiosa do titular, atribuindo-lhe regime de proteção reforçada em razão do potencial discriminatório de seu tratamento indevido. "Ao restringir ou condicionar o uso de determinados dados pessoais pelos agentes de tratamento, tem-se, como corolário, o impedimento de sua consideração em prejuízo ao titular deles".[63]

Convém considerar que um dado pessoal comum pode assumir natureza sensível quando, por si só ou combinado a outros elementos, seja apto a revelar informação sensível sobre o titular. É exatamente essa a hipótese da imagem do fiel captada durante a participação em culto religioso: a imagem, associada ao contexto identificável da celebração (templo, liturgia, vestimenta, gestos característicos de determinada denominação), permite a terceiros inferir, com elevado grau de certeza, a convicção religiosa do titular retratado. Nos rituais religiosos, a própria captação da imagem já revela, por dedução direta, a categoria de informação sensível protegida pela lei, visto tratar-se de manifestação religiosa.[64]

---

[62] Dispõe a LGPD: "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural".

[63] JUNQUEIRA, Thiago. *Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros*. Revista dos Tribunais, 2020, p.240.

[64] Há trágicos registros históricos de dados relacionados a religião serem utilizados de maneira arbitrária e, ainda, violenta. Por todos, vale lembrar os seguintes exemplos: a) Holocausto: evento em que o regime nazista, além de outros grupos, perseguiu judeus por sua religião e etnia, levando milhões à morte em campos de concentração; b) Expulsão dos judeus e muçulmanos da Espanha (no final do

A qualificação da imagem do fiel como dado sensível não é de somenos importância prática: ela desloca o regime de licitude do tratamento do rol amplo e flexível do art. 7º da LGPD, que inclui hipóteses como o legítimo interesse do controlador, para o rol do art. 11, aplicável exclusivamente a dados sensíveis.

O artigo 11 da LGPD, autoriza o tratamento de dado sensível, sem consentimento do titular, apenas em hipóteses específicas, tais como o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, a execução de políticas públicas, a realização de estudos por órgão de pesquisa, o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro, a tutela da saúde e a garantia da prevenção à fraude.

Nenhuma dessas hipóteses, cumpre observar com honestidade metodológica, ajusta-se com naturalidade à transmissão ao vivo de culto religioso. Não há, no rol do art. 11, previsão específica que ampare a captação e a difusão da imagem de fiéis com fundamento na liberdade religiosa ou no interesse legítimo da organização em ampliar seu alcance evangelístico. Isso significa, na prática, que o consentimento do titular (hipótese do art. 11, I) permanece, ao menos de *lege lata*, a base legal mais adequada e segura para o tratamento de dados sensíveis nesse contexto, circunstância que confere especial relevância ao exame do modelo de consentimento hoje praticado.

Contudo, a necessária proteção desses dados sensíveis não poderá ser utilizada para a inviabilidade da transmissão de cultos online, haja vista que essa hipótese colocaria em colapso o direito fundamental à liberdade religiosa e os seus direitos correlatos, a exemplo do direito de propagação da fé, que faz parte de determinados grupos religiosos, a exemplo do cristianismo.[65] Diante dessa perspectiva, necessárias as ponderações e reflexões constantes no item a seguir.

século XV): onde, por meio de Decreto, obrigou-se os integrantes desses grupos a se converterem ao cristianismo, sob pena de morte ou ostracismo; c) Perseguição sistemática aos muçulmanos em Mianmar, com a criação de campos de concentração à milhares de pessoas por conta da profissão de fé daquela minoria religiosa. Enfim, os exemplos são muitos.

[65] Para análise da relação entre a LGPD, dados sensíveis e a efetividade de direitos fundamentais, vide o seguinte trabalho de vanguarda na construção doutrinária sobre o tema em nosso direito pátrio: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias*

4. O MODELO DE CONSENTIMENTO PRATICADO PELAS ORGANIZAÇÕES RELIGIOSAS E SEUS LIMITES

4.1 PRÁTICAS CORRENTES: AVISO DE ENTRADA, ÁREAS DE *OPT-OUT* E TERMOS DE CONSENTIMENTO

A observação participante dos autores deste artigo, em organizações religiosas diversas, permitiu a identificação de modelos relativamente uniformes de tratamento da questão, tais como: (i) afixação de avisos nas dependências do templo informando que o ambiente está sujeito a captação de imagem e som para fins de transmissão; (ii) reserva de área específica, usualmente ao fundo do recinto, destinada aos que não desejam ser filmados; (iii) e, em organizações de maior porte, a formalização de termo de consentimento, subscrito por ocasião do ingresso do fiel no cadastro da instituição ou de seus ministérios, especialmente os voltados a crianças e adolescentes.

Tal modelo, é preciso reconhecer, não decorre de descuido ou de desconsideração das organizações religiosas para com os direitos de seus fiéis, mas de construção pragmática, desenvolvida em grande medida a partir de orientações informais e de boa-fé, num contexto normativo ainda carente de discussão doutrinária aprofundada e regulamentação setorial específica por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Trata-se, em suma, de solução compreensível diante da ausência de parâmetros normativos mais claros, o que não dispensa, contudo, o exame técnico de sua compatibilidade com os requisitos legais de validade do consentimento para dados sensíveis.

4.2 EXAME TÉCNICO À LUZ DOS REQUISITOS DO ART. 5º, XII, DA LGPD

Fundamentais, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603. Acesso em: 31 jul. 2026.

O art. 5º, XII, da LGPD define consentimento como a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para finalidade determinada. Tratando-se de dado sensível, a doutrina especializada é enfática ao exigir que esse consentimento seja, além disso, específico e destacado das demais cláusulas contratuais eventualmente firmadas, justamente em razão do maior risco de dano que o tratamento indevido de tais dados pode acarretar ao titular.[66]

À luz desses requisitos, o modelo de aviso genérico de entrada apresenta ao menos três pontos de tensão que merecem exame cuidadoso, sem que disso decorra necessariamente a invalidade da prática, mas sim a oportunidade de seu aperfeiçoamento. Em primeiro lugar, quanto à especificidade: o aviso costuma autorizar, de modo unificado, tanto a captação quanto a transmissão e o eventual armazenamento posterior da imagem, sem segmentar essas finalidades distintas, como exigiria, a rigor, o princípio da finalidade insculpido no art. 6º, I, da LGPD.

Em segundo lugar, quanto à liberdade do consentimento: pode-se discutir em qual medida a permanência no ambiente físico do templo, ainda que acompanhada de área de *opt-out*, equivale manifestação livre e esclarecida[67], como possível vício de liberdade, ainda que não intencional por parte do controlador.

Por fim, em terceiro lugar, quanto à formalização documental: nem toda organização religiosa, notadamente as de menor porte administrativo, dispõe de registro comprobatório de que o aviso foi efetivamente lido e compreendido pelo titular, que fragiliza o cumprimento do dever de

[66] BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 85 e ss.

[67] "Os esclarecimentos ao titular sobre o tratamento de dados não devem ser exibidos somente no momento da obtenção do consentimento do titular. Este esclarecimento deve estar sempre disponível, de forma facilitada e gratuita" (GARCIA, Lara Rocha; FERNANDES-AGUILERA, GONÇALVEZ, Rafael Augusto Moreno; PEREIRA-BARRETO, Marcos Ribeiro. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): guia de implementação. São Paulo: Blucher, 2020, p. 73).

demonstração previsto no princípio da responsabilização[68]-[69] (*accountability*), igualmente positivado na LGPD.

De outra banda, não se deve ignorar que o legítimo interesse (base legal frequentemente invocada para dados comuns) não constitui, como já examinado anteriormente, fundamento disponível para dados sensíveis no direito brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos que admitem hipóteses mais flexíveis para o tratamento de categorias especiais de dados. Essa peculiaridade do sistema brasileiro reforça a centralidade do consentimento como base legal principal no contexto ora examinado, e justifica o esforço de aperfeiçoamento do modelo praticado.

Por meio do critério da ponderação da efetividade dos direitos fundamentais, consideramos que é possível buscar equilíbrio entre a observância do núcleo da LGPD e o preceito constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, o que inclui o exercício do direito à liberdade religiosa. Isto posto, sigamos para o item seguinte.

5. PARÂMETROS PROPOSITIVOS DE CONFORMIDADE PARA TRANSMISSÕES RELIGIOSAS ONLINE

5.1 DIFERENCIAÇÃO ENTRE PLANOS GERAIS E CAPTAÇÃO INDIVIDUALIZADA IDENTIFICÁVEL

Do ponto de vista prático, antes da tomada de decisão sobre os planos de ação, sugerimos que a organização religiosa constitua um comitê para a LGPD, caso ainda não tenha, sob a liderança de um "*Data Protection Officer (DPO)*, profissional de extrema importância, pois tem

[68] "A responsabilidade surge do exercício da atividade de proteção de dados que viole a "legislação de proteção de dados". Por essa expressão, o legislador reconhece que a proteção de dados é um microssistema, com normas previstas em diversas leis, sendo a LGPD a sua base estrutural". CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, pp. 163-170, jan./mar. 2020, p. 165. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_6_a_responsabilidade_civil.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

[69] A LGPD abre espaço para a contração de seguros de responsabilidade civil para a proteção de organizações diante de incompatibilidades pontuais com o sistema protetivo da referida norma. A propósito, sugerimos leitura de nosso trabalho acerca do tema, *in*: DURÃES, Ivan. *Direito do Seguro*. São Paulo: Leme, 2025.

conhecimento sobre como deve ser executada a proteção de dados pessoais e sobre as regras e os regulamentos brasileiros em matéria de privacidade e proteção de dados...".[70] Com essa organização mínima sigamos às nossas sugestões que, naturalmente, poderá sofrer adaptações em cada caso concreto.

O primeiro parâmetro propositivo consiste na diferenciação técnica entre planos gerais do ambiente[71] (enquadramentos amplos, que captam a assembleia de modo não individualizado) e planos fechados ou *close-ups*[72], aptos à identificação inequívoca de pessoas determinadas. Essa distinção, de resto, já é adotada intuitivamente por parte da prática fotojornalística e cinematográfica, e pode ser incorporada, com proveito, à rotina de produção de transmissões religiosas: reservando-se o consentimento específico e individualizado para os planos fechados, e adotando-se, para os planos gerais, o regime de aviso prévio amplo, de menor exigência, por aproximar-se, em termos de risco à privacidade, da captação de imagem em ambientes de acesso público.

Essa diferenciação tem a vantagem adicional de recair sobre decisão técnica de produção audiovisual, e não sobre reformulação de práticas litúrgicas, o que reduz sensivelmente o custo de adequação para a organização religiosa. Basta, em regra, orientação específica à equipe responsável pela transmissão para que seja evitado o enquadramento demorado e centrado em rostos individualizados de participantes que não tenham anuência específica para tanto, reservando-se tais planos aos que exercem função ativa na liturgia, hipótese tratada no item seguinte.

---

[70] DONDA, Daniel. *Guia Prático de Implementação da LGPD*. São Paulo: Editora Labrador, 2020, p. 26-27.

[71] "plano geral (pg): abrange toda a área da ação. O lugar, as pessoas e os objetos de cena se mostram num plano aberto, apresentando um espaço sufi ciente para o movimento dos atores." ASSOCIAÇÃO IMAGEM COMUNITÁRIA (AIC). *Cartilha audiovisual: produção audiovisual comunitária*. Belo Horizonte: AIC, 2020, p. 12. Disponível em: https://aic.org.br/uploads/2020/08/CARTILHA_AUDIOVISUAL.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

[72] "primeiro plano ou close up (pp): a pessoa é enquadrada do busto para cima. Ele serve, normalmente, para mostrar características, intenções, atitudes e a emoção de um personagem." ASSOCIAÇÃO IMAGEM COMUNITÁRIA (AIC). *Cartilha audiovisual: produção audiovisual comunitária*. Belo Horizonte: AIC, 2020, p. 14. Disponível em: https://aic.org.br/uploads/2020/08/CARTILHA_AUDIOVISUAL.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

5.2 CONSENTIMENTO EM CAMADAS: PARTICIPAÇÃO PASSIVA *VERSUS* ATUAÇÃO LITÚRGICA ATIVA

Na busca de solução da tensão entre os direitos fundamentais envolvidos na transmissão de cultos na rede mundial de computadores, propomos ainda a adoção de modelo de consentimento em camadas, conforme segue:

a) Captura geral de imagem: destinada a posição do fiel que se encontre meramente presente na assembleia, para o qual, em nosso entendimento, bastaria o aviso amplo referido no item anterior, associado a mecanismo efetivo e de baixo custo de exercício da opção de não participação da transmissão;

b) Captura específica de imagem: Neste caso, estamos diante do fiel que assume papel ativo na liturgia, como músicos, pregadores, testemunhos pessoais e demais participações identificáveis e centrais no enquadramento da transmissão. Para esta segunda categoria, mais exposta e mais facilmente identificável, recomendamos a formalização de consentimento específico, por escrito, anterior à participação, com menção expressa às finalidades de transmissão ao vivo, armazenamento e eventual reutilização do conteúdo. Endossamos, por conseguinte, a orientação constante em documento orientativo preparado por influente organização religiosa de nosso país, senão vejamos: "Nos casos em que seja necessário fazer a filmagem ou gravação com *close* em uma ou poucas pessoas, como em casos de depoimentos, testemunhos, entrevistas, solos musicais, declamações, pregações etc., pedir antes para assinar o termo de consentimento".[73]

Esse modelo em camadas não é estranho à prática associativa em geral: contratos de adesão a clubes, escolas e demais entidades civis já distinguem, com frequência, o regime de dados do associado comum daquele aplicável a diretores, voluntários e colaboradores em posição de

[73] IGREJA PRESBITERIANA DO BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Brasília, DF: Igreja Presbiteriana do Brasil, 2020, p. 20.. Disponível em: https://www.ipb.org.br/content/Downloads/LGPD_VF.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

maior exposição pública. A transposição dessa lógica para o ambiente eclesiástico, em nosso sentir, viabiliza a utilização de razoável mecanismo de solução do exercício dos direitos fundamentais à liberdade religiosa e o da preservação da imagem, este último também sujeito a regulamentação específica da LGPD.

5.3 FINALIDADE, RETENÇÃO E DESCARTE DA GRAVAÇÃO

A conformidade da transmissão religiosa com a LGPD não se esgota no momento da captação, estendendo-se ao ciclo de vida completo do dado pessoal tratado. Recomenda-se que as organizações religiosas estabeleçam, em política de privacidade acessível aos fiéis, prazo determinado de retenção das gravações disponibilizadas para reprodução posterior, associado a rotina periódica de descarte ou de anonimização do material não mais necessário à finalidade que motivou sua captação, em atenção ao princípio da necessidade, previsto no art. 6º, III, da LGPD.

Recomenda-se, ainda, que a política de retenção contemple hipótese de exclusão sob demanda, de modo que o fiel que, após a transmissão, venha a solicitar a remoção de sua imagem de gravações disponibilizadas em plataformas de reprodução posterior, tenha esse pedido atendido em prazo razoável, em atenção ao direito de eliminação previsto no art. 18, VI, da LGPD, sem prejuízo da manutenção do registro relativo à assembleia em seu conjunto, quando tecnicamente possível a segregação do dado individual.

5.4 PROTEÇÃO REFORÇADA DE MENORES E PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE

Merece tratamento diferenciado a captação de imagem de crianças, adolescentes e demais pessoas em situação de vulnerabilidade, para as quais a LGPD exige, no art. 14, consentimento específico e em destaque, fornecido por ao menos um dos pais ou pelo responsável legal. “O

controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis".[74]

Neste particular, recomendamos que as organizações religiosas adotem cadastro específico para ministérios infantis e juvenis, com termo de consentimento próprio, segmentado do termo geral de participação na instituição, de modo a assegurar tratamento diferenciado e mais protetivo a esse grupo de titulares, que se encontram em condição de vulnerabilidade agravada por conta da idade.

Idêntico cuidado deve ser dispensado a idosos e a pessoas com deficiência que, em razão dessa condição, possam encontrar dificuldade em exercer, de modo autônomo, a opção de não participarem da transmissão, hipótese em que se recomenda que a própria organização religiosa, por seus voluntários e lideranças, auxilie ativamente esses fiéis no exercício de sua vontade quanto à captação de imagem, em vez de simplesmente disponibilizar aviso genérico cuja compreensão e efetivo exercício pressupõem autonomia plena do titular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame conduzido ao longo deste artigo permite concluir que a imagem do fiel captada em transmissões religiosas ao vivo constitui, por sua aptidão de revelar convicção religiosa, dado pessoal sensível para os fins do art. 5º, II, da LGPD, circunstância que desloca o regime de licitude do tratamento para o rol fechado do art. 11 e confere ao consentimento papel central e, a rigor, insubstituível como base legal nesse contexto.

O modelo de consentimento hoje praticado pelas organizações religiosas brasileiras, fundado em avisos genéricos de entrada e em áreas de *opt-out*, salvo melhor juízo, não deve ser lido como descumprimento normativo deliberado, mas como construção pragmática e de boa-fé, gestada num ambiente regulatório ainda carente de orientação setorial específica.

Os parâmetros propositivos apresentados no item 5 acima (diferenciação entre planos gerais e captação individualizada, consentimento em camadas conforme o grau de exposição do fiel,

[74] CONVENÇÃO GERAL DAS ASSEMBLEIAS DE DEUS NO BRASIL (CGADB). *O Impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Brasília, DF: CGADB, 2021, p. 14. Disponível em: https://cgadb.org.br/wp-content/uploads/2021/08/apostila_lei_lgpd.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

definição de prazos de retenção e descarte, proteção reforçada de menores e designação de responsável interno pela interlocução com os titulares), não pretendem esgotar o tema, tampouco substituir eventual regulamentação setorial que venha a ser editada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Constituem, isto sim, contribuição dogmática que busca conciliar, de modo equilibrado e sem hierarquização apriorística, o direito à imagem dos fiéis e o exercício legítimo da liberdade religiosa em sua dimensão coletiva e comunicativa, ambas categorias de estatura constitucional equivalente, que o intérprete não deve nem pode relativizar uma em detrimento da outra.

REFERÊNCIAS

ADELHO JUNIOR, Marcos Duque. *Novos contornos de proteção ao direito à imagem a partir da interpretação conf ao art. 20 do CC, perpetrada à luz da ADI 4815/DF*. In: ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA. ***Responsabilidade civil***. SP: Escola Paulista da Magistratura, 2018. p. 285-307. Disp em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc14.pdf. Ac 3 6 2026.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 1989. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1989. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8840/1/tese.pdf. Acesso em: 30 jul. 2026.

ASSOCIAÇÃO IMAGEM COMUNITÁRIA (AIC). *Cartilha audiovisual: produção audiovisual comunitária*. Belo Horizonte: AIC, 2020. Disponível em: https://aic.org.br/uploads/2020/08/CARTILHA_AUDIOVISUAL.pdf. Acesso 31 jul. 2026.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 403. *Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 494.601. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 9 ago. 2018. *Informativo STF*, n. 910.

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 163-170, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_6_a_responsabilidade_civil.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. Tomo I, v. 1. SP: Revista dos Tribunais, 1987.

CONVENÇÃO GERAL DAS ASSEMBLEIAS DE DEUS NO BRASIL (CGADB). *O impacto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Brasília, DF: CGADB, 2021. Disponível em: https://cgadb.org.br/wp-content/uploads/2021/08/apostila_lei_lgpd.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

DONDA, Daniel. *Guia Prático de Implementação da LGPD*. SP: Editora Labrador, 2020

DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.

DURÃES, Ivan. *Direito do Seguro*. São Paulo: Leme, 2025.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2012.

GARCIA, Lara Rocha; FERNANDES-AGUILERA, GONÇALVEZ, Rafael Augusto Moreno; PEREIRA-BARRETO, Marcos Ribeiro. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): guia de implementação. São Paulo: Blucher, 2020.

IGREJA PRESBITERIANA DO BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)*. Brasília, DF: Igreja Presbiteriana do Brasil, 2020. Disponível em: https://www.ipb.org.br/content/Downloads/LGPD_VF.pdf. Acesso em: 31 jul. 2026.

JUNQUEIRA, Thiago. Tratamento de dados pessoais e discriminação algorítmica nos seguros. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1017, p. 239-258, jul. 2020.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Ed, 1998.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-90, set. 1972.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106-107, p. 121-158, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941. Ac 31 jul. 2026

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603. Ac 31 jul. 2026.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Scortecci, 2023.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. 1, 3ª edição. São Paulo, 2026.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*: Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A DIGNIDADE DA PESSOA CRIANÇA E CONSIDERAÇÕES DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Jessika Endrigo[75]

Resumo

A pergunta mais frequente feita às crianças revela algo: o que quer ser quando crescer? O ato de "ser" presume viver e, portanto, existir. Crianças e adolescentes existem no agora – não, somente, quando alcançam a maioridade – e, aos olhos da lei, são iguais, sem quaisquer discriminações, com direitos fundamentais invioláveis, conforme o art. 5º da CF/88. Nas palavras de Dallari & Korczak "Toda criança nasce com o direito de ser" (1986, p.21), logo, fala-se no direito de ser gente. A criança e o adolescente não são menos valiosos do que os adultos, cuja expressividade se dá ao constituírem parcela considerável da sociedade hodierna e, inegavelmente, ao serem a sociedade vindoura.

Palavras chaves: Dignidade da Pessoa Humana. Maioridade Penal. Imputabilidade Penal. Constituição Federal. Código Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract

The most frequent question asked of children reveals a fundamental premise: what do you want to be when you grow up? The act of 'being' presumes living and, consequently, existing. Children and adolescents exist in the present—not merely upon reaching adulthood—and, under the law, they are equal, free from any discrimination, and endowed with inviolable fundamental rights, pursuant to Article 5 of the 1988 Brazilian Federal Constitution. In the words of Dallari & Korczak, 'Every child is born with the right to be' (1986, p. 21); hence, this refers to the inherent right to be human. Children and adolescents are no less valuable than adults; their significance is demonstrated both by constituting a considerable portion of contemporary society and, undeniably, by representing the society of the future.

Keywords: Human Dignity. Criminal Liability. Criminal Responsibility. Federal Constitution. Civil Code. Statute of Children and Adolescents.

[75] Médica pela Faculdade de Medicina de Jundiaí. Especialista em Medicina do Trabalho pela Associação Médica Brasileira e Associação Nacional de Medicina do Trabalho. Pós-graduada em Medicina do Trabalho pela Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo. Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta. E-mail: <draje.ocupacional@gmail.com>

Introdução

A Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, semeou no espírito da sociedade brasileira contemporânea princípios norteadores para o caminhar da nação nos moldes do Estado Democrático de Direito sobre o alicerce da Dignidade da Pessoa Humana, de acordo com Nardella-Dellova (2023, p.55). De modo inédito, foi proporcionado a todos os indivíduos em território nacional a possibilidade de usufruir desse princípio, incorporado à nova Lei Maior; acima de todos – não sendo inferior a nenhum homem e à nenhuma outra lei.

No mesmo estado de consciência, o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei nº 8.906 de 13 de julho de 1990, representou uma profunda modificação no processo civilizatório na nossa história. Após a redemocratização do Estado, impendeu-se à sociedade civil discutir sobre dignidade da pessoa humana em todas as suas fases da vida, sem exceções.

A vida, até a formação do indivíduo adulto, transpassa por momentos lúdicos: a infância e a adolescência. São essas fases responsáveis pela ampla expansão das habilidades físicas, motoras, psicoemocionais, cognitivas, moral e espiritual. Cada fase de vida é composta por características únicas, logo, são vitais; conforme Dallari & Korczak (1986, p. 26), não podem ser tolhidas, pois integram a ordem natural do processo. A trajetória do amadurecimento biopsicoemocional dá-se no campo das interações com o meio ambiente e com os demais seres humanos, seja no seio familiar, na escola, no bairro, na cidade e no país em que reside. Não se transfere a criança para uma análise isolada, uma vez que o processo natural envolve o meio em que está inserida. A estrutura da próxima geração perpetuadora dos princípios constitucionais que comporá uma sociedade à frente do processo civilizatório começa no balbuciar de sílabas ininteligíveis, no engatinhar desajeitado, nas brincadeiras animadas nos parquinhos e no aprender cadenciado do beabá.

Sob essa perspectiva, a criança e o adolescente detêm o direito de serem tratados como pessoas integrais, constituídas por corpo, espírito, alma e relações interpessoais (Dallari & Korczak, 1986, p.22). Todavia, quanto à capacidade de responderem penalmente sobre seus próprios atos, há de se observar o esclarecimento conceitual da Inimputabilidade do Código Penal vigente:

> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Neste aspecto, o ECA supre a tarefa árdua de regular, ainda no enfoque principiológico constitucional, um dos momentos mais trágicos no qual pode ocorrer, durante a vida de uma criança ou de um adolescente: o acometimento de um ato infracional e as suas consequências legais e sociais.

É objetivo deste presente estudo refletir sobre a compatibilidade entre a redução da maioridade penal e o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como corolário do processo civilizatório.

1. Fundamentos Científicos e Humanistas da Pessoa Criança e Adolescente

1.1. As Bases Científicas das Primeiras Fases do Desenvolvimento do Ser Humano

Há importantes diferenças entre as acepções legais e as médicas no que se refere à criança e ao adolescente. A vertente médica, pautada nos estudos de curvas de crescimento e de desenvolvimento de indivíduos expostos a condições ambientais ideias, assume outros critérios conceituais. Para a Organização Mundial de Saúde, dos dois aos dez anos incompletos, fala-se em criança, e, dos dez aos dezenove anos, adolescente. Não obstante, o desenvolvimento de todas as capacidades físicas e mentais não finaliza em uniformidade, uma vez que o período da puberdade – fenômeno biológico marcador de mudanças fisiológicas e morfológicas da transição do corpo infante para o de adulto – é variável de dois a cinco anos, conforme a Sociedade Brasileira de Pediatria (2021).

Deste modo, o *adolescere*, entre os 11 aos 20 anos do ponto de vista médico, está sujeito ao intenso processo de reativação dos mecanismos neuro-hormonais do eixo hipotalâmico-hipofisário-gonadal [(9)], sendo acompanhado da fase de experimentação e eclosão de questionamentos. Em matéria orgânica da morfologia do sistema nervoso humano, um recente estudo de larga escala em neurologia evidenciou que as áreas do encéfalo, com funções cerebrais diversas, desenvolvem-se em fases diferentes da vida: enquanto, o volume máximo da substância cinzenta ocorre em torno dos seis anos; o subcortical, na adolescência, e; o da substância branca, somente na vida adulta. Isto posto, há comprovação científica de que todas as áreas responsáveis pela cognição alcançarão seu crescimento máximo por volta dos 30 anos de idade, não ocorrendo simultaneamente [(6)].

O cuidado para com este ser em desenvolvimento inicia-se, no campo da saúde infantil, na consulta do Pré-Natal, antes ainda da aplicabilidade do conceito civil de pessoa física, uma vez que ainda não ocorreu o nascimento. O papel protetor dos genitores do desenvolver do nascituro vem direcionado por boas práticas incentivadas há décadas, como o aleitamento materno, mas que muitas vezes não ocorre por questões sociais, a exemplo da drogadição, do desemprego, da violência doméstica entre tantas outras. Posteriormente, os primeiros mil dias de vida [(9)] são um grande divisor entre um futuro adulto saudável ou a simples inexistência de um, posto as condições do meio em que se sucede: mortalidade materna, morbimortalidade infantil, entre outros atrelados ao Índice de Desenvolvimento Humano da localidade onde se reside. Sabe-se que no geral a posição do Brasil neste quesito não está entre as melhores, conforme dados recentes do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. É de conhecimento geral, a atuação das Nações Unidas ao estabelecer 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para a Agenda de 2030 no Brasil, com efeitos diretos e indiretos na saúde desde a primeira infância até o final da adolescência.

O desenvolvimento neuropsicomotor iniciado nos primeiros anos de vida, com domínios: motor, da linguagem e comunicação, socioemocional e cognitivo, sofrem interferências tanto positivas quanto negativas dos campos de neurologia, genética, epidemiologia, e inclusive socioeconomia. A título de conhecimento, nota-se aqui a intersecção de diversas áreas, cujas inferências são notórias na formação do infante, que faz parte do conceito dos Determinantes Sociais de Saúde proposto no famoso modelo de Dahlgren e Whitehead em 1991. As baixas

condições socioeconômicas, culturais e ambientais, como falta de oferta de alimentos, de saneamento básico e de acesso à educação, propiciando desnutrição, surgimento de doenças e baixo aprendizado, determinam o perfil de saúde assim como restringem o potencial a ser atingido pelo futuro adulto [7].

1.2. A Dignidade da Criança e do Adolescente

A pergunta mais frequente feita às crianças revela algo: o que quer ser quando crescer? O ato de "ser" presume viver e, portanto, existir. Crianças e adolescentes existem no agora – não, somente, quando alcançam a maioridade – e, aos olhos da lei, são iguais, sem quaisquer discriminações, com direitos fundamentais invioláveis, conforme o art. 5º da CF/88. Nas palavras de Dallari & Korczak "Toda criança nasce com o direito de ser" (1986, p.21), logo, fala-se no direito de ser gente. A criança e o adolescente não são menos valiosos do que os adultos, cuja expressividade se dá ao constituírem parcela considerável da sociedade hodierna e, inegavelmente, ao serem a sociedade vindoura.

No percurso de milênios da civilização humana, é nupérrimo o reconhecimento da existência da criança como indivíduo, assim como o advento o princípio da dignidade da pessoa humana. A essência da humanidade está intrinsecamente liada à consagração desse princípio, segundo Nardella-Dellova (2023, p.95), que institui a pessoa humana na centralidade das relações. É equivalente o raciocínio para a pessoa criança, entretanto, Nardella-Dellova (2023, p.55) afirma que o processo de se consolidar como pessoa portadora dignidade é pugnaz para não ser tratada como coisa. Dallari & Korczak (1986, p.25) afirmam que "... há crianças que já nascem destinadas a um tratamento subumano e que nunca chegam a conquistar a dignidade de pessoas.". As provenientes dos extratos sociais empobrecidos evidenciam o processo de coisificação com o claro desrespeito às necessidades básicas para o desenvolvimento infantil, ferindo a dignidade inata da pessoa criança. Sem a devida proteção do Estado, estão sujeitas a sofrerem todos os tipos de violência doméstica e externa, desde o trabalho infantil, o abuso sexual até o tráfico de pessoas.

No que concerne àquela acolhida por instituições vinculadas ao Conselho Tutelar, Popelier (2013, p.192) relata, em inúmeras experiências na Casa da Criança do Brasil de Balneário Camboriú, a vontade própria da criança e dissociada dos julgamentos sociais: o desejo em permanecer com a sua mãe, seja essa o que for, pobre ou prostituta. À vista disso, propõe uma reflexão sobre como atender a vontade infantil de forma digna e, em paralelo, eliminar a situação de risco: retirar a criança do seio familiar carecido para outro provisório subsidiado ou melhorar as condições de vida da família de origem com a manutenção dos laços familiares (Popelier, 2013, p.73).

Resta dizer que a Dignidade da Criança e do Adolescente materializam-se nos tratamentos sociais recebidos frente a todas suas particularidades inatas à idade e circunstanciais, a fim de se permitir o pleno desenvolvimento biopsicoemocional. Quando isto não ocorre, nota-se a discriminação institucionalizada frente à criança de origem considerada espúria no prisma moralista, que mantém a inércia do ciclo vicioso de violência, agressões e punições.

2. O Punitivismo Social e seu contexto histórico

A punição de indefesos é um ato de covardia irrefutável no campo da ética e da moral, inobstante a sua prática sempre foi presente nas mais diversas sociedades. As crianças e os adolescentes oriundos de uniões não tradicionais sofriam as consequências das escolhas inconvencionais, descritas assim pelos costumes da época. Os dogmas religiosos com o propósito de guiar seus fiéis a seguirem um determinado padrão de vida ideal, tratam os que escapam às regras como pecadores, historicamente. Aos frutos dessas relações era atribuída a condição de bastardo, de ilegítimo, sob os olhares eclesiásticos e civis, conforme Lopes (2001, p.67). Esse desdobramento teológico religioso inferiorizava a criança, como Dallari & Korczak (1986, p.26) afirmam: "(...) é costume estabelecer-se uma diferenciação profunda e ostensiva entre as crianças desde o momento em que nascem. (...) É a sociedade agredindo crianças.".

A marginalização destas crianças na história do Brasil trouxe repercussões demográficas na construção social. A ilegitimidade paulistana no século XVIII, segundo Lopes, (2001, p.203) chegava aos 32,7%, comparada a 46% de legítimos, com evidente expressividade. Os costumes sociais impossibilitavam a resolução deste problema crescente sem o embate religioso, uma vez que o violador das leis religiosas deve ser punido. Para Bitencourt (2024, p.50), a História do Direito Penal está intrinsecamente atrelada nas crenças de divindades das sociedades primitivas. A coletividade era incumbida de punir o transgressor para desforrar os deuses.

Por conseguinte, a criança resultante de uniões proibidas – concubinato, adultério, fornicação, prostituição, incesto, entre outras – era desprovida de direitos e garantias, pois a sua simples existência era vista como uma ofensa à moral, como afirma Lopes (2001, p. 100). O fruto dessas relações censuráveis, aos olhos da sociedade, era reduzido a algo indesejável e incômodo, logo, privado de apoio afetivo e assistência para o seu desenvolvimento, estando susceptíveis a todo tipo de violência. O ciclo da marginalização social inicia-se no meio em que a criança está inserida, como Dallari & Korczak (1986, p.29) expõem: "Quando um menino pratica pequenos furtos como seu meio de vida ou quando adulto é profissional do crime é quase certo que, além de terem vivido sempre na pobreza, nunca receberam informações sobre os valores humanos e sociais. Isso explica a razão de a maioria dos criminosos vem das camadas mais pobres da população.". De modo atroz, esse mesmo indivíduo será punido no futuro pela sociedade que lhe privou de oportunidades para ser um adulto harmonizado com a sua moral.

No mesmo panorama, Teixeira (1993, p.343) sustenta que a percepção infantil da hostilidade social evolui e propicia a marginalização da criança e do adolescente com "(...) raízes em um processo de índole socioeconômica, de extensão nacional (...) que não permite um ambiente familiar econômico e socialmente estável, a inviabilizar que o menor possa desenvolver-se plenamente.". A maior das contradições revela-se no tratamento ofertado para o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, que já na maioria dos casos desprovido de ambiente familiar socioeconomicamente seguro, continuará a vivenciar violências de caráter punitivista em instituições obsoletas nas quais "(...) reina a inquisição, a tortura dos castigos medievais, a solidária e obstinada atividade de vingança." (Dallari & Korczak, 1986, p.96).

3. As Bases Jurídicas garantidoras de Direitos às Crianças e aos Adolescentes

3.1. A Constituição Federal de 1988

O processo de redemocratização no Brasil inflou na Assembleia Constituinte a necessidade de posicionar, de modo impreterível, a Pessoa Humana no centro das relações entre o Estado e seus cidadãos [(11)]. A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, elencou no Art. 1º, III, a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito sem exceções, ou seja, incluiu todas crianças e adolescentes.

Na mesma perspectiva, o capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso traz o intuito de salvaguardar os direitos desses, elencando o Estado como responsável em proteger essas faixas etárias mais vulneráveis. Essa responsabilidade abarca a família, assim como, a sociedade civil, o que denota a magnitude dessa nova leitura para o cuidado, evidente no seguinte artigo:

> 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.

Observa-se que nesse dispositivo legal, ocorre um compêndio de direitos humanos de primeira e segunda gerações – liberdades públicas e direitos sociais – designados em especial atenção para as faixas etárias menores, uma vez que são inerentes ao ser humano, segundo Teixeira (1993, p.337). Há, de forma expressa, a cautela frente aos eventos fatídicos que historicamente se sucedem, responsabilizando instituições civis e o Estado pela ocorrência desses. Incorpora-se ainda, no decorrer do texto, ao planejamento estatal, obrigações quanto à promoção de programas sociais voltados especificamente a esta parcela da população, abrangendo inclusive o binômio materno-infantil.

O grau de consciência alcançado pela visão na dignidade da criança e do adolescente direciona os esforços de todos os entes federativos, desde a União até os municípios, para propiciar o surgimento de novas gerações propensas e aptas a melhoria progressivamente do nosso entorno. Nota-se a preocupação quanto à assistência à saúde, ao atendimento especializado de pessoas portadoras de deficiência, ao transporte público e acesso, à possibilidade de inserção do jovem no mercado de trabalho com garantias previdenciárias e trabalhistas, à educação profissionalizante, à assistência jurídica. Outrossim, é elevado ao patamar constitucional a punição da exploração sexual infantil, trazendo destaque a uma lastimável realidade brasileira e mundial.

Ademais, a família, o meio preferível para o desenvolvimento dos infantes, ganha a proteção do Estado e a obrigação de prezar pelo bem estar da futura geração. Algumas formações familiares, a exemplo das monoparentais, conforme Oliveira Leite (2003, p.144), não eram englobadas no âmbito constitucional, estando à revelia da sociedade civil, o que configurava insegurança jurídica e refletia incontáveis consequências para a criação de seus descendentes. Aqueles deixados nas trevas, à margem da sociedade, culpados ainda no ventre por terem sido

gerados fora dos enlaces matrimoniais, foram trazidos à luz pelo Direito Constitucional. Destaca-se:

> Art. 227. (...)
>
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, *proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*.

A nova ótica da Carta Magna proporcionou a compreensão das mais diversas interações humanas para além dos moldes tradicionais, a ponto de olhar para a dignidade dessas e incluí-las com a designação de famílias e, destarte, portadoras de direitos e deveres, mostra-se evidente no art. 226, CF:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> (...)
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
>
> (...)
>
> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.
>
> § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

No aspecto da punição na esfera do Direito Penal, a Constituição Federal de 88 não se furtou em reconhecer a diferença ao se aplicar penalidades aos mais jovens. Ainda, no tocante ao respeito à dignidade desses, a Constituinte formalizou a necessidade de tratamento diferenciado, uma vez que o indivíduo em fase de desenvolvimento não está em pé de igualdade com aquele plenamente formado. Pode-se inferir que o art. 228 salienta uma perspectiva inclinada à equidade, conforme o texto:

> Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Conclui-se que o texto constitucional não apresenta caráter punitivista ao tratar da criança e do adolescente, dada a clareza quanto a inimputabilidade expressa. Somada essa aos artigos precedentes, aufere-se com transparência o objetivo de oportunizar condições dignas para a

composição de uma futura sociedade cidadã. Nesta vertente, trata-se de elemento jurídico constitucional que a criança e o adolescente alcancem a maioridade aos 18 anos. Em razão desse direito pétreo, garantia de caráter imutável e superior, igualmente tem de ser atendida a possibilidade a toda pessoa humana de ter assegurado por lei o seu desenvolvimento integral.

3.2. O Código Civil

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil evidencia-se na replicação de direitos fundamentais, incorporados ao texto constitucional, no próprio Código Civil. O direito público intervém nas relações privadas, incidindo sobre a igualdade interpessoal e, também, familiar. Os mecanismos civilísticos regulatórios da vida privada passam a se pautar na figura da pessoa humana com dignidade no centro das relações, afirma Nardella-Dellova (2023, p.89). Em consonância com a CF, o Código Civil traz os seguintes artigos:

> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.(...)

A definição da incapacidade absoluta e relativa denota o reconhecimento do legislador das particularidades próprias da imaturidade dos mais jovens. Harmonicamente, salvaguarda-se essa população da incidência cabal das obrigações no campo privado.

No que se refere às entidades familiares, o CC fortalece o direito fundamental da igualdade entre os cônjuges e a evidente injustiça a negação dessa, segundo Teixeira (1993, p.156). A igualdade é estado primordial para o meio em que estará inserida a criança e o adolescente, de acordo com:

> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

A Resolução nº 175, de 14 de maio de 2023, do Conselho Nacional de Justiça atualizou o CC 2002, conferindo status matrimonial para as uniões homoafetivas. Por consequência, direitos foram conquistados e com repercussões positivas para seus descendentes, agora estando sob a proteção jurídica.

O Código Civil ocupa-se, nos arts. 1.517 a 1.520, em preservar os jovens das responsabilidades derivadas de um casamento precoce, conferindo a capacidade para depois dos 18 anos, a exceção da autorização de seus representantes legais após os 16 anos, sendo antes proibido.

3.3. O Estatuto da Criança e do Adolescente

A Lei nº 8.069, sancionada em 13 de julho de 1990, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, possuindo o mesmo espírito constitucional frente à dignidade da pessoa humana. Popelier (2013, p.18) diz que nesse marco histórico chega à toda sociedade brasileira igualmente o princípio doutrinário da Proteção Integral dessa parcela populacional, evidenciado de início:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Esta legislação especial ocupa-se em reafirmar os Direitos Fundamentais a vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização, proteção no trabalho. Conjuntamente, define a prevenção a ameaça ou violação desses direitos como responsabilidade de todos, e, formula medidas de proteção em virtude de eventualidades. Chama à concórdia o esclarecimento das idades definidoras:

> Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
>
> Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Destaca-se a exceção dos 21 anos, cuja justificativa se dá nas circunstâncias de aplicação das medidas socioeducativas daqueles jovens que estão em vias de alcançar a maioridade penal. A súmula nº 605 do Superior Tribunal de Justiça determina:

A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos. (D.J.E. 19 de março de 2018)

A essência do ECA, ademais, é a somatória da proteção da Dignidade da Pessoa Criança e com a prevenção de violações em todas as circunstâncias. À vista disso, dispõe sobre o que se fazer quando a pessoa em desenvolvimento ofendeu um bem jurídico tutelado. A punição isolada não atende às particularidades desses indivíduos susceptíveis às adversidades, bem como, a privação de educação e profissionalização para cumprimento de sanções viola diretamente direitos constitucionais. Com essa prospectiva, as medidas socioeducativas, previstas no art. 112 e seguintes, foram concebidas para pacificação social e proporcionar, através da educação, novos destinos aos jovens para a ruptura do vórtex da delinquência.

Proposições

É crucial a criação de oportunidades de desenvolvimento integral da criança e do adolescente, mediante: a educação de qualidade para todos, profissionalização, oferecer perspectivas de crescimento, combater a negligência e a discriminação em todas as esferas (familiar, sociedade,

escola etc.). O enfoque estatal deve ser no cumprimento com eficiência das determinações no ECA sobre as medidas socioeducativas para os que cometerem atos infracionais, garantindo a sanção com a Educação, como meta norteadora, em ambiente propício à ressocialização e à restauração de laços familiares, para dar a segunda chance de forma efetiva e com dignidade.

Considerações Finais

A reflexão crítica sobre o tema da redução da maioridade penal, sob a perspectiva constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, pende sobre a existente total incompatibilidade, demonstrada nos planos de vulnerabilidade pungentes na sociedade brasileira hodierna. Podemos reconhecer que as particularidades orgânicas do desenvolvimento biopsicoemocional das crianças e dos adolescentes requerem constante cuidado da sociedade e do Estado. Contudo, embora seja obrigação civil-constitucional desses atendê-las nos moldes do ECA, não a cumprem em face à perpetuação de preceitos morais discriminatórios intrínsecos contra às crianças e aos adolescentes. Este contexto revela o desrespeito ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, favorecendo a manutenção de ambientes nocivos e prodrômicos da marginalidade. Por conseguinte, a criança e o adolescente, vítimas da negligência, são punidas, legalmente, em instituições, em sua maioria, descumpridoras dos preceitos do ECA. Resta dizer que o esforço da sociedade e do Estado deve ser direcionado para suprimir estes problemas estruturais, mediante elaboração de outras propostas mais humanitárias e não, em punir duplamente na redução da maioridade penal. Do contrário, faremos nossas crianças crerem, como Shakespeare resume em Macbeth, que: “A vida é uma história contada por um idiota, cheia de som e de fúria, sem sentido algum.”

Referências

1. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 20 mar. 2024.

2. BRASIL. *Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990*. Institui o ECA _ Estatuto da Criança e do Adolescente [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm . Acesso em: 20 mar. 2024.

3. BRASIL. *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm . Acesso em: 20 mar. 2024.

4. BRASIL. *Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 20 mar. 2024.

5. BITENCOURT, Cezar R. ***Tratado de direito penal: parte geral. v.1***. São Paulo: Ed. Saraiva, 2024. *E-book.* ISBN 9786553629325. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/ . Acesso em: 18 mar. 2024.

6. BETHLEHEM, R.A.I., SEIDLITZ, J., WHITE, S.R. et al. Brain charts for the human lifespan. Nature 604, 525–533 (2022). https://doi.org/10.1038/s41586-022-04554-y

7. BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto. *A saúde e seus determinantes sociais*. Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 17, n. 1, p. 77–93, jan. 2007.

8. DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. *O direito da criança ao respeito.* São Paulo: Summus, 1986.

9. JÚNIOR, Dioclécio C.; BURNS, Dennis Alexander R.; LOPEZ, Fábio A. *Tratado de pediatria.* v.1. Barueri: Editora Manole, 2021. E-book. ISBN 9786555767476. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555767476/ . Acesso em: 18 mar. 2024.

10. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais:* A situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

11. LOPES, Eliane Cristina. *O revelar do pecado:* os filhos ilegítimos na São Paulo do século XVIII. São Paulo: Annablume, FAPESP, 1998. 2. ed. 2001.

12. NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Direito Civil Teoria Geral do Direito Civil:* O sistema de Direito Civil em chave civilizatória constitucional e de Direitos Humanos – Volume 1. 3. ed. São Paulo: Scortecci, 2026.

13. NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Direito Civil Relações Obrigacionais*: O Sistema das Obrigações, Contratos e Responsabilidade Civil em chave civilizatória constitucional e de Direitos Humanos – Volume 2. 2. ed. São Paulo: Scortecci, 2025.

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

15. POPELIER, Retijane. *Criança no Brasil, é prioridade?* A História da Casa da Criança do Brasil de Balneário Camboriú/SC. 1. ed. Leme: Ed. Mundo Jurídico, 2013.

16. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Direito de família e do menor*: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

AS RAÍZES ROMANAS DAS OBRIGAÇÕES NO DIREITO CIVIL CODIFICADO BRASILEIRO

Maria do Carmo Seffair[76]

Myriam Benarrós[77]

Resumo

O presente trabalho busca delinear, ainda que sumariamente, a linha de continuidade da *obligatio* romana com a contemporânea ideia de obrigação, presente no Código Civil de 1916 e, posteriormente, no Código Civil de 2002. Analisa-se o conceito de *obligatio* e quanto ainda permanece desse conceito na conceituação da obrigação moderna, traçando-se os pontos de continuidade e aqueles de distanciamento. Por fim, a partir de uma leitura, ainda que não exaustiva, da disciplina das obrigações no Código Civil de C. Bevilaqua e naquele de M. Reale verifica-se uma linha de continuidade entre a teoria da *obligatio* romana e aquela acolhida pelos códigos civis brasileiros.

Palavras Chave: direito romano, codificação civil, *vinculum iuris*, obrigação

Abstract

This work seeks to outline, albeit briefly, the continuity line of the Roman *obligatio* with the contemporary idea of obligation, present in the Civil Code of 1916 and, subsequently, in the Civil Code of 2002. It analyzes the concept of *obligatio* and how much of this concept still remains in the modern conception of obligation, tracing the points of continuity and those of distancing. Finally, from a reading, albeit not exhaustive, of the discipline of obligations in the Civil Code of C. Bevilaqua and in that of M. Reale, a continuity line is verified between the theory of Roman *obligatio* and that embraced by the Brazilian civil codes.

Keywords: Roman law, civil codification, *vinculum iuris*, obligation

---

[76] Doutora em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo-USP. Reitora do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO (Manaus-AM). E-mail chefiadegabinete@fametro.edu.br

[77] Doutora em Direito Civil e Mestre em Direito Romano pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Romano e Direito Informático pela Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Professora de Direito Civil e História do Direito no Centro Universitário CEUNI-FAMETRO (Manaus-AM). E-mail myriam.benarros@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.

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 forma 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.).

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:

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. [78]

[78] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 5ª edição rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012, p. 110 ss.

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 svillupparsi in qualsiasi direzione per adattarsi a situazioni nuove. Il difetto di questa virtù è la farraginosità delle disposizioni.[79]

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 justinianéia por volta do ano Mil parece ser a resposta aos inúmeros conflitos de uma sociedade em que atuavam vários sistemas de normas.

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[80].

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.

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[81]. 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

[79] LOSANO, Mário. *I grandi sistemi giuridici*. Torino: Einaudi Editore, 1988, p. 28.

[80] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História.* Op. cit, pp. 232-233.

[81] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit, p. 233 ss.

diapasão, os livros do *Corpus Iuris*, redescobertos na Itália, dão ensejo à ideia de que este é o direito dos novos impérios[82].

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. Formou-se uma dinâmica que se aceleraria no século XII com os juristas bolonheses.[83]

O renascimento dos estudos do 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 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.[84]

Quanto à península ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido e 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.[85]

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[86].

---

[82] HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 131 ss.

[83] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit, p. 235

[84] HESPANHA, António Manuel. *Cultura*. Op. cit., p. 114 ss.

[85] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit, p. 244 ss.

[86] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit,, p. 341 ss

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 Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII[87].

2. A contribuição do direito comparado: os sistemas jurídicos

A correlação entre a História, a Geografia, e a Economia determina, de diferentes maneiras, a criação de grandes regiões continentais socioculturais que H-A Steger denomina "continentes socioculturais", nessa perspectiva, cada vez mais, historiadores e comparatistas suam o conceito de sistema.[88]

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. Destarte, a utilização de expressões como *Rechtskreise* e *Kulturkreise* se tornou comum no estudo das relações que intercorrem entre áreas jurídicas e áreas culturais[89].

Podemos perceber, do ponto de vista jurídico, 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.[90]

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, caracterizam um determinado direito que se constitui em um sistema.

A diversidade dos ordenamentos estatais é considerável se considerarmos o conteúdo de suas normas, torna-se, porém, bem menor quando consideramos os elementos mais estáveis e duradouros, através dos quais podemos descobrir regras ínsitas no sistema, interpretá-las e determinar o seu valor[91].

---

[87] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit,, p. 285.

[88] 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.

[89] *Idem*. *Sistema*. Op. cit. , p. 25

[90] CATALANO, Pierangelo. "Sistema jurídico latino-americano". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69 (1982), p. 3 ss.

[91] DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1969, p. 23

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 a nossa civilização, aos nossos critérios de raciocínio.

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

Através 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.[92]

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.[93] Posterior de 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.

A família romano-germânica (sistema romanista), cujos ordenamentos afundam suas raízes na ciência do direito romano, através de 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.

C. 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 E. 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 que recepcionaram o direito romano "de um modo mais ou menos radical"; 3) aquelas em que os componentes germânico e romano se

---

[92] CATALANO, Pierangelo. *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).

[93] SCHIPANI, Sandro. "Diritto Romano in Cina". Disponível em *Treccani. Enciclopedia Italiana* on-line http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/

Acesso em 3 de maio de 2014.

fundiram "por quantidades quase eguaes". A esses grupos C. Beviláqua acrescenta um quarto grupo a legislação dos "povos latino-americanos".[94]

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 S. 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." [95]

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.

3. A construção do conceito de obrigação a partir das fontes romanas

Preliminarmente, deve-se observar que notadamente o direito das obrigações é considerado a parte mais essencial do direito romano sobre a qual se debruçaram constantemente os *iurisprudentes* na busca de um aperfeiçoamento contínuo. É notório que essa parte do direito, em relação às outras, está menos sujeita às influências de um determinado momento histórico; ela tende ao universalismo. Ademais, saliente-se, ainda, que o direito das obrigações, conjuntamente com o direito das coisas, pertence a categoria dos direitos patrimoniais, de modo que o direito das obrigações e o direito das coisas se contrapõem ao direito de família.[96]

J.C. Moreira Alves ressalta, porém, que os romanos não conheceram um conceito de direitos pessoais e de direitos reais, pois a distinção que hoje fazemos com base neles, os romanos a faziam no plano processual, com a dicotomia *actio in personam – actio in rem*. Releva, ainda, o autor que nas relações patrimoniais, ao direito pessoal corresponde a obrigação, matéria que constitui a obra-prima da legislação romana. Tanto no direito moderno quanto nas fontes romanas, o termo obrigação é utilizado em três acepções: a) relação jurídica obrigacional; b) dever jurídico de conteúdo econômico; c) direito subjetivo correspondente a esse dever jurídico de conteúdo econômico.[97]

Encontra-se no livro I do Digesto (D. 1.2.1) um famoso fragmento do jurista Gaio, autor das famosas Institutas, que atuou no II século d.C., em que ele afirma que "em todas as coisas admito que seja perfeito aquilo que conste de todas as suas partes. E certamente a parte mais

---

[94] BEVILAQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado.* II Ed. Bahia 1897 (I Ed. 1893), pp. 73 ss.

[95] MEIRA, Silvio. *Clóvis Bevilaqua. Sua vida. Sua obra*. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, pp. 345 ss.

[96] ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano. Le obbligazioni*. Milano: Giuffrà, 1936, p. 3.

[97] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 373-374.

importante de cada uma das coisas é o seu princípio"[98]. Destarte, para compreendermos como foi sendo construído o conceito de obrigação é necessário buscarmos o seu *principium*.

Toda a terminologia utilizada pelos romanos para indicar o surgir, o perdurar e o extinguir-se das obrigações têm um significado etimológico profundo na sua inconfundível clareza. As palavras que indicam o surgimento e a essência da relação obrigacional (*obligare, adstringere, obstringere; obligatus, nexus, obnoxius, adstrictus; obligatio, nexum, vinculum*) são palavras que exprimem de forma unívoca o conceito de vínculo. Por outro lado, as palavras que sinalizam o cessar da relação obrigacional (*liberare, solvere, luere; liberatio, solutio, luitio*) remetem todas de forma incontestável ao conceito de libertação, de dissolução, ou seja, de cessação do vínculo. Assim sendo, este unívoco significado que se torna claro através da análise das palavras usadas pelos romanos para caracterizar a relação obrigacional, atesta que a obrigação, a qual com o tempo se converterá em um *vinculum iuris*, *i.e.*, um vínculo ideal e metafórico, em origem representava um vínculo concreto e efetivo, ou seja, um amarrar a pessoa, um colocá-la em um estado de não poder libertar-se. A *obligatio* produzia um estado de sujeição total[99].

Como observa J. Cretella Júnior *obrigação* é palavra que reflete uma situação primitiva de enlaçamento, ou seja, estabelecido um compromisso em um determinado lugar para ser cumprido em outro distante, o credor ligava ou amarrava a pessoa física do devedor a sua própria pessoa para que o *obligatus* não se olvidasse de cumprir o prometido.[100]

No que concerne à conceituação da *obligatio*, as Instituas de Gaio não apresentam nenhuma definição. Podemos encontrar nas Instituições de Justiniano (I. 3, 13pr.) uma definição que parte da doutrina romanística considera clássica, indicando o jurisconsulto Florentino como o seu autor ou, talvez, tenha sido elaborada por um glosador pós-clássico de Gaio; essa coloca o foco na pessoa do devedor:[101]

Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura – A obrigação é um vínculo de direito, que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo o nosso direito civil.[102]

---

[98] D. 1.2.1: [...] *sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima parrs principium est* [...]. Ver tradução de H.M. F. MADEIRA, *Digesto de Justiniano*, livro I. São Paulo: RT; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO, 2000, p. 21

[99] ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano*. Op. cit,. pp. 81-82.

[100] CRETELLA JÚNIOR. *Curso de direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 166-167.

[101] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito*. Op. cit., p. 375. Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 2006, p. 283.

[102] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1951, pp. 512-515.

Sustenta V. Arangio-Ruiz que a definição é defeituosa no que tange às palavras *alicuius solvendae rei* já que se sabe que do significado primitivo de dissolver o verbo *solvere* passou a indicar o ato através do qual o devedor se desobrigava, ou seja, o adimplemento, o que nós denominamos 'pagamento', mas quando acrescentamos aos verbos *solvere* e pagar um complemento objeto direto, ou seja uma coisa ou uma soma de coisas que o devedor tem que dar, de modo que se dermos uma interpretação literal à expressão "pagar alguma coisa", deixamos de lado inúmeras obrigações que têm por objeto algo de diferente da dação de uma ou mais coisas. Se forçarmos a interpretação e traduzirmos *aliquid solvere* com fazer um pagamento, a definição não fica mais clara, reduz-se a uma mera tautologia, pois, afirmar que a obrigação nos constrange a fazer um pagamento é dizer que a obrigação tem que ser adimplida, mas essa não é uma verdadeira definição. Se quisermos completar a definição seguindo a sua própria lógica teríamos que defini-la como "um vínculo jurídico por força do qual somos compelidos em face de outros a uma determinada conduta". Destarte, com tal integração da definição, teríamos definido um conceito bem mais amplo, ou seja, o dever jurídico. Tal definição, observa o romanista italiano, adapta-se seja à obrigação do comprador de pagar o preço seja ao dever de fidelidade dos cônjuges. Posto o problema, a doutrina há mais de um século busca o critério diferenciador da obrigação e dos deveres jurídicos. Frequentemente, entende-se que o critério diferenciador seria o conteúdo econômico da conduta, mas nada é mais falso e menos idôneo para diferenciar a obrigação do dever jurídico, diz Arangio-Ruiz, já que tanto é econômico o conteúdo das obrigações do mutuário e do comprador quanto o conteúdo do dever que cada um tem de não se imiscuir na coisa do outro.[103]

J.C. Moreira Alves, embora ateste que a doutrina dominante considere a obrigação como um dever jurídico de conteúdo econômico, observa que nem todo dever jurídico se caracteriza como obrigação:

Em geral, tem-se que o conteúdo econômico é o que distingue um do outro. Mas autores há que entendem que o caráter patrimonial não pode servir de elemento de distinção, porque todo dever jurídico que é correlato a um direito patrimonial tem conteúdo econômico, mas nem sempre é obrigação como, por exemplo, o dever jurídico de todos se absterem de turbar o direito de propriedade de alguém.[104]

O fragmento das Institutas de Justiniano relativo à definição de *obligatio*[105] sempre foi objeto de análises e estudos por parte dos juristas medievais e modernos, bem como de estudos romanísticos e civilísticos dos juristas atuais. A maioria da doutrina considera esse fragmento uma definição que contém os elementos gerais do conceito de obrigação, mas é próprio essa tradicional convicção conjugada a uma nova postura metodológica, ou seja, a necessidade que nos estudos romanísticos não se proceda a análises atemporais, como ocorria na tradição medieval e moderna, que faz emergir uma série de problemáticas quanto ao próprio conteúdo

---

[103] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Jovene,2006, p. 283-284.

[104] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito*. Op. cit., p. 374, nt. 3.

[105] I.3.13pr: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura* - A obrigação é um vínculo de direito que nos adstringe a pagar alguma coisa, segundo o nosso direito civil. Ver CORREA, Alexandre- SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e Justiniano vertidas para o português,* vol. II. São Paulo: Saraiva, 1951, pp. 512-515.

da definição, pois, em definitiva, como definição, o texto parece ser insatisfatório. G. Falcone aponta alguns pontos nesse sentido:

a) O fechamento *secundum nostrae civitatis iura* parece ser supérfluo e banal posto que se a frase significa em conformidade com o direito positivo, esta conformidade está implícita em todos os institutos jurídicos; b) no que concerne à expressão *necessitate adstringimur*, se o termo *necessitate* está ligado ao verbo *adstringimur*, de forma adverbial, temos aí um decepcionante pleonasmo, pois que o verbo sozinho já exprimiria a ideia de constrição; há quem afirme, porém, que a dupla terminológica reforça o elemento coerção, não se fazendo menção ao específico instrumento, a *actio in personam*, que constrangeria o devedor a adimplir, ou seja, o autor da definição ao invés de acentuar a noção clássica de *obligatio*, prefere evidenciar a situação de constrição típica da obrigação primitiva; c) Por fim, talvez a crítica mais grave seja aquela relativa à expressão *solvere rem*, pois, como nota V. Arangio-Ruiz se entendemos *rem* como coisa no sentido material, teríamos a alusão somente às obrigações de "dar uma coisa", sendo, portanto, muito restrita a definição de *obligatio*.[106]

Encontramos nas fontes romanas outro famoso fragmento, atribuído ao jurisconsulto Paulo, que viveu no III século d.C., o qual é analisado pelos romanistas, como uma fonte do conceito romano de *obligatio*, ainda que considerado interpolado:

D. 44.7.3pr: *Obligationum substancia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitudem nostrum faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum* – A substância das obrigações consiste não que se faça nossa alguma coisa corpórea ou nossa uma servidão, mas quando se constrange alguém, a dar-nos, ou a fazer-nos ou a prestar-nos alguma coisa [nossa tradução][107]

Até o final do século XIX reputavam os romanistas que o conceito de *obligatio*, nos moldes da interpretação feita pelos autores medievais desses fragmentos, mantivera-se o mesmo no decorrer de toda a evolução do direito, ou seja: a obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual o devedor é compelido a realizar uma prestação de conteúdo econômico em favor de outrem. Essa concepção, contudo, foi questionada por duas teses, uma do final do século XIX, a de Alois von Brinz, e outra de Silvio Perozzi do começo do século XX.[108]

No entendimento de J.C.Moreira Alves, A. von Brinz negou à *obligatio* o caráter de dever jurídico, pois ela não consiste no dever de prestar, mas sim na responsabilidade que decorre do inadimplemento desse dever. Portanto, o objeto da obrigação não é a prestação, ou

---

[106] FALCONE, Giuseppe. *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*. Torino, Giappichelli, 2017, pp. 2-4. Vale ressaltar que esse autor defende a tese de que o autor do fragmento I. 3,13pr não tinha como objetivo descrever em modo completo em que consistia a *obligatio*, mas pretendia distinguir a *obligatio* duma outra figura, ou seja, o fragmento objetiva diferenciar a relação obrigacional em sentido técnico-jurídico em relação a um vínculo e natureza distinta, entendido como "obrigatório", mas todavia não coercível juridicamente, tal como o fideicomisso. Ver *Idem*, p. 6 ss.

[107] Ver também I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano (a doble texto, traducido al castellano del latino)*, t. III, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897, p. 506.

[108] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito*. Op. cit., p. 375.

seja, um dar, um fazer ou não fazer, teria sido, primitivamente, o corpo do devedor e, mais tarde, o devedor como sujeito de um patrimônio.[109] O jurista alemão vislumbrava na relação obrigacional dois momentos distintos: um constituído pela *obligatio* propriamente dita, ou seja, aquela situação em que uma pessoa ficava obrigada a responder com o próprio corpo ou com o próprio patrimônio pela prestação que o credor pretende, o outro momento representa o *debitum*, *i.e*, o dever de cumprir a prestação. A pessoa está obrigada enquanto responde pelo *debitum*. A. Von Brinz define a obrigação como a relação através da qual uma pessoa, ou uma coisa, está destinada a servir de satisfação ao credor pela prestação. No direito arcaico seria o corpo do devedor que respondia, no direito romano mais evoluído seria o devedor como pessoa econômica. Ademais, vale salientar que já K. von Amira, estudando os direitos germânicos antigos, observava que no conceito de obrigação existiam dois elementos distintos que podiam estar separados, de modo que na mesma relação obrigacional um primeiro elemento podia estar em uma pessoa, o segundo em outra, sendo um o *debitum* (*Schuld*) e o outro a responsabilidade (*Haftung), i.e*, o dever de cumprir a prestação e a garantia dessa; alguém pode ser aquele que deve (*debitor*) e outrem pode ser aquele que responde, o garante (*obligatus*)[110]. Para Brinz ao lado da *obligatio rei* (como ocorre no penhor em que a coisa empenhada responde pelo débito), existia a *obligatio personae* (primitivamente, era o próprio corpo do devedor que respondia pelo débito; posteriormente, a responsabilidade se deslocou para o patrimônio do devedor), ambas constituem uma unidade conceitual: relação pela qual uma coisa ou uma pessoa é destinada a servir de satisfação ao credor por uma prestação.[111]

A tese de S. Perozzi foi apresentada na preleção de 1902, E. Albertario analisando essa tese leciona que segundo esse autor:

L'obbligazione romana é sparita, essa é uma specie extinta, fin nel diritto giustinianeo [...] L'obbligazione è giunta a noi come un'entità distinta entro i doveri giuridici di condotta [...] La comune definizione dell'obbligazione ricalcata su quella delle Istituzioni (I. 3, 13) non sarebbe che la definizione dell'obbligo corrispondente a qualunque diritto subbiettivo. Tutti i diritti subbiettivi consistono nella facoltá di esigere una determinata condotta da altri, cioè la prestazione di una, piú, o infinite altre persone; definendo, quindi, l'obbligazione secondo il tenore dell'opinione dominante, si defisce il diritto subbiettivo e non già un particolare tipo di diritti subbiettivi.[112]

No que tange à definição de Paulo em D. 44.7.3 essa teria sido interpolada pelos juristas de Justiniano e, na realidade, seria uma definição da *actio in personam*. Definir a *obligatio*, segundo S. Perozzi, não é possível. A categoria das obrigações se distinguia no direito clássico dos outros direitos subjetivos por elementos históricos e não dogmáticos. Por outro lado, o conceito dogmático de obrigação, de marca justinianeia, acarreta o problema insolúvel da definição da obrigação e da sua delimitação em face a todos os outros deveres de conduta. Note-se, ainda, que esse problema não surgia no direito clássico, posto que os romanos conheciam

[109] *Ibidem*, p. 376.

[110] ALBERTARIO, Emilio. *Corso*. Op. cit., p. 66-68.

[111] MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito*. Op. cit., p. 376.

[112] ALBERTARIO, Emilio. *Corso*. Op. cit., p. 60.

somente tipos determinados de obrigações, que se originavam de duas fontes: o *delictum* e o *contractus.* A categoria das *obligationes* se constituiu na época gentilícia e indicava um estado de sujeição pessoal, primeiramente, decorrente de uma ofensa ou lesão ocasionada por outras *gentes* que os romanos denominavam *delictum*, ou decorria de um negócio pacífico que os romanos indicavam com o termo *contractus*. Com o exaurimento da época gentilícia e o surgimento da *civitas* come fonte de *obligatio* permaneceram os quatro delitos que geravam um estado de sujeição: o *furtum*, o *damnum iniuria datum*, a *iniuria* e os *rei bona rapta*. O elenco das *obligationes* decorrentes de contrato se completou em época mais tarda; já na época de Augusto (I séc. a.C.) a vida gentilícia não existia mais, consequentemente as causas de *obligatio* geradoras de um estado de subjugação desapareceram e nenhuma nova relação contratual foi mais considerada fonte de *obligatio.*[113]

S. Perozzi não nega que a *obligatio* seja um dever jurídico, o que ele não aceita é que o dever jurídico *obligatio* seja algo de diferente dos outros deveres jurídicos que não eram incluídos entre as *obligationes*; para ele a distinção que encontramos nas fontes não é dogmática mas simplesmente determinada por fatores históricos; a *obligatio* seria um conceito meramente histórico, surgido para indicar o estado de sujeição do devedor ao credor; conceito esse que desaparece do direito romano a partir da edição da *lex Poetelia* do ano 326 a.C. que vedou que as *obligationes ex contractu* pudessem gerar um estado de sujeição pessoal para garantir o pagamento do *debitum*, substituindo-se a sujeição pessoal com uma sujeição patrimonial, da *obligatio personae* se passa à *obligatio rei*[114].

Leciona E. Albertario que

Dopo la lex Poetelia, pertanto, il regime dell'obbligazione era il seguente: asservimento personale (*obligatio personae*) di chi aveva commesso il delitto o di altri per lui, fino al momento del pagamento della composizione legale (poena); asservimento patrimoniale (*obligatio rei*) fino al momento della restituzione del mutuo (*credita pecunia*). [...] Ma nell'*obligatio* romana, così come disciplinata dalla lex Poetelia, i due momenti della responsabilità e del debito sono ancora ben differenziati e non ancora confusi insieme.[115]

Com a *lex Poetelia* nasce a obrigação na sua nova configuração, ou seja, a obrigação não gera mais um estado de sujeição, mas somente um dever jurídico de conduta de conteúdo patrimonial imposto pelo *ius civile* que não admite mais uma cisão entre o momento do débito e o momento da responsabilidade. Os termos *obligare*, *vinculum* permanecem para indicar a obrigação na sua nova conformação, mas possuem um significado ideal e metafórico, não exprimem mais uma realidade concreta. Entretanto a obrigação clássica ainda não é a obrigação justinianeia e moderna, posto que no direito justinianeu e moderno quando existe uma pessoa adstrita a uma prestação de natureza patrimonial em favor de outra pessoa, existe uma obrigação. No direito clássico não é assim, pois, nem todo *vinculum iuris* através do qual uma pessoa está compelida *ad dandum*, *vel faciendum*, *vel praestandum* a uma outra pessoa pode ser indicada como

[113] ALBERTARIO, Emilio. *Corso*. Op. cit, pp. 60-61.

[114] *Ibidem*, p. 106

[115] *Ibidem* p. 108.

obligatio. A *obligatio* conforme atesta o jurista clássico Gaio nasce primeiramente do *delictum* ou do *contractus*[116]:

Gai 3,88: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis vel ex contractu nascitur vel ex delicto* – Passemos, agora, às obrigações. A principal divisão delas é em duas espécies; pois, toda obrigação ou nasce de contracto ou de delito[117].

Gai 3,182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntuur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit [...]* – Passemos, agora, às obrigações nascidas de delito; por exemplo, quando alguém comete furto, roubo, causa um dano, assaca uma injúria; [...][118]

Mas os delitos são atos ilícitos determinados; os contratos são figuras determinadas de negócios lícitos. No direito clássico assim como as figuras delituosas eram determinadas, da mesma forma eram definidas as figuras contratuais geradoras de *obligatio*; a causa do contrato no direito romano clássico tinha um peso e uma relevância:

D. 2.14.7.4. *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem* – Mas quando não houver nenhuma causa <para a obrigação>, é claro que não se pode constituir uma obrigação em função dessa convenção.[119]

No direito justinianeu a causa não tem a mesma importância, pois, no decorrer da época clássica surgiram muitos negócios jurídicos que podem ser enquadrados em três categorias: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias*. Esses, porém, não eram *contractus* já que não podiam ser inseridos naquelas causas que reconhecidamente eram tidas como constitutivas de um *contractus*, fonte de *obligatio.*[120]

V. Arangio-Ruiz assevera que no quadro dos deveres decorrentes de convenções ou ilícitos existem alguns que os clássicos denominavam *obligationes*, e outros aos quais a denominação foi dada somente na compilação justinianeia por efeito de interpolação. Assim sendo, dos inúmeros ilícitos citados nas fontes somente quatro (furto, rapina, *iniuria*, *damnum iniuria datum*) são considerados pelos clássicos fontes de *obligationes*, a obrigação, por exemplo, não surgia no caso das ações *de effusis et deiectis* e *de positis et suspensis* (art. 938 do CC/2002); similarmente, nascia *obligatio* do mútuo, mas do depósito e do comodato somente uma *actione*

---

[116] ALBERTARIO, Emilio. *Corso*. Op. cit,, pp. 113-114.

[117] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual*. Op. cit., pp. 176-177.

[118] *Ibidem*, pp. 206-207.

[119] VASCONCELOS, Manuel da Cunha Lopes *et al*. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano* vol. 1. São Paulo: YK Editora, 2017, p. 145.

[120] ALBERTARIO, Emilio. *Corso*. Op. cit., p. 117.

teneri. O motivo desse fenômeno reside na contraposição entre as normas do *ius civile* e as normas do *ius honorarium*[121].

O direito justinianeu, por sua vez, antecipando o direito moderno, fundamenta a noção de *contractus* no elemento do acordo (*conventio*, *consensus*), de modo que se atinge um reconhecimento geral de quaisquer causas, sempre que não vedadas, com base no mero consenso. Assim os negócios inseridos nas três categorias *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut facias* se tornam *contractus*, denominados pelos juristas contratos inominados[122].

Destarte, enquanto no direito clássico o credor nos contratos informais tinha que provar a existência da causa, no direito justinianeu e moderno, provada a vontade, a causa se presume, e o devedor terá que, se quiser, fornecer a prova da sua inexistência; no direito romano clássico não há um conceito geral abstrato de obrigação, existem, ao invés, *obligationes* individualizadas e concretas, assim como são individualizados os ilícitos (*delicta*) e os negócios lícitos (*contractus*) que são a sua fonte.[123]

No que concerne às fontes da obrigação se deve salientar que se o jurista Gaio na Institutas (Gai 3,88) fixa duas espécies de fontes, ou seja, cada obrigação nasce do *delictum* ou do *contractus*, na *Res cottidiane*, uma nova edição do manual institucional feita pelo próprio Gaio, cujo fragmento consta no Digesto (D. 44.7.1pr), essa bipartição se torna uma tripartição[124]:

D. 44.7.1pr. *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quoddam iure ex variis causarum figuris* – as obrigações nascem o do contrato o do delito ou por um certo direito próprio segundo as várias espécies de causas [nossa tradução][125]

Essa tripartição nas *Institutiones* imperiais se torna uma quadripartição:

I. 3, 13, 2. *Sequens divisio in quattor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu sunt, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio [...]* – a divisão seguinte as reduz a quatro

---

[121] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni*. Op. cit., pp. 288-289.

[122] J.C. Moreira Alves leciona que "Quando se denominam essas convenções contratos inominados, não se pretende, com isso, significar que elas não tenham ou não possam ter nome próprio- a *permutatio* (permuta, troca) é um contrato in9ominado que sempre teve esse nomen iuris- mas, sim, que são contratos atípicos, isto é, contratos não9 reconhecidos (ao contrário do que ocorria, por exemplo, com a *emptio venditio*, ou o *mandatum*) como figuras singulares. Os contratos inominados formam uma categoria abstrata, onde se enquadram convenções do mais variado conteúdo, as quais, sancionadas por ações comuns, geram obrigações quando ocorre a mesma *causa*: uma das partes realiza sua prestação para obter, da outra, a contraprestação. Ver MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito*. Op. cit., pp. 541-542.

[123] ALBERTARIO, Emilio. *Corso*. Op. cit., p. 118.

[124] TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 508.

[125] Ver também I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano (a doble texto, traducido al castellano del latino)*, t. III, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897, p. 505.

espécies: pois nascem de um contrato, ou de um quase contrato, ou de um delito ou de um quase-delito [...][126]

Será a partir desses fragmentos que C. Bevilaqua, no seu manual sobre o *Direito das Obrigações*, iniciará a explicação das causas geradoras da obrigação.[127]

A. Saraiva da Cunha Lobo, em 1931, publicou uma imensa obra dedicada ao direito romano, nesta afirma, referindo-se ao Código Civil de 1916, que

Se passarmos em revista os 1.807 artigos do nosso Código Civil, verificaremos que mais de quatro quintos deles, ou sejam 1.445, são produtos de cultura romana, ou diretamente aprendidos nas fontes da organização justinianéia, ou indiretamente das legislações que ali foram nutrir-se largamente, como aconteceu a Portugal, a Alemanha, a França e a Itália, que fizeram do Direito Romano o manancial mais largo e mais profundo para mitigar sua sede de saber. E o que é exatamente mais interessante é que a parte do nosso Código Civil que mais direta e preponderantemente recebeu aquela influência e recolheu mais abundante messe de subsídios foi a do direito das obrigações (arts. 863 a 1571) [...][128]

Observa, ainda, G. Sciascia que o sistema das obrigações é a parte mais significativa do direito romano, principalmente porque ele permanece vivo no direito moderno, mais do que qualquer outro sistema, tais como o de direito real, do direito de família ou da herança que persistiram sempre ligados ao direito mais arcaico, não obstante as mudanças às quais foram submetidos no decurso do tempo. O direito das obrigações, ao contrário, teve, ao longo dos séculos, um desenvolvimento mais profundo que permitiu uma aderência às mais diversas exigências sociais, tendo sido, portanto, acolhido pelas legislações modernas. Naturalmente esse desenvolvimento do sistema obrigacional romano foi paulatino: a) no período arcaico o sistema das obrigações foi formalístico e limitado, refletindo uma sociedade primitiva sem relações complexas; b) No período republicano, o sistema sofreu mudanças significativas que o moldaram às exigências sociais mais complexas devido à expansão de Roma e ao desenvolvimento das relações comerciais. Neste período, a ação do *ius gentium*, do *ius honorarium* e dos *iurisprudentes* se torna intensa e extremamente produtiva; c) No período clássico os jurisconsultos aperfeiçoam seus métodos de análise e de síntese, o novo processo da *cognitio extra ordinem* põe as bases do *ius novum* procedendo às primeiras fusões entre institutos do *ius civile*, do *ius gentium* e do *ius honorarium*; d) No período do baixo império com a derrocada das formas solenes e a fusão das diversas ordens jurídicas, a estrutura das obrigações se simplifica, as diversas figuras vão se unificando e o sistema passa a valorizar a vontade das partes.[129]

---

[126] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual*. Op. cit., pp. 514-515.

[127] BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Magalhães Edito, 1896, p. 9.

[128] 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, p. 17.

[129] SCIASCIA, Gaetano. *Direito Romano e Direito Civil Brasileiro*. S:ao Paulo, Saraiva, 1947, pp. 87-88.

4. A tradição romanística na codificação civil brasileira

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 1 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".[130]

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 ao 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.[131] 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 individuar no *Corpus Iuris Civilis* as normas ainda aplicáveis (direito vivo) daquelas inaplicáveis por corresponderem a circunstâncias romanas peculiares.[132] 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."[133]

---

[130] 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, n° 1 (jan./dez.) 2004. Fortaleza: Bookmaker, 2004, pp. 197 ss.

[131] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit, pp. 341-350.

[132] *Ibidem.* Op. cit, p. 393.

[133] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit, p. 407.

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, através 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 expresso dos representantes da nação independente.[134]

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 Brazileiros*) dispunha: *XVIII. Organizar–se-ha quanto antes um Codigo 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.

4.2 **A codificação brasileira e o sistema das obrigações**

Clóvis Bevilaqua, autor do Código Civil de 1916, ao comentar o primeiro artigo do livro III, *Do direito das obrigações*, tratando da definição de obrigação reporta a definição das Instituições de Justiniano (I. 3, 13pr.) ressaltando que a definição contida no *Corpus Iuris* é demasiadamente concisa, pois, não acentua a diferença específica entre a obrigação no sentido técnico e qualquer dever exigível em direito. Leciona o nosso codificador que o conteúdo da obrigação é a prestação, ou seja, "a pessoa do devedor, como sujeito de direito, tem de praticar um acto ou uma abstenção; os seus bens não são directa e immediatamente atingidos", pois, assim explicava o direito romano em D. 44.7.3pr.: *Obligationum substancia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitudem nostrum faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*-A substância das obrigações consiste não que se faça nossa alguma coisa corpórea ou nossa uma servidão, mas quando se constrange alguém, a dar-nos, ou a fazer-nos ou a prestar-nos alguma coisa [nossa tradução][135].

Em muitos artigos C. Bevilaqua reporta a fonte romana tais como o art. 863 (D. 12.1.2.1); art. 865 (I. 3,19,2; D. 45.1.23-37); art. 866 (D. 18.6.8); art. 874 (D. 45.1.94); art. 875 (D. 30.37pr.);

---

[134]LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso*. Op. cit., pp. 579-580.

[135] BEVILAQUA, Clovis. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado*, vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943, pp. 6-8.

art. 879 (D. 42.1.13.1); art. 884 (D. 18.1.25pr; D. 34.6; D.19.1.21.6; D. 31.27; D. 45.1.112-138); art. 885 (D. 45. 1.16pr; D. 45.105; D. 46.3.95pr.); art. 1248 (I. 3, 14, 2); art. 1250 (D. 13.,6.5 e D. 13.17.3); art. 1251 (I. 3,14,2); art. 1253 (D. 13.6.5.4); art. 1256 (I. 3, 14, pr); art. 1257 (I. 3,14, pr.; I, 3,14,2)[136]. Muitos outros artigos poderiam ser citados, mas não é possível, nessa sede, proceder a uma listagem exaustiva.

M. Reale na Exposição de Motivos de 1975 do Código Civil de 2002, ao tratar das Diretrizes Fundamentais do novo código civil, fixa nos pontos c) e e) uma linha de continuidade:

c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra-indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.[137]

E ainda:

e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.

Assim como ao tratar do Livro I da Parte Especial- Do Direito da Obrigações, listando os pontos fundamentais da codificação de 2002, ressalta no primeiro ponto:

a) Conservar a sistemática atual, pela disciplina das obrigações, a partir da discriminação de suas modalidades, uma das mais elegantes contribuições do direito pátrio, não obstante indispensáveis complementos e retificações, desprezando a referência inicial ao sempre controvertido problema das fontes, e também em razão do já disciplinado na Parte Geral.[138]

A preocupação do Presidente da Comissão Revisora e Elaboradora do Código em manter uma continuidade é evidente. Contudo, para ele a necessidade de atualização da legislação civil é inquestionável:

Outra não pode ser a atitude do codificador, dada a natureza essencialmente ambivalente de sua missão, que consiste em afundar raízes no passado para melhor se alçar na visão do porvir.

---

[136] BEVILAQUA, Clovis. *Codigo Civil*. Op. cit., p. 5 ss.. Cf. SCIASCIA, Gaetano. *Direito Romano e Direito Civil*. Op. cit, pp. 89 ss.

[137] REALE, Miguel. "Exposição de Motivos do Superviso da Comissão Revisora e Elaboradora". Em *Código Civil. Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. Senado Federal, 2005, p. 25. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319 Acesso em 10 de fevereiro de 2024

[138] *Ibidem*, p. 41

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos.

Muito embora sejamos partícipes de uma "sociedade em mudança", já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.[139]

Destarte, entre as Diretrizes Fundamentais do novo código encontramos:

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para 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.[140]

Com as raízes afundadas no passado Miguel Reale e a Comissão de Revisão e Elaboração do Código Civil de 2002 mantêm a tradição romanística no direito das obrigações, pois, muitos artigos do Código de 1916, para os quais C. Bevilaqua indica a sua fonte romana, são recepcionados pelo Código Civil de 2002, tais como: Art. 863-Art. 313; Art. 865 – Art. 234; Art. 866 – Art. 235; Art. 874 – Art. 243; Art. 875 – Art. 244; Art. 879 – Art. 248; Art. 884 – Art. 252; Art. 885 – Art. 253; Art. 1248-Art. 579; Art. 1250-Art. 581; Art. 1251-Art. 582; Art. 1253-Art. 583; Art. 1256-Art. 586; Art. 1257-Art. 587. Naturalmente, essa também não é uma listagem que esgote as possibilidades de uma correspondência entre direito romano-código civil de 1916-código civil de 2002.

Contudo, podemos, certamente, afirmar que o direito romano continua vivo, projetado *in omne aevum*.

---

[139] REALE, Miguel. *Código Civil*. Op. cit., pp. 23-24.

[140] *Ibidem*, p. 25.

Considerações conclusivas

É opinião pacífica entre os civilistas que de todos os ramos do direito civil o direito das obrigações seja o mais estável, aquele que menos sofre com a mudança de valores na sociedade. Destarte, o direito das obrigações mantém de forma contínua a sua ligação com o seu *principium*, ou seja, a estrutura da obrigação romana.

Caio Mário da Silva Pereira nas suas *Instituções de Direito Civil* leciona que não importa onde esteja o homem, ele se encontra sempre rodeado de situações que geram imposições, deveres ou obrigações. Contudo, a palavra obrigação tem, na contemporaneidade, um sentido técnico e restrito "que se cultiva desde as origens da especialização jurídica, guardado nos tratados e conservado nas legislações". O Código ao tratar das obrigações se refere a um dever específico que não se confunde com outros deveres ainda que juridicamente exigíveis "tem em vista uma ocupação própria e específica, devendo o hermeneuta reportar-se, mais do que em outros setores, ao Direito Romano". A palavra obrigação etimologicamente deriva do latim *ob* + *ligatio*, contendo uma ideia de vínculo (I. 3, 13) e por mais que alguns se insurjam contra a ideia de vínculo contida nas fontes romanas, ainda que se queira substituir com a ideia de "relação ou situação jurídica" isso não passa de uma anfibologia, já que o *vinculum iuris* revive na própria relação obrigacional. Por mais que se deseje desfazer a estreita ligação do conceito de obrigação das fontes romanas, na realidade nenhum civilista logrará afastar a insinuação de que "em toda obrigação há um liame, um laço entre os sujeitos".[141]

Assim sendo, a obrigação permanece ancorada ao seu *principium*: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* – A obrigação é um vínculo de direito, que nos adstringe rigorosamente a pagar alguma coisa, segundo o nosso direito civil.[142]

Por fim, cumpre-nos assinalar que em 04 de setembro de 2023 se instalou no Senado Federal uma Comissão Especial para a Reforma do Código Civil, presidida pelo ministro Luís Felipe Salomão do STJ, com a finalidade de apresentar, no prazo de 180 dias, um anteprojeto de Lei de Revisão e Atualização da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). A subcomissão de obrigações, composta pelo Prof. José Fernando Simão (subrelator) e pelo Prof. Edvaldo Pereira de Brito, apresentou o seu Relatório à Comissão Especial, em 14 de dezembro de 2023. Leciona o J.F. Simão que a teoria geral das obrigações não mudou muito do Código Beviláqua para o Código de M. Reale. A doutrina civilística, em regra, considera a teoria geral das obrigações bem fundamentada, portanto, no decorrer dos anos, essa recebeu por parte da doutrina, através dos enunciados da CJF algumas sugestões de melhorias que pudessem viabilizar leituras mais consentâneas, contudo, a doutrina não detectou uma imprescindibilidade de alteração do texto da lei. Destarte o objetivo da Subcomissão de Obrigações foi cuidar daquilo que já era considerado bom; sua missão foi fazer pequeno e pontuais ajuste em artigos

[141] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Teoria das Obrigações*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 3-5

[142] CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual*. Op. cit., pp. 512-515.

em que havia uma dificuldade de interpretação ou ajustes em artigos que os enunciados da CJF melhoravam a aplicação ou pequenas sugestões com base em debates doutrinários.[143] Ou seja, a atualização do Código Civil de 2002 não comportará uma mudança na estrutura da Teoria das Obrigações delineada no Código civil de 1916 e retomada pelo Código Civil de 2002. Enfim, a disciplina concernente às obrigações, no direito brasileiro, permanece firmemente ancorada à tradição do direito romano.

[143] SIMÃO, José Fernando. Aula Aberta. A reforma do Código Civil: visão geral. GEN jurídico. YOUTUBE. 29 de janeiro de 2024. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=YdjmxCDTRZM

Referências Bibliográficas

Fontes

Digesto de Justiniano, liber 1: introdução ao direito romano. Tradução de Hélcio Maciel França Madeira. Prólogo Pierangelo Catalano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

I. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano (a doble texto, traducido al castellano del latino)*, t. III, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897.

Doutrina

ALBERTARIO, Emilio. *Corso di Diritto Romano. Le obbligazioni*. Milano: Giuffrà, 1936.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Bahia: Magalhães Edito, 1896.

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

Bevilaqua, Clovis. *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brasil. Comentado*, vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943.

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 ed., 2006.

CATALANO, Pierangelo. "Sistema jurídico latino-americano". *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69 (1982).

CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

CORREIA, Alexandre; Sciascia, Gaetano. *Manual de Direito Romano. Institutas de Gaio e de Justiniano*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1951.

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

CRETELLA JÚNIOR. *Curso de direito romano e o direito civil brasileiro no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

FALCONE, Giuseppe. *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*. Torino, Giappichelli, 2017.

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, 2006.

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

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

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Teoria das Obrigações*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

REALE, Miguel. "Exposição de Motivos do Superviso da Comissão Revisora e Elaboradora". Em *Código Civil. Exposição de Motivos e Texto Sancionado*. Senado Federal, 2005, p. 25. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319 Acesso em 10 fevereiro de 2024.

SCHIPANI, Sandro. "Diritto Romano in Cina". Disponível em *Treccani. Enciclopedia Italiana* on-line http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/ Acesso em 3 de maio de 2014.

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.

SCIASCIA, Gaetano. *Direito Romano e Direito Civil Brasileiro*. S:ao Paulo, Saraiva, 1947

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

TALAMANCA, Mario. *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1990.

VASCONCELOS, Manuel da Cunha Lopes *et al*. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano* vol. 1. São Paulo: YK Editora