

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 17 • v. 7 • n. 1 • 2022

- 07 **Carlos Pamplona Corte-Real e Daniel Santos**
A técnica da imputação e sua particular relevância no direito sucessório
- 22 **Elcio Nacur Rezende e Ricardo Fabel Braga**
O Greenwashing e a responsabilidade civil: a importância da ética empresarial como alicerce à função socioambiental das organizações
- 50 **Maria Berenice Dias**
O primado dos direitos humanos e a garantia do direito à afetividade
- 66 **Márcia Cristina dos Santos Rêgo**
Família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na pandemia
- 94 **Alberto de Moraes Papaléo Paes**
O positivismo jurídico e a influência portuguesa na formação da tradição jurídica brasileira
- 141 **Airton Amílcar Machado Momo**
Presunção de inocência: considerações sobre a diretiva 343/2016 do parlamento europeu e do conselho
- 162 **Deborah Azeredo**
Contributo para a teoria dinâmica do ónus da prova em Portugal e no Brasil
- 216 **Felipe Müller Dornelas**
Direito ao esquecimento e dignidade da pessoa humana e a crítica necessária à tese fixada no caso Aida Curi - Recurso Extraordinário 1.010.606 do Supremo Tribunal Federal

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2022
a. 17 v. 7 n. 1

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 17 • Volume 7 • Número 1 • Outubro-Dezembro 2022

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB

Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB

Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Caio Guimarães Fernandes

Camila Franco Henriques

Leonardo Castro de Bone

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Paulo Gustavo Rodrigues

Samara Machado Sucar

Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)

Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)

Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)

Francisco Rezek, Sociedade de Advogados (BRA)

Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)

Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)

Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)

Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Pedro Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Universidade de Lisboa

Gestão 2022-2023

Assembleia Geral

Leandra Souza, Presidente
Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Mylla Purcinelli, Segunda-Secretária

Direção Geral

Diretoria Executiva

André Brito, Presidente
Joice Bernardo, Secretária Executiva
Patrícia Almeida, Tesoureira

Secretarias Especiais da Presidência:

Caio Brilhante, Secretário Especial do Meio Ambiente (SEMA)
Camila Henriques, Secretária Especial de administração de Conflitos e Apoio à Diversidade (SEACAD)

Assessores da Secretaria Executiva:

Ana Paula Afonso

Diretoria Científica

Alysson Bezerra, Diretor
Jordano Paiva, Diretor
Carlos Ferreira, Adjunto
João Villaça, Adjunto
Adriana Andrade, Assessora
Camille Widerkehr, Assessora
Carolina Cruz, Assessora
Maiara Vione, Assessora
Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos

Maria Eduarda Pinheiro (interina desde 05 de julho de 2022)
Júlia Valentim, Assessora

Diretoria de Comunicação

Andressa Mota, Diretora
Letícia Bittencourt, Diretora
Anna Cruz, Assessora
Élder Neves, Assessor

Diretoria de Apoio Pedagógico

Ana Alcântara, Diretora
João Gabriel Prado, Diretor
Eric Cardozo, Adjunto
Júlia Ronconi Costa, Adjunta
Marina Miranda, Assessora

Colaboradores da Direção Geral
Samara Sucar

Conselho Fiscal

Jeferson Nicolau, Presidente
Mylla Purcinelli, Secretária
Clarisse Marsicano, Vogal

Conselho de Presidentes

Cláudio Cardona, Presidente
Leandra Souza
Elizabeth Lima

ARTIGOS CIENTÍFICOS

A TÉCNICA DA IMPUTAÇÃO E SUA PARTICULAR RELEVÂNCIA NO DIREITO SUCESSÓRIO

The inheritance, the imperative portion and disposable portion: problems of partition by the heirs

Carlos Pamplona Corte-Real*
Daniel Santos**

Resumo: O presente estudo debruça-se sobre a problemática da imputação de liberalidades em vida e por morte feitas a sucessíveis legais ou voluntários, por forma a enquadrá-las em moldes ajustados à vontade do de *cujus* e a posição jurídico-sucessória dos intervenientes na sucessão. Analisam-se problemas conexos com o respeito pela vontade do de *cujus* e com a posição dos vários tipos de sucessores. Feita uma liberalidade a um herdeiro haverá sempre que apurar se ele a recebe por conta da sua quota ou para além dela. É evidente a relevância da técnica da imputação no enquadramento de toda e qualquer liberalidade face às quotas hereditárias, indisponível e disponível.

Palavras-chave: Liberalidades; imputação; quotas hereditárias; legitimários.

Abstract: The inheritance law in Portugal establishes two different portions with distinct functions: the imperative portion for the necessary heirs and disposable portion absolutely free. The partition of inheritance must respect the will of the de *cujus*, being paid by the free portion, unless the gratuitous transfers made to the heirs for whose benefit establishes a reserve. This study is about the problem of partition of inheritance.

Keywords: Inheritance; heirs; partition; imperative portion; disposable portion.

Sumário: 1. O dogma da vontade como valor primacial do Direito das Sucessões; 2. O mecanismo da imputação no ordenamento jurídico português; 3. Modus operandi da imputação; 4. Conclusões; Referências bibliográficas.

1. O dogma da vontade como valor primacial do Direito das Sucessões

1. No Direito das Sucessões, o valor primacial subjacente à efetivação da partilha é o chamado *dogma da vontade*. O dogma da vontade traduz a preocupação

de ajustar a divisão hereditária, tanto quanto possível, à vontade do autor da sucessão. Como resulta do artigo 2187.º, do CC, o literalismo subjetivista¹ é o critério fundamental que norteia, portanto, a dita partilha.

No fundo, e face a pluralidade de liberalidades que concorrem para o cálculo da herança legitimária (cfr. artigo 2162.º, do CC), pois ao *relictum* abrangendo as deixas a título de herança ou a título de legado, se juntam as liberalidades em vida feitas pelo autor da sucessão, torna-se necessário uma operação de enquadramento das mesmas liberalidades nas quotas indisponível e disponível². Tais quotas não representam, entretanto, compartimentos estanques adentro do património hereditário, devendo o interprete utilizá-las, primária ou subsidiariamente, em ordem a conseguir a adequação particional à vontade do *de cuius*.

2. A quota indisponível corresponde à chamada legítima objetiva que engloba as legítimas subjetivas dos herdeiros legitimários, que à face do direito português, são o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, nos termos dos artigos 2157.º e ss., do CC. As liberalidades em vida e por morte, máxime, realizadas a

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito.

¹ O citado artigo 2187.º, do CC, dispõe: “1) Na interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento; 2) É admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa.”.

² PAMPLONA CORTE-REAL, *Da imputação das Liberalidades na Sucessão Legitimária*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989. Sobre o conceito de imputação no âmbito do Direito das Sucessões, remete-se para o que se disse supra a p. 54: “(...) que ele parece traduzir-se numa operação de enquadramento na quota indisponível ou disponível, para efeitos de partilha, e ou do preenchimento efectivo da quota hereditária, ou mais restritamente da quota legitimária. Gradações afinal de um mesmo conceito, e que parecem pressupor sempre a existência de uma quota (cf. o artigo 2030.º, n.º 2), que seria o suporte das imputações *pars quota* nela efectuadas.”.

legitimários têm, pois, como se disse supra, de serem enquadradas na quota indisponível e disponível de acordo com a índole que subjaz à funcionalidade das mesmas. Há mesmo quem entenda³ que a quota indisponível cercearia a faculdade de disposição *mortis causa* do autor da sucessão. Assim, se este dispusesse, v.g., de metade da herança, sustentariam os defensores desta perspetiva que a deixa deveria ser feita corresponder, existindo legitimários, a metade da quota disponível, o que não se adequa a uma leitura certa da vontade do *de cuius*.

Deve, pois, evitar-se uma visão monolítica da quota indisponível, a qual em conjugação com a quota disponível, desempenha uma função unitária, mas flexível, quanto ao critério de inserção das liberalidades realizadas. Ou seja, a quota indisponível não obsta a que uma deixa ou uma liberalidade em vida possa “sair”, em termos imputacionais, quer da quota indisponível quer da quota disponível consoante a situação em concreto.

3. É controversa, inclusive, a índole da quota legitimária, pois no seu cálculo entram realidades heterogêneas, nomeadamente liberalidades *mortis causa* e liberalidades *inter vivos*, como resulta do já citado artigo 2162.º, do CC. O *relictum* terá, pois, de ser somado ao *donatum*, abatendo-se o passivo, para se encontrar o valor dessa mesma quota⁴. Sem dúvida, porém, que quando se fala em

³ Sobre esta perspetiva, vd. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Teoria Geral do Fenómeno Sucessório*, Lisboa, Sociedade Astória, 1944; R. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. 2, Coimbra, 2012.

⁴ Sobre o cálculo da legítima vd. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Quid Juris, 2012, p. 290 e ss. Sobre a posição quanto ao cálculo da legítima destacam-se as seguintes palavras: “Para um outro ponto de vista, que se funda na elementar regra de hermenêutica jurídica – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* -, a verdade é que o art.º 2162.º, estatuindo a soma do *relictum* com o *donatum*, alargando o âmbito da herança para proteção do sucessível legitimário, sempre importará para este, ainda que por força de uma ficção legal, a ampliação do respectivo quinhão

quota legitimária não se está perante uma quota hereditária verdadeiramente, tal a amplitude dos bens que a podem integrar, máxime o *donatum*. Há quem veja, por isso, na legítima uma *pars bonorum* e não uma *pars hereditatis*, precisamente pelo seu preenchimento por bens não hereditários (*donatum*), para não falar já na possibilidade da legítima ser paga em dinheiro⁵.

4. Conexo com a ideia de quota indisponível está o conceito de inoficiosidade: “Dizem-se inoficiosas as liberalidades, entre vivos ou por morte, que ofendam a legítima dos herdeiros legitimários” (artigo 2168.º, n.º 1, do CC). Portanto, a situação da inoficiosidade é encontrável exatamente após uma operação de imputação das liberalidades feitas em vida e por morte pelo *de cuius*. Surge, obviamente, a problemática da *imputação*, particularmente relevante já que a inoficiosidade é uma situação *excepcional* geradora da ineficácia de tais liberalidades.

Porém, a inoficiosidade será necessariamente uma operação delicada na sua aferição, devendo procurar-se tanto quanto possível que a herança responda por todas as disposições feitas. Só em última instância se deve permitir que ocorra uma situação de inoficiosidade, tendo, por isso, a referida imputação uma tarefa primordial na consecução de uma partilha ajustada à vontade do *de cuius*.

hereditário, e da sua legítima subjetiva. Seria, pois, algo incoerente que, se o *donatum* pode aumentar o quinhão hereditário, não devesse ser, inerentemente, tangido pelo passivo da herança.”

⁵ Sobre a natureza jurídica da legítima vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Sucessões*, Almedina, 2021, p. 333 e ss.; RAMÓN ROCA SASTRE, *Estudios Sobre Sucesiones*, Tomo 2, Instituto de España, 1981, p. 38 e ss.; MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, La naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 38, n.º 4, 1985, p. 849-908 e La naturaleza de la legítima, nota final, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, n.º 2, 1986, pp. 571-580; JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, n.º 1, 1986, pp. 3-68 e Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, n.º 3, 1986, p. 853-869.

Suponha-se que o autor da sucessão, tendo como legitimários dois filhos, deixa um *relictum* na ordem dos 1100, abrangendo um legado feito a um dos filhos na ordem de 200, para além de ter feito uma doação a um terceiro na ordem dos 400. O passivo da herança corresponde a 300. A herança vale, portanto, 1200 (1100+400-300). A quota disponível (400) é ultrapassada pelo valor das liberalidades, tendo em vista a imputação das mesmas (doação a terceiro e legado ao filho), via de regra, na quota disponível. Sendo certo que o valor das liberalidades excede o valor da quota disponível, a verdade é que não se está perante uma situação de inoficiosidade, porque o legado feito ao descendente poderá ser imputado subsidiariamente na legítima subjetiva do filho, “salvando-se” o conjunto de liberalidades feitas pelo *de cuius*, objetivo primordial de qualquer partilha sucessória.

2. O mecanismo da imputação no ordenamento jurídico português

5. Prossiga-se este estudo com a análise da temática da imputação. O Código Civil português refere-se á imputação no artigo 2108.º, n.º 1, no artigo 2114.º, no artigo 2165.º, n.º 4 e no artigo 2168.º n.º 2 (onde está latente uma situação de imputação fictícia).

Cumpr, então, aprofundar a aplicabilidade do instituto da imputação. Começando pela explicitação do artigo 2108.º, n.º 1, do CC. Dir-se-á que a colação recorre ao mecanismo da imputação com o objetivo de proceder à igualação possível entre descendentes, legitimários prioritários, face a uma liberalidade em vida feita a um deles. O artigo 2108.º, n.º 1, do CC estatui mesmo que a colação se faz “pela imputação do valor da doação ou da importância na quota hereditária, ou pela restituição dos próprios bens doados...”, acrescentando o n.º 2 que “se não

houver na herança bens suficientes para igualar todos os herdeiros, nem por isso são reduzidas as doações, salvo se houver inoficiosidade”.

A colação é um instituto que se aplica, como se disse, a descendentes legitimários prioritários, ou aos seus representantes legais, sendo controverso, nomeadamente, a situação do cônjuge que concorra com descendentes e tenha percebido uma doação em vida⁶. Há quem entenda que o cônjuge também estaria sujeito à colação face à paridade de situações jurídico-sucessórias relativamente aos descendentes, falando, inclusive, Oliveira Ascensão na existência de uma lacuna legal⁷. A verdade é que a colação não é sinónimo de imputação, já que à prévia imputação se deve proceder depois a uma igualação virtual, na medida da viabilidade dessa igualação adentro da quota disponível. Não pretende o instituto da colação uma igualação radical⁸, embora o possa ser e deva, se possível.

6. Uma palavra relativa ao artigo 2114.º, do CC. O número um do citado preceito determina que “não havendo lugar à colação, a doação é imputada na quota disponível”. Já o número dois estabelece que “se, porém, não houver lugar à

⁶ Sobre a não sujeição do cônjuge à colação e a sua posição igualitária com os descendentes não donatários no âmbito da partilha, vd. CARLOS PAMPLONA CORTE REAL, *Curso de Direito das Sucessões...*, p. 309 e ss.

⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra, 2000, p. 532. O autor fundamenta a existência de uma lacuna legal no texto do art.º 2104.º do CC a ser suprida com a sujeição do cônjuge à colação, e afirma que: “é chocante que o cônjuge concorra com os descendentes e estes estejam sujeitos à colação e o cônjuge não. Para além de uma posição já tão injustamente beneficiada, dar-se-lhe-ia ainda a vantagem de não entrar em conta com liberalidades em vida (...)”.

⁸ Quanto à colação absoluta, de que fala um setor doutrinal, máxime a escola de Coimbra, ela opera não tanto por força do instituto da colação, mas por força da vontade do autor da sucessão. Sobre este tema vd. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões...*, p. 311 e ss.; Em sentido contrário, F. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas, Coimbra, 1992, p. 293 e ss.; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Quid Juris, 2012, p. 413 e ss.

colação pelo facto de o donatário repudiar a herança sem ter descendentes que o representem, a doação é imputada na quota indisponível”.

Do artigo 2113, n.º 1, do CC resulta que pode não haver lugar à colação por esta ter sido dispensada pelo doador no ato da doação ou posteriormente, sendo que nesse caso não haverá tentativa de igualação.

Não havendo, porém, lugar à colação pelo fato do donatário repudiar a herança (artigo 2114, n.º 2, do CC), e apesar de este ser alheio a sucessão, a doação é imputada na *legítima ficta* para não prejudicar eventuais beneficiários terceiros, por força do virtual ou relativo esvaziamento da quota disponível.

Como se vê, mais um recurso à imputação como via de consecução de um resultado respeitador das disposições feitas por conta da quota disponível, e, desse modo, da própria vontade do autor da sucessão. Sempre, pois, o objetivo, tanto quanto possível, levar em linha de conta a vontade do causante.

7. Outra disposição legal que se refere à imputação é, como se disse, o artigo 2165, n.º 4, do CC, a propósito do legado em substituição da legítima. O legado em substituição da legítima é uma deixa de um bem determinado feito ao legitimário, concedendo-se-lhe a alternativa de aceitar o legado perdendo o direito à legítima, ou, querendo, manter o direito à legítima. É no fundo uma alternativa colocada ao legitimário que, se aceitar, perderá a diferença de valor entre o legado e a quota legitimária, acrescendo tal valor aos co-herdeiros legitimários. Se o valor do legado atribuído ao legitimário for superior à legítima, ele será imputado, como resulta do artigo 2165, n.º 4, do CC, na quota disponível.

Esta imputação e este crescer para os herdeiros legítimos, com a correspondente imputação na quota disponível do eventual excesso do legado, mais uma vez, procura ajustar-se à vontade do autor da sucessão.

A eventual perda do direito à legítima face à aceitação do legado não corresponde a um repúdio, mas a uma faculdade a exercer em alternativa pelo legítimo, que mantém essa sua qualidade⁹.

8. A técnica de imputação desempenha, pois, uma função de ajuste da partilha a intrínseca vontade do testador, na sua globalidade. Ou seja, a imputação visa a efetivação de uma partilha que esteja tão perto da concretização da vontade do autor da sucessão, no conjunto de todas as liberalidades feitas, em toda a sua

⁹ JORGE DUARTE PINHEIRO, *Legado em Substituição da Legítima*, Cosmos, 1996, pp. 293-294. O autor apresenta, no seu estudo sobre o instituto do Legado em Substituição da Legítima, nomeadamente no ponto sobre a qualificação do herdeiro que aceita o legado em vez do seu direito à legítima, as seguintes conclusões: “O legatário em substituição não é um herdeiro legítimo. Ele não chega a adquirir a legítima. Verificada a aceitação do legado, o sucessível é tido como nunca chamado à sucessão legítima (os efeitos da aceitação retrotraem-se ao momento da morte do *de cuius*). Pelo mesmo motivo e ainda porque a legítima é uma *pars hereditatis* e porque o legado em substituição não é intangível (...), o sucessível que aceita o legado em substituição da legítima também não é um legatário legítimo. Sendo assim, o legatário em substituição não beneficia da proteção própria do sucessor legítimo (não pode, por exemplo, recorrer à ação de redução) nem está sujeito à colação.”. Conclui, ainda, o autor que: “Embora o legado em substituição não apresente natureza legítima, a função desempenhada pelo mesmo (ocupa o lugar da legítima) e a proteção da liberdade de testar impõem a sua imputação prioritária na quota indisponível. Em última análise, acaba por ser reconhecida ao legatário em substituição a titularidade de uma “legítima fictícia”, de montante igual ao da legítima que lhe caberia se aceitasse a herança, dentro dos limites da qual ele está a salvo de uma ação de redução. A existência dessa “legítima fictícia” e o princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos justificam que se proceda à imputação das doações em vida feitas ao legatário como se ele fosse um herdeiro legítimo. E porque a aceitação do legado em substituição corresponde a um “não poder ou não querer aceitar a herança legítima”, não ficando a “legítima fictícia” do legatário inteiramente preenchida, o que restar amplia a quota disponível ou reverte para um beneficiário de vocação indireta (crescer ou direito de representação) no âmbito da sucessão legítima.”. Tese com uma viabilidade difícil...

extensão jurídico-sucessória. É esta realidade também tem a ver com o dogma da vontade, valor primordial em termos jus-sucessórios, e que deve inspirar todo o mapa da partilha.

E que assim é pode verificar-se numa outra situação, contemplada na Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto¹⁰, em que face a um pacto renunciativo recíproco entre cônjuges, feito na convenção antenupcial e conexo obrigatoriamente com um regime de separação de bens, irão ocorrer consequências significativas quanto ao processamento da técnica da imputação.

O artigo 2168.º, n.º 2, do CC, perante a renúncia conjugal recíproca à condição de herdeiro legítimo, aplica para a hipótese de liberalidades ulteriores a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado a herança, nos termos da alínea c), n.º 1, do artigo 1700.º, do CC, uma técnica de imputação – que a lei nem sequer designa como tal – e que se traduz em fazer imputar tais liberalidades feitas ao cônjuge renunciante numa ficcionada quota legítima deste, com o valor que teria caso a renúncia não existisse. Tudo no intuito de apurar se essas liberalidades, ulteriores ao casamento e ao pacto renunciativo feito na convenção antenupcial, seriam ou não inoficiosas por excederem o valor da dita *legítima ficta*.

Poderia pensar-se que o cônjuge renunciante deveria ser tido apenas como um terceiro na herança, pelo que as liberalidades feitas após a renúncia seriam imputáveis na quota disponível. Mas como assim, se as liberalidades excedentes da

¹⁰ Numa nota analítica aos textos que estão na base da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, vd. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 231 e ss.; ainda sobre o regime legal do pacto renunciativo introduzido pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, vd. DANIEL SILVA MORAIS, A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre gerações, *Revista de Direito Comercial*, 2018, p. 1087 e ss.

quota ficta seriam por lei inoficiosas (cfr. artigo 2168.º n.º 2, do CC), e, por isso, insuscetíveis de uma imputação também na quota disponível^{11, 12?}

3. *Modus operandi* da imputação

9. Para uma análise mais concreta e pragmática da problemática da imputação, apresenta-se seguidamente o exemplo de duas situações distintas no que concerne a técnica de imputação, sempre atenta aos desígnios da vontade do autor da sucessão.

a) Na primeira situação, admita-se que António faz uma doação em vida ao cônjuge Beatriz no valor de 150 e uma outra doação ao seu filho Carlos no valor 250. Deixou como *relictum* o montante de 300, tendo feito testamento onde deixava o legado do imóvel y a Eduardo, no valor de 200. Sucederam a António, além do cônjuge e do legatário, seus dois filhos, Carlos e Daniel. Para efeitos de partilha, temos de apurar o valor da herança, que nos termos do artigo 2162.º, do CC será de

¹¹. Sobre a imputação das liberalidades feitas ao cônjuge e o regime de imputação previsto no artigo 2168.º, n.º 2, do CC, vd. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Sucessões...*, p. 330, que afirma que: “Parece assim claro que as doações aos cônjuges são imputadas na quota disponível. Há, no entanto, que considerar a situação especial prevista no art.º 2168º, n.º 2, (...). Neste caso, não existe quota indisponível do cônjuge, pelo que não há que considerar qualquer imputação na mesma, continuando a imputação das doações ao cônjuge a fazer-se na quota disponível. Esta, no entanto, é neste caso aumentada em ordem a abranger igualmente a parte correspondente à legítima do cônjuge, caso a renúncia não existisse, assim limitando a possibilidade de redução dessas doações por inoficiosidade”. Esta perspetiva faz tábua rasa, crê-se, do teor do artigo 2168.º, n.º 2, do CC, quando estatui que não são inoficiosas – apenas -, as liberalidades a favor do cônjuge sobrevivente que tenha renunciado à herança (...) até à parte da herança correspondente à legítima do cônjuge, caso a renúncia não existisse.

¹² Os autores suscitaram-se entre si a questão de definir a situação de uma ou mais liberalidades, feitas aos cônjuges renunciantes, que excedam a legítima fictícia. Entender que elas poderiam relevar se houver imputação viável na quota disponível, é no mínimo controverso, porque deixaria o cônjuge renunciante numa posição de um terceiro sucessível normal.

900 (R+D-P). Ter-se-á de proceder doravante à imputação e operações afins tendentes a prossecução da partilha.

Em relação à doação feita ao cônjuge, ela deve ser imputada na quota indisponível porque se as liberalidades em vida fossem imputadas na quota disponível, uma vez que o cônjuge não está sujeito a colação (cfr. artigo 2105.º, do CC), o autor da sucessão cercearia sua faculdade de disposição por morte. Deve, por isso, proceder-se a uma imputação *ex se*¹³ (ou seja, doação imputada na legítima subjetiva) assegurando-se margem dispositiva ao *de cuius*. No caso acima, evita-se, inclusive, uma redução por inoficiosidade do legado (cfr. artigo 2172.º, do CC), em conformidade com o pretendido pelo autor da sucessão.

A doação feita ao filho Carlos está sujeita à virtual colação, nos termos do artigo 2104.º e ss., do CC, cálculo que aqui sugere alguma perplexidade porque entre os descendentes a igualação é parcialmente viável, e o cônjuge, apesar de não estar sujeito à colação, não pode receber menos na herança do que o que recebe qualquer um dos filhos não donatário¹⁴. Assim, acaba por haver uma igualação, a

¹³ PAULA BARBOSA, *Doações entre Cônjuges*, Coimbra, 2008, p. 250. A autora apresenta um conceito de imputação *ex se* nos seguintes termos: “A imputação *ex se* consiste (quando ocorra) na determinação de imputação na legítima subjetiva do herdeiro legitimário de determinadas liberalidades feitas a seu favor, determinação essa que pode ocorrer por via legal ou por via da vontade do autor da sucessão, assentando tal lógica de imputação no facto de se considerar que tais liberalidades serão uma forma automática de preenchimento da legítima.”

¹⁴ No mesmo sentido, JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, GestLegal, 2022, p. 303 e ss. Contra, F. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões...*, p. 293. O autor não sujeita o cônjuge à colação nem à “imputação” das liberalidades na quota indisponível. Defende, contudo, que o cônjuge beneficia da igualação entre os descendentes. De igual modo, CRISTINA PIMENTA COELHO, *A imputação de Liberalidades feitas ao Cônjuge do autor da Sucessão, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 4, Almedina, 2003, p. 560 e ss. Em sentido contrário à tese de F. Pereira Coelho quanto ao cônjuge beneficiar da igualação entre os descendentes, afirma Rita Lobo Xavier que: “As liberalidades feitas ao cônjuge não estão sujeitas à colação, nem este deve beneficiar da conferência feita pelos descendentes, apenas tendo direito eventualmente ao seu quinhão

meramente possível, recebendo o cônjuge 150 da doação mais 50 de complemento da sua legítima e 25 da sua posição paritária relativamente ao filho não donatário. No que respeita ao filho Carlos, receberá a sua doação e nada mais recebendo porque o valor da liberalidade é suficiente para a operação colatícia, não tangendo as legítimas por haver um espaço (100), ainda que diminuto, na quota disponível.

Constata-se, pois, que a imputação *ex se* da liberalidade feita ao cônjuge permite uma colação potencial não radicalmente igualitária, sustentada pelo artigo 2108.º, n.º 2, do CC.

b) Enuncia-se seguidamente um exemplo de uma situação de operacionalidade da chamada *imputação subsidiária*¹⁵. Esta operação consiste na imputação das liberalidades em vida ou por morte na porção disponível, e se esta não for suficiente fazer-se uma imputação subsidiária na legítima subjetiva do legitimário beneficiário, a fim de se evitar uma eventual inoficiosidade.

Vejamos: Uma deixa testamentária a título de legado, no valor de 350, feita ao filho bento e um legado em substituição da legítima para o filho Carlos no valor de 200 (que este aceitou). Uma doação no valor de 100 feita a um terceiro Xavier. O *relictum* abrangendo os legados ascendia a 800. A quota disponível corresponde ao valor de 300, sendo lá imputável tendencialmente o legado feito ao filho bento e a doação.

da quota disponível, a título de sucessão legítima” (RITA LOBO XAVIER, *Manual de Direito das Sucessões*, Almedina, 2022, p. 243).

¹⁵ PAULA BARBOSA, *Doações entre Cônjuges...*, p. 260. A autora recorta a noção de imputação subsidiária da seguinte forma: “A imputação subsidiária consiste na imputação na quota indisponível de uma liberalidade feita a legitimário que seria inicialmente imputável na quota disponível, mas que aí não cabe, evitando-se, por esta via, um problema de inoficiosidade e consequente redução.”.

Aparentemente estar-se-ia perante uma situação de inoficiosidade, prevista no artigo 2168.º, do CC, mas que pode ser obviada pelo mecanismo da *imputação subsidiária* do legado feito ao filho bento na sua legítima subjetiva, no valor de 150. Respeitando-se, assim, o montante das liberalidades efetuadas e, inclusive, o legado em substituição da legítima. O filho Carlos, portanto, receberá o legado no valor 200, perdendo 100 para outro legitimário, por via do direito de acrescer. Bento receberá um total de 600, 200 de imputação na quota disponível de uma parte do legado, 150 de *imputação subsidiária* na legítima subjetiva, 150 a título de legítima subjetiva e 100 do direito de acrescer sobre o outro legitimário.

4. Conclusões

10. Do exposto pode retirar-se a seguinte conclusão: a imputação é uma operação flexível, tal como instrumentalizáveis são as quotas hereditárias (indisponível e disponível). A partilha deve jogar como essa realidade em termos que se adequam, tanto quanto possível, à vontade do autor da sucessão, acabando de vez com a perspetiva por muitos sustentada da estanquicidade das referidas quotas hereditárias. Só assim a pretensão de uma partilha harmónica com a vontade do *de cuius* poderá ser possível, na base do tendencial aproveitamento do conjunto de liberalidades, em vida e por morte, por ele feitas.

Tudo o que seja pensar a partilha com rigidez obsta naturalmente à consecução desse propósito. Esse é realmente o objetivo fundamental do Direito das Sucessões: o respeito pela vontade, dita ou entrevista, do autor da sucessão. Uma coisa é certa: ele terá pretendido que todas as liberalidades, na medida do possível, fossem salvaguardadas. Esse é o lema que inspira a flexibilidade da técnica da imputação.

Uma última conclusão para pôr em evidência que a imputação, com os propósitos que foram referenciados, pode surgir com caráter fictício, como se viu. Ou seja, ante uma situação de repúdio ou de renúncia hereditária, a lei cria um subterfúgio de uma aparente quota legítimária para evitar que possam ser atingidos os beneficiários terceiros que o autor da sucessão possa querer contemplar ulteriormente.

A verdade é que o artigo 1707º-A, n.º 1, do CC torna evidente a difícil percepção da finalidade do regime legal criado em torno do cônjuge renunciante.

Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Civil: Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra, 2000.
- BARBOSA, Paula, *Doações entre Cônjuges*, Coimbra, 2008, p. 250.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel Peña, La naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 38, n.º 4, 1985, p. 849-908.
- _____, La naturaleza de la legítima, nota final, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, n.º 2, 1986, pp. 571-580.
- COELHO, Cristina Pimenta, A imputação de Liberalidades feitas ao Cônjuge do autor da Sucessão, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. 4, Almedina, 2003.
- COELHO, F. Pereira, *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas, Coimbra, 1992.
- CORTE-REAL, Pamplona, *Da imputação das Liberalidades na Sucessão Legítimária*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1989.
- _____, Curso de Direito das Sucessões, Quid Juris, 2012.
- FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, Quid Juris, 2012.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Sucessões*, Almedina, 2021.
- MORAIS, Daniel Silva, A relevância dos pactos sucessórios renunciativos na transmissão do património entre gerações, *Revista de Direito Comercial*, 2018.
- PEREIRA, Margarida Silva, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2020.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *Legado em Substituição da Legítima*, Cosmos, 1996.
- _____, O Direito das Sucessões Contemporâneo, GestLegal, 2022.
- ROCA SASTRE, Ramón, *Estudios Sobre Sucesiones*, Tomo 2, Instituto de España, 1981.
- SOUSA, R. Rabindranath Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. 2, Coimbra, 2012

TELLES, Inocêncio Galvão, *Teoria Geral do Fenómeno Sucessório*, Lisboa, Sociedade Astória, 1944.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, n.º 1, 1986, pp. 3-68.

_____, Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 39, n.º 3, 1986, p. 853-869.

XAVIER, Rita Lobo, *Manual de Direito das Sucessões*, Almedina, 2022.

O GREENWASHING E A RESPONSABILIDADE CIVIL: A IMPORTÂNCIA DA ÉTICA EMPRESARIAL COMO ALICERCE À FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DAS ORGANIZAÇÕES

Greenwashing and civil responsibility: the importance of corporate ethics as a foundation for the socio-environmental function of organizations.

Elcio Nacur Rezende*
Ricardo Fabel Braga**

Resumo: A busca pela equidade intergeracional trouxe à tona os conceitos de sustentabilidade e a necessidade do equilíbrio entre os pilares econômico, social e ambiental. Nesse contexto, a concretização das práticas e requisitos ESG (*Environmental, Social and Governance*) depende de atuação das organizações de forma a cumprir e adequar as atividades com ética e *Compliance* garantindo o desenvolvimento sustentável. O objetivo deste artigo é trazer o problema denominado *Greenwashing* face à responsabilidade civil das organizações. A mencionada lavagem ou maquiagem verde deve ser evidenciada e refutada como prática indesejável e nesse sentido a ética empresarial torna-se a aliada. A hipótese de que muitas empresas vêm utilizando o tema como uma visão rasa focada apenas nos objetivos de marketing é verificada e a responsabilidade civil analisada nesse contexto. O trabalho possui um delineamento qualitativo, através de pesquisa exploratória e descritiva, fazendo uso do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Compliance. ESG. Ética. Greenwashing. Responsabilidade Civil. Sustentabilidade.

* Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e Faculdade Milton Campos. E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br; <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>; <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>.

** Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Dom Helder Escola de Direito, Pós-Graduações em Administração Financeira e Desenvolvimento Gerencial, ambas pela Fundação Dom Cabral, Engenheiro Eletricista pela PUC-MG. E-mail: ricardo.fabel@hotmail.com; <http://lattes.cnpq.br/9244302404575197>; <https://orcid.org/0000-0001-9169-309>.

Pós-doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara e Faculdade Milton Campos. E-mail: elcionrezende@yahoo.com.br; <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>; <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>.

Abstract: The search for intergenerational equity brought to light the concepts of sustainability and the need for a balance between the economic, social and environmental pillars. In this context, the implementation of ESG (Environmental, Social and Governance) practices and requirements depends on the performance of organizations in order to comply with and adapt activities with ethics and Compliance, ensuring sustainable development. The aim of this article is to bring up the problem called Greenwashing in the face of civil liability of organizations. The aforementioned Greenwashing must be highlighted and refuted as an undesirable practice and in this sense business ethics becomes the ally. The hypothesis that many companies have been using the theme as a shallow view focused only on marketing objectives is verified and civil liability analyzed in this context. The work has a qualitative design, through exploratory and descriptive research, using the hypothetical-deductive method.

Keywords: Compliance. ESG. Ethic. Greenwashing. Civil Responsibility. Sustainability.

Sumário: 1. Introdução. 2. A ética empresarial entre o esg e o Greenwashing. 3. O Greenwashing em face a responsabilidade civil. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

As questões que envolvem a equidade intergeracional, onde o desenvolvimento sustentável deve atender às necessidades da geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras, vem ganhando impulso desde a década de 1980 quando a ONU trouxe à tona debates dos riscos e problemas ambientais. O denominado relatório *Brundtland*, que carrega o nome da primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, que chefiou a comissão mundial sobre o meio ambiente, foi o indutor para os debates e preocupações acerca do tema. Os problemas ambientais são antigos e começaram a tomar vulto a partir da revolução industrial com impulso no século XIX com a utilização das linhas de produção nas indústrias.

Nos últimos anos os efeitos climáticos provenientes do excesso de poluição e degradação ambiental, com emissões de gás carbônico e consequente aumento gradativo da temperatura do planeta, tem despertado preocupações na sociedade e nas organizações. Pode-se considerar que desde a revolução industrial a temperatura do planeta subiu em média 1,1 graus Celsius. A tendência é que essa temperatura continue a subir e provavelmente ultrapasse os 1,5 graus Celsius, mesmo considerando as ações de redução que vem sendo tomadas globalmente e de forma gradativa nos últimos anos. É sabido que um aumento na faixa de alcance de 2 graus Celsius de aquecimento gerará os chamados pontos de inflexão¹⁶, com alterações catastróficas no ecossistema que afetarão em sobremaneira as condições do planeta.

Assim, as práticas adotadas pelas organizações vêm mudando gradualmente, haja vista a necessidade de ações emergenciais devido a criticidade do problema. Os pilares ambiental, social e econômico, tendo como sustentáculo a governança, precisam ter um equilíbrio de forma a permitir o desenvolvimento econômico sem afetar as pessoas e o meio ambiente. Os consumidores vêm aprendendo a valorizar produtos e ações ecológicas que possuem menor impacto ambiental, ou em outras palavras ecologicamente corretos.

Nessa toada, muitas organizações ao redor do mundo, vem desenvolvendo produtos denominados verdes e ações para redução das emissões de carbono.

¹⁶ Cf. ECODEBATE. Aquecimento global, pontos de inflexão climática e o efeito dominó. Seguindo as tendências das últimas décadas, a Terra caminha para um “ponto de inflexão global” que pode ser o início de um efeito dominó – capaz de gerar uma série de acontecimentos em cascata – que representa um perigo existencial à civilização e uma ameaça à sobrevivência da vida humana e da vida não humana.

Entretanto, de forma antagônica, outras organizações adotam estratégias de marketing global para vender a imagem falsa de produtos rotulados verdes. Várias empresas realizam propositalmente o que se chama *Greenwashing*, ou seja, expressões similares a marketing verde ou lavagem verde, com interesse exclusivo na lucratividade e no sucesso comercial proveniente da exploração dos consumidores por propaganda enganosa. Essas organizações utilizam o pretexto de utilização de produtos que são considerados ecologicamente inovadores, atendendo aos requisitos do desenvolvimento sustentável, mas na realidade não possuem esse viés ecológico.

Esta pesquisa tem como objetivo geral discutir o tema ESG (*Environmental, Social and Governance*) na ótica do *Greenwashing*, definindo as características face a análise de fatos, à luz da responsabilidade civil e do código do consumidor, tendo o *Compliance* e a ética empresarial como fatores preponderantes para a atuação socioambiental das organizações.

Em termos de objetivos específicos, o trabalho visa analisar a origem e conceitos do ESG, identificar os requisitos que uma empresa precisa praticar, examinar a legislação vigente em face ao *Greenwashing*, investigar práticas indevidas nas organizações e, em contrapartida boas práticas. Por fim, inspirar as organizações e a sociedade em geral para a adoção de práticas agregadoras de valor, tendo como base os parâmetros e fundamentos do ESG, de forma a evitar a hipótese de “lavagem ou maquiagem” verde.

O artigo se justifica na medida em que é relevante a busca de alternativas e soluções tecnológicas e inovadoras para práticas corretas do ESG na trilha da equidade intergeracional, tendo a responsabilidade civil e o comportamento da

sociedade e dos atores envolvidos nos diversos ramos de atividades como fatores mitigatórios e decisivos para o futuro do planeta.

Relativamente à abordagem do problema, essa pesquisa será qualitativa, através de amostras de estudos de casos. Quanto aos objetivos, a pesquisa será exploratória e descritiva, uma vez que serão analisadas as particularidades e requisitos. O método será o hipotético-dedutivo, haja vista que será testada a hipótese da prática do *Greenwashing* sem medidas e ações comportamentais positivas e a necessidade de responsabilização das organizações, diretores ou até mesmo do conselho da administração.

2. A ÉTICA EMPRESARIAL ENTRE O ESG E O GREENWASHING

Os requisitos ambientais tiveram ênfase nas últimas décadas e consequentemente inseriram as organizações como fator preponderante para atender às práticas ambientais com foco na sustentabilidade. Nesse cenário, é importante entender as novas perspectivas do pilar econômico no mercado mundial. A influência das questões ambientais e sociais nas atitudes e comportamentos dos consumidores torna-se fator crucial para a sobrevivência das empresas em termos de reputação e lucratividade. Outrossim, as novas gerações denominadas *Millennials*¹⁷ e *Z*¹⁸, precisam ser inseridas nesse contexto, haja vista que os jovens tendem a escolher o local de trabalho em função dos valores e práticas das

¹⁷ Cf. meusucesso.com. Millennials: afinal de contas quem eles são? Millennials é nome da geração que tem entre seus 'componentes' pessoas que nasceram entre os anos de 1980 e 1995, e também são conhecidos como a Geração Y, ou seja, são aqueles que vieram ao mundo na época da virada do milênio, aí essa denominação faz bastante sentido.

¹⁸ Cf. meusucesso.com. Millennials: afinal de contas quem eles são? Nascimento entre 1998 e 2009 – trata-se da primeira geração 100% digital. Nascidos em uma era política e financeira turbulenta, é a geração que abraça a diversidade absorvida na internet e lidera a mudança ao agir no mundo por meio de ações práticas.

organizações. Tachizawa coloca as seguintes indagações as quais precisam ser respondidas:

No contexto do século XXI, como será a economia? Quais serão as novas regras do comércio internacional? O que acontecerá com os negócios com a maior conscientização do consumidor quanto a as questões ambientais e de responsabilidade social? Um novo mercado verde, de produtos social e ecologicamente corretos, quais serão as regras de relacionamento entre a organização e suas empresas fornecedoras e clientes? E o contexto interno das organizações quais serão os reflexos de tais mudanças no âmbito das estratégias empresariais e de gestão de negócios?¹⁹

Para responder as questões do tema, torna-se necessário entender o ESG e o *Greenwashing*. A sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*) é utilizada para mensurar as práticas ambientais, sociais e de governança de uma organização. Dessa maneira pode-se identificar como uma organização está desenvolvendo suas atividades empresariais com vistas ao desenvolvimento econômico, mas em contrapartida mitigando os impactos ambientais e sociais de forma concreta. Os indicadores de ESG adicionam-se aos indicadores financeiros para demonstram a capacidade perante a sociedade e aos investidores.

Conforme UDOP, “a sigla ESG surgiu pela primeira vez em um relatório de 2005 intitulado "Who Cares Wins" ("Ganha quem se importa", em tradução livre), resultado de uma iniciativa liderada pela Organização das Nações Unidas.”²⁰

¹⁹ Takeshy Tachizawa. *Gestão Ambiental e Responsabilidade Social Corporativa: Os paradigmas do novo contexto empresarial*. -9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

²⁰ UDOP. União Nacional de Bioenergia, Disponível em: <https://www.udop.com.br/noticia/2021/09/01/o-que-a-sigla-esg-quer-dizer-sobre-uma-empresay.html#:~:text=A%20sigla%20ESG%20surgiu%20pela,pela%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas>. Acesso em: 10 out.2021

A proposta era obter o apoio de 20 instituições financeiras de 9 países diferentes. A reunião teve o objetivo de desenvolver diretrizes e recomendações sobre como incluir questões ambientais, sociais e de governança na gestão de ativos, serviços de corretagem de títulos e pesquisas relacionadas ao tema. Nota-se que apesar da sigla ESG ou mesmo em português ASG ter sido criada em 2005, o tema sustentabilidade já vem ganhando força desde 1987 com o conceito do tripé (*Triple Bottom Line*), que foi formulado pelo sociólogo e consultor britânico John Elkington, criando um novo esquema conceitual para medir a sustentabilidade dos negócios, que passou a incluir fatores ambientais e dimensões sociais, e não mais apenas o lucro e o retorno sobre o investimento. No início da década de 1980, a ONU retomou o debate das questões ambientais. com a redação do documento denominado “Nosso Futuro Comum”, também conhecido como Relatório *Brundtland*.

Essa questão de impulsionar as empresas no tocante às questões ambientais e sociais já vem de um bom tempo, onde a expectativa é de uma concentração nos impactos positivos tanto para acionistas quanto para o meio ambiente e a sociedade em geral. Essa mensagem de utilizar o meio ambiente para satisfazer as gerações presentes sem afetar as gerações futuras, ou seja, a equidade intergeracional já é antiga e muito debatida. Sabe-se que as demandas por *commodities*²¹ tende a

²¹ Cf. Toro, Blog. Commodities são produtos que funcionam como matéria-prima. Eles, geralmente, são produzidos em larga escala e podem ser estocados sem perder a qualidade. Dessa forma, o mercado de commodities tem seus preços definidos pela oferta e procura desses materiais primários. A palavra commodity significa mercadoria, em tradução livre do inglês. Originalmente, o termo commodities era usado para quaisquer tipos de mercadorias. Ao longo do tempo, essa designação passou por algumas mudanças. As commodities são divididas em categorias: Agrícolas; Ambientais; Minerais; Financeiras. As principais commodities brasileiras são: Petróleo; Café; Boi Gordo; Suco de Laranja; Minério de Ferro; Soja e Alumínio.

aumentar a cada ano, com o desenvolvimento econômico e o aumento da população do planeta. Assim é preciso de ações mais robustas na busca de alternativas que sejam benéficas para as organizações e também para o meio ambiente e a sociedade global.

A ANBIMA, traz uma lista de algumas questões que podem ser consideradas em cada fator ESG. No aspecto ambiental destacam-se o uso de recursos naturais, a emissão de carbono, eficiência energética, a poluição e tecnologia limpa. Na perspectiva social as políticas e relações de trabalho política de inclusão e diversidade, treinamento e capacitação de funcionários, o respeito aos direitos humanos e a manutenção da privacidade e segurança de dados, além de desenvolver as comunidades onde atuam. Já no pilar governança são fatores relevantes a independência do conselho, a diversidade na composição do conselho de administração e aspectos de remuneração do conselho, ética e transparência.²²

Em 2020 Laurence D. Fink (Fundador, Chairman e CEO da BlackRock), emitiu uma carta endereçada aos CEOs das empresas alertando acerca de uma mudança estrutural nas finanças, trazendo temas como risco climático, transparência aos acionistas, com um capitalismo responsável e transparente:

À medida que nos aproximamos de um período de realocação de capital significativo, as empresas têm a responsabilidade – e um imperativo econômico – de dar aos acionistas uma imagem clara do seu grau de preparação. E no futuro, uma maior transparência nas questões de sustentabilidade será um componente persistentemente importante da capacidade de cada empresa para atrair capital. Ela ajudará os investidores

²² ANBIMA- Guia ASG: Incorporação dos aspectos ASG nas análises de investimento. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/1A/50/EE/31/BFDEF610CA9C4DF69B2BA2A8/ANBIMA-Guia-ASG-2019.pdf>. Acesso em: 10.out.2021

a avaliarem quais empresas estão servindo seus acionistas de forma eficaz, remodelando o fluxo de capital de acordo com isso. Mas o objetivo não pode ser a transparência em nome da transparência. Deve ser um meio para alcançar um capitalismo mais sustentável e inclusivo. As empresas devem ser deliberadas e empenhadas em abraçar o propósito e servir todas as partes interessadas – seus acionistas, clientes, funcionários e as comunidades onde operam.²³

As evidências sobre o risco climático e as questões inerentes aos impactos ambientais e sociais estão impulsionando os investidores a reavaliarem os as estratégias acerca das finanças. Apesar de todos os esforços e alertas globais junto à temática ESG tem-se a questão do *Greenwashing*. O IDEC traz o conceito:

Com o aumento da população preocupada com o meio ambiente e questões ligadas ao bem-estar animal e saúde, diversas empresas passaram a utilizar uma comunicação com apelo ecológico em seus rótulos, muitas vezes abusando de selos, certificados e termos como “ecológico”, “sustentável” ou “amigo do meio ambiente” para atrair o consumidor. Mas você já parou para pensar se todos esses produtos realmente cumprem o que os rótulos prometem? Essa situação é chamada de *Greenwashing*, expressão que significa “maquiagem verde” ou lavagem verde”.²⁴

Desde o estabelecimento do ESG, as empresas têm emitido relatórios ou até mesmo propagandas com o propósito de sinalizar o seu compromisso no cumprimento dos índices destacados. Entretanto muitas organizações vêm utilizando relatórios independentes e propagandas enganosas, baseados em dados

²³ BLACKROCK - Uma mudança estrutural nas finanças. Disponível em <https://www.blackrock.com/br/larry-fink-ceo-letter>. Acesso em: 10.out.2021.

²⁴ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Mentira Verde. Disponível em : <https://idec.org.br/greenwashing>. Acesso em: 10.out.2021

não verdadeiros com o único interesse de obter uma imagem satisfatória perante a sociedade e os acionistas. Bauman traz as questões dos consumidores e da ética:

O domínio da hipocrisia, que se estende entre convicções populares e as realidades da vida dos consumidores, é assim uma condição necessária da sociedade de consumidores em funcionamento correto. Se a procura de concretização é seguir em frente, e se as novas promessas precisam ser sedutoras e cativantes, as promessas já feitas devem ser quebradas, e as esperanças de realização frustradas. Cada promessa singular deve ser enganosa ou pelo menos exagerada, para que a busca perca sua intensidade ou até seja posta em suspenso. Sem a repetitiva frustração dos desejos, a demanda consumidora perderia todo vapor. É o excesso da soma total de promessas que neutraliza a frustração causada pelo exagero de cada uma delas e paralisa a acumulação de experiências frustrante, exaurindo a confiança dos consumidores na eficácia última da procura.²⁵

Trazendo a análise para o solo brasileiro, em uma pesquisa inédita, o IDEC analisou mais de 500 embalagens de produtos de higiene, limpeza e utilidade doméstica para verificar a prática do *Greenwashing*. Com isso, dezenas de empresas brasileiras foram notificadas a prestar esclarecimentos sobre possíveis práticas enganosas e convidadas a adequar suas embalagens.²⁶

Vários itens são elencados pelo IDEC com possíveis identificações de sinais para evidenciar o chamado falso sustentável, ou uma lavagem verde. Um determinado item que não possui ingredientes animais, não explicitam ingredientes no rótulo são exemplificados como “sem prova”. Expressões como “Amigo do meio ambiente” representam inconsistência e imprecisão pois não fornecem qualquer detalhe ou explicação de atitudes ambientalmente concretas referentes ao

²⁵ BAUMAN, Zygmunt, 1925. A ética é possível num mundo de consumidores? Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 174-175.

²⁶ Idem. *Ibidem*.

produto, deixando o consumidor em dúvida sobre seu real significado. Cita-se ainda propagandas irrelevantes tais como “sem uso de CFC²⁷”. O uso da substância é proibido por lei, o que significa que o produto não é mais ambientalmente correto que qualquer outro da categoria. Produtos que mencionam menos quantidade de plástico, podem continuar a ser um problema na geração de resíduos sólidos. Outro tipo de *Greenwashing* pode ser identificado em embalagens que contêm declarações e reivindicações que são simplesmente falsas. Um exemplo é afirmar falsamente que um produto possui descarte seletivo, quando a empresa não possui controle sobre o mesmo. Organizações podem ainda utilizar de falsos rótulos para dizer que determinado produto é verde, mas de fato o certificado não é oficial ou conferido por entidade confiável.²⁸

À luz dos fatos, busca-se identificar, a partir do problema em análise, a hipótese de que as organizações não estão adotando práticas éticas relativas ao ESG. Assim, nesse caso em tela, a empresa, seus diretores ou até os membros do conselho da administração podem ser responsabilizados?

As oportunidades crescentes de investimentos em torno da sustentabilidade, em contrapartida, colocam em risco, as empresas que não estiverem apresentando de forma transparente as divulgações relacionadas aos aspectos ESG envolvendo as práticas adotadas e os planos de negócios.

²⁷ Cf. BBC NEWS. A preocupante volta do CFC, o gás que provoca o buraco na camada de ozônio. Nos anos 1980, cientistas descobriram que a produção humana de gases CFC (clorofluorocarboneto) tinha causado um buraco enorme na camada de ozônio, colocando em risco a vida no planeta. A abertura, encontrada em cima no Polo Sul, acendeu um alerta global e se tornou o maior ícone da luta pela preservação ambiental da época.

²⁸ IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Mentira Verde. Disponível em : <https://idec.org.br/greenwashing>. Acesso em: 10.out.2021

3. O greenwashing em face à responsabilidade civil

Os hábitos e costumes da população mundial vem alterando com o tempo. Conforme Colabora: As tendências são claras e os números impressionantes. A população mundial que, em 1700, estava em torno de 660 milhões de habitantes passou para 1 bilhão por volta do ano 1800, atingiu 1,6 bilhão em 1900, chegou a 6,1 bilhões no ano 2000, passou para 7,6 bilhões, em 2017, e deve alcançar, na projeção média da ONU, 8,6 bilhões em 2030 e 11,2 bilhões de habitantes em 2100.²⁹

O crescimento da população mundial evidencia números vultuosos. 50% no século XVIII, 60% no século XIX, 280% no século XX e podendo chegar a 84% no século XXI conforme a Divisão da População d ONU e, talvez, se estabilizar no século XXII. O ritmo de crescimento demográfico aumentou desde os primórdios da Revolução Industrial e Energética e atingiu um ponto máximo no século passado, quando apresentou o maior crescimento percentual da história. Atualmente, o ritmo está se desacelerando pelas mudanças nos hábitos de vida e custos. Mas em termos de volume, o mundo teve um acréscimo de 4,5 bilhões de pessoas no século XX e deve adicionar outros 5,1 bilhões de habitantes no século XXI.³⁰

A estimativa de 11,2 bilhões de seres humanos até 2100 traz reflexões acerca das questões ambientais e sociais na seara desse estudo. Considerando o cenário atual como crítico no viés de efeitos climáticos, gestão de resíduos e

²⁹ COLABORA. Crescimento da população e sobrecarga ambiental. Disponível em <https://projetocolabora.com.br/artigo/populacao-mundial-e-sobrecarga-ambiental/>. Acesso em: 11.out.2021.

³⁰ Idem. Ibidem.

utilização de recursos naturais acelerada, poderá ficar insustentável com a sobrecarga de 11,2 bilhões de indivíduos, em 2100, pois a humanidade já ultrapassou os limites de capacidade do planeta.

As atividades de exploração mineral deverão ser intensificar, haja vista a dependência da sociedade moderna pelos bens minerais. O aumento da demanda de minério de ferro, bauxita, nióbio e a corrida do lítio são exemplos que podem ser citados. Novas usinas fotovoltaicas, eólicas e térmicas serão projetadas e implantadas e as hidrelétricas e nucleares deverão ser repotenciadas, além de diversas outras situações, criando um aumento da economia circular.

O que fazer então perante o desequilíbrio da equidade intergeracional? Essa indagação traz à tona a necessidade de discutir com a sociedade estratégias e ações de mitigação dos impactos ambientais e sociais com uso de tecnologias para poder satisfazer o crescimento da população sem afetar em sobremaneira as condições já fragilizadas do planeta. Não é possível retroceder nas condições de vida sociedade e do uso das *commodities* que são fundamentais para os hábitos de vida da sociedade.

O ESG surgiu exatamente para despertar nas organizações a importância de cuidar do planeta e conseqüentemente, todos os atores envolvidos no desenvolvimento econômico precisam de uma perspectiva clara e transparente de como as organizações estão lidando com questões relacionadas com a sustentabilidade. As informações provenientes dos relatórios devem extrapolar os problemas de mudanças climáticas ligados a emissão de gás carbônico. Precisam se estender às questões sobre como cada instituição contribui com os pilares elencados no ESG no âmbito ambiental e, social e de governança. A lucratividade,

o crescimento e a perpetuidade de uma empresa dependem não só do pilar econômico, mas de suas ações perante as questões elencadas e sua reputação. No tocante ao perfil de cada empresa, Tachizawa explica:

Parte-se da constatação de que no mercado existem empresas distintas entre si, que podem ser agrupadas em categorias diferenciadas, nas quais surgem organizações que se caracterizam por ganho no giro do ativo (empresas de setores altamente competitivos), diferentemente das que ganham na margem de rentabilidade (empresas caracterizadas como monopólios e oligopólios), somente para citar dois elementos de análise. Em outras palavras, como a organização não compete e não cresce no vácuo, mas cresce refletindo a lógica e a dinâmica do setor econômico / ramo de atividades do qual faz parte, significa dizer que este último tem seu comportamento típico e parte da estratégia genérica das organizações, refletindo, necessariamente, essas características. No macroambiente, tem-se maior as forças societárias que afetam todos os agentes no meio ambiente da organização, em termos de condições ou forças, que sejam: econômicas; demográficas; físicas / ecológicas; tecnológicas; político / legais; e socioculturais.³¹

Face às observações, pode-se asseverar que existem diferentes tipos de empresas, instituições e outras pessoas jurídicas e que conseqüentemente possuem estratégias, técnicas e questões tecnológicas diferentes, aplicáveis às questões ambientais e sociais. Essas características próprias cada tipo de organização e setor, configuram os ramos industrial, comercial e de prestação de serviços. As quebras de paradigmas e o uso de produtos denominados ecologicamente corretos, que em outras palavras geram menos impactos ao meio ambiente e à sociedade em diferentes setores da economia, tendem a ganhar o valor de mercado, haja vista as questões apresentadas do ESG que trazem uma fidelização de consumidores e de

³¹ Takeshy Tachizawa. *Gestão Ambiental e Responsabilidade Social Corporativa: Os paradigmas do novo contexto empresarial*. -9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 83.

investimentos. Entretanto as empresas adotam essa postura de utilizar do marketing verde para crescimento econômico. A prática do *Greenwashing* acompanha essa trilha, com a quebra de ética das empresas produzindo falsas mensagens de marketing.

Como responsabilizar essas empresas de forma objetiva, fazendo uso do código civil e das condições de direito do consumidor?

Café já trazia a preocupação das estratégias fraudulentas: “As empresas descobriram que o consumidor passou a valorizar quem investe em sustentabilidade. Mas sempre há aqueles que se aproveitam para dizer o que não fazem ou até mesmo mudam a cor de suas embalagens ou de seus anúncios para o verde, como se isso fosse sinal de compromisso com o meio ambiente.”³²

O CONAR apresenta o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e em seu Capítulo IV – Responsabilidades, artigo 45 pontua:

A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo:

- (a) o Anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
- (b) a Agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o Cliente Anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste Código;
- (c) este Código recomenda aos Veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.

Poderá o veículo:

³² Valéria Café. Durável desejável: como transformar o marketing na era da sustentabilidade. Revista da ESPM. Volume 17. Ano 16. Edição n. 1. Jan/Fev., 2010. p. 45.

- c.1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do CONAR que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;
- c.2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;
- c.3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do Artigo 9º (“teaser”);
- c.4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;
- (d) o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra “c” deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de Agência, que por ignorância ou má-fé do Anunciante, poderá transgredir princípios deste Código;
- (e) a responsabilidade do Veículo será equiparada à do Anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.³³

Nota-se responsabilidade tanto para o anunciante, quanto para a agência que respondem solidariamente. Destaca-se também o artigo 36, onde apresenta a informação relevante para o tema:

A publicidade deverá refletir as preocupações de toda a humanidade com os problemas relacionados com a qualidade de vida e a proteção do meio ambiente; assim, serão vigorosamente combatidos os anúncios que, direta ou indiretamente, estimulem: a poluição do ar, das águas, das matas e dos demais recursos naturais; a poluição do meio ambiente urbano; a depredação da fauna, da flora e dos demais recursos naturais; a poluição

³³ CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 11.out.2021

visual dos campos e das cidades; a poluição sonora; o desperdício de recursos naturais.³⁴

Entretanto o CONAR não possui poder de polícia e suas normas não são vinculativas, não sendo possível a aplicação de penalidades, não impondo, portanto, limites ao exercício de direitos e liberdades, em prol do interesse coletivo. Sem embargo, consegue exercer o papel de contenção, comprovando que o consumidor consegue exercer ações que alterem anúncios falsos.

Já no que tange ao Direito do Consumidor no Código de Defesa do Consumidor pode-se encontrar uma relação direta e acurada com o *Greenwashing*: no Capítulo III, Dos Direitos Básicos do Consumo - Artigo 6º:

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)[...]

É impossível separar aspectos éticos e de transparência das atividades empresariais que buscam o pilar econômico como meta. As relações de ética empresarial como visto abrangem o pilar G do ESG, ou seja, a governança corporativa é fator preponderante que pressupõe a responsabilidade dos executivos pelos resultados das organizações.

³⁴ Idem. Ibidem.

Peter Drucker³⁵, traz a relação entre a ética e o caráter onde define a ética nos negócios como acordar pela manhã e olhar-se no espelho, ou seja, verificar exatamente como você se sente diante de sua própria essência e atitudes. Os indivíduos e as próprias organizações possuem valores e culturas que moldam suas ações, daí a importância de se estabelecer regras e normas, fazendo a exigência de que sejam cumpridas.³⁶

Com relação aos princípios do código do direito do consumidor, Moraes traz as palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, onde princípio é definido como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. Em sentido estrito, para o direito do consumidor, os princípios são os fundamentos que sustentam o sistema de proteção do consumidor, parte vulnerável na relação de consumo.³⁷

Assim, o Capítulo II, Da Política Nacional de Relações de Consumo, em seu Artigo. 4º destaca: “A Política Nacional das Relações de Consumo, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria

³⁵ Peter Drucker (1909-2005) foi um consultor administrativo, analista financeiro, professor, jornalista e escritor austríaco. Foi considerado um dos maiores especialistas em Administração Moderna.

³⁶ TRABALHOS FEITOS. A Ética na Era da Competitividade. Disponível em: <https://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/a-%C3%89tica-Na-Era-Da-Competitividade/50747120.html>. Acesso em: 11.out.2021

³⁷ Cristina de Castro Mares, JUSBRASIL. Os Principais Princípios do direito do consumidor. Disponível em: <https://crismoraescastro.jusbrasil.com.br/artigos/1257466195/os-principais-principios-do-direito-do-consumidor>. Acesso em: 11. Out.2021.

da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995):

Destacam-se nesse capítulo para o tema em análise os incisos I, III e IV:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo [...]

O artigo IV do código enseja o princípio da transparência e harmonia o que coíbe a prática de informações falsas como o caso da lavagem verde, ou seja, o *Greenwashing*. Ainda em seu artigo 37, o Código de Defesa do Consumidor, dispõe que “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”. Em seguida, o parágrafo primeiro descreve o que se entende por publicidade enganosa:

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Uma vez caracterizada a informação ou comunicação enganosa, aquele responsável por sua veiculação estará sujeito à imposição de contrapropaganda, conforme o artigo 56, XII e o artigo 60 do referido código de defesa, sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e outras definidas em normas específicas: “Art.

60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”.

No que tange à contrapropaganda: “§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

Cumprе ressaltar que não é necessário que o consumidor tenha sido efetivamente lesado para a aplicação da sanção, o que vale é o potencial lesivo da publicidade. Trata-se, portanto, de presunção *juris et de jure* (ou seja, não admite prova em contrário) de que os consumidores difusamente considerados foram enganados. Nesse contexto, as práticas de *Greenwashing* se enquadram no conceito de publicidade enganosa, uma vez que se constituem de artifícios que buscam enganar e induzir o consumidor ao erro. Ainda que a estratégia utilizada para tal seja sutil, o Código proíbe.³⁸

Analisando os artigos do Código de Defesa do Consumidor, é indubitável que o código representa proteções nas relações de consumo e, portanto, abrange de forma direta a relação do *Greenwashing* com os consumidores. Como tentativas de avanços no aspecto de abordagem da maquiagem verde existiu um Projeto de Lei

³⁸ Idem. Ibidem.

nº 4.752/2012 que focou de forma específica no fenômeno da maquiagem verde, entretanto tendo sido arquivado em 2015.³⁹

O referido PL 4.752/2012, possuiu como ementa a obrigação pelas organizações e empresas que utilizam propaganda sobre sustentabilidade ambiental de seus produtos ou serviços a explicarem, a partir dos rótulos dos produtos e do material de publicidade e estabelece as sanções à prática da maquiagem verde, previstas na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Apesar do seu arquivamento, a iniciativa demonstra um avanço nas tentativas de se conceituar, discutir e normatizar o *Greenwashing* para a sociedade. Já a mencionada lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e, portanto, cabendo ser praticada no âmbito do *Greenwashing*, cumpre destacar o Art. 2º:

Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Quando a análise é realizada no âmbito de dano ambiental a responsabilidade civil ambiental possui como marco legal a Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de

³⁹ Andréa, M JUSBRASIL. *Greenwashing* no Brasil e o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <https://deiamazzei.jusbrasil.com.br/artigos/458931700/greenwashing-no-brasil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 11.out.2021

formulação e aplicação. Rezende, Junior e Andrade ressaltam a questão da responsabilidade objetiva:

Da leitura do artigo 14,§1, desta norma percebemos de maneira clara que o legislador adotou a teoria da responsabilidade objetiva. Juntamente com este também temos como fundamento da responsabilidade objetiva ambiental o parágrafo único do art. 927 do código civil brasileiro. Esta escolha, por parte do legislador brasileiro, abarca tanto a responsabilização advinda do dano ambiental individual quanto coletivo quer seja em ato comissivo ou omissivo, e se deve ao fato das nuances que deles se podem verificar.⁴⁰

A responsabilização por dano ambiental, pode ser abarcada nos casos de *Greenwashing*, desde que seja configurado fato concreto.

Barbieri e Cajazeira colaboram com a questão de implantação de responsabilidade social e sustentabilidade empresarial: “ Sempre haverá dificuldades para implantar práticas de responsabilidade social empresarial e as razões são muitas, começando pelo fato de envolver uma diversidade de questões que se traduzem em direitos, obrigações e expectativas de diferentes públicos, internos e externos à empresa.”⁴¹

A busca por resultados econômico-financeiros e sucesso empresarial remetem à lucratividade. Entretanto as empresas modernas com visão de sustentabilidade precisam ser empresas cidadãs, evitar danos, obedecer às leis de forma ética e transparente, e consequentemente serem lucrativas.

⁴⁰ J. A. L. Sampaio; E. N. Rezende. Meio ambiente: um direito fundamental de segunda categoria. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n.38, p. 273-289, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1875>. Acesso em: 11.out.2021

⁴¹ José Carlos Barbieri; Jorge Cajazeira. *Responsabilidade Social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática*. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 143.

As questões que envolvem o meio ambiente ecologicamente equilibrado e por consequência o combate a ações como o *Greenwashing* são apresentadas por Sampaio e Rezende:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental. O Supremo Tribunal Federal já o afirmou diversas vezes. Essa é a justificativa formal ou dogmática da jusfundamentalidade. A ela se devem agregar aspectos sociológicos e empíricos, como os efeitos sociais, econômicos e ecossistêmicos da degradação ambiental; seus aspectos epistemológicos, sobretudo com sua defesa pela literatura especializada; e sua projeção política, a partir das lutas e conflitos sociais que geram as questões a ela (degradação) relacionadas. Dada a imprecisão semântica do “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o legislador e o juiz têm de recorrer aos domínios da técnica e da ciência para disciplinar de modo adequado seu conteúdo. Entretanto, para que seja respeitado o conteúdo essencial desse direito, é preciso que alguns princípios sejam considerados, especialmente porque, quase sempre, a tarefa de concretização envolve um “trade-off” com outros interesses, notadamente de expressão econômica.⁴²

Nota-se que apesar de conhecido e possuir formas protetivas é difícil para o poder público exercer um controle eficaz, uma vez que é praticamente inviável para os órgãos de defesa do consumidor averiguar a veracidade de milhares de informações. Sejam propagandas, campanhas publicitárias, sites, redes sociais, e até mesmo em rótulo de produtos. Em muitos casos, inclusive, a informação transmitida é vaga e abrangente o bastante para dificultar ou até mesmo impossibilitar a apresentação de argumentos contrários. Cabe à sociedade em geral através de todos os atores envolvidos entender o que significa *Greenwashing*, os riscos inerentes à produção e venda de produtos que podem contribuir para a

⁴² J. A. L. Sampaio; E. N. Rezende. Meio ambiente: um direito fundamental de segunda categoria. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n.38, p. 273-289, maio/ago. 2020. p. 284.

degradação ambiental e impactos sociais. No que tange às organizações, investir de fato no meio ambiente pois o resultado das empresas está conectado aos pilares do ESG.

4. Considerações finais

Pode-se verificar que devido ao crescimento exacerbado da população mundial, evidenciado ao longo dos séculos e com perspectiva de se atingir 8,6 bilhões em 2030 e 11,2 bilhões de habitantes em 2100, os efeitos danosos ao meio ambiente tendem a crescer na mesma proporção ou até mais, haja vista as demandas que envolvem os efeitos climáticos originados pela emissão de gases de efeito estufa, a gestão de resíduos sólidos, a necessidade de utilização recorrente e cada vez maior de *commodities* minerais e, no caso em tela, a utilização de produtos que não atendem a questão do ecologicamente correto, mas são divulgados como tal.

As organizações vêm se beneficiando de processos de comunicação e divulgação com apelo ecológico e ambiental em seus rótulos, muitas vezes abusando de selos, certificados e termos como “ecológico”, “sustentável” ou “amigo do meio ambiente” para atrair os consumidores. Essa “lavagem ou maquiagem” verde denominada *Greenwashing* se tornou a estratégia para a busca por lucratividade, ferindo os objetivos do ESG e causando um risco para a equidade intergeracional.

À luz do Código de Defesa do Consumidor, comprova-se que o mesmo, por essência, contempla as proteções nas relações de consumo e, portanto, por consequência incorpora as estratégias de *Greenwashing*. Todavia, verifica-se que não é o melhor caminho para se evitar as tendências de maquiagem ou lavagem

verde e como efeito, uma solução para a mitigação de impactos ambientais e sociais.

É árduo para o poder público exercer um controle eficaz, uma vez que é praticamente inviável para os órgãos de defesa do consumidor, averiguar a veracidade de milhares de informações de produtos, e ainda considerando o fato das organizações utilizarem de práticas e recursos antiéticos, camuflando informações e produzindo produtos e serviços que não possuem na verdade viés sustentável.

A solução para o problema, advém, da conscientização das organizações de que o caminho para perpetuação da marca e em cascata a lucratividade e a reputação, estão associados às práticas éticas e transparentes em relação à sua atuação na preservação do meio ambiente e às questões sociais.

As novas gerações *Millennials* e *Z* possuem papel fundamental nesse processo, pois conforme pesquisas realizadas, percentuais acima de 70% a 80% de jovens dessas duas gerações em conjunto, acreditam em organizações responsáveis pelo meio ambiente, consomem e recomendam seus produtos, escolhem marcas conectadas a boas causas, com valores bem divulgados e nítidos, buscam o mercado de trabalho com consciência relativa a marca e a atuação da empresa e consequentemente tendem a boicotar empresas que não praticam esses quesitos, recusando o consumo e também já é uma tendência de recusar propostas de trabalho em empresas desconectadas com esse fim.

Assim, as práticas ESG vêm se fortalecendo desde sua origem em 2005, e espera-se que a ética e o *Compliance* prevaleçam de forma que as organizações entendam a necessidade do investimento nos pilares ambiental e social alicerçados

pela governança. Dessa forma, o fortalecimento da marca, o sucesso empresarial e os reflexos sociais e ambientais serão predominantes.

Assim, em resposta ao problema proposto, conclui-se que a hipótese das práticas de *Greenwashing* é evidente e a consolidação do ESG é um sustentáculo para que a sustentabilidade seja uma prática pelas organizações, de forma que o caminho para a equidade intergeracional seja trilhado com ênfase à ética empresarial.

Referências bibliográficas

- ANBIMA- *Guia ASG: Incorporação dos aspectos ASG nas análises de investimento*. Disponível em: <https://www.anbima.com.br/data/files/1A/50/EE/31/BFDEF610CA9C4DF69B2BA2A8/ANBIMA-Guia-ASG-2019.pdf>. Acesso em: 10.out.2021
- BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge. *Responsabilidade Social empresarial e empresa sustentável: da teoria à prática*. 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- BAUMAN, Zygmunt, 1925. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Rio de Janeiro: Zahar, 2011
- BBCNEWS. *A preocupante volta do CFC, o gás que provoca o buraco na camada de ozônio*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46321447>. Acesso em: 12.out.2021
- BLACKROCK - *Uma mudança estrutural nas finanças*. Disponível em <https://www.blackrock.com/br/larry-fink-ceo-letter>. Acesso em: 10.out.2021
- BRASIL. *Câmara dos deputados*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=560705>. Acesso em: 11.out.2021
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. – Código do Consumidor. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 11.out.2021
- BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 11.out.2021.
- CAFÉ, Valéria. *Durável desejável: como transformar o marketing na era da sustentabilidade*. Revista da ESPM. Volume 17. Ano 16. Edição n. 1. Jan/Fev., 2010.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS *Projeto de Lei n.º 4.752, de 2012*. Disponível em : https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44DE42AA6

F2A6935F7D71EDEB8E393FB.node1?codteor=1053681&filename=Avulso+-PL+4752/2012. Acesso em: 11.out.2021

COLABORA. *Crescimento da população e sobrecarga ambiental*. Disponível em <https://projctocolabora.com.br/artigo/populacao-mundial-e-sobrecarga-ambiental/>. Acesso em: 11.out.2021

CONAR – *Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 11.out.2021

EBIOGRAFIA. *Biografia de Peter Drucker*. Disponível em: https://www.ebiografia.com/peter_drucker/. Acesso em: 25. Out. 2021

ECODEBATE. *Aquecimento global, pontos de inflexão climática e o efeito dominó*, Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2019/12/18/aquecimento-global-pontos-de-inflexao-climatica-e-o-efeito-domino-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 11.out.2021

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Mentira Verde*. Disponível em : <https://idec.org.br/greenwashing>. Acesso em: 10.out.2021

MAZZEI, Andréa, JUSBRASIL. *Greenwashing no Brasil e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <https://deiamazzei.jusbrasil.com.br/artigos/458931700/greenwashing-no-brasil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em: 11.out.2021

MEUSUCCESSO.COM. *Millennials: afinal de contas quem eles são?* Disponível em: <https://meusuccesso.com/artigos/pessoas/quem-sao-os-millennials-1892/>. Acesso em: 11.out.2021

MORAES, Cristina de Castro, JUSBRASIL Os Principais Princípios do direito do consumidor. Disponível em: <https://crismoraescastro.jusbrasil.com.br/artigos/1257466195/os-principais-principios-do-direito-do-consumidor>. Acesso em: 11. Out.2021

REZENDE, Elcio Nacur; JUNIOR Jayro; ANDRADE Renato (Organizadores). *Responsabilidade Civil por dano ao meio ambiente: Diálogos e tendências* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020, 848 p.

SAMPAIO, J. A. L.; REZENDE, E. N. *Meio ambiente: um direito fundamental de segunda categoria*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n.38, p. 273-289, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1875>. Acesso em: 11.out.2021

TACHIZAWA, Takeshy. *Gestão Ambiental e Responsabilidade Social Corporativa: Os paradigmas do novo contexto empresarial*. -9ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019

TORO, Blog, Disponível em <https://blog.toroinvestimentos.com.br/Commodities-o-que-são>; Acesso em: 10.out. 2021

TRABALHOS FEITOS . *A Ética na Era da Competitividade*. Disponível em: <https://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/a-%C3%89tica-Na-Era-Da-Competitividade/50747120.html>. Acesso em: 11.out.2021

UDOP. *União Nacional de Bioenergia*, Disponível em: <https://www.udop.com.br/noticia/2021/09/01/o-que-a-sigla-esg-quer-dizer-sobre-uma-empresay.html#:~:text=A%20sigla%20ESG%20surgiu%20pela,pela%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas>. Acesso em: 10 out.2021

O PRIMADO DOS DIREITOS HUMANOS E A GARANTIA DO DIREITO À AFETIVIDADE

The Primacy of Human Rights and the Guarantee of the Right to Affectivity

Maria Berenice Dias^{**}

Resumo: A consagração dos direitos humanos desdobrado em gerações não foi suficiente para garantir o primado do direito à liberdade, à igualdade e à solidariedade. Também pouco adiantou a tendência de multiplicar suas dimensões em gerações outras. Indispensável é o reconhecimento de que o direito fundamental almejado por todos é o direito à felicidade. Para isso, no entanto, é preciso reconhecer que o elemento identificador das relações de conjugalidade e parentalidade é o vínculo de natureza afetiva. Enquanto não houver respeito ao direito de as pessoas amarem e exercerem a livre expressão de sua sexualidade, não é possível reconhecer que se vive em uma sociedade livre, pluralista e igualitária. O respeito à diferença é que permite retirar da invisibilidade, impor responsabilidades, garantir direitos e assegurar a todos o direito mais fundamental de todos os direitos: o direito à felicidade.

Palavras-chave: Direitos humanos; Homoafetividade; Homoparentalidade; Princípio da Afetividade.

Abstract: The consecration of human rights unfolded in generations was not enough to guarantee the primacy of the right to freedom, equality and solidarity. The tendency to multiply its dimensions in other generations was also of little use. Indispensable is the recognition that the fundamental right desired by all is the right to happiness. For this, however, it is necessary to recognize that the identifying element of conjugality and parenting relationships is the bond of an affective nature. As long as there is no respect for people's right to love and exercise the free expression of their sexuality, it is not possible to recognize that we live in a free, pluralistic and egalitarian society. Respect for difference is what makes it possible to withdraw from invisibility, impose responsibilities, guarantee rights and guarantee everyone the most fundamental right of all rights: the right to happiness.

Keywords: Human rights; Homoaffectivity; Homoparenthood; Principle of Affectivity.

^{**} Advogada. Pós-Graduada e Mestre em Direito. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do RS. Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Sumário: 1. Introdução; 2. Direito à sexualidade; 3. O primado da afetividade; 4. Filiação socioafetiva; 5. Pluriparentalidade; 6. Homoparentalidade; 7. Considerações finais.

1. Introdução

A regra maior da Constituição da República consagrada desde o seu preâmbulo é o respeito à dignidade humana, que se assenta nos princípios da igualdade e da liberdade. Trata-se de compromisso que serve de norte ao sistema jurídico nacional. Ao conceder proteção a todos, vedar discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto o direito à livre expressão da sexualidade não for respeitada, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

2. Direito à sexualidade

A sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Visualizados os Direitos Humanos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. A liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Também não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração. A discriminação e o preconceito de que são alvo os homossexuais dão origem a uma categoria social digna de proteção. A hipossuficiência não deve ser identificada somente pelo viés econômico. É pressuposto e causa de um especial tratamento dispensado pelo Direito. Tanto que devem ser reconhecidos como hipossuficientes o idoso, a criança, o deficiente, o negro, o judeu e também a mulher, porque ela, como as demais categorias, sempre foram alvo da exclusão social.

A hipossuficiência social que se dá por preconceito e discriminação gera, por reflexo, a hipossuficiência jurídica. A deficiência de normação jurídica relega à margem do Direito certas categorias sociais, cujo critério não é o econômico. Não se pode, portanto, deixar de incluir como hipossuficientes os homossexuais. Mesmo quando fruam de uma condição econômica suficiente, são social e juridicamente hipossuficientes.

Igualmente o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente. A

realização integral da humanidade abrange todos os aspectos necessários à preservação da dignidade humana e inclui o direito do ser humano de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. É um direito de todos e de cada um, a ser garantido a cada indivíduo por todos os indivíduos. É um direito de solidariedade, sem o qual a condição humana não se realiza, não se integraliza.

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o próprio gênero humano não se realiza, falta-lhe a liberdade, que é um direito fundamental.

É descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, pré-conceitos, conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro. As relações sociais são dinâmicas. Não compactuam com preconceitos que ainda se encontram encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura dos dias de hoje. Para isso, é imprescindível pensar novos conceitos.

Daí o papel fundamental da doutrina e da própria jurisprudência. Ambas necessitam desempenhar sua função de agentes transformadores de estagnados conceitos.

3. O primado da afetividade

Durante muito tempo a única família aceita pela sociedade e pela lei era fruto do casamento entre um homem e uma mulher. Era reconhecido como legítimo exclusivamente o filho nascido no âmbito desta família.

Apesar de apregoado pelas religiões que o casamento é indissolúvel, devendo o casal atender ao desígnio: *crescei e multiplicai-vos até que a morte os separe*, este nunca foi o único modelo de família.

O distanciamento entre Estado e igreja – fenômeno chamado de laicização – subtraiu do matrimônio a aréola de sacralidade e rompeu o formato patriarcal da família.

Um punhado de fatores provocaram enormes mudanças.

Não se pode negar a importância do movimento feminista que retirou o véu de pureza que a virgindade envolvia a mulher. O surgimento dos métodos contraceptivos concedeu-lhe liberdade sexual.

O despertar dos direitos humanos, apregoando a liberdade e a igualdade, colocou o indivíduo como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior.

Diante de todos esses avanços, de nada adiantou a lei dizer que o casamento era indissolúvel. Chamar as uniões extramatrimoniais de concubinato não impediu sua existência. Ao distinguir concubinato e companheirismo, a Justiça passou a reconhecer direitos aos vínculos afetivos informais.

De outro lado, a evolução da engenharia genética ensejou verdadeira revolução em matéria de filiação. Para a concepção de um filho já não é necessário um relacionamento sexual entre duas pessoas de sexos diferentes. Levada a efeito em laboratório, multiplica-se o número de pessoas envolvidas, podendo todas elas estabelecer um vínculo de filiação com o filho assim concebido.

Com todos estes ingredientes, a sociedade mudou de feição, provocando eco nas estruturas de convívio. Um mosaico da diversidade, um ninho de comunhão de vida, cuja vocação é a realização pessoal de cada um de seus membros, o respeito ao outro e a proteção das individualidades no coletivo familiar⁴³.

O amor tornou-se líquido e o afeto passou a ser o elemento identificador dos relacionamentos familiares, não mais sujeitos a modelos pré-moldados. Os vínculos parentais se descolaram da verdade genética.

Foi assim que novas conformações familiares adquiriram visibilidade e aceitação. As uniões tidas outrora como marginais ganharam reconhecimento social, o que levou ao esgarçamento do conceito de família.

A mudança recebeu a chancela da Justiça e acabou impondo a construção de um sistema jurídico sob a ótica da pluralidade. Aliás, é como que sempre acontece. Situações que não encontram previsão na lei batem às portas do Judiciário. O juiz, que não consegue chancelar injustiças, encontra formas de enlaçar no âmbito da tutela jurídica o que o legislador não previu. A Justiça não mais pode, simplesmente, condenar à invisibilidade, negar tutela ao que refoge do modelo engessado da legislação.

O alargamento conceitual da entidade familiar e dos vínculos de parentalidade acabou ensejando o florescimento de toda uma nova concepção da família e da filiação, com os mais variados matizes.

⁴³ CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, NELSON ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: Famílias*, vol. 6, 6.^a ed., Salvador, JuPodivm, 2021, p. 89.

As mudanças foram de tal intensidade que a Constituição da República de 1988⁴⁴ desdobrou o conceito de família e igualou os filhos. Ao dedicar à família especial proteção, a considerando a base da sociedade, abandonou a correlação entre família e casamento. Introduzido o conceito de entidade familiar foi concedida a mesma proteção tanto à união extramatrimonial entre um homem e uma mulher, como à denominada família monoparental: um dos genitores e sua prole.

E no momento em que o Estado abandonou a necessidade de sua intervenção para o reconhecimento da família, foi necessário buscar o elemento que permite identificar o seu atual conceito, pois casamento, sexo e procriação não mais são os elementos caracterizadores da família. A entidade familiar não é somente a constituída pelo casamento. Também o é a união batizada com o nome de estável. Do mesmo modo, a finalidade procriativa deixou de servir de elemento configurador da família. O envolvimento de ordem sexual não é pressuposto para o seu reconhecimento. Basta atentar que, em face da interdição do incesto, na família monoparental a prática sexual é proibida.

Certamente o grande mérito do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) foi identificar o afeto como o elemento constitutivo dos vínculos de conjugalidade e também de filiação. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, a família deixou de ser um núcleo econômico e de reprodução para ser um espaço de afeto.

⁴⁴ CR, artigo 226.º: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Transformou-se em uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função⁴⁵.

Daí falar-se em Direito das Famílias como forma de impor um comportamento ético a todas as conformações que têm uma vinculação mútua decorrente do laço da afetividade.

Esta dilação do conceito de família corresponde à exigência atual da sociedade, onde o modelo sacralizado da família matrimonializada não é o único espaço em que as pessoas buscam a realização do sonho de felicidade. Para se ter família sequer é necessário ter um par. Ou seja, todos têm o direito de conviver em família, sendo imperioso concluir que existe um direito fundamental à convivência familiar.

4. Filiação socioafetiva

Não só as relações de conjugalidade, também os vínculos de parentalidade foram alvo de profunda transformação. O afeto que se tornou o elemento identificador das entidades familiares passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais.

De um lado existe a verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial, que permite afirmar, com certeza quase absoluta, a existência de um liame genético entre duas pessoas. De outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços

⁴⁵ RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Direito das Famílias*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Gen/Forense, 2021, p. 35.

familiares construídos ao longo da história de cada indivíduo e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade⁴⁶.

A Constituição da República, além de ampliar o conceito de família, garante prioridade absoluta aos direitos de crianças e adolescentes⁴⁷. É assegurada igualdade de tratamento e de qualificações a todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibindo qualquer tratamento discriminatório⁴⁸.

O Código Civil, editado no ano de 2002⁴⁹, ao admitir não só o parentesco natural e civil, mas também o parentesco de outra origem, ampliou os vínculos de filiação, incorporando o conceito de socioafetividade.

Esta foi saída encontrada pela Justiça no confronto entre a verdade biológica e a realidade afetiva. Ao atentar ao melhor interesse da criança e do adolescente, começou a valorar a posse do estado de filho: situação de alguém que é criado como filho, mesmo sem sê-lo geneticamente. A posse de estado de filho é a base para o reconhecimento da filiação socioafetiva, a crença da condição de filho, que se funda em fortes laços de afeto construídos ao longo do tempo⁵⁰.

⁴⁶ PAULO LÔBO, *Direito Civil: Famílias*, 11.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2021, p. 153.

⁴⁷ Artigo 227.º: 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.

⁴⁸ CF, artigo 227.º, § 6.º: 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.

⁴⁹ CC, artigo 1.593.º: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

⁵⁰ RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 599.

Fabiola Lôbo traz a noção de posse de estado de pai, que exprime reciprocidade com a posse de estado de filho: uma não existe sem a outra⁵¹. A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. A tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe.

Estes novos paradigmas serviram de critério para impedir, por exemplo, a desconstituição da chamada “adoção à brasileira”. Quando o homem registra como seu o filho da mulher, no fim do casamento, de nada adianta alegar a inexistência do vínculo biológico para pleitear a anulação do registro. Reconhecida a presença da filiação afetiva é mantida a paternidade com a manutenção de todas as obrigações decorrentes do poder familiar.

5. Pluriparentalidade

Diante do atual conceito de parentalidade socioafetiva, imperioso admitir a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto.

Reconhecer que o filho tem mais de dois pais ou duas mães, lhe garante direitos com relação a todos, devendo todos assumir os deveres decorrentes do vínculo pluriparental. Não há outro modo de contemplar a realidade da vida do que abrir caminho para a multiparentalidade: vínculos que se estabelecem com mais de duas pessoas desempenhando as funções parentais. Afinal, é impossível negar que alguém possa ter mais de dois pais, tendo todos o direito de convivência, a

⁵¹ FABIOLA ALBUQUERQUE LÔBO, *Multiparentalidade* – efeitos no Direito de Família, São Paulo, Editora Foco, 2021, p.355.

obrigação de cuidado e de pagar alimentos. De outro lado, o filho tem direito sucessório em relação a todos.

A ausência de lei admitindo a possibilidade do registro de uma pessoa em nome de mais de dois genitores não constitui um impeditivo, até porque não existe proibição expressa. O silêncio do legislador não pode ser óbice para que se assegure proteção integral a quem tem garantido constitucionalmente o direito à convivência familiar. Esta é a função do juiz, que não pode se omitir de julgar, ainda que não exista previsão legal (LINDB, artigo 4.^o⁵² e CPC, artigo 140.^o⁵³).

O registro de nascimento deve identificar não só a origem biológica, mas também indicar outros os vínculos parentais. O direito ao nome é um direito de personalidade por excelência,⁵⁴ e cumpre a função de sinal distintivo⁵⁵, assentado na dignidade da pessoa humana, que não é apenas fundamento da República, como é também valor-fonte básico do próprio sistema constitucional de direitos fundamentais⁵⁶.

Decisões Brasil afora passaram a autorizar a inserção do nome de mais de um pai ou de mais de uma mãe no registro de nascimento do filho, sem a exclusão do nome dos pais registrais.

⁵² LINDB, artigo 4.^o: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁵³ CPC, artigo 140.^o: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

⁵⁴ MÁRIO LUIZ DELGADO, Direito ao nome, in Jones Figueiredo Alves (coord.), *Questões Controvertidas*, vol. 2, São Paulo, Método, 2004, p. 71.

⁵⁵ MARIA CELINA BODIM DE MORAES, Sobre o Nome da Pessoa Humana, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 7, Porto Alegre, IBDFAM / Síntese, out./dez. 2000, p. 43.

⁵⁶ CLÁUDIO ARI MELLO, Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O Novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

A primeira decisão permitindo o registro multiparental, foi quando em face da morte da genitora por ocasião do parto, a filha buscou o reconhecimento da filiação socioafetiva e a inclusão no seu registro de nascimento do nome da companheira do pai, que a criou, mas sem a retirada do nome da mãe biológica.

A partir deste antecedente, multiplicaram-se as demandas em que houve o reconhecimento da filiação múltipla. Nas ações investigatórias de paternidade, inclui-se a filiação biológica sem a exclusão do nome do pai registral, sempre que é reconhecida a presença do vínculo de filiação socioafetiva com quem procedeu ao registro.

Do mesmo modo, o padastro ou madrasta que convive com o enteado, reconhecida a presença de um vínculo socioafetivo entre eles, impõe-se o reconhecimento da pluriparentalidade. Ao lado do nome do pai registral é acrescentado o nome de quem também desempenha funções parentais. Trata-se de elemento essencial para a formação e desenvolvimento da sua identidade pessoal, familiar e social. A concretização desse direito – de ordem fundamental e personalíssima – somente é possível com o reconhecimento judicial da família multiparental, mediante a fiel reprodução desta realidade no registro de nascimento.

Afinal, é direito de todos – principalmente de crianças e adolescentes – ter retratado em seu assento de nascimento o espelho de sua família, quem faz parte da sua história de vida.

Outra realidade bastante frequente é quando são utilizadas as modernas técnicas de reprodução assistida, em que mais pessoas participam do processo procriativo. Nada justifica alijar qualquer delas do vínculo de filiação, quando o projeto parental envolveu todos os que embalaram o sonho de terem um filho.

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta a comprovação da existência de vínculo de filiação com mais de um pai ou mais de uma mãe. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos ou apenas afetivos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, com a consequente averbação no registro civil, para todos os fins jurídicos, familiares e sucessórios. A multiparentalidade pode ser decretada de ofício pelo juiz, sem transbordar os limites da demanda.

O reconhecimento da filiação socioafetiva e o registro da multiparentalidade não mais exige uma decisão judicial. Pode ser levada a efeito diretamente no cartório do registro civil, quando há a concordância de todos, inclusive do filho, bastando que ele tenha mais de 12 anos⁵⁷.

6. Homoparentalidade

A histórica decisão do Supremo Tribunal de Justiça, reconhecendo as uniões de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar⁵⁸ e a garantia de acesso ao casamento⁵⁹, fez surgir uma nova realidade. O direito de as uniões homoafetivas constituírem família com filhos.

A adoção homoparental não encontra qualquer proibição na Constituição, no Código Civil e nem no Estatuto da Criança e do Adolescente. Como a união homoafetiva é reconhecida como uma família, a adoção é juridicamente possível, pois o par constitui uma entidade familiar, merecedora da tutela do Estado.

⁵⁷ Provimento n.º 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.

⁵⁸ STF - ADPF 132 RJ, Rel. Tribunal Pleno, Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

⁵⁹ Resolução n.º 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

Não há nenhuma previsão legal vedando a adoção por um casal formado por duas pessoas do mesmo sexo. O princípio que deve prevalecer é o do melhor interesse do adotando, e não há motivo legítimo para retirar-lhe a possibilidade de ter uma família⁶⁰. Sendo casados, ou vivendo os parceiros em união estável, é legítimo o interesse na adoção, havendo reais vantagens em favor de quem não pode ficar ao desabrigo de direitos. Demorou até o Superior Tribunal de Justiça admitir a adoção conjunta⁶¹.

Como as uniões homoafetivas são estéreis, e é indispensável a participação de mais uma pessoa, o Conselho Federal de Medicina admite o uso das técnicas de reprodução assistida⁶².

Data do ano de 2015 a pioneira decisão que admitiu o registro de uma criança em nome das duas mães e do pai, ao ser reconhecida a existência de um projeto multiparental⁶³. O filho foi concebido por decisão de três pessoas unidas por laços de afeto e amizade. Todas queriam ser pais e decidiram constituir uma família. Não se trata de uma família poliafetiva, por existirem dois núcleos familiares. A família formada pelas duas mães e a família paterna.

O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal que em sede de decisão vinculante formou tese admitindo a multiparentalidade⁶⁴.

⁶⁰ MARIA BERENICE DIAS, *Filhos do Afeto: questões jurídicas*, 3.^a ed., Salvador, Juspodivm, 2022, 63.

⁶¹ STJ - REsp 1608005 SC 2016/0160766-4, 3.^a Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14/05/2019.

⁶² Resolução n.º 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina.

⁶³ TJRS - AC 70062692876, 8.^a Câm. Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/2015.

⁶⁴ STF - Tema 622: A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. (RE 898.060.)

7. Considerações finais

Não impor deveres e não cobrar o cumprimento de obrigações a todos que exercem as funções parentais é fomentar a irresponsabilidade em nome de um bem que nem se sabe bem qual seria.

Ninguém duvida que famílias constituídas pelo vínculo da afetividade, independente da orientação sexual ou identidade de gênero do casal, sempre existiram e continuarão a existir. A diferença é que até recentemente esta realidade era condenada à invisibilidade.

A exclusão de direitos é resultado da perversa tentativa, de não ver o que foge do modelo do que não é espelho. Esta falta de visão só vem em prejuízo de quem tem o direito de viver com quem quiser, de ter os filhos que desejarem.

E com esta visão cega a Justiça não pode conviver.

Referências bibliográficas

DELGADO, Mário Luiz, Direito ao nome, in Jones Figueiredo Alves (coord.), *Questões Controvertidas*, vol. 2, São Paulo, Método, 2004.

DIAS, Maria Berenice, *Filhos do Afeto: questões jurídicas*, 3.^a ed., Salvador, Juspodivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Famílias*, vol. 6, 6.^a ed., Salvador, JusPodivm, 2021.

LÔBO, Fabiola Albuquerque, *Multiparentalidade – efeitos no Direito de Família*, São Paulo, Editora Foco, 2021.

LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Famílias*, 11.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2021.

MELLO, Cláudio Ari, Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *O Novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodim de, Sobre o Nome da Pessoa Humana, *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 7, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, out./dez. 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*, 2.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2018.

_____, *Direito das Famílias*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Gen/Forense, 2021.

FAMÍLIA MONOPARENTAL FEMININA SOCIOECONOMICAMENTE VULNERÁVEL NA PANDEMIA

Socioeconomically vulnerable female single parental family in the pandemic

Márcia Cristina dos Santos Rêgo*

Resumo: A pandemia de COVID-19 transformou drasticamente as realidades das pessoas em todo o mundo com severas repercussões socioeconômicas que impuseram a criação de regulamentação específica, considerando a necessidade de restringir liberdades intrínsecas ao Estado democrático de direito, com a imposição de toques de recolher e lockdowns, a obrigatoriedade de utilização de máscaras, a proibição de reuniões presenciais, a proibição de abrir estabelecimentos e realizar atividades laborais não considerados serviços essenciais, etc. Também por intermédio de regulamentação, legislativo e executivo desenvolveram mecanismo voltados a compensar as perdas econômicas da iniciativa privada e da camada mais vulnerável da população brasileira. E, considerando que a família monoparental dirigida por mulher já integra essa camada, cuidou-se de conceder-lhe especial atenção. Portanto, busca-se compreender a condição socioeconômica e jurídica da família monoparental feminina brasileira no contexto da pandemia de COVID-19, partindo-se do que revela o censo brasileiro sobre a família monoparental em geral, à compreensão da proteção jurídica da família monoparental brasileira para ao final perceber a condição da família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na pandemia. O estudo evidencia as desigualdades sociais e a zona de exclusão de direitos gerada pelas desigualdades de gênero, em especial quando a mulher é chefe de família monoparental. Essa família fica na posição mais crítica da vulnerabilidade socioeconômica o que justifica que a legislação tenha previsto o auxílio emergencial em dobro para elas ou que o benefício “Bora Belém” as considere prioridade. Entretanto, a pandemia apenas agravou essa realidade, que atos assistenciais temporários provenientes do Poder Público não têm o condão de transformar; de modo que reclamam medidas de transformação perenes e aptas a lançá-las a outro patamar, um patamar de inclusão social.

Palavras-chave: família monoparental feminina; pandemia de COVID-19; auxílio emergencial; bora Belém.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará, em Cotutela Internacional com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Docente e Coordenadora de Ensino da Faculdade de Direito e do PPGSP da Universidade Federal do Pará.

Abstract: The COVID-19 pandemic has drastically transformed the realities of people around the world with severe socioeconomic repercussions that have imposed the creation of specific regulations, considering the need to restrict freedoms intrinsic to the democratic rule of law, with the imposition of curfews and lockdowns, the mandatory use of masks, the ban on face-to-face meetings, the ban on opening establishments and carrying out work activities not considered essential services, etc. Also through regulation, the legislature and executive developed mechanisms aimed at compensating the economic losses of private sector and the most vulnerable layer of Brazilian population. And, considering that the single-parent family headed by a woman is already part of this layer, special attention was paid to it. Therefore, we seek to understand the socioeconomic and legal condition of the Brazilian female single-parent family in the context of the COVID-19 pandemic, starting from what the Brazilian census reveals about the single-parent family in general, to the understanding of the legal protection of Brazilian single-parent family. to, at the end, understand the condition of the socioeconomically vulnerable female single-parent family in the pandemic. The study highlights social inequalities and the exclusion zone of rights generated by gender inequalities, especially when the woman is the head of a single-parent family. This family is in the most critical position of socioeconomic vulnerability, which justifies that the legislation has provided for double emergency aid for them or that “Bora Belém” benefit considers them a priority. However, the pandemic only aggravated this reality, which temporary assistance acts from the Public Power do not have the power to transform; so that they demand permanent transformation measures capable of taking them to another level, a level of social inclusion.

Keywords: female single-parent family; COVID-19 pandemic; emergency aid; let's go Belem.

Sumário: 1. Introdução; 2. O que revela o censo brasileiro sobre a família monoparental?; 3. A proteção jurídica da família monoparental brasileira; 4. A família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na pandemia; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Merece destaque a deferência conferida a essas pessoas na lei (Lei n.º 13.982, de 02 de abril de 2020) que concede o auxílio emergencial à população socioeconomicamente vulnerável em função da pandemia de COVID-19, dobrando

o valor do benefício no caso da família monoparental mantida por mulher (artigo 2.º, parágrafo 3.º).

Este estudo objetiva compreender o contexto sociojurídico brasileiro em que essa deferência foi feita ao modelo familiar dirigido e mantido exclusivamente por mulher em situação de vulnerabilidade socioeconômica no Brasil, considerando os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e a legislação brasileira promulgada em decorrência da pandemia.

2. O que revela o censo brasileiro sobre a família monoparental?

Conforme anotação constante do portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁶⁵, no que se refere ao levantamento de dados populacionais, o campo família compreende informações sobre como as famílias e as unidades domésticas se estruturam.

Nesse sentido consideram-se como padrões de organização familiar para fins de levantamento daqueles dados: as famílias reconstituídas; aquelas formadas por casais de mesmo sexo; as formadas por casais que moram separados; as crianças que possuem dupla residência em decorrência do exercício do direito de convivência familiar com ambos os pais; as pessoas que moram sozinhas; e as famílias monoparentais.

Na busca por conhecer as condições de vida da população brasileira, o IBGE aplica decenalmente um questionário sobre as seguintes temáticas:

⁶⁵ No espaço destinado às características da população brasileira, o IBGE relaciona e descreve alguns itens úteis para a compreensão dos dados levantados, dentre os quais a família (disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao>, acesso em 03/05/2021).

“características dos domicílios, identificação étnico-racial, nupcialidade, núcleo familiar, fecundidade, religião ou culto, deficiência, migração interna ou internacional, educação, deslocamento para estudo, trabalho e rendimento, deslocamento para trabalho, e mortalidade”. Adotando uma definição extremamente dilatada de família, ao considerá-la o “conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar”.

Essa concepção percebe a família como um grupo de pessoas que mantem uma convivência familiar no mesmo domicílio, independentemente dos vínculos entre elas existentes ou não, da existência ou inexistência de qualquer formalidade, de haver ou não conjugalidade. Deixando à autonomia das pessoas elegerem os elementos que as unem, que as justificam enquanto grupo doméstico familiar, em especial quando expressamente consente na formação de família por normas de convivência; normas essas que certamente derivam da autonomia privada e do livre planejamento familiar amparado pelo paradigma da reserva familiar.

Indo ao encontro da definição inclusiva de família, segundo a qual:

família é a comunidade formada por grupo de pessoas (autodenominado família), que estabelecem comunhão plena de vida, a partir de suas afinidades, com a intenção de constituírem família e o propósito de serem felizes, independentemente dos vínculos que as unam e das peculiaridades de suas identidades⁶⁶.

⁶⁶ MÁRCIA CRISTINA DOS SANTOS RÊGO, *Definição jurídica de família à luz dos direitos humanos*, tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará e à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2021, p. 216.

A concepção adotada pelo IBGE é a um tal ponto distendida que considera inclusive a pessoa que vive só em um domicílio como família, a família unipessoal. Noção que conflita com a percepção da família enquanto grupo de indivíduos mas que vai ao encontro da decisão do Superior Tribunal de Justiça (Súmula 364, de 03 de novembro de 2008), que estendeu a proteção do bem de família conferida àquele grupo à pessoa que vive sozinha, seja ela solteira, separada ou viúva, com a finalidade de preservar-lhe o direito fundamental à moradia.

Nesse sentido, há uma equiparação da pessoa que vive sozinha ou com seus animais de estimação, por exemplo, à uma entidade familiar com o objetivo de assegurar-lhe aquele direito fundamental; uma vez que, para que efetivamente haja uma família, necessária a presença de uma comunidade de pessoas em comunhão plena de vida com o propósito de constituir família.

Pois bem, a família investigada pelo IBGE mostra-se extremamente contemporânea, em especial pela ausência de modelo padrão. E a família monoparental aparece em meio aos padrões de organização que essas famílias podem adotar, como as famílias reconstituídas, os casais do mesmo sexo, os casais que moram separados, crianças com dupla residência ou, as já referidas, pessoas que moram sozinhas.

Também há a preocupação do IBGE em compreender os ciclos de vida familiar, levando em consideração a presença de crianças e jovens, idosos e a participação dos adultos no mercado de trabalho.

Ademais, ocupa-se de compreender questões relacionadas à nupcialidade, considerando informações sobre os modelos de formação e dissolução dos arranjos conjugais, casamentos e divórcios da população brasileira; resvalando novamente

na formação da família monoparental decorrente do fim da conjugalidade com a subsequente atribuição de guarda dos filhos menores a um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros.

Os dados levantados pela pesquisa conduzida pelo IBGE, reveladores das formas como vivem os brasileiros, resultam em informações imprescindíveis para a definição de políticas públicas assertivas que enfrentem as demandas provenientes das necessidades da população.

Nesse contexto, o censo demográfico de 2010 apurou que das 49.975.934 (quarenta e nove milhões, novecentos e setenta e cinco mil, novecentos e trinta e quatro) famílias brasileiras, 9.253.937 (nove milhões, duzentos e cinquenta e três mil, novecentos e trinta e sete) eram famílias monoparentais; das quais 8.088.625 (oito milhões, oitenta e oito mil, seiscentos e vinte e cinco) eram dirigidas por mulheres⁶⁷.

Significa dizer que em 2010, quase 19% (dezenove por cento) das famílias brasileiras eram monoparentais; e que dentre as famílias monoparentais quase 87% (oitenta e sete por cento) eram administradas por mulheres. Dados de extrema relevância para a compreensão das condições socioeconômicas desse modelo de família especificamente, ainda mais quando agregadas outras informações, como o quantitativo da população masculina e feminina, por exemplo.

No hiato de tempo entre um censo e outro, o IBGE segue fazendo levantamentos de dados sobre as condições de vida da população brasileira para

⁶⁷ Notícia trazida por Clara Velasco, *Em 10 anos, Brasil ganha mais de 1 milhão de famílias formadas por mães solteiras*, maio de 2017, disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>, acesso em 04/06/2021.

servir ao propósito de subsidiar as tomadas de decisão das variadas esferas de governo e sobre as políticas públicas.

Nesse sentido a Síntese de indicadores sociais evidencia as diferenças entre a população masculina e feminina. Trata-se de uma análise das condições de vida da população brasileira, publicada pelo IBGE⁶⁸; onde evidencia-se que a população brasileira abaixo das linhas da pobreza, em 2019, dividia-se em 51,7% (cinquenta e um vírgula sete por cento) de mulheres e 48,3% (quarenta e oito vírgula três por cento) de homens, padrão que se manteve para ambas as linhas de pobreza, considerando o rendimento domiciliar *per capita*.

Cruzadas as informações sobre gênero e cor das pessoas, as mulheres de cor preta ou parda destacam-se entre os pobres: sendo 28,7% (vinte e oito vírgula sete por cento) da população, 39,8% (trinta e nove vírgula oito por cento) dos extremamente pobres e 38,1% (trinta e oito vírgula um por cento) dos pobres.

E no tocante aos domicílios mantidos por mulheres de cor preta ou parda, sem cônjuge e com presença de filhos menores de 14 anos, foi onde houve a concentração de maior bolsão de pobreza; pois, 24% (vinte e quatro por cento) dos moradores desses domicílios tinham rendimento *per capita* inferior a US\$ 1,90 (um dólar e noventa centavos) e 62,4% (sessenta e dois vírgula quatro por cento) inferior a US\$ 5,50 (cinco dólares e cinquenta centavos)⁶⁹. Tomando-se por base, portanto,

⁶⁸ *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, 2020, p. 67, disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>, acesso em 30/05/2022.

⁶⁹ *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, 2020, p. 69, disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>, acesso em 30/05/2022.

as linhas de pobreza monetária fixadas pelo Banco Mundial para países de rendas baixa (extrema pobreza) e média-alta (pobreza) respectivamente⁷⁰.

Esse documento informa, ainda, que entre os cinco modelos de arranjos domiciliares por ele elencados, quais sejam: unipessoal, casal sem filhos, casal com filhos, responsável sem cônjuge e com filhos até 14 anos e outros; seria o modelo correspondente à denominada família monoparental equivalente a 13,5% (treze virgula cinco por cento) dos modelos de família inseridos na camada mais pobre da população, caindo para 5,1% (cinco vírgula um por cento) e 2,1% (dois virgula um por cento) nas demais classes de rendimento familiar⁷¹.

Nesse aspecto o documento não discrimina entre famílias monoparentais sob a responsabilidade exclusiva da mulher ou do homem. Mas consideremos que, apesar da igualdade jurídica entre homens e mulheres, na iniciativa privada, elas ainda recebem remuneração inferior a eles pelas mesmas atividades no desempenho das mesmas funções; havendo maior equilíbrio no âmbito do serviço público, devido ao ingresso mediante concurso público⁷².

3. A proteção jurídica da família monoparental brasileira

A Constituição Federal de 1988, ainda que não tenha oferecido um conceito de família e que tenha se utilizado de uma cláusula geral de proteção, que permite

⁷⁰ *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, 2020, p. 62, disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>, acesso em 30/05/2022.

⁷¹ *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, 2020, p. 73, disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>, acesso em 30/05/2022.

⁷² J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA E MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, *Direito civil: família*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Forense, 2019, p. 3.

a compreensão da tutela de todo e qualquer modelo de família constituído com base no direito fundamental ao livre planeamento familiar, enumerou o casamento, a união estável e a família monoparental, como entidades familiares sob tutela jurídica do Estado de direito brasileiro⁷³.

Apesar da Constituição Federal ilustrar a família monoparental como aquela comunidade formada por qualquer dos pais com sua prole, compreende a doutrina jusfamiliarista que ela também pode ser constituída por avô ou avó com seus netos e até mesmo por um parente ou alguém sem vínculos familiares que assuma a responsabilidade de criar crianças como se fossem seus filhos⁷⁴.

Ademais essas pessoas, responsáveis por esse modelo familiar, podem ser solteiras, viúvas, separadas, divorciadas; o que significa que essas famílias podem ser planeadas ou não, dependendo das circunstâncias que envolvem sua formação, como a opção por inseminação artificial ou de adoção em um projeto de mãe ou pai solo.

O Código Civil brasileiro não traz um título destinado a disciplinar especificamente a família monoparental, o que suscita muita crítica por parte da doutrina, considerando que são expressamente tuteladas a família matrimonial e a união estável, também expressamente nomeadas na Constituição Federal.

Com a devida vênia, entendemos que os dispositivos relacionados à proteção da pessoa dos filhos, ao poder familiar, ao reconhecimento da filiação etc⁷⁵, mostram-se suficientes para que também esse modelo familiar encontre-se

⁷³ J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurélio Bezerra de Melo, *Direito civil...*, p. 7.

⁷⁴ RICARDO DA CUNHA PEREIRA, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Forense, 2020, p. 23.

⁷⁵ PAULO LÔBO, *Direito civil: famílias*, 10.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2020, p. 88.

protegido; inclusive pelo fato de que a proteção constitucionalmente assegurada não reclama qualquer regulação específica para sua dignidade e respeito. Entretanto, isso não significa que não pode ser melhorado.

No tocante às técnicas de reprodução assistida, cuja Resolução CFM n.º 2.294, de 27 de maio de 2021, disciplina as normas éticas para sua utilização, consideramos que o legislador infraconstitucional precisa adequar o texto do Código Civil; uma vez que há referência expressa a elas apenas no trato da presunção da filiação havida no curso do casamento, nos casos dos incisos III, IV e V do artigo 1597.º, do Código Civil, enquanto a resolução referida considera a hipótese de heterossexuais, homoafetivos e transgêneros, ampliando os relacionamentos em que tais técnicas podem ser utilizadas, o que repercute nos vínculos jurídicos de família delas decorrentes.

Referida resolução traz ainda a concepção de gestação compartilhada em união homoafetiva feminina, quando o embrião obtido a partir da fecundação do(s) ovócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira. Além de disciplinar a gestação de substituição (cessão temporária do útero) popularizada com as denominações barriga de aluguel ou barriga solidária, inserindo pessoas que vivem em relações homoafetivas e pessoas solteiras como legitimadas a utilizar-se dessa técnica de reprodução humana; o que originaria uma família monoparental, nesta última hipótese, e uma família multiparental, no primeiro caso.

Na hipótese da gestação por substituição, há exigência de alguns documentos que objetivam deixar clara a situação da filiação jurídica da criança gerada, dentre os quais: a) Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como

aspectos legais da filiação; b) Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; c) Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez.

Ainda que esse último documento esteja em consonância com o que dispõe o Código Civil no parágrafo único do artigo 1609.º, do Código Civil, que possibilita que o reconhecimento de um filho anteceda ao nascimento dele, a verdade é que as questões trazidas por essa resolução ainda não estão adequadamente contempladas na legislação vigente; podendo suscitar dúvidas e divergências que impactariam as vidas de inúmeras pessoas.

Interessante o fato de que esse modelo de família pode extinguir-se pela morte da ou do genitora ou genitor, por seu casamento ou constituição de união estável, pela morte da prole, pela constituição de nova família por essa prole, em decorrência de casamento, união estável ou ao serem adotados por outrem.

Entende Paulo Lôbo, que a partir do momento que a autoridade parental finda, seja em razão da maioridade ou da emancipação, a família monoparental deixa de existir persistindo tão somente as relações familiares e seus efeitos existenciais e patrimoniais⁷⁶. Não podemos concordar com essa afirmativa, pois a comunidade formada pelos genitores e seus descendentes persiste, nos termos do parágrafo 4º. do artigo 226.º, da Constituição Federal, que não vincula a existência

⁷⁶ PAULO LÔBO, *Direito civil...*, p. 88.

da família monoparental ao poder familiar, cuja existência termina quando os filhos adquirem capacidade plena.

Assim, mesmo quando filhos e netos atingem a maioridade civil ou são emancipados, persiste a família monoparental até que algum dos fatos que efetivamente podem colocar termo a essa forma específica de família, que poderá extinguir-se ou transformar-se, conforme a comunidade familiar desfaça-se ou permaneça. Pois, se a ou o descendente deixa o lar da genitora ou do genitor ao casar, essa família é desfeita; se ela ou ele traz seu companheiro ou cônjuge para o lar em que vive com a genitora ou genitor, essa família deixa de pertencer ao modelo monoparental e passa a integrar a generalidade entidade familiar; se o genitor ou genitora casa ou passa a viver em união estável com outra pessoa, essa família conjugal formal ou informal reconstruída substituirá a família monoparental.

Desse modo, podem ser referidos como artigos que disciplinam também a família monoparental no vigente Código Civil brasileiro: artigos 1596.º, 1597.º, II, III, IV, V, 1605.º, I e II, 1607.º, 1608.º, 1611.º, 1612.º, 1616.º, 1617.º, 1631.º, 1632.º, 1633.º, 1634.º, 1636.º e parágrafo único, 1637.º, 1638.º, 1689.º a 1693.º, entre outros. Tais dispositivos regulam direitos e responsabilidades parentais atribuíveis à mãe e ao pai solo em decorrência do vínculo de filiação.

No tocante às crianças e adolescentes *cujus* pais tenham falecido, estejam ausentes ou tenham sido destituídos do poder familiar, sua colocação em família substituta, mesmo que seja sua família extensa ou ampliada: ascendentes ou colaterais, pode originar uma família monoparental; considerando-se, por exemplo, que sua tutela seja conferida à avó ou a um tio, cujas responsabilidades estão disciplinadas no Código Civil a partir do artigo 1740.º.

Quando a hipótese de colocação da criança ou adolescente em família substituta é a adoção, pela impossibilidade de mantê-la em sua própria família extensa, importante compreender que: “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (artigo 41.º, da Lei n.º 8069, de 13 de julho de 1990). E que pela adoção também é possível constituir-se a família monoparental, considerando-se que a pessoa solteira, separada ou divorciada também é admitida a adotar. Imputam-se os mesmos direitos e responsabilidades à mãe ou ao pai solo, que na hipótese da filiação consanguínea, nos termos do artigo 1596.º, do Código Civil.

4. A família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na pandemia

A nova cepa do coronavírus, posteriormente identificada como SARS-CoV-2, manifestou-se na província de Hubei, na República Popular da China, acendendo o alerta da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 31 de dezembro de 2019, devido aos vários casos de pneumonia.

Em 30 de janeiro de 2020 a OMS declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), nos termos do Regulamento Sanitário Internacional (RSI) e o agravamento da situação levou à declaração de que o mundo encontrava-se diante da Pandemia de COVID-19 – denominação atribuída à doença provocada pelo coronavírus SARS-CoV-2, apenas em 11 de março de 2020,

segundo histórico da pandemia constante do portal da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS)⁷⁷.

Dentre as medidas tomadas para a inevitável chegada da pandemia de COVID-19 ao Brasil, a OPAS ofereceu treinamento sobre o diagnóstico laboratorial da doença, juntamente com a Fundação Oswaldo Cruz e o Ministério da Saúde, capacitando especialistas brasileiros, argentinos, bolivianos, chilenos, colombianos, equatorianos, panamenhos, paraguaios, peruanos e uruguaios, ainda em fevereiro de 2020, antes mesmo da declaração de que o mundo encontrava-se em pandemia.

Outras medidas relevantes nesse sentido, no Estado do Pará, por exemplo, foram a criação da Sala de Inteligência da Gestão com monitoramento da COVID-19 e o treinamento de profissionais para a produção de boletins epidemiológicos pela OPAS⁷⁸. Sem contar a força tarefa mundial formada por pesquisadores e profissionais de saúde para decodificar o vírus, realizando o sequenciamento de seu genoma⁷⁹ para conhece-lo e estabelecer protocolos de enfrentamento, além de

⁷⁷ É o que consta do *Histórico da pandemia de COVID-19*, disponível em <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=Em%2011%20de%20mar%C3%A7o%20de,pa%C3%ADses%20e%20regi%C3%B5es%20do%20mundo>, acesso em 30/05/2022.

⁷⁸ Informações constantes da notícia *Apoio da OPAS ao Brasil durante a pandemia de COVID-19*, disponível em <https://www.paho.org/pt/covid19/apoio-da-opas-ao-brasil-durante-pandemia-covid-19>, acesso em 30/05/2022

⁷⁹ “Apenas 48 horas após a confirmação do primeiro caso de um homem – 61 anos, que retornou recentemente da Itália – infectado em território nacional, duas pesquisadoras da Universidade de São Paulo sequenciaram o genoma do chamado coronavírus (SARS-CoV-2)... As pesquisadoras da USP responsáveis por esse sequenciamento são Ester Sabino, professora da Faculdade de Medicina (FM-USP) e diretora do Instituto de Medicina Tropical (IMT-USP) e Jaqueline Goes de Jesus, pós-doutoranda do IMT-USP com bolsa Fapesp”. *Pesquisadoras da USP sequenciam o genoma do coronavírus*, disponível em <http://www.alumni.usp.br/pesquisadoras-da-usp-sequenciam-o-genoma-do-coronavirus/>, acesso 30/05/2022.

promover o desenvolvimento de vacina em tempo recorde, considerando que os primeiros imunizantes ficaram prontos em meados de 2020, poucos meses após a declaração de pandemia⁸⁰.

Diante do inevitável, as unidades da federação precisaram adotar medidas que objetivavam inibir o máximo possível a circulação do vírus para contaminar o mínimo de indivíduos e prevenir o colapso do sistema público e privado de saúde no país. Além de outras medidas para prevenir um colapso socioeconômico generalizado, dentre as quais podem ser citadas, no âmbito da União:

1º) Decreto n.º 10.211, de 30 de janeiro de 2020 que dispõe sobre o Grupo Executivo Interministerial de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional - GEI-ESPII; e o Decreto n.º 10.212, de 30 de janeiro de 2020 que promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005.

2º) Portaria n.º 188, do Ministério da Saúde, de 3 de fevereiro de 2020, que declarou a Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV); Portaria n.º 264, do Ministério de Saúde, de 17 de fevereiro de 2020 que alterou a Portaria de Consolidação n.º 4/GM/MS, de 28 de setembro de 2017, para incluir a doença de Chagas crônica, na Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional; Portaria n.º 337, de 24 de março de 2020, que disciplinava medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, COVID-19, no âmbito do Sistema Único de Assistência Social; e a Portaria conjunta n.º 1, do Ministério da Cidadania, Secretaria Especial de

⁸⁰ Informações constantes de *A velocidade com que foi criada a vacina da Covid-19 é motivo de preocupação? Especialista do Butantan responde*, disponível em <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/a-velocidade-com-que-foi-criada-a-vacina-da-covid-19-e-motivo-de-preocupacao-especialista-do-butantan-responde>, acesso em 30/05/2022.

Desenvolvimento Social e Secretaria Nacional de Assistência Social, de 2 de abril de 2020, que tratou da utilização de recursos do Cofinanciamento Federal no atendimento às demandas emergenciais de enfrentamento ao Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Sistema Único de Assistência Social.

3º) Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Com as alterações da Lei n.º 14.006, de 28 de maio de 2020, estabelecendo prazo de 72 (setenta e duas) horas para que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) autorizasse a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde registrados por autoridade sanitária estrangeira e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países; da Lei n.º 14.019, de 2 de julho de 2020, no tocante à obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos, sobre a adoção de medidas de assepsia de locais de acesso público, inclusive transportes públicos, e sobre a disponibilização de produtos saneantes aos usuários durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da COVID-19; da Lei n.º 14.023, de 8 de julho de 2020 que determina a adoção de medidas imediatas que preservem a saúde e a vida de todos os profissionais considerados essenciais ao controle de doenças e à manutenção da ordem pública, durante a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019; e da Lei n.º 14.035, de 11 de agosto de 2020, relativa aos procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Ressalte-se que na retaguarda dessa legislação específica para a disciplina da situação de emergência em saúde provocada pela pandemia de COVID-19 encontram-se as Leis n.º 6259/75, 6437/77 e 8080/90; e os Decretos n.º 78.231/76 e 7616/11, voltados à regulação da condição sanitária nacional.

4º) Emenda Constitucional n.º 109, de 15 de março de 2021, que além das alterações que fez a dispositivos constitucionais, instituiu regras transitórias sobre redução de benefícios tributários; desvinculou parcialmente o superávit financeiro de fundos públicos; e suspendeu condicionalidades para realização de despesas com concessão de auxílio emergencial residual para enfrentar as consequências sociais e econômicas da pandemia da COVID-19.

Em 26 de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde teve a primeira confirmação de infecção pelo vírus no país. E mesmo diante de toda a mobilização de líderes e autoridades mundiais em saúde para conter a pandemia, os números oficiais de pessoas infectadas e mortas em decorrência da COVID-19 são vertiginosos.

No Brasil, são 666.516 pessoas mortas e 30.977.661 pessoas que foram diagnosticadas com a doença, segundo dados do painel <https://covid.saude.gov.br/>; o que certamente não reflete a realidade, considerando-se a baixa testagem e, por consequência, a subnotificação de casos.

Entretanto, os impactos da pandemia não podem ser refletidos exclusivamente pelos números de mortos e diagnosticados com a COVID-19, considerando que na sequência daqueles acontecimentos, seguiu-se uma sucessão de restrições decorrentes das referidas legislações especiais, que incidiram diretamente sobre as mais variadas dimensões existenciais dos seres humanos. Assim, as pessoas viram muitas de suas liberdades temporariamente suprimidas, ficando impedidas de exercerem suas atividades laborais, educacionais, culturais, sociais, nos termos anteriores à pandemia.

Já há, inclusive, estudos apontando o agravamento das desigualdades em decorrência das pessoas mais vulneráveis serem exatamente aquelas que mais

foram impactadas com as restrições impostas pela pandemia. De modo que “Não é surpreendente que as famílias que enfrentavam um contexto desafiador continuem a sofrer as piores consequências da pandemia”⁸¹ e que tenha ocorrido o aprofundamento da desigualdade de gênero no contexto da pandemia, nomeadamente em decorrência da “preponderância de mulheres e minorias de gênero nos setores mais afetados pela crise econômica e a maior mortalidade entre homens”⁸².

Esse fato, associado aos dados já informados de que 87% (oitenta e sete por cento) das famílias monoparentais eram administradas por mulheres, em 2010, em um total aproximado de 8.088.625 (oito milhões, oitenta e oito mil, seiscentos e vinte e cinco); e que, em 2019, 51,7% (cinquenta e um virgula sete por cento) de mulheres encontrava-se abaixo da linha da pobreza, concentrando-se o bolsão de pobreza em domicílios formados por famílias monoparentais chefiadas por mulheres de cor parda ou preta, que se dividem entre pessoas em situação de extrema pobreza e pessoas em situação de pobreza.

Permite compreender o que motivou o parágrafo 3º, do artigo 2º, da Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020, que alterou a Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação

⁸¹ É o que afirma o Banco Mundial em notícia veiculada *Impactos da COVID-19 no Brasil: Evidências sobre pessoas com deficiência durante a pandemia*, disponível em [⁸² Nos termos informados pela Fiocruz, *Gênero e Covid-19*, disponível em \[Jus Scriptum's International Journal of Law \\(2022\\) a. 17 v. 7 n. 1
Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa\]\(https://portal.fiocruz.br/genero-e-covid-19, acesso em 30/05/2022.</p></div><div data-bbox=\)](https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/brief/impactos-da-covid19-no-brasil-evidencias-sobre-pessoas-com-deficiencia-durante-a-pandemia#:~:text=Os%20efeitos%20da%20COVID%2D19,dom%C3%A9stico%2C%20experimentando%20as%20maiores%20perdas, acesso em 30/05/2022.</p></div><div data-bbox=)

continuada (BPC), estabelecendo medidas excepcionais de proteção social adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), a destinar 2 (duas) cotas do denominado auxílio emergencial à mulher provedora de família monoparental, cuja renda *per capita* fosse igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, até 31 de dezembro de 2020.

Com o objetivo de regulamentar referida lei, o Decreto n.º 10.316, de 7 de abril de 2020, definiu a família monoparental para fins de deferimento do auxílio, em seu artigo 2º: inciso “IV - família monoparental com mulher provedora - grupo familiar chefiado por mulher sem cônjuge ou companheiro, com pelo menos uma pessoa menor de dezoito anos de idade” (Redação dada pelo Decreto n.º 10.398, de 2020). Assim como definiu mãe adolescente: inciso VI - mãe adolescente - mulher com idade de 12 a 17 anos que tenha, no mínimo, um filho. (Incluído pelo Decreto n.º 10.398, de 2020) Reiterando que “a mulher provedora de família monoparental fará *jus* a duas cotas do auxílio, mesmo que haja outro trabalhador elegível na família”, no parágrafo 2º, do artigo 3º daquele Decreto.

Importante frisar que, caso a mulher em questão ou seu filho fossem favorecidos com benefício de prestação continuada conferida à pessoa idosa ou pessoa com deficiência, o valor desse benefício não integraria o cálculo para definir a renda familiar, nos termos do artigo 1º daquela lei.

Ademais permitiu a lei que mais de um membro da mesma família fosse contemplado com benefício de prestação continuada, caso preenchesse os requisitos e que o critério de aferição da renda familiar *per capita* mensal fosse ampliado para até $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo, a partir de uma combinação de fatores.

No tocante ao auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, estes seriam pagos inicialmente por 3 (três) meses às pessoas que preenchessem cumulativamente os seguintes requisitos:

- a) Ter, no mínimo, 18 (dezoito) anos de idade;
- b) Não estar formalmente empregado;
- c) Não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos parágrafos 1.º e 2.º, do Bolsa Família;
- d) Ter renda familiar *per capita* mensal de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos, conforme dados do CadÚnico ou autodeclaração para os não inscritos;
- e) Que, no ano de 2018, não tivesse recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e
- f) Que exercesse atividade na condição de:
 - f.1.) microempreendedor individual (MEI);
 - f.2.) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribuísse na forma do *caput* ou do inciso I do parágrafo 2.º do artigo 21.º da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991; ou
 - f.3.) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV.

O auxílio emergencial substituiu o benefício do Bolsa Família, quando o valor era mais vantajoso para a família, a critério do próprio governo, podendo uma mesma família ter até dois membros contemplados.

A exigência da idade mínima de 18 anos para requerer o auxílio emergencial, foi ajustada à realidade brasileira em 14 de maio de 2020, pela Lei n.º

13.998, que adicionou a ressalva que permitiu contemplar as mães adolescentes, que preenchessem os demais requisitos de concessão. (artigo 2.º)

Desse modo, as famílias monoparentais femininas em situação de vulnerabilidade socioeconômica foram contempladas inicialmente com 3 (três) parcelas de R\$ 1.200,00 (Um mil e duzentos reais) a título de auxílio emergencial nos meses de maio, junho e julho de 2020 com o objetivo de amenizar o impacto que as restrições impostas pela pandemia geraram na realidade dessas famílias. Adicionadas mais 2 (duas) parcelas de R\$ 1.200,00 (Um mil e duzentos reais) pelo Decreto n.º 10.412, de 30 de junho de 2020, que alterou o Decreto anterior, prorrogando o período de pagamento daquele auxílio.

Relevante frisar, que também a família monoparental masculina integra a parcela das famílias inseridas nas camadas mais pobres da população e junto à família monoparental feminina perfaz um total de 13,5% (treze vírgula cinco por cento) dessas famílias; o que justifica que também apareçam nos instrumentos legislativos de distribuição de renda referidos. Entretanto, o foco deste trabalho é a família monoparental feminina.

Pois bem, em 02 de setembro de 2020, a Medida Provisória n.º 1000, instituiu o auxílio emergencial residual no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais) em 4 (quatro) parcelas, atribuindo-se novamente 2 (duas) cotas à mulher provedora da família monoparental, perfazendo um total de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), pagos após o pagamento da última parcela do auxílio emergencial, nos termos dos parágrafos 1.º e 2.º, do artigo 2.º.

Significa dizer que a mulher responsável por família monoparental em situação de vulnerabilidade socioeconômica pode ter recebido até R\$ 8.400,00 (oito

mil e quatrocentos reais) a título de transferência de renda pelo governo federal brasileiro.

No Estado do Pará, como nas demais unidades federadas, inúmeros foram os instrumentos legislativos a disciplinar a nova era inaugurada pela catástrofe global da pandemia. Destaquem-se: a Lei estadual n.º 9.032, de 20 de março de 2020, criou o Fundo Esperança, destinado a dar apoio emergencial aos pequenos e microempreendedores, no âmbito do Estado do Pará; e o Decreto n.º 618, de 20 de março de 2020, regulamentou essa lei. Apesar de haver ainda: o Decreto n.º 609, de 16 de março de 2020, dispôs sobre as medidas de enfrentamento à pandemia do coronavírus COVID-19; o Decreto n.º 619, de 20 de março de 2020, dispôs sobre procedimentos para contratações emergenciais, doações, requisição administrativa e suprimentos de fundos para enfrentamento à pandemia do coronavírus COVID-19; e o Decreto legislativo n.º 02, de 20 de março de 2020, que reconheceu, para os fins do disposto no artigo 65.º da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública.

Ressalte-se que a legislação que criou e regulamentou o Fundo Esperança não replicou a preocupação com o impacto da pandemia na família monoparental feminina em especial, o que significa dizer que a pequena ou microempresendedora chefe de família monoparental ficava submetida às mesmas regras que as demais pessoas.

Os números de pessoas acometidas chegaram a um total de 775.726 pessoas diagnosticadas com a COVID-19, das quais 18.389 não conseguiram vencer a doença⁸³.

No âmbito municipal também foram vários os instrumentos legislativos sobre a pandemia de COVID-19, dentre os quais: Decreto n.º 96.340, de 25 de maio de 2020, que dispôs sobre as medidas de distanciamento social controlado, visando a prevenção e o enfrentamento à pandemia da COVID-19, em regime de cooperação com o Estado do Pará, altera o Decreto n.º 95.955 - PMB, de 18 de março de 2020, que “Declara situação de emergência no âmbito do Município de Belém para enfrentamento preventivo da pandemia de coronavírus declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS e dá outras providências”.

A parceria entre Estado e Prefeitura resultou no Programa “Bora Belém” (Lei n.º 9.665, de 11 de janeiro de 2021), que teria beneficiado mais de 300 (trezentas) famílias em situação de vulnerabilidade socioeconômica, famílias que se encontravam na linha da pobreza ou abaixo dela, com auxílios de até R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) por mês⁸⁴.

E foram justamente as famílias monoparentais femininas a prioridade desse programa, que tinha como primeira meta alcançar 9.000 (nove mil) famílias com essa formatação e um total de 22.000 (vinte e duas mil) famílias cadastradas no CadÚnico que não recebiam qualquer auxílio federal ou estadual para repassar o total de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

⁸³ Dados disponibilizados no portal da Secretaria de Saúde Pública do Governo do Pará, disponível em <http://www.saude.pa.gov.br/rede-sespa/coronavirus/>, acesso em 05/06/2022.

⁸⁴ É o que noticia o Agência Pará, disponível em <https://agenciapara.com.br/noticia/26588/>, acesso em 05/06/2022.

Os critérios para concessão eram⁸⁵:

- a) Famílias com renda *per capita* mensal inferior ou igual a R\$ 89,00 (oitenta e nove reais), consideradas de extrema pobreza.
- b) Famílias monoparental feminina.
- c) Famílias monoparental.
- d) Famílias que tenham composição familiar de 0 a 18 anos.
- e) Famílias com gestantes ou mães em fase de amamentação.

O valor do auxílio recebido por cada família dependia da quantidade de filhos que a mulher tivesse: 1 (um) filho equivalia a R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais); 2 (dois) ou 3 (três) filhos receberia R\$ 300,00 (trezentos reais); e a partir de 4 (quatro) filhos receberia R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais). Entretanto, em fevereiro do corrente ano, a prefeitura de Belém anunciou o acréscimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) a cada uma daquelas situações, ficando os valores por família em R\$ 200,00 (duzentos reais), R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais) e R\$ 500,00 (quinhentos reais), conforme o caso.

Naquela ocasião foi informado que 14.000 (quatorze mil) famílias estavam sendo beneficiadas, 12.000 (doze mil) delas sendo chefiadas por mulheres, ou seja, famílias monoparentais femininas. E foi assegurado que a permanência dessas famílias no programa ocorreria mesmo que elas fossem incorporadas ao programa que substituiu o Bolsa Família, o Auxílio Brasil, como complemento à renda⁸⁶.

⁸⁵ Esses critérios são enunciados na página oficial do Programa Bora Belém, *Programa Municipal de Renda Cidadã*, disponível em <https://sistemas.belem.pa.gov.br/bora-belem/#/consultar-cadastro>, acesso em 05/06/2022.

⁸⁶ Esses fatos são objeto da matéria veiculada sob o título *Programa Bora Belém tem aumento de R\$ 50 a partir de fevereiro, anuncia prefeitura*, disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2022/02/03/programa-bora-belem-tem-aumento-de-r-50-a-partir-de-fevereiro-anuncia-prefeitura.ghtml>, acesso em 05/06/2022.

5. Conclusão

A família monoparental segue albergada na vigente Constituição Federal enquanto entidade familiar que tem direito à proteção do Estado, cujas obrigações negativas e positivas de garantias de direitos precisam assegurar a dignidade humana de cada um de seus membros em qualquer contexto socioeconômico.

O estudo sobre a família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na atual pandemia de COVID-19, explorando os dados populacionais coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre as famílias e as unidades domésticas, a partir do censo demográfico e da síntese de indicadores sociais, não apenas permite a percepção do panorama socioeconômico das famílias, como possibilita evidenciar as desigualdades e as zonas de exclusão de direitos com base em fatores como o gênero. Demonstrando a situação de vulnerabilidade a que mulheres, e em especial as mulheres chefes de famílias monoparentais, estão submetidas, arcando integralmente com responsabilidades que não são apenas suas, e para as quais não dispõem de recursos suficientes.

51,7% (cinquenta e um vírgula sete por cento) das pessoas pobres ou abaixo da linha da pobreza do país, em 2019, ano imediatamente anterior à pandemia de COVID-19, eram mulheres. E as mulheres de cor preta ou parda representavam 28,7% (vinte e oito vírgula sete por cento) dessas pessoas, concentrando-se nas famílias monoparentais chefiadas por elas as condições mais críticas de vulnerabilidade socioeconômica.

Apesar do IBGE não discriminar entre famílias monoparentais chefiadas por mulheres ou homens ao informar que elas correspondem a 13,5% (treze vírgula cinco por cento) dos modelos de família inseridos na camada mais pobre da

população, essas informações são suficientes para acender o alerta sobre a agravante que essas famílias possuem quando a pandemia promove impactos severos sobre a realidade da população, restringindo-lhe as liberdades e o acesso a bens, a serviços, a recursos.

A pandemia de COVID-19, doença provocada pelo coronavírus identificado como SARS-CoV-2, declarada pela OMS em março de 2020 e acometendo a humanidade até os dias atuais, provocou uma reviravolta na vida das pessoas de todos os continentes do planeta, seja em razão do perigo real que a doença representa para a saúde e a vida das pessoas, seja em razão das privações impostas para prevenir dizimações populacionais em massa.

As medidas tomadas para conter a circulação do vírus e proliferação da COVID-19, como aquelas constantes da Lei n.º 13.979/2020, que estabelece medidas de enfrentamento à COVID-19; e da Lei n.º 14.019/2020, que impõe a obrigatoriedade do uso de máscaras e medidas de higiene para prevenir a COVID-19, além dos Decretos estaduais e municipais, repercutiram imediatamente sobre a renda das famílias brasileiras nas mais diversas camadas sociais.

Isso também exigiu que o poder público elaborasse medidas que atenuassem o impacto socioeconômico da pandemia, em especial no tocante às famílias que já se encontravam em situação de vulnerabilidade antes que a pandemia se estabelecesse, como a família monoparental e em especial aquela família monoparental chefiada por mulher.

Além das desigualdades provenientes das questões de gênero, essas famílias sofreram maior impacto em decorrência da maior quantidade de óbitos de homens, resultando na concentração das responsabilidades parentais

exclusivamente na mulher; cuja impossibilidade de circulação e de exercer atividade remunerada durante as fases mais severas da pandemia, reclamou medidas assistenciais prioritárias.

Nesse sentido, a Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabeleceu medidas excepcionais de proteção social durante o período da pandemia de COVID-19, dentre as quais a destinação de 2 (duas) cotas do denominado auxílio emergencial à mulher provedora de família monoparental, cuja renda *per capita* fosse igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo (parágrafo 3º, do artigo 2º); o que significa dizer que essas famílias foram contempladas com 5 (cinco) parcelas de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) enquanto as famílias monoparentais chefiadas por homens foram contempladas com 5 (cinco) parcelas de R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Esse mesmo sistema de distribuição foi reproduzido na concessão do auxílio emergencial residual que atribuiu 4 (quatro) parcelas de R\$ 300,00 (trezentos) reais à família monoparental masculina e 4 (quatro) parcelas de R\$ 600,00 (seiscentos) reais à família monoparental feminina, nos termos da Medida Provisória n.º 1000/2020.

No Pará, um convênio entre governos estadual e municipal criou o Programa “Bora Belém” (Lei n.º 9.665, de 11 de janeiro de 2021), tendo as famílias monoparentais femininas com renda *per capita* mensal inferior ou igual a R\$ 89,00 (oitenta e nove reais), consideradas de extrema pobreza, como prioridade.

Ainda que esse auxílio tenha valores considerados módicos em face da realidade da economia brasileira, e escalonados conforme a quantidade de filhos,

14.000 (quatorze mil) famílias foram atendidas pelo programa até fevereiro de 2022 e 12.000 (doze mil) delas eram famílias monoparentais femininas.

Por mais que essas medidas sejam louváveis é importante que a realidade da família monoparental feminina não seja esquecida ou deixada à própria sorte ao fim do prazo desses benefícios, considerando que a vulnerabilidade social dessas famílias irá perdurar mesmo após o fim da pandemia. Ainda mais agora que pesquisas indicam que a quantidade de pessoas que passam fome aumentou consideravelmente no atual estágio da pandemia.

Referências bibliográficas

LÔBO, Paulo,. *Direito civil: famílias*, 10.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de; MELO, Marco Aurélio Bezerra de, *Direito civil: família*, 2.^a ed., Belo Horizonte, Forense, 2019.

PEREIRA, Ricardo da Cunha, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

RÊGO, Márcia Cristina dos Santos, *Definição jurídica de família à luz dos direitos humanos*, tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará e à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2021.

O POSITIVISMO JURÍDICO E A INFLUÊNCIA PORTUGUESA NA FORMAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Legal positivism and the portuguese influence in brazilian juridical tradition formation.

Alberto de Moraes Papaléo Paes **

Resumo: O presente artigo parte da hipótese central de que o Positivismo Jurídico, que possui diversas concepções e interpretações diferentes, exerce um papel central na formação do pensamento jurídico brasileiro. Porém, não é qualquer “Positivismo” que exerce tal papel e sim a visão e a perspectiva que foi importada/imposta pela colonização e pelo imperialismo português no Brasil. Para que este argumento possa ser testado procurou-se estabelecer um sentido de Positivismo a partir da leitura de Morrison, e descrever o desenvolvimento do debate da visão Hobbesiana de direito na construção do Historicismo Jurídico alemão e do Formalismo Jurídico a partir de Martins e Bobbio. Ao fim, pretendeu-se a demonstração da constituição da cultura jurídica portuguesa e sua inserção no debate para, então, tecer as conclusões preliminares deste estudo.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico; Hobbes; Historicismo; Formalismo; Direito Comum Português.

Abstract: This article rises from the central hypothesis that Legal Positivism, which has several different conceptions and interpretations, plays a central role in the formation of Brazilian legal thought. However, it is not just any “Positivism” that plays such a role, but the vision and perspective that was imported/imposed by colonization and Portuguese imperialism in Brazil. In order for this argument to be tested, an attempt was made to establish a sense of Positivism based on Morrison's reading, and to describe the development of the debate on the Hobbesian view of law in the construction of German Legal Historicism

**Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA); Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) e da Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU); Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional (GEHC) e Efetividade dos Direitos Fundamentais (GEEDF) vinculados ao Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (PPGDF-UNAMA); Avaliador de Periódicos Qualis-CAPES; Professor Colaborador do Instituto Teológico Quadrangular da Igreja do Evangelho Quadrangular (ITQ-IEQ Pedreira); Advogado em Belém-PA.

and Legal Formalism based on Martins and Bobbio. At the end, it was intended to demonstrate the constitution of the Portuguese legal culture and its insertion in the debate, and then to weave the preliminary conclusions of this study.

Keywords: Legal Positivism; Hobbes; Historicism; Formalism; Portuguese Common Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Hobbes, a Gênese do Positivismo Jurídico e a constituição de uma nova tradição. 3. Uma trilha entre Europa e Brasil: Da influência do “Direito Comum” ao Iluminismo Português. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução.

Certa vez um professor de direito foi abordado por um advogado que se encontrava com uma questão inquietante em um processo jurídico. O Juízo *a quo* havia deliberado em desfavor de seu cliente e, naquela oportunidade, efetuou uma interpretação literal de dispositivo do Código Civil de 2002 acerca do instituto do melhor interesse do menor. Para fins de aplicação do Código o Juízo entendeu que a expressão “melhor” deveria ser utilizada como sinônimo de “melhoria de qualidade de vida”, seja ela entendida como econômica, social, de oportunidade e até geopolítica. A questão apresentada pelo advogado para o professor foi: “como posso recorrer desta decisão com um argumento menos positivista do que o utilizado pelo Juízo?”.

A confusão está, então, estabelecida. Curiosamente esta é uma confusão comum dentro do debate ordinário (popular) acerca da natureza do Positivismo Jurídico. Um fato bastante claro é o de que a Teoria Positivista é vítima de uma Metonímia, pois as assertivas mais populares sobre seu conteúdo tomam a parte pelo todo e acabam chamando posturas não-positivistas, erroneamente, de Positivismo. Para piorar, culpam o Positivismo e vestem-no de vilão fazendo com que o interesse acadêmico por ele diminua e que os críticos se insurjam acusando-o de coisas que ele mesmo não fez ou não autorizou.

No caso do advogado o erro central é acreditar que a interpretação exegética, ou, literal é necessariamente sinônima de estar teoricamente compromissado com a perspectiva Positivista de Direito. Tal questão pode ser o centro de vários equívocos que já foram cometidos, inclusive, na pesquisa acadêmica contemporânea no Brasil. Ao se tomar a parte pelo todo e denominar todas as pequenas particularidades menos flexíveis a soluções jurídicas pautadas na moralidade subjetiva do participante, ou, as visões que primam pela literalidade do texto legal, fez com que uma versão caricata do positivismo surgisse para se tornar o alvo dos debates e o ponto de partida para dizer como os juristas devem se comportar diante do fenômeno jurídico.

A presente pesquisa pretende lançar uma luz sobre este mal entendido e demonstrar que não existe uma visão única, exclusiva, do Positivismo Jurídico, existe na verdade Positivismos Jurídicos. Apesar destas várias orientações uma delas é a que chega ao Brasil, fazendo parte da constituição da tradição jurídica, e ela é mediada pela leitura portuguesa do que significou Positivismo no velho continente. Para que seja possível demonstrar esta hipótese o trabalho abordará a gênese do positivismo a partir da leitura hobbesiana de Estado, bem como a evolução do debate através da constituição do Historicismo Alemão e do Formalismo Jurídico na França.

Na continuação da pesquisa pretende-se descer às minúcias na evolução do Direito Português a fim de localizar o momento em que os Lusos passam a se interessar e pertencer ao debate do Positivismo, na verdade a proposição mais adequada pode ser expressa na reflexão: em que medida a visão Hobbesiana e os debates posteriores passam a interagir com a tradição jurídica portuguesa? O ponto de chegada será o início do processo de Colonização e com a aferição deste período

histórico acredita-se que se conseguirá apontar a direção em que o Direito será discutido na origem da Nação brasileira. Ao final, levantar-se-ão algumas questões importantes que apontarão o caminho para continuação e a relevância desta pesquisa.

2. Hobbes, a Gênese do Positivismo Jurídico e a constituição de uma nova tradição.

Delimitar e alocar historicamente o que pode ser compreendido enquanto Positivismo Jurídico é o ponto de partida. Vale a pena relembrar a alegação de Ricardo Dib Taxi que “situar a gênese do positivismo jurídico é uma empresa difícilíssima, e não espanta que existam correntes para as quais o positivismo teria começado mesmo em Tomás de Aquino, quando se teorizou a separação entre a lei divina e a lei humana⁸⁷”, entretanto, para o autor, Hobbes pode ser, indiscutivelmente, o ponto de partida do debate sobre o que vem a ser o Positivismo Jurídico. A respeito deste tema, acerca diferença entre o positivismo em sentido filosófico e o positivismo jurídico⁸⁸ argumenta-se que, apesar de uma grande confusão entre estes dois conceitos, o sentido filosófico antecede o sentido jurídico,

⁸⁷ RICARDO ARAÚJO DIB TAXI. *A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno*. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018. p. 103.

⁸⁸ A distinção foi usada fazendo-se referência à Bobbio que acredita haver uma distinção entre Positivismo em Sentido Filosófico (compreendida como uma orientação filosófica que pretendia tornar objetiva, metódica, rigorosa, criteriosa a investigação filosófica), que seria um gênero e que comportaria diversas espécies, e Positivismo Jurídico (compreendida aqui como uma espécie de Positivismo em Sentido Filosófico), cujo objeto é o Direito Positivo.

historicamente, que será alocado como gênero cujo objeto de investigação é o Direito Positivo⁸⁹.

Comumente se diz que a diferença entre orientações naturais e positivas sempre existiram de modo diferente ao longo da história do pensamento humano, ao mesmo tempo, diz-se também que a compreensão sobre Direito Positivo é mediada pelos estudos do Historicismo Alemão e pelo Formalismo Jurídico Francês. Porém, apesar de reconhecer a primeira diferença e dissertar muito bem sobre ela, Wayne Morrison estabelece uma relação mais anterior com a tentativa de infringir uma concepção religiosa do Direito Natural a partir de Maquiavel⁹⁰. Para Morrison Maquiavel procede a um esvaziamento da teologia e da filosofia aristotélica estabelecendo a premissa de que o produto das ações humanas deve ser interpretado como um fenômeno natural conectado com as leis da natureza e não subordinados à religião⁹¹. Se o príncipe tivesse que escolher entre ser amado ou temido deveria escolher ser temido devido à natureza instável humana, o que ia de encontro com as premissas religiosas de salvação, humildade e graça.

O fundamento importante estabelecido aqui é justamente que a oposição às virtudes cristãs que, de acordo com o pensador italiano que tornavam o homem fraco, pudesse ser contrastada com a naturalização da violência através da força (como um atributo natural). Ou seja, o príncipe amado é fraco, na medida em que a sobrevivência do homem depende (e, talvez sempre tenha dependido), do uso da

⁸⁹ ALBERTO DE MORAES PAPALÉO PAES e FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA. Uma Historiografia Crítica do Positivismo Jurídico: Ensaio Preliminar. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica da Forum*. Vol. 21. P. 103-125. 2017. p. 103.

⁹⁰ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Dr. Gildo Rios. Ed. Martins Fontes. São Paulo-SP. 2006. p. 88.

⁹¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 88-9.

força. O poder é justificado racionalmente através da própria lei da natureza, sobrevivência do mais forte. A força institucionaliza a violência na medida em que o poder do príncipe é agora compreendido dentro do reino das leis da ciência natural e não a luz do conhecimento metafísico de orientação aristotélico-tomista⁹².

Temporalmente situando fala-se do ano de 1532, data da publicação original do Príncipe de Maquiavel. Aqui, Morrison pretende demonstrar que o artifício retórico, hoje é reduzido à expressão popular “os fins justificam os meios”, já é um indicativo do caminho para criticar as proposições jurídicas que definem o Direito como um conjunto de leis que possuem uma conexão necessária com os valores e a moral cristã, por isso “o príncipe precisa ter a capacidade (ou *virtu*) da intransigência para ser bem sucedido⁹³”. Ainda nesse sentido, a ideia de coerção estatal começa a abalar a harmonia do cosmo no qual toda a necessidade da ordem era pensada para que o bem pudesse sobrepujar o mal, e o argumento maquiavélico, segundo Morrison, é no sentido de colocar em xeque essa ordem através do questionamento sobre tal relação⁹⁴.

O Leviatã de Thomas Hobbes, cuja publicação remonta ao ano de 1651, institui um modo de pensar que Morrison chama de liberalismo filosófico e continua dizendo que ele “teve por base essa emoção e o desejo hobbesiano de

⁹² Vale à pena menção à explicação clarificadora de Morrison, para quem “as associações bem organizadas podem ter vida mais longa que as desorganizadas, mas a morte é inevitável. Porém, as associações políticas sustentáveis podem desenvolver-se desde que baseadas no conhecimento das leis naturais de associação, crescimento, transformação e declínio, e a instabilidade e impermanência, que constituem a essência da vida, são desse modo parcialmente dominadas” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 90..

⁹³ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 90.

⁹⁴ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 91.

preservar seu domínio terreno contra a expectativa da morte⁹⁵”. A mudança da cosmovisão, inaugurada pela tentativa de esvaziamento do Direito Natural por Maquiavel, continua com o pensamento hobbesiano, pois o mundo se torna o lugar onde os desejos dos indivíduos podem/devem ser realizados. O que pode ser caracterizado como o estabelecimento de uma premissa individualista num amplo processo de evolução que se dará posteriormente. Outros dois pontos importantes para caracterização do pensamento hobbesiano dizem respeito a: a) a noção de *commonwealth* (enquanto ordem social estável), e b) controle racional das organizações humanas.

Veja-se, o desenvolvimento de uma ordem social estável, considerando o esvaziamento da cosmovisão naturalista de base aristotélico-tomista, reconduzia, de um modo diferente do feito na filosofia grega, o homem à centralidade da investigação científica. Desse modo, são os interesses dos homens e não de Deus, que devem ser objeto de atenção por parte dos cientistas. Conseqüentemente, a conversão desses interesses no desenvolvimento de uma ordem social, estável, o progresso da humanidade, dependeriam de quais regras estaríamos dispostos a desenvolver, e quais limites poderiam ser impostos nessa proposta de organização⁹⁶. Vale a pena a citação

A expansão e o progresso eram possíveis, mas só o seriam se pudéssemos, primeiro, criar a estrutura de uma ordem social estável. Seu segredo era o cálculo, o cálculo racional de seres humanos individuais com base em sua experiência da condição humana. Hobbes concordava com Maquiavel quanto à existência de certas regras naturais que devem ser observadas na criação de uma sociedade política bem sucedida – ou *commonwealth*,

⁹⁵ WAYNE MORRISON. Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos. pp. 92.

⁹⁶ WAYNE MORRISON. Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos. pp. 92-3.

como quer Hobbes - , e é mediante obediência a tais regras, como geometria, e não através do exercício das aptidões práticas de cada um, como no tênis, que o sucesso pode ser alcançado. Até então, contudo, ninguém havia tido curiosidade ou método suficiente para determinar quais eram. Com esse conhecimento, porém, tornava-se possível tomar o controle das organizações sociais e dar-lhes, sucessivamente, as formas que parecessem mais apropriadas⁹⁷

Neste sentido há uma confluência entre Hobbes e Maquiavel por conta de ambos concordarem no fato de que existe um conjunto de regras naturais que pressupõem a existência de uma sociedade organizada, estável e duradoura (*commonwealth*). Por isso faz todo o sentido se pensar na função da razão para compreensão do funcionamento dessas regras a partir dos critérios estabelecidos pelo primeiro em relação à condição do homem e seu papel na sociedade. Para Morrison, Maquiavel havia desagradado muito sua época pela sugestão de que a religião não passaria de uma ideologia, desenvolvendo um espaço para que certo tipo de “naturalismo” se infiltrasse nas estruturas intelectuais negando a existência de algo fora da natureza sendo, apenas, uma contingência histórica o fato de várias religiões diferentes surgirem anunciando credos diferentes e verdades diferentes⁹⁸.

Hobbes teria aceitado que a religião poderia existir como parte da psicologia humana na forma de um temor reverencial frente ao absoluto, porém, disto não se seguia, necessariamente, que houvesse uma relação lógica inevitável com o teísmo tradicional⁹⁹. A ideia aqui seria representada pelo fato de que não é possível conhecer verdadeiramente da primeira causa, por isso, ela é observada sob a luz de perspectivas diversas e, conseqüentemente, se têm respostas diversas em

⁹⁷ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 93

⁹⁸ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 93-4.

⁹⁹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 94.

locais diferentes pelo mundo, usando a linguagem como filtro emotivo da posição dos falantes. Em conclusão “as consequências dramáticas dessa infiltração naturalista no posicionamento do direito e da organização política podem ser aferidas por meio da verificação da realidade fenomenológica expressa na experiência religiosa¹⁰⁰”.

Porém, há de se ressaltar que a orientação proposta por Hobbes ainda necessitaria de duas outras metodologias que o auxiliariam a refletir sobre o direito e a organização política. De um lado, a proposição que pretendia refutar a falibilidade da mente humana e das ideias pré-concebidas na forma de ídolos históricos, científicos, filosóficos, etc., em contraponto com os fatos e o conhecimento da natureza. O empirismo baconiano (enquanto método científico) legou a uma tradição inteira a noção de que “os fatos podem ser desenvolvidos com base em ‘experimentos’, e o conhecimento indutivamente criado a partir de observações simples de proposições específicas de suas séries e ordens¹⁰¹”. De outro lado, o ceticismo também se tornara a medida para aferir a durabilidade das estruturas do conhecimento. A certeza latente da dúvida encontra o ponto arquimediano na existência através da consciência e o racionalismo descartiano¹⁰² se torna a segunda grande metodologia a favor do argumento hobbesiano¹⁰³.

¹⁰⁰ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 94.

¹⁰¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 95-6

¹⁰² O modo de pensar da modernidade está diretamente ligado ao debate sobre a origem das ideias e sobre se é possível advogar a tese da existência de ideias inatas ou não. O Racionalismo descartiano é, por ocasião da ressignificação do Tomismo na filosofia, a explicação de que a razão humana pode ser estruturada em categorias que não decorrem necessariamente de Deus ou todas logicamente de Deus.

¹⁰³ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 96.

Morrison segue argumentando que este posicionamento se torna contrastante com a ideia de dependência que era inexorável à experiência do misticismo e do sagrado¹⁰⁴. Em várias passagens da Bíblia é possível encontrar uma visão de dependência do homem com Deus e, conseqüentemente, a infinitude Deste e a finitude daquele. Apesar de o fenômeno nação-Estado ser de origem moderna, para essa organização ser compreendida pelo prisma da cristandade se faz necessário entendê-la como uma coisa orgânica dependente da orientação e vontade de Deus¹⁰⁵. Diante dessa magnificência de poder infinito, como pode o homem se dirigir a Ele? Considerando que a leitura de Hobbes seja mediada pelo famoso caso de Jó¹⁰⁶, homem temente a Deus que teve sua fé testada, a lição daqui extraída pode ser explicada a partir da seguinte referência:

O poder de Deus é irresistível porque (i) com razão, tememos um ser tão superior a nós que criou o mundo inteiro (ii) se não podemos entender o desígnio de todas as coisas criadas por Deus, ou cada injunção por ele estabelecida para lidar com as exigências da vida comum entre seres finitos e orgulhosos, devemos, não obstante, acreditar que existe um propósito nas regras estabelecidas por um ser tão poderoso, (iii) se ele terminará por impor sua vontade a toda e qualquer ocorrência, o melhor a

¹⁰⁴ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 97.

¹⁰⁵ Morrison cita várias passagens, como a do livro de Isaías “Eis que, para ele, as nações não são mais que as gotas de um balde, não mais que a umidade das balanças; costas e ilhas pesam tanto quanto um grão de pó. (...) Todas as nações se reduzem a nada perante ele, que as vê como menos que nada, como mera insignificância”, ou, “Eu sou o Senhor, vosso Santo, o criador de Israel, vosso Rei. Eu sou o que apaga tuas transgressões por amor a mim e que não irá lembra-se dos teus pecados. (...) Lembra-te destas coisas, ó Jacó, e Israel, pois és meu servo; dei-te forma, és meu servo; ó Israel, não me esquecerei de ti. Desfiz tuas transgressões como uma nuvem, e teus pecados como a névoa; volta para mim, pois já te redimi” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 97-8.

¹⁰⁶ Novamente, “Portanto, a lição a ser extraída da experiência de Jó era simples: poder em estado puro. Era o poder divino que determinava os processos do cosmo, que determinava a verdade. E se o poder divino, porém, fosse simplesmente o funcionamento da natureza? Uma vez mais, e se o poder divino (o positivo, a luz a verdade) fosse o contrário da nossa falta de poder (a ausência, as trevas a ignorância)?” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 99.

fazer é seguir sua palavra desde o início, e (iv) é natural que vivamos em estado de temor reverencial diante de tal mistério e que o dotemos de qualidades benignas para diminuir nosso temor¹⁰⁷.

O Leviatã pode ser interpretado, nestes termos, como uma espécie de resposta ao temor reverencial do Poder de Deus estabelecendo a premissa de que é possível se fazer alguma espécie de acordo com Ele, senão, veja-se “só podemos nos tornar modernos se nos apropriarmos do poder que dá origem a esse temor, se o transformarmos em um poder dentro de nós mesmos¹⁰⁸”. O ponto mais importante em tal construção epistêmica é o valor dado ao nominalismo e o papel da linguagem na empreitada de compreender a relação entre conhecimento natural e divino. A questão levantada aqui é o fato de que o significado, a interpretação, é sempre uma criação humana e, desta feita, sempre carente de sentido¹⁰⁹. O termo médio para o equilíbrio entre a anarquia e a ordem reside no fato de a Igreja se tornar necessária para dar sentido as questões incognoscíveis de Deus e mediar o caos instituindo uma ordem.

Porém, disto não se segue que, necessariamente a ordem social estaria eivada de uma ideologia cristã, muito pelo contrário. A ordem social deve ser compreendida nos limites do próprio pensamento humano sem a orientação da fé. Na perspectiva de Morrison a obra do Leviatã abandona, portanto, aspectos mais notadamente vinculados ao papel da fé e da Igreja a fim de se voltar ao Soberano como o ente capaz de determinar a natureza da crença religiosa na sociedade¹¹⁰. Trata-se, inicialmente, de uma explicação do que seria a experiência e a

¹⁰⁷ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 99.

¹⁰⁸ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 100.

¹⁰⁹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 102.

¹¹⁰ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 103.

desconstrução de diversas crenças anteriores descendo, visceralmente, á imagem de mundo desnudada de tergiversações linguísticas e, inteiramente, focada na prática das relações. Em conclusão, “o sucesso, porém, é a conquista do ‘poder’;(…) Todos os homens compartilham um incansável desejo de poder (...) Os reis precisam, em seus países, criar leis que os tranquilizem¹¹¹”.

O que vem a ser, nesse sentido, o Direito Natural? E, qual é a sua necessidade e relevância na obra de Hobbes? Bem, Morrison sintetiza os argumentos hobbesianos da seguinte maneira: a) não há uma desigualdade natural entre os homens; b) há um desejo de poder realizar sua vontade igual entre os homens; c) há uma escassez de bens disponíveis para satisfazer ás vontades dos homens e; d) por conta desta equação (vontades humanas x escassez de bens) surgem a diferença, a competição e a guerra¹¹². Esta condição somente será sobrepujada a partir da criação de governos e, a partir da criação deles que se pode falar da elaboração de regas (num sentido positivo) de convivência harmônica e pacífica.

Isto não quer dizer que Hobbes atribuía exclusivamente ao Estado o condão de elaborar os critérios de justiça que seriam aplicados na sociedade, pois, existem diversas leis naturais presentes em sua argumentação constituindo, o Direito Natural, em “um direito da condição natural no sentido de exercer um poder básico e preservar a vida e a liberdade¹¹³”. A ciência de que é necessário abrir mão da ausência de obstáculos internos à conquista das suas próprias vontades (liberdade natural) é o que abre espaço para o fim da guerra. E o Direito Natural apareceria,

¹¹¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 106.

¹¹² WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 106-7

¹¹³ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 88-9

aqui, como leis (ou, conclusões, teses) racionais que orientam o pensamento humano¹¹⁴. Neste diapasão, encontra-se a ideia de contrato (enquanto a compreensão de que os homens devem buscar honrar com as obrigações que assumem) e de propriedade (enquanto uma espécie de freio, limite, da interferência na fruição dos outros em relação a suas posses).

Civitas, aqui compreendido como Estado deve ser compreendida como a reunião de pessoas num só corpo, capaz de julgar, através da elaboração de um contrato social¹¹⁵. Não se trata de simples acordo, ou concordância entre os participantes, mas sim uma espécie de unidade orgânica sob a mesma pessoa se tornando o deus mortal ao qual devemos deferências logo após do Deus Imortal. Ele não se sujeita, portanto, a leis, sendo a fonte delas, mas não regulado por elas, podemos concluir que “o soberano é um ponto social em que reside o poder, e o poder não pode obrigar-se a si próprio. Se um poder superior tiver de existir, tratar-se-á do poder do soberano. O soberano é absoluto¹¹⁶”.

Neste sentido, é importante salientar que Hobbes diferencia duas categorias de leis (enquanto ordens), sendo elas: a) leis divinas e; b) leis positivas humanas¹¹⁷. É por essa distinção que muitos naturalistas relutam em caracterizá-lo como um

¹¹⁴ Nesse sentido veja-se: “A razão nos diz qual é a primeira lei natural: *procurar a paz e segui-la*. Em seguida, discernimos uma segunda lei natural: um homem está disposto, na medida em que outros também o estejam, a ‘renunciar a seu direito a todas as coisas e, no que diz respeito aos outros homens, a conectar-se com a mesma liberdade que concederia a outros homens em relação a si próprio’. (...) A terceira leitura natural hobbesiana diz respeito aos contratos (...) Hobbes sistematizou cerca de dezenove leis naturais” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 109-11.

¹¹⁵ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 111-2.

¹¹⁶ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 112.

¹¹⁷ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 113.

positivista¹¹⁸, e alguns positivistas o caracterizam como um protopositivista¹¹⁹. A respeito das leis positivas humanas, estas podem ser de duas ordens diferentes: a) as leis distributivas e; b) as leis penais. Enquanto as primeiras dizem respeito aos direitos relativos a todos os súditos, as segundas corporificam as penalidades que serão atribuídas àqueles que violarem as leis, desse modo, vinculando sua aplicação à interpretação do aplicador¹²⁰.

Os elementos de temor reverencial, juridicamente instituídos na forma de coerção, ganham, aqui, uma conotação justificadora do exercício da soberania que passa a ser entendida como uma espécie de poder completo para prescrever

¹¹⁸ Como é o caso de Tadeu Weber para quem “a impossibilidade da transferência dos direitos naturais e o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico (silêncio da lei) pelas leis naturais são apresentados como fortes argumentos a favor do jusnaturalismo hobbesiano” TADEU WEBER. Hobbes: Um positivista ou um jusnaturalista. *Quaestio Juris*. Vol. 10, n.3, Rio de Janeiro, p. 1568-1581, 2015. p. 1568.

¹¹⁹ Para Júlio Tomé “Hobbes já tinha um pensamento que se enquadraria no que mais tarde ficou conhecido como Positivismo Jurídico (...) O Estado para Hobbes é positivo (juridicamente), pois a) quando Hobbes fala em uma só vontade, ele não diz que esta tem que ser justa, até mesmo por que como já afirmou, o que é justo pode alterar de pessoa a pessoa, ou de momentos em uma mesma pessoa – e ao fazer isso, Hobbes está dizendo que o poder conferido ao soberano para criar leis indiferentes ao conteúdo é legítimo. A vontade do soberano é a vontade dos cidadãos, assim como suas decisões (justas ou não); b) quando se confere autoridade ao soberano, os cidadãos concordam que através da força e do poder, este poderá ‘amedrontar’ os cidadãos e os outros Estados as lei (e a autonomia) daquele Estado, e como já foi dito, quando se fala em usar a força ou o poder através do medo de sanções ou punições por não cumprimento das leis que asseguram isso, se configura em *leis de coação* ou *poder coercitivo*, elemento que se encontra na teoria do positivismo jurídico; c) na definição de Estado que Hobbes utiliza no *Leviatã*, ele diz que o Estado tem o poder de usar a força e o recurso de todos da maneira que achar conveniente para assegurar a paz dos cidadãos do estado, o que configuraria nos dois elementos essenciais do positivismo jurídico, ou seja, poder coercitivo e independência de conteúdo, ou Direito sem uma moral pré-determinada, sem uma valoração de juízo anteriormente já estabelecida”. JÚLIO TOMÉ. O Positivismo no *Leviatã* de Hobbes. *Revista Enciclopédia*. Pelotas, Vol. 04, p. 123-145. 2015. p. 143.

¹²⁰ Morrison acredita que é este fato que vincula a perspectiva de Hobbes com que viria a ser sustentada séculos mais tarde por Kelsen, “isto é, que seus destinatários, são, na verdade, as autoridades jurídicas que têm de determinar se houve infrações a aplicar as sanções” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 113.

regras¹²¹. Porém, e o interessante de se notar, é que ele não parece dissociar racionalmente as leis positivas humanas das leis naturais na medida em que reconhece que o fundamento racional da soberania é a compreensão da existência dos direitos dos soberanos que seriam, em última *ratio*, justificados em leis naturais (a punição de súditos inocentes vai contra a lei natural, por exemplo). Em sede de uma conclusão preliminar desta análise, é possível sintetizar:

O triângulo pode ser assim descrito: (i) o cosmo é agora um mundo de objetos representados; (ii) a verdade é o ponto organizador, mas não pode ser assegurada por algum ponto fora da caverna que não seja um vaio significativo transcendental; em vê disso, a verdade deve ser avaliada pela referência (iii) sua adequação a um sujeito (para Hobbes, sua capacidade de garantir a ordem social para o soberano) à luz de seu desempenho pragmático. Hobbes coloca uma reivindicação ou prerrogativa natural em lugar do direito natural, e substitui a vontade pela lei; ao fazê-lo, cria o ponto de partida da filosofia política e da teoria jurídica da modernidade¹²².

Como se pôde observar ao longo desta narrativa Hobbes acaba por, de fato, sedimentar as bases de uma estrutura estatal legitimadora e centralizadora da produção jurídica. Percebe-se que ele estabelece as bases sobre as quais serão sedimentadas as orientações positivistas da modernidade, tornando-se, desse modo, um importante ponto de partida para nossa empreitada. Não parece ser diversa da posição tomada por Martins, para quem, apesar de conceber que o nominalismo de Oackham¹²³ teria tido um peso filosófico de maior monta para influenciar as

¹²¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 114.

¹²² WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 117.

¹²³ Em oposição ao platonismo, o Nominalismo de Oackham, ou, “navalha de oackham” constitui uma orientação filosófica que reduz a experiência complexa dos fenômenos da vida a uma simplicidade a fim de explicá-las. Pode-se citar a redução da complexidade do entendimento à linguagem, ou, a redução do universo metafísico à experiência.

orientações hobbesianas¹²⁴ (e ele não está errado), Hobbes tem uma relevância maior na caracterização do positivismo por conta de sua argumentação baseada em elementos estatais e desvelando de modo acentuado a decadência da escola do direito natural na Inglaterra¹²⁵.

Ainda neste sentido, Martins assevera que o debate instituído entre Hobbes e os seguidores da escola jusnaturalista de Burke, gerou uma dupla consequência “1) em oposição ao Jusnaturalismo britânico tradicionalista, surgiu o Positivismo Jurídico britânico, da Jurisprudência Analítica de Bentham e Austin; 2) e, em oposição ao Jusnaturalismo continental racionalista (...) a Escola Histórica do Direito¹²⁶”. Bobbio entende, igualmente, que não é só o advento de um positivismo estatal que é capaz de atribuir ao Direito Natural um novo sentido, sendo necessário que a própria filosofia jusnaturalista seja criticada como um todo¹²⁷. Trata-se, aqui, exatamente da orientação proposta por Martins acima, pois os mitos da filosofia naturalista eram pautados no racionalismo e o que a Escola Histórica do Direito irá propor é um argumento anti-racionalista¹²⁸.

¹²⁴ Martins está seguindo a orientação de Michel Villey para quem o nominalismo de Guilherme de Ockham pode ser entendida como uma perspectiva positivista pois constitui uma objetificação do método para o conhecimento com a noção de que as explicações mais simples são, por vezes, as mais corretas a respeito do tema. MICHEL VILLEY. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 234.

¹²⁵ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. Porto Alegre – RS. Editora Fi. 2016. p. 124.

¹²⁶ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 131.

¹²⁷ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995. p. 45.

¹²⁸ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 45.

Martins começa a exposição acerca do Historicismo apresentando a concepção de história de Herder, para quem, ela seria compreendida sob a luz de um conceito de “progresso” relacionado ao ganho de amplitude da técnica e um esvaziamento das virtudes¹²⁹. Além do mais, de acordo com Martins Herder utiliza-se de uma metáfora que compara esse processo de evolução particular de cada povo como o processo de crescimento de um menino, pois, todos os povos estão em processo de amadurecimento e, cada um deles, encontra-se no seu estágio próprio e pleno de maturidade¹³⁰. Em conclusão, para esse pensamento historicista de Herder, não haveria categorias amplamente universais (como “felicidade geral” ou “virtude”), pois elas dependem de uma interpretação consciente do pertencimento á sua temporalidade¹³¹.

Além desta premissa, que se pode entender enquanto uma espécie de compreensão da história a partir do diálogo entre às diversas culturas, há um segundo argumento importante levantado por Martins no que tange do pensamento de Herder que diz respeito á tomada de consciência da finitude humana por parte do historiador¹³². Este ato capacitaria o historiador, então, a se perceber enquanto um ser histórico e, partir daí, compreender-se inserido nesta cadeia de espaços

¹²⁹ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 134.

¹³⁰ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 134.

¹³¹ Nesse sentido, a perspectiva de Martins é a de que “o Historicismo, de Herder, diz-nos que não apenas diferentes épocas possuem suas singularidades, mas também diferentes povos e culturas são particulares. Concluímos, então, que Herder foi um crítico da perspectiva eurocêntrica iluminista, ao ‘descobrir’ que não apenas temporalmente, mas também espacialmente, poder-se-ia ver as singularidades dos povos” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 135.

¹³² RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 135.

culturais determinados¹³³. A ideia de diálogo cultural e a tomada de consciência da finitude humana, ainda, devem ser compreendidas a partir de uma posição antimetafísica assumida pelo Historicismo e, assim se conseguirá compreender, de fato, como esse fenômeno influencia na formação do pensamento da Escola Histórica do Direito. A partir da contribuição de Wieacker entende-se o ponto de conexão:

Wieacker mostra-nos muito bem este impacto, quando afirma que a Escola Histórica do Direito pôde descobrir a historicidade do povo alemão através da ‘tomada de consciência histórica’ em relação ao Direito. Como os historicistas jurídicos descobriram, no Direito, o ‘Espírito do povo’ (*Volkgeist*), isto significa dizer que a fonte do direito já não poderia ser mais o produto do trabalho do legislador estatal. O Direito passaria a ser, pelo Jus-historicismo, produto do ‘Espírito’ que nele existe e que advém da tradição cultural do povo germânico visto a partir de si; como protagonista de sua própria época¹³⁴

Outro argumento muito importante levantado por Martins se dá por conta da colocação temporal da Escola Histórica do Direito em relação ao criticismo kantiano¹³⁵. Considerando que o “Espírito do Povo” apontaria para a fonte do direito consegue-se perceber que essa visão está afeta a noção de Direito Positivo e Justiça como questões fundamentadas na ética kantiana; na qual o jogo entre as liberdades humanas e os outros seres humanos é mediada pelos conceitos de autonomia moral da pessoa e de ordem jurídica¹³⁶. O legado desta influência

¹³³ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 135;

¹³⁴ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 136

¹³⁵ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 137.

¹³⁶ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 137.

kantiana no pensamento historicista é compreendido por Martins a partir de duas consequências, quais sejam: “1) o Direito é diferente de uma Ética abstrata e universalista¹³⁷; 2) que, também, a Ciência do Direito é autônoma em relação ao Direito Positivo¹³⁸”.

O italiano Bobbio, de modo sintético, reúne cinco características fundamentais do historicismo, sendo elas: a) a variedade da história deriva da variedade de homens no mundo; b) a mola da história não é a razão iluminista, mas sim a não-razão; c) um pessimismo antropológico; d) admiração e exaltação do passado e; e) amor pela tradição¹³⁹. O historicismo aceita a premissa de que não existe um homem justnaturalista, ou seja, um padrão universal com caracteres fundamentais que permanecem os mesmos de acordo com a variação de tempo e espaço, existindo uma pluralidade de homens de acordo com a cultura e o período histórico¹⁴⁰. De outra sorte, o historicismo, também, atribui um caráter irracional

¹³⁷ Nesse sentido veja-se: “A primeira consequência (1) representa o reflexo da presença, no Historicismo jurídico, da distinção feita por Kant em sua *Doutrina do direito*, texto que está contido na *Metafísica dos costumes*, entre Ética e Direito. Para Kant, a Ética é o conjunto de leis que faz de uma ação um dever, sendo que o motivo o qual fundamenta esta ação, tem de ser o próprio ‘dever’. Na *Doutrina do direito*, Kant entendia que o Direito é um conjunto de leis que faz da ação também um dever, mas que o seu motivo fundamentador jamais seria o próprio ‘dever’, porque, em questões jurídicas, o motivo da ação pautada em uma lei jurídica deverá ser um ‘motivo externo’” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 137.

¹³⁸ Ainda a respeito desse tema: “Quanto à segunda consequência (2) da influência do Criticismo no Historicismo, podemos dizer que a autonomia da Ciência do Direito em relação ao Direito Positivo, feita por Kant, está presente no papel ‘produtivo’ atribuído pelos jushistoricistas à atividade do cientista do Direito, enquanto doutrinador jurídico. Em outras palavras, com base em Kant, a partir do Jus-historicismo, a Doutrina passa a não ser mera ‘cópia’ da dogmática jurídica, pois basta lembrarmos que a Escola Histórica do Direito via os frutos da Doutrina como fontes jurídicas” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 137.

¹³⁹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 48-51.

¹⁴⁰ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. p. 48.

para história na medida em que contrapõe a visão racionalista/iluminista de que a história precisaria de razão, cálculo, avaliação racional, mas, simplesmente de emoção “de tal modo que historicismo se torna romantismo, que exalta quanto de misterioso, de obscuro, de turvo existe na alma humana¹⁴¹”.

Ainda, o chamado pessimismo antropológico¹⁴² pode ser compreendido em contraposição ao otimismo iluminista que acreditava que através da razão o ser humano pode estar em constante caminhada rumo ao progresso e à evolução completa do ser. Ao contrário, o historicismo credita à história o fato de ser uma contínua tragédia e por conta disso descreve o modo como os mais privilegiados utilizam estruturas como o direito, ou, o Estado, para direcionar os rumos das sociedades. O penúltimo caráter do historicismo diz respeito ao elogio e o amor pelo passado que, novamente em contraste com o desinteresse dos iluministas com o passado (uma vez que ele representa a ingenuidade dos antigos), preceitua a idealização do passado como um tempo que representaria o espírito de um povo temporalmente concebido¹⁴³. Por fim, ao olhar para trás, o historicista acaba por determinar a existência de determinadas instituições e costumes sociais que comporão parte da tradição de um povo, em matéria de compreensão do fenômeno jurídico vale mencionar a frase: vale aquilo que é formado no curso da história¹⁴⁴.

Bobbio acredita que a compreensão destas cinco categorias e sua aplicação análoga ao fenômeno jurídico capacitaria ter uma ideia exata a respeito do que seria

¹⁴¹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 49.

¹⁴² A ideia da existência de tipos padrões de homens e comportamentos distintos variando de cultura para cultura, ou, a inexistência de um homem padrão e um comportamento humano universalmente aceito.

¹⁴³ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 50.

¹⁴⁴ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 51.

a Escola Histórica do Direito¹⁴⁵. Neste sentido, é possível asseverar que: a) não existe um direito único e igual para todos os povos no mundo; b) o direito não nasce do cálculo e da razão formal, mas sim do sentimento de justiça; c) é preciso conservar o direito vigente e suspeitar de novas instituições por conta do pessimismo antropológico; d) o apego e admiração ao passado fazem os juristas analisarem o fenômeno da recepção (na tentativa de resgatar o direito nacional contaminado por referências externas) e; e) a revalorização do costume como fonte do direito e expressão do “Espírito do Povo”¹⁴⁶.

Neste diapasão, a tentativa de resgate de uma tradição jurídica historicamente pautada em cima da idealização de um Direito Romano fez com que, na Alemanha houvesse uma busca pela revitalização desses valores dentro do direito alemão. Martins segue com a sua investigação dos efeitos do historicismo no pensamento de Puchta, Thibaut, Savigny e Ihering pois seu propósito, nesta obra em particular, é remontar às influências do normativismo kelseniano, por isso sua empreitada é localizada, geograficamente, no pensamento alemão que influenciou fortemente a escola de Viena e a formação de Kelsen. O propósito desta pesquisa, porém, não se esgota geograficamente na Alemanha, pois, na medida em que se esta construindo uma imagem da orientação positivista (apesar de ainda não se ter chegado lá propriamente), resta apenas uma peça nessa engrenagem para que se

¹⁴⁵ NORBERTO BOBBIO. O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito. pp. 51.

¹⁴⁶ De acordo com Martins “para Escola Histórica do Direito, a tarefa dos cientistas jurídicos estava já determinada pela tradição que os constituía. O cientista do Direito, que é um ‘doutrinador’ e, por isso, responsável por uma das fontes do Direito, precisaria ‘descobrir’ o ‘Espírito’ que está expresso por meio do Direito. No processo de jus-criação, portanto, é necessário que o Espírito do povo seja mesmo figurado como fundamento de sua própria produção jurídica, para que o resultado de sua jus-criação possa ser legítimo” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. pp. 139.

possa ligar esta orientação europeia com a tradição que se conectará com o pensamento português. Trata-se do Formalismo Jurídico instituído pelo Código Civil Francês de 1804.

Grande parte do argumento racionalista, do Iluminismo, poderia, também, ser encontrado dentro do pensamento Francês através da ideia de codificação¹⁴⁷. O que para Bobbio (1995) é justificado pelo fato destes ideais Iluministas terem se encarnado em forças histórico-políticas que deram margem para o acontecimento da Revolução Francesa e, a partir daí, o direito passa a possuir uma consistência política¹⁴⁸. Este fenômeno, na França, responde a um dos principais problemas daquela época: a diversidade de leis naquele Estado. A partir do reconhecimento desta complexidade e desarmonia entre as diversas leis daquele tempo ganha força a ideia de um Legislador Universal que atenderia as exigências de um direito simples e uno¹⁴⁹. É a partir daí que se constituiu uma ciência legislativa em oposição ao direito fenomênico da tomada de consciência histórica, além do que o direito real precisaria ser fundado na natureza das coisas conhecíveis através da Razão¹⁵⁰.

Tal tese pode ser perfeitamente observada a partir da Constituição de 1791, onde se pode encontrar a tipificação ordenando a elaboração de um código de leis

¹⁴⁷ De acordo com o Prof. Paulo Weyl, pensar a recepção do direito no Brasil, a partir da síntese efetuada por Bobbio, nos leva a concluir que nossa tradição dominante do pensamento jurídico e da prática construtiva das instituições jurídicas na colônia, foram absolutamente colonizadas sob a perspectiva pretensamente racionalista, no sentido do esforço em não se deixar contaminar pelos elementos culturais da colônia, em especial aquelas que de alguma maneira receberam influência dos sentimentos, dos olhares, do silêncio, do sofrimento, da vivência dos povos originários e dos escravizados. NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995.

¹⁴⁸ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 64.

¹⁴⁹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 64.

¹⁵⁰ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 64.

comuns a todo o reino e, posteriormente, na de 1793, o de um código de leis civis e criminais uniforme para toda a República Francesa. O grande senão da história é que apesar de toda essa inspiração Iluminista e jusnaturalista, o Código Civil Francês acaba por se “reaproximar decisivamente da tradição jurídica francesa do direito romano comum¹⁵¹”. Cambacérès¹⁵², por oportuno, apresenta por três vezes um anteprojeto de codificação para reunião das leis da França, porém, nenhum deles obteve sucesso no parlamento, o que não diminui sua relevância histórica em demonstrar como há uma inclinação ao descrédito e a resignificação do Direito Natural (cuja ideologia seria suavizada no terceiro projeto)¹⁵³.

De toda sorte, foi Portalis¹⁵⁴ quem contribuiu decisivamente para o fomento das ideias do projeto final que foi aprovado na França. Portalis escreve um livro, publicado postumamente, asseverando que o espírito filosófico (iluminista e racionalista), usa e abusa do ser humano durante todo o século XVIII, tendo reservado uma extensa parte desse livro para a crítica ao pensamento kantiano¹⁵⁵. Ou seja, “Portalis se concentra naquilo que, segundo ele, foi o abuso do espírito filosófico, isto é, a crítica indiscriminada conduzida pelo racionalismo contra toda a cultura passada, crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao

¹⁵¹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 65.

¹⁵² Jean-Jacques Régis de Cambacérès foi um político francês que deteve vários postos de elevado prestígio político, porém, depois de ser nomeado arquichanceler do Império Francês ficou encarregado de propor uma reunião das leis civis do Estado, ou seja, ele é um dos autores do Código Civil Francês.

¹⁵³ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 68-71.

¹⁵⁴ Jean-Étienne-Marie Portalis, tal qual Cambacérès foi político e jurista na França tendo contribuído proficuamente nos debates e elaboração do Código Civil Francês. Pode-se dizer que o projeto apresentado por Portalis foi aquele que ganhou maior número de adpetos, tendo sido a orientação preponderante no projeto final do Código.

¹⁵⁵ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 71,

materialismo¹⁵⁶”. O projeto definitivo do *Code Napoléon* decidiu abandonar completamente a concepção jusnaturalista e passou a tomar como base o pensamento do Ecletismo Espiritual e a obra *Traité Du Droit Civile* de Robert Joseph Pothier (que tratava, em grande monta, da solução jurídica do autor para diversos casos jurídicos).

O Código Napoleão consagrava, ainda, uma tripla fundamentação doutrinária: a) filosófica, b) política e, c) jurídica. A respeito da primeira é importante perceber que o código preleciona a existência de direitos pertencentes ao homem desde seu nascimento e que seriam inerentes á sua própria personalidade (derivados da natureza); sobre a segunda, o código previa a primazia da democracia com a prevalência da vontade coletiva e, por fim; a respeito da terceira, a aplicação temporal e territorial da lei, bem como seus métodos de interpretação eram minuciosamente trabalhados naquele texto¹⁵⁷. Amplamente influenciado pela perspectiva individualista e pelo retorno da tradição do Direito Romano, o Código Napoleão é uma resposta, na prática, para a questão sobre se o Direito deve ou não

¹⁵⁶ Essa referência é tão importante para o trabalho porque é a partir daqui que nasce a orientação do Ecletismo Espiritualista que viria a se tornar a filosofia oficial do Império Brasileiro no século XIX, observe-se a seguinte passagem “Essa obra [de Portalis] (ainda que particularmente infeliz, devido à sua extensão e seu estilo pesado e verdadeiramente indigesto) tem um certo significado na história das ideias, porque representa o ponto de passagem filosófica iluminista da Revolução para aquela (de inspiração espiritualista-romântica) da Restauração: a atitude filosófica de Portalis pode ser considerada a expressão desse *espiritualismo eclético* que teve os maiores expoentes em Victor Cousin e no italiano Rosimini” NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 72.

¹⁵⁷ SYLVIO CAPANEMA SOUZA. O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ. Vol 7. N. 26. 2004. p. 36 – 51.

se importar com o que é Justo em cada caso, supervalorizando o papel do código e consecutindo na febre codicista que varreu o Século XIX¹⁵⁸.

Nas lições de Fonseca (2010), “os romanos trouxeram para as Gálias, além das armas, os seus códigos. E foi esse Direito que se enraizou, *imperio rationis*, enquanto servia às exigências da razão, e também incrustado no Código Civil Francês¹⁵⁹”. E, corroborando com o entendimento de Souza, ainda acresce que esse Código Francês acabou “exercendo larga influência sobre todos os códigos elaborados no curso do século XIX e alguns do século XX, tais como o da Itália, da Espanha, de Portugal, Bélgica, Romênia, Egito, México, Peru e Venezuela¹⁶⁰”. Ressalte-se que algumas regiões da Alemanha também foram influenciadas pela orientação napoleônica, porém, o Código Civil Alemão (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ou, simplesmente, BGB) foi conduzido pela experiência da ciência pandectista, reservando ao *Code Napoléon*, ínfima significância na elaboração da lei alemã¹⁶¹. Fachini Neto (2013), ainda sistematiza que o Código Francês:

baseou-se substancialmente em quatro pilares: a) o direito romano, tal como sistematizado por Domat e Pothier; b) o direito consuetudinário,

¹⁵⁸ SYLVIO CAPANEMA SOUZA. O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ. Vol 7. N. 26. 2004. p. 36 – 51.

¹⁵⁹ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

¹⁶⁰ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

¹⁶¹ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

particularmente o *Coutume de Paris*; e) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas; d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente¹⁶².

O modelo jurídico Francês, como visto no parágrafo anterior, consegue corporificar todo um momento histórico, filosófico, jurídico e político de uma Era. A vitória deste sistema jurídico e a noção de positivação na forma do Legalismo Exegético é o que se torna o discurso jurídico do *mainstream* na Europa. Os debates jurídicos noutros países eram pautados, justamente, por estes princípios estabelecidos na Doutrina legal francesa. Os objetivos, no tópico presente, eram: a) distinguir as principais características da orientação positivista moderna a partir de Thomas Hobbes e; b) identificar os aspectos desta orientação que são absorvidos pelo Historicismo Alemão e pelo Formalismo Francês. Através da análise bibliográfica foi possível compreender a orientação hobbesiana como pautada no nominalismo, na redução racional da relação homem/natureza, e a o papel significativo do Estado na produção legislativa.

A respeito do Historicismo foi possível concluir que ele busca exercer uma crítica ampla ao ideal de razão iluminista, aos conceitos de “progresso”, e que o movimento buscou uma compreensão do homem e de sua história a partir da individualidade, da não racionalidade, da própria história. Juridicamente, a Escola Histórica do Direito tentou demonstrar que o fenômeno jurídico deve ser interpretado a partir do “Espírito do Povo” e que ele deve ser historicamente alocado dando valor ao seu passado. Por fim, a respeito do Formalismo Jurídico Francês, o retorno à tradição romana, a conciliação desta tradição com a orientação

¹⁶² EUGÊNIO FACHINNI NETO. *Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, número 198. Abril/Jun. 2013. p.69.

consuetudinária e a elaboração de um código que reuniu as leis do Estado no *Code Napoléon*, consecutiu num alargamento da experiência positiva para toda a cultura jurídica europeia. Diante de todos estes fatos, é possível observar o estágio no qual esta orientação é discutida na Europa.

Em se falando da experiência jurídica brasileira se faz necessário compreender como estas ideias começam a fazer parte da cultura jurídica pátria. A noção de uma autonomia intelectual, de uma identidade brasileira somente pode ser concebida de modo claro a partir do final do século XIX. Nesse período é possível perceber já todo um desenvolvimento do Positivismo, do Historicismo e um Formalismo Jurídico. É de se assustar que, muito por conta disso, as influências doutrinárias e legais, no Brasil, são sempre mediadas por algum comentador de todo este debate. Por isso é importante frisar que é possível dividir a recepção dessas influências europeias em dois momentos distintos: a) o primeiro, pensando numa imposição direta da cultura jurídica portuguesa para formação do direito e da cultura brasileira (desde a chegada da Coroa até a criação das primeiras faculdades) e; b) o segundo, pensando numa interpretação dos doutrinadores estrangeiros através dos acadêmicos brasileiros.

Se for possível, neste momento, usar de alguma metáfora, é como se se estivesse diante das primeiras experiências do ser consciente de si. A criança sendo apresentada para as referências externas, o mundo exterior e criando vínculos com ele, laços, juízos valorativos. Quando aquela criança atingir certa maturidade começará a questionar tais laços iniciais e juízos. Somente a partir daí conseguirá construir sua identidade própria. Se os pais lhe disseram o que era ruim, e que as pessoas não aceitariam determinados comportamentos, ao criticar essa ordem e

buscar compreendê-la a partir de suas próprias experiências aquele ser pode construir sua identidade.

Como se está demonstrando preocupação com estes dois momentos (o da formação do contexto dos conhecimentos iniciais e o da crítica) a pesquisa seguirá, no tópico a seguir, construindo uma visão geral sobre os principais aspectos do que é possível ser chamada, ressalvadas as devidas vênias no emprego do termo, uma Cultura Juspositivista dentro da experiência de Portugal. Justifica-se tal escolha pelo argumento da justaposição levantado acima. O país colonizador atuará, aqui, como os pais que irão direcionar o rumo dos filhos impondo-lhes uma orientação prescritiva (sobre o que é certo e o que é errado). Enquanto que os colonizados, no caso os brasileiros, como os filhos que, num primeiro momento tomarão as ordens dos pais como dogmas, verdades inquestionáveis, mas, na medida em que ganham alguma maturidade podem colocar sob uma luz da suspeita a gênese destas verdades.

3. Uma trilha entre Europa e Brasil: Da influência do “Direito Comum” ao Iluminismo Português.

A associação entre a disciplina História do Direito e o país Luso inclinam a uma diversidade de autores de grandes contribuições para o tema. Antônio Pedro Barbas Homem, Ruy de Albuquerque, Mário Julio de Almeida Costa, Marcelo Caetano, Eduardo Vera Cruz Pinto, são muitos os nomes de relevante peso para o debate. Enquanto referência básica para se realizar uma averiguação profunda sobre tal relação, escolheu-se a obra de Antônio Manuel Hespanha, não apenas pelo reconhecimento internacional da pesquisa do autor em deslinde, mas, também, por serem encontrados elementos “extra-históricos” e a assunção de posições e valores

acadêmicos, muito afetos aos propósitos desta investigação¹⁶³. Deste modo, para Hespanha o Direito Português é altamente influenciado por duas tradições: a) de um lado o Direito Romano e; b) de outro o Direito Canônico¹⁶⁴. A recepção do romanismo em Portugal obedece, regra geral, os mesmos fatores da recepção em todo o resto da Europa, porém, com um arranjo próprio dos lusos¹⁶⁵.

A questão da chamada ideia-força de que o direito romano era o direito válido para todo o Império, não era plenamente aplicada em Portugal na medida em que os Reis portugueses aplicavam os princípios da *exemptio imperii* e *plenitudo*

¹⁶³ Porém, não se pode deixar de realizar aqui uma pequena homenagem a um português que passou pela Universidade Federal do Pará no dia 02 de Fevereiro de 2018 para tratar sobre a temática. Com uma perspectiva social e crítica, o professor Antônio Manuel Hespanha pôde agraciar um pequeno e seletivo público, com a sua grande experiência, a História das Instituições. Deslindando uma leitura prática na qual objeto histórico e tempo histórico não devem ser reservados a uma metodologia erudita que retira a funcionalidade da História do Direito, Hespanha demonstrou como as Instituições “fazem” o direito com suas práticas, como os manuais jurídicos formam a cultura do “homem padrão”, sobre a necessidade de se avaliar a história como uma história das rupturas e não das continuidades e, por fim, a urgência de uma Alteridade. Após esta passagem pelo calor do norte brasileiro, e um almoço com direito a pescada amarela num restaurante à beira-mar, o professor Manuel Hespanha voltou a Portugal na promessa de continuar publicando e se correspondendo com os pesquisadores e contribuindo com os estudos. Infelizmente pouco mais de um ano depois, precisamente no dia 01 de Julho de 2019, vítima de um câncer no cólon, o ilustre Jurista e Historiador veio a Falecer. Uma forma de manter vivo o legado de tão importante ser humano é dar continuidade aos seus estudos e referir-se a ele na oportunidade de elaboração desta pesquisa.

¹⁶⁴ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2015. p.489.

¹⁶⁵ De acordo com a lição de Justo “com a fundação de Portugal por volta do ano 1140, o velho direito do reino de Leão vigente no Condado Portucalense tornou-se português: a História do nosso Direito começou aí, embora os seus antecedentes remontem a um passado por vezes remoto, como o direito dos celtas e iberos, dos invasores romanos, germânicos e mulçumanos e dos povos que lutaram pela reconquista cristã. A ciência jurídica dos Romanos jazia, há muito, numa situação de esquecimento profundo que só não é total porque nos Conventos, Catedrais e Igrejas se conservou o velho *Corpus Iuris Civilis* que alimentava a chama que teimosamente não se apagava na expectativa de um dia poder reacender e iluminar a ciência jurídica. E foi assim que, um século depois de o direito romano ter renascido em Bolonha, aquela *iuris scientia* penetrou em Portugal para transformar o velho direito empírico, rude e grosseiro, num direito novo, capaz de satisfazer as exigências duma sociedade agitada pelo progresso”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V, 1. P. 197-242. 2008. p. 189.

*potestatis*¹⁶⁶. O primeiro princípio diz respeito à recusa da submissão ao Imperador e o segundo diz respeito à plenitude do poder intertemporal que, acabou internalizando as regras do direito romano que já vigiam nos sistemas internos do Reino português¹⁶⁷. São dois os momentos em que se pode perceber, indubitavelmente, a entrada deste “direito culto” dentre os portugueses. Pela estrutura legal a igreja tratou de regular (via direito canônico), leis da própria cúria que reforçavam o resurgimento do romanismo em Portugal; de outra sorte, pela porta doutrinária, a criação da Universidade Dionísica com a instituição das cadeiras de Direito Civil e Canônico¹⁶⁸.

Porém, ressalta Hespanha que tal processo de recepção do “direito comum” não foi realizado facilmente, considerando que não havia muitos juristas letrados capazes de fazer esse transporte, bem como, que existia uma tensão entre a regionalidade das práticas de determinados povoados em contraste com as exigências homogêneas daquele direito¹⁶⁹. A grande polêmica então foi estabelecida na cisão entre o direito chamado de comum e o subsidiário, porém, com a hispanização das soluções do direito comum, houve um fracionamento interno deste com orientações doutrinárias embasadas nas influências das academias hispânicas na formação dos portugueses¹⁷⁰. Em consequência desta polêmica D. João I manda fazer uma tradução do *Corpus júris civile* com a *Glosa*

¹⁶⁶ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 489.

¹⁶⁷ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 489.

¹⁶⁸ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 490.

¹⁶⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 491-2.

¹⁷⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 494-5.

de Acúrsio e *Comentário de Bártolo* e dá a eles força de direito subsidiário, isto ocorre em meados do século XIV.

Neste contexto de recepção, e de institucionalização da legislação romana em Portugal, encontram-se os problemas de interpretação e aplicação que também foram amplamente discutidos noutros tempos, exigindo, das autoridades que passassem a buscar uma sistematização e simplificação das orientações da legislação justiniana e das orientações de Acúrsio e Bártolo¹⁷¹. Esta necessidade de sistematização e, conseqüente, nacionalização do direito comum por parte dos portugueses gerou a elaboração das Ordenações. Antes disso, Azevedo aponta que Portugal teve uma precocidade em sua organização e reconhecimento enquanto estado nação, pois, já no século XII, além de sua delimitação territorial, gozava de língua própria, estrutura administrativa própria e era reconhecidamente um Estado independente¹⁷².

No ano de 1447, durante a vigência do reinado de Afonso V, os portugueses aprovam a reunião de leis em um só corpo do Direito Português através das chamadas Ordenações Afonsinas; inicialmente com cinco volumes versando sobre: a) os dois primeiros livros sobre Direito Público (das relações entre os órgãos de governo e entre o clero, a nobreza e o povo); b) o terceiro livro sobre Direito Processual; c) o quarto livro sobre Direito Privado e; d) o quinto livro sobre Direito

¹⁷¹ ANTÔNIO MANUEL HESPAÑA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 497-500.

¹⁷² ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853>. Acesso em: 01.04.2014. pp. 183.

Penal¹⁷³. De acordo com Hespanha a partir do advento das Ordenações Afonsinas começa-se a estabelecer o princípio de que o direito comum tinha uma força subsidiária em face da lei nacional, devendo ser aplicado somente quando não existir lei nacional sobre o assunto¹⁷⁴. Desta supervalorização do direito nacional surgem as diversas incompatibilidades lógicas entre as orientações regionais e, conseqüentemente, o direito romano e canônico passam a ser aplicados como métodos de resolução das antinomias partindo do pressuposto do princípio do pecado, ou seja: o direito civil só teria aplicabilidade em face o canônico quando da aplicação do mesmo não resulte um pecado¹⁷⁵.

Caso a antinomia persistisse dentro do modelo romanístico eram utilizadas, sucessivamente, as glosas de Acúrsio e a opinião de Bártolo, e, permanecendo a obscuridade a figura do Imperador deveria ser buscada para sanar a questão, corporificando verdadeiro princípio da autoridade do monarca¹⁷⁶. Pouco tempo depois, o agora rei D. Manoel, requer seja refeita e atualizada a reunião destes textos

¹⁷³ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853>. Acesso em: 01.04.2014. pp. 183.

¹⁷⁴ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 500-1.

¹⁷⁵ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 501.

¹⁷⁶ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 502. A respeito desse tema, Justo afirma que a partir das Ordenações Filipinas “se consagram, como fontes do direito português, a lei, o costume e o estilo da corte: aquela expressa a vontade do rei; o costume traduz uma prática constante e reiterada acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade jurídica; e o estilo da corte impõe-se como jurisprudência constante nos tribunais superiores. Na sua ausência, abre-se um espaço para o direito subsidiário que integrará as lacunas: direito romano, direito canônico, glosa de Acúrsio, opiniões de Bártolo e vontade do rei. A influência da ciência jurídica leccionada em Coimbra é inequívoca. Estas Ordenações vigoraram cerca de 60 anos e, portanto, o tempo suficiente para ainda vigorarem no Brasil”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008. p. 199.

legais e, de acordo com Azevedo, “isto foi realizado exatamente como, depois, se fariam os códigos modernos, ou seja, de forma unitária, sem referência a leis anteriores, inovando, e com redação simplificada¹⁷⁷”. Estas são as chamadas Ordenações Manuelinas que foram, definitivamente, publicadas em 1521 e que continham a mesma divisão em livros e assuntos que as ordenações anteriores (cinco livros com temas distribuídos sobre Direito Público, Direito Processual, Direito Privado e Direito Penal).

As grandes modificações implementadas por estas novas ordenações, de acordo com Hespánha dizem respeito à definição do âmbito de aplicação do direito romano e canônico, atribuindo ao princípio do pecado um caráter geral e expandido sua aplicação para os Tribunais Civis¹⁷⁸. De outro lado, a ordenação de D. Manoel previa também que, permanecendo as antinomias, o caráter definitivo da glosa de Acúrsio e, o subsidiário de Bártolo, deveriam prevalecer sempre que não houvesse opinião comum dos doutores contrária aos textos¹⁷⁹. Em resumo, o que estas ordenações pretendiam era retirar das referências históricas um ponto fixo em Acúrsio e Bártolo dando, deste modo, uma possibilidade de evolução do direito capaz de assumir novas necessidades normativas¹⁸⁰. Por fim, a história das ordenações alcança o ano de 1603 com as Ordenações Filipinas que acabam por manter as orientações das ordenações anteriores, porém, atribuindo um caráter claramente jurídico para a relação entre direito temporal e poder espiritual¹⁸¹.

¹⁷⁷ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 183.

¹⁷⁸ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 502

¹⁷⁹ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 502-3.

¹⁸⁰ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 503.

¹⁸¹ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 503.

Antes, porém, tanto Hespanha quanto Azevedo corroboram com a premissa de que, durante este período, o direito luso está sendo fortemente influenciado pelo humanismo jurídico vindo, o último, a defender que esta influencia se explica dadas “as preocupações de depuração dos textos do *Corpus Juris Civilis*, liberando-os do excesso de comentários, com sua atividade de crítica histórica, estabelecendo o significado original das regras jurídicas romanas, e com seu zelo pelo estilo¹⁸²”. Continua o doutrinador asseverando que por essa influência francesa surge a chamada “escola culta” incitando uma reação contra os modelos metodológicos dos comentadores e fomentando a união do estudo do direito com as letras humanas, por exemplo¹⁸³. A ressalva, também feita por ele, pode ser extensa, mas vale a pena a menção:

“O conservadorismo dos juristas portugueses, porém, jamais permitiu que o espírito crítico do humanismo francês fosse levado às suas últimas consequências; não se admitiu, em Portugal, que os textos do próprio *Corpus Juris* pudessem ser colocados em dúvida através, por exemplo, do estudo da interpolações. A apologia da livre investigação (o *libre philosophari*) ficou somente na liberação dos textos romanos e de seus comentários de glosadores e pós-glosadores; isto está claro na reforma da Universidade feita por D. João III, sucessor de D. Manoel, já em 1539 (Regimento da Indústria) quando se desaconselha formalmente a citação exaustiva de opiniões e se prescreve que as soluções para os casos devem ser buscadas diretamente nos textos legais. De qualquer forma, então, por influência francesa, em matéria de direito privado, os doutrinadores são substituídos pelas leis. Nos séculos seguintes XVII e XVIII, em Portugal, as leis, por sua vez, perderão importância diante da Jurisprudência¹⁸⁴”.

¹⁸² ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. p. 184.

¹⁸³ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. p. 185.

¹⁸⁴ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. p. 185.

Hespanha, a respeito deste mesmo assunto, aduz que, apesar da precocidade das compilações de leis dos portugueses, não havia uma sensibilização, ou, sequer um preparo dos juristas para “poderem pôr de parte os processos de *Rechtfindung* tradicional (...) Posto isto, é lícito concluir que o movimento de renovação era, sobretudo, um fenômeno de mimetismo cultural¹⁸⁵”, alegando, ao fim, que os filhos dos humanistas serão bartolistas. Esta orientação do humanismo jurídico em Portugal, observou duas grandes vertentes e ideias centrais na sua produção: a) a necessidade de depuração-filológica e; b) a racionalidade do direito e a liberdade interpretativa¹⁸⁶. A respeito da primeira vertente, o humanismo jurídico português pretendeu depurar as más interpretações sobre o texto legal partindo da premissa de que deviam ser desprezadas elucubrações corruptas mantendo uma interpretação semântico-literal do texto a fim de preservá-lo¹⁸⁷.

Sobre a segunda vertente Hespanha explica que o racionalismo, ao sistematizar um número substancial de princípios e fundamentos para metodologia científica do direito, acaba por influir negativamente (com o repúdio da ciência jurídica medieval e a valorização dos textos) e, ao mesmo tempo, positivamente (cultivando uma liberdade interpretativa para os operadores do direito pautada numa dialética)¹⁸⁸. A respeito desta alegação é facilmente observável que o modo argumentativo encontrado para justificar a presença do direito romano, apesar da afirmação de uma independência por parte dos Reis portugueses, considerava a utilização do *imperio rationis* (ou, simplesmente, pela boa razão em que são

¹⁸⁵ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 504.

¹⁸⁶ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 505-11.

¹⁸⁷ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 505-6

¹⁸⁸ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 506-7.

fundadas), e ela estaria presente nas explicações de Bártolo, por exemplo, e nas Ordenações Manuelinas¹⁸⁹. De fato, na história do direito português pode ser evidenciado que a tradição jurídica lusa acabou por se antecipar nos processos de codificação do direito por ter seguido a linha de resgatar o direito romano e o canônico na forma do direito comum.

Não muito obstante este fato, pode-se constatar, também, que durante o período das ordenações a cultura jurídica portuguesa começou a sentir as tensões das ideias desenvolvidas até então no resto da Europa. Portugal começa a perceber que, em que pese todo o avanço legislativo, havia uma notória carência de justificação e adequação, teórico-filosófica, com as exigências que a alvorada dos movimentos em formação na Europa viria a despertar (e que modificariam a disciplina da ciência jurídica). Este período, compreendido a partir da segunda metade do século XVI, é marcado pela suspeita acadêmica instaurada por conta da crescente insegurança jurídica dado este estrangulamento que o racionalismo e humanismo sofreram ao entrar no pensamento jurídico português¹⁹⁰, o que complementa a posição anteriormente levantada por Azevedo sobre o assunto do humanismo nas ordenações e o conservadorismo lusitano.

As orientações que são tomadas a fim de atender aos problemas sentidos vão tomar por conta a necessidade de se manter a estabilidade através do alargamento da autoridade interpretativa para os *Assentos*¹⁹¹ da Casa de Suplicação,

¹⁸⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. pp. 507.

¹⁹⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. pp. 512.

¹⁹¹ De acordo com Justo (2008) “os *assentos* consubstanciam interpretações autênticas das leis, que o rei Venturoso ordenou fossem feitas pelo Tribunal Superior do Reino, a Casa da Suplicação. Perante dúvidas sobre o sentido normativo de um preceito legislativo, os tribunais deviam pedir-lhe que fixasse o que devia ser observado no Reino. O Regedor convocaria os Desembargadores e, fixado

uma Reforma na metodologia de ensino a fim de restringir os debates e às referências no ensino (quanto menos referências aos comentários e às autoridades melhor!), e, por fim, a adoção de um sistema *praxístico*, contrariando a necessidade de formação de juristas com bases lógico-dialéticas e dogmático-conceituais, o apego às decisões judiciais¹⁹². Para Justo é possível dividir os juristas portugueses em duas classes distintas, “a que, embora herdeira do humanismo, procurava reatar a sua mais íntima ligação com a Idade Média, olhando para trás; e a que procurava tirar do Humanismo as últimas consequências, olhando para frente¹⁹³”. A primeira orientação predominou em Portugal tendo se tornado a porta de entrada da Escola Racionalista do Direito Natural que se desenvolveu amplamente na Inglaterra e na Alemanha. Importante trecho da obra de Justo trás a tona muitos dos argumentos tratados no tópico anterior que surgem à tona na cultura jurídica portuguesa

O entendimento do direito transformou-se radicalmente: a fonte do direito natural deixa de ser Deus, para ser a razão dos homens. Estamos perante uma orientação laica que vê no homem não uma obra divina, mas um ser natural; por isso, liberta-se da Teologia e defende a autonomia científica do direito natural como ciência dos princípios supremos da convivência social. Como fonte do direito, a razão humana constrói normas que derivam logicamente de outras e têm, nas tendências psicológicas da natureza empírica do homem, a sua base e ponto de partida: a sociabilidade, a felicidade, o egoísmo ou a bondade. Depois, a razão recolhe essas normas em sistemas que se consideram perfeitos,

esse sentido, era registrado num livrinho e, daí, o nome *assentos*. Assim se garantiria a segurança do comércio jurídico numa época particularmente importante. No entanto, porque as várias Relações (do Porto, de Goa, do Rio de Janeiro e da Baía) começaram, sem autorização régia, a emitir assentos, criou-se o caos com diferentes interpretações, só mais tarde, no século XVIII, afastado pela Lei da Boa Razão”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008. p. 199.

¹⁹² ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 515-16.

¹⁹³ ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. pp. 202.

completos, acabados e, portanto, sem lacunas. Afinal, são obra da razão que se afirma perfeita, capaz de tudo resolver¹⁹⁴.

É somente neste contexto que Portugal vai começar a ceder aos argumentos Iluministas que serão amplamente difundidos a partir do século XVIII com a marcante contribuição de Luis Antônio Verney e a chamada Reforma Pombalina¹⁹⁵. Os argumentos fornecidos por Verney marcam, definitivamente, a derrota deste conservadorismo português que relutava em permanecer fixado na interpretação exegética do direito comum e seus comentadores pátrios que causaram enorme insegurança jurídica ao longo de séculos. A necessidade de modificar o ensino jurídico e a própria práxis jurídica causaram um grande povoamento das concepções empíricas, racionalistas, historicistas e codicistas que já eram estudadas na França, Inglaterra e Alemanha¹⁹⁶. Isto tudo culminará, em 1769, a promoção da Lei de 18 de agosto chamada de Lei da Boa Razão¹⁹⁷ que trata de uma adequação de Portugal ao *mainstream* do resto da Europa.

¹⁹⁴ ANTÔNIO JUSTO. A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro. pp. 202.

¹⁹⁵ ESTEVAM LO RE POUSADA. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Civis*. Dissertação de Mestrado na área de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. São Paulo – SP. 2006. Novamente neste sentido, Antônio Santos Justo assevera que “no plano jurídico, defende-se a lei como única fonte do direito porque, além de expressão da razão e, por isso geral e abstracta, é segura, certa e clara e constitui um instrumento poderoso de transformação social. Afasta-se o costume porque é incerto e comprometido com o passado que urge transformar. A crença na onipotência da razão justifica o afastamento da velha *opinio communis doctorum*, da Glosa de Acúrsio e das opiniões de Bártolo porque não passam de meras probabilidades e a razão pensa que tem acesso à verdade. E, finalmente, afirma-se o direito natural e submete-se o direito romano ao crivo da razão, pelo qual só passa o direito *usus modernus pandectarum*”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. p. 203.

¹⁹⁶ ESTEVAM LO RE POUSADA. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Civis*. pp. 64.

¹⁹⁷ Sobre a Lei da Boa Razão é importante salientar que a mesma “afastou o costume *contra legem* e reduziu o direito subsidiário ao direito romano do *usus modernus pandectarum* e, em matéria de caráter político, econômico, mercantil e marítimo, às leis das nações cristãs, polidas e civilizadas. Ferindo gravemente o costume, aquela lei abriu caminho para a afirmação da lei como única fonte do

Cumulando as orientações do movimento Iluminista europeu, as diretrizes do direito natural racional, a modernização do direito romano, o desenvolvimento de uma Jurisprudência Elegante e a influencia das correntes jurídicas humanistas, a proposta de reforma do ensino, doutrina e jurisprudência portuguesa, são estes fatores que ficarão conhecidos como os fundamentos do Iluminismo Português¹⁹⁸. O *Code*, que acabou influenciando grande parte das legislações europeias pode tomar espaço na experiência portuguesa. Do mesmo jeito as divagações da Escola Histórica e do Pandectismo serão recepcionadas a partir da necessidade de integração do conhecimento jurídico, que àquela altura, estava atribuindo um peso maior para as proposições nacionais em face dos estudos estrangeiros. Acaba, no século XVIII, a forte resistência do conservadorismo em aceitar as inovações teórico-filosóficas mais importantes na Europa¹⁹⁹. Porém, a questão que surge, neste momento, está diretamente conectada a concomitância do desenvolvimento do direito brasileiro.

A data de chegada dos portugueses via expansão marítima na, então, Terra de Vera Cruz, é celebrada no dia de 22 de Abril de 1500, quando Pedro Álvares Cabral teria “descoberto” o Brasil. Justo assevera que este é o marco que dá início à penetração do direito português no Brasil num processo de interposição cultural

direito”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. p. 203.

¹⁹⁸ ESTEVAM LO REPOUSADA. Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Civis. pp. 67.

¹⁹⁹ Inclusive aderindo ao Liberalismo político clássico decorrente da Revolução Francesa, “simplesmente, o Iluminismo tinha lançado ideias muito fortes. A Revolução francesa constitui um exemplo bem significativo. Em Portugal, país de costumes mais brandos, triunfou a Revolução Liberal de 1820 a que seguiu, dois anos depois, a Independência do Brasil. A história do direito português bifurcou-se, seguindo duas vias: a portuguesa e a brasileira”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. pp 204.

que, segundo o mesmo, constituirá um direito luso-brasileiro²⁰⁰. Historicamente, portanto, quando do início do processo de colonização, já vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas (1447), muito embora estas tenham vigido por pouco tempo e dando lugar às Ordenações Manuelinas (1521). Tal reunião de leis foi imposta para todo o Reino, conseqüentemente, o Brasil, enquanto parte desta composição política, sofreu as conseqüências desta aplicação intercontinental entre metrópole e colônia. Azevedo lembra que, dada a difícil relação com os Franceses na Guiana, dois institutos administrativos são adotados pelo governo: a) a divisão administrativa em capitânias hereditárias e; b) a fundação da cidade do Rio de Janeiro²⁰¹.

Ao passo em que os Bandeirantes começam a exploração do território, a aplicação das Ordenações Manuelinas os acompanha como uma verdadeira sombra, especialmente no que tange ao direito sobre a titularidade das propriedades assumidas e, ao mesmo tempo, demonstrando como o deslocamento do direito comum para a alçada de subsidiário, causou uma insegurança jurídica também no Brasil²⁰². As Ordenações Manuelinas previam que as terras estéreis de Portugal deveriam ser divididas pelo Reino para que pudessem se tornar produtivas (instituto chamado de Sesmarias), e essa regra veio a ser aplicada no Brasil no período de 1530 a 1822. O grande empecilho nisso é que todas as terras brasileiras eram desocupadas e, portanto, inexploradas, enquadrando-se no conceito de terras estéreis, desse modo, há uma modificação no objeto da lei: se antes ela prevalecia

²⁰⁰ ESTEVAM LO RE POUSSADA. Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Cíveis. pp. 197.

²⁰¹ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. pp. 187-88.

²⁰² ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. pp. 188.

o agricultor, agora, no Brasil, ela favorecerá os grandes latifundiários que terão que comprovar ter recursos para explorar a terra²⁰³.

Com a ascensão de D. João IV, e o início da dinastia dos Bragança em 1649, Portugal já se encontrava em uma linha de declínio político-econômico, e, por outro lado, o Brasil vai ficar marcado na segunda metade do século XVII e no século XVIII pelo desenvolvimento populacional, pelo progresso econômico, a descoberta das minas de ouro, tornando a economia brasileira superior à portuguesa²⁰⁴. Diante da crescente miscigenação e do amplo desenvolvimento cultural do Brasil, o liberalismo francês, pautado nas ideias de Jean Jacques Rousseau, ganha a mentalidade dos intelectuais brasileiros e em 1789 eclode o movimento da Inconfidência Mineira²⁰⁵. Outrossim, é curioso notar, conforme aduz Antônio Junqueira de Azevedo que “desde então, e durante aproximadamente duzentos anos, foi a cultura francesa a principal fonte estrangeira de nossa formação intelectual²⁰⁶”.

Por fim, a respeito desta parte histórica a edição do *Code*, a promessa de invasão de Portugal e a deposição da Casa de Bragança culminaram com o deslocamento de um contingente de mais de dez mil pessoas da alta corte portuguesa para o Brasil, fixando-se no Rio de Janeiro a nova capital de um Reino Europeu até a proclamação da independência em 1822²⁰⁷. Ao longo de toda exposição histórica fica claro que a recepção do direito comum em Portugal não se

²⁰³ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 188.

²⁰⁴ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 187.

²⁰⁵ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 187.

²⁰⁶ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 188.

²⁰⁷ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 188.

deu sem um toque de originalidade e de adequação para atender aos padrões culturais daquele povo. Antecipando algumas etapas do que viria a ser o padrão europeu de organização legal, porém, com certa carência acadêmica, buscando socorro na tradição romana e nas orientações canônicas, os colonizadores lograram êxito em implantar um embrião do espírito de indolência e rebeldia que caracterizará a cultura jurídica brasileira no século XIX. As referências que têm sido abordadas, ao longo da presente seção do trabalho, têm demonstrado a riqueza silente jazida na história, somente priorizada a partir do interesse em reconstruir a trilha que tem mantido, juristas brasileiros e portugueses, intrinsecamente conectados com o todo da tradição europeia.

4. Conclusão.

A partir da presente pesquisa foi possível compreender o horizonte em que se deu a recepção do pensamento jurídico Europeu pelo Brasil. Foi possível reconstruir todo o elo condizente ao desenvolvimento da orientação positivista de Hobbes, seu reflexo na Europa, tanto no que tange ao positivismo analítico na Inglaterra, quanto ao fomento da atividade historicista na Alemanha.

A partir daí foi possível realizar este diálogo entre a Escola Histórica do Direito e sua crítica ao Direito Natural e o que desta crítica repercutiu na formação do Formalismo Jurídico e na Exegese Francesa. Ao passo em que todas estas bases foram apresentadas foi possível, também, comparar este trajeto com o desenvolvimento do pensamento jurídico português.

Toda a estrutura das ordenações, a formação do Direito Comum, as influências do romanismo e do jusnaturalismo, capacitaram o entendimento com clareza de como a tradição europeia chega ao Brasil através da imposição cultural

via a ação dos Jesuítas e como a crise do jusnaturalismo português influencia a busca pela autonomia político-intelectual do Brasil do século XIX.

A empreitada, todavia, ainda não está concluída, pois ainda faltam algumas peças no quebra-cabeça. Como, dentro desse contexto todo, será possível a constituição de uma autêntica identidade filosófica no Brasil? Como se dá a constituição de um pensamento filosófico-jurídico a partir dos teóricos que se desenvolverão no Brasil?

Pode-se dizer que a investigação aqui iniciada precisa mergulhar mais fundo nestas duas perguntas, cada vez mais trazendo elementos da constituição das ideias filosóficas que propriamente marcarão o desenvolvimento da tradição brasileira. Importante frisar que, como nunca foi o intento realizar uma investigação e catalogação minuciosa de todos os eventos que se sucederam neste largo período de tempo apresentado, não se poderá levantar a acusação de tratar-se a história com leviandade. Entretanto, e visando agora sim lançar uma premissa mais objetiva, o período no qual se produzirá o ciclo de formação e desenvolvimento do que ficou conhecido como Escola do Recife é altamente influenciado pelos contornos delineados até aqui.

A Crítica Jurídica feita pela Escola do Recife, que será apresentada em trabalho posterior, deve muito a trilha que se tornou caminho seguro entre o pensamento jurídico Português e encontrou espaço na leitura Jesuíta de Direito Natural e do Ecletismo Espiritual que predominou sem disputa no Brasil até 1860, quando o movimento recifense começa a ganhar corpo e adentrar não só nas academias, mas também, na esfera política (através do Liberalismo Político).

É seguro dizer que depois de compreender todo este percurso histórico fica claro qual denominação positiva está sendo recepcionada pelos portugueses (pois se trata muito mais de um tipo metodológico, científico). Porém, fica claro também que o Brasil terá que fazer uma opção entre: a) desenvolver seu próprio tipo de positivismo, ou; b) reproduzir orientações que estavam sendo discutidas no mundo. Nossa hipótese é que há sim como identificar a autenticidade do pensamento jurídico brasileiro no que tange a esta bifurcação.

Novamente é a Escola do Recife que apontará o caminho que foi escolhido pela crítica jurídica brasileira. No mais, resta dizer ao Advogado que precisava de uma resposta menos positivista que é necessário um pouco mais de reflexão sobre o que de fato é este tal de positivismo.

Referências Bibliográficas.

ADEODATO, João Maurício. *O Positivismo Culturalista da Escola do Recife*. Revista Novos Estudos Jurídicos – Volume 8 – N. 2 – pg. 303-326. Maio/ago. 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853>. Acesso em: 01.04.2014.

BARROS, José D'Assunção. *Teoria da História – Os Primeiros Paradigmas: Positivismo e Historicismo*. Volume II. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BARROS, José D'Assunção. *A Escola dos Annales e a crítica ao Historicismo e ao Positivismo*. Revista Territórios e Fronteiras. V.3. N.1. – Jan/Jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995.

COSTA, Célio Juvenal (e outros). *História do Direito Português no período das Ordenações Reais*. 5th International Congress of History. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/153.pdf> acesso em 14 ago. 2018.

COSTA, Emilia Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6ª Ed. Editora da UNESP. 1999.

- COSTA, Mauro Julio Britto de Almeida. *História do Direito Português*. 4ª Edição Revista e Atualizada, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. Edições Almedina – Coimbra. 2009.
- CHACON, Valmireh. *Formação das Ciências Sociais no Brasil: Da Escola do Recife ao Código Civil de 1916*. (...).
- DIB TAXI, Ricardo Araújo. *A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno*. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018.
- FACHINNI NETO, Eugênio. *Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, número 198. Abril/Jun. 2013.
- FERNANDES, Ernesto e; RÊGO, Aníbal. *História do Direito Português: súmula das lições proferidas pelo Exmo Prof. Doutor Marcelo Caetano ao curso do 1ª ano Jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa. 1941.
- FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.
- HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livraria Horizonte, 1978.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.
- HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- JUSTO, Antônio. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008.
- LINS, Ivan. *História do Positivismo no Brasil*. Companhia Editora nacional. São Paulo- SP. 1926.
- LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. Revisão de Tradução Silvana Cobucci Leite. Martins Fontes – São Paulo-SP. 2007.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A Atualidade Hermenêutica da Ciência do Direito: Uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito*. Tese de Doutorado defendida em 28.03.2017. Disponível em: <<http://www.ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses/Tese%20Ricardo%20Evandro%203%20abril%202017%20Paulo%20Weyl%20ufpa%20ppgd.pdf>> Acesso em: 15.06.2018.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. Porto Alegre – RS. Editora Fi. 2016.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Dr. Gildo Rios. Ed. Martins Fontes. São Paulo-SP. 2006.
- PAIM, Antônio. *Os Intérpretes da Filosofia Brasileira – Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil*. Volume I. 3ª Ed. Editora UEL. Londrina. 1999.

- PAIM, Antônio. *A Escola do Recife: Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil*. Vol. V. Editora UEL. Londrina – PR. 1997.
- PAIM, Antônio. *Formação da Escola Eclética*. Vol. 1. Ed. 1. Brasília. 2012.
- PAES, Alberto de Moraes Papaléo; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de. *Uma Historiografia Crítica do Positivismo Jurídico: Ensaio Preliminar*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica da Forum*. Vol. 21. P. 103-125. 2017.
- POUSADA, Estevam Lo Re. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Cíveis*. *Dissertação de Mestrado na área de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP*. São Paulo – SP. 2006.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das Ideias Políticas no Brasil*. Editora do Senado Federal Brasília – DF. 2001.
- SHIGUNOV NETO, Alexandre e; MACIEL, Lizete Shizue Bomura. *O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões*. *Educar*. Curitiba n. 31, p. 169-189. 2008.
- SHIGUNOV NETO, Alexandre e; MACIEL, Lizete Shizue Bomura. *A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas do ensino*. *Educação e Pesquisa*. São Paulo, v. 32, n.3, p. 465-476. 2006.
- SOUZA, Sylvio Capanema. *O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro*. *Revista da EMERJ*. Vol 7. N. 26. 2004. P. 36 – 51.
- TOMÉ, Julio. *O Positivismo no Leviatã de Hobbes*. *Revista Enciclopédia*. Pelotas, Vol. 04, p. 123-145. 2015.
- TORRES, João Camilo de Oliveira. *O Positivismo no Brasil*. Edições Câmara. Brasília – DF. 2018.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WEBER, Tadeu. *Hobbes: Um positivista ou um jusnaturalista*. *Quaestio Juris*. Vol. 10, n.3, Rio de Janeiro, p. 1568-1581, 2015.

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIRETIVA 343/2016 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

Presumption of innocence: considerations on Directive 343/2016 of the European Parliament and of the Council

Airton Amílcar Machado Momo**

Resumo: O presente relatório tem por objetivo examinar o impacto no princípio da presunção de inocência ocasionado pela edição da Diretiva 343/2016 do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual consagra regras mínimas para a proteção dos direitos processuais dos suspeitos e arguidos e visa a reforçar a confiança dos Estados-Membros nos sistemas de justiça uns dos outros, a fim de facilitar a cooperação judiciária em processos penais.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Diretiva 343/2016; Cooperação.

Abstract: This paper intend to examine the impact of the presumption of innocence principle due to Directive 343/2016 of the European Parliament and of the Council, which enshrines minimum rules for the protection of procedural rights of suspects and accused persons and aims to strengthen the trust of Member States in each other's criminal justice systems, in order to facilitate judicial cooperation in criminal proceedings.

Keywords: Presumption of innocence; Directive 343/2016; Cooperation.

Sumário: Introdução; 1. Presunção de Inocência: Um Princípio em Construção; 2. Estado de Direito e Proteção da Esfera Individual; 3. Aspectos da Presunção de Inocência; 3.1. Lapsos Temporais; 3.2. Direito à Preservação da Imagem; 3.3. Direito à Preservação da Imagem; Considerações finais; Referências bibliográficas.

**Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público e Combate à Corrupção e em Criminologia pela Escola da Magistratura do Tocantins. Promotor de Justiça.

1. Introdução

Com a edição da Diretiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, ocorrida em 9 de março de 2016, volta ao centro do debate a amplitude e os reflexos da aplicação do princípio da presunção de inocência nos ordenamentos processuais penais dos Estados que integram o espaço europeu. A Diretiva tem por escopo, ao que parece, não propriamente ampliar e aperfeiçoar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais nos Estados membros, ou consolidar o respeito à esfera individual frente aos sistemas de justiça penal, mas a criação de standards mínimos que permitam a retirada de entraves para uma maior cooperação judiciária em matéria criminal no âmbito da União Europeia.

A livre circulação de mercadorias e pessoas no espaço europeu facilitou sobremaneira a prática de delitos transfronteiriços e revelou a necessidade de maior integração entre os sistemas de justiça para a realização de atos processuais (v.g. inquirição de testemunhas, busca e apreensões) fora do espaço de jurisdição nacional onde o delito foi cometido ou é apurado, além do reconhecimento e execução das sentenças penais condenatórias pelos demais Estados.

Diminuir as diferenças de tratamento conferido ao investigado ou imputado de crime nos diversos ordenamentos nacionais, em especial em pontos nevrálgicos como o princípio da presunção de inocência, portanto, constitui pressuposto facilitador do reconhecimento mútuo de sentenças e outros atos judiciais proferidos pela justiça penal dos Estados membros, base para a cooperação judiciária internacional e a consolidação de um sistema dotado de maior efetividade.

O presente relatório objetiva analisar a evolução do princípio da presunção de inocência em conjunto com a evolução da ideia de Estado. Inicialmente concebido

apenas comocritério de julgamento transforma-se em princípio informador do processo penal no Estado de Direito, elemento constitutivo da ideia de dignidade da pessoa humana, escudo forte de proteção da esfera individual frente aos sistemas de justiça penal cada vez mais aparelhados e interventivos.

Busca identificar os principais elementos e características em que se desdobra a presunção de inocência por meio de análise comparativa dos seguintes aspectos: lapso temporal em que perdura o estado de inocência, a imposição de normas de tratamento ao imputado nas fases de investigação e julgamento, o direito à preservação da imagem e a proteção contra a autoincriminação.

2. Presunção de inocência: um princípio em construção

A ideia de se presumir a inocência daqueles a quem é imputada a prática de uma infração penal não é recente. Está intimamente ligada à própria construção histórica do direito processual penal enquanto instrumento de aferição de culpa e suporte legitimador para a imposição da reprimenda penal.

Inicialmente vista apenas como regra de julgamento e apreciação da prova, a preocupação com inocência daqueles submetidos à acusação criminal teve registro no Direito Romano, onde na época de Trajano já se considerava mais adequado deixar impune o crime que condenar o inocente²⁰⁸. Após um período no medievo em que o procedimento inquisitorial teve por regra a presunção de

²⁰⁸ GUSTAVUS FRIEDRICH HAENEL, *Corpus Legum - Ab Imperatoribus Romanis Ante Iustinianum Latarum*, Chicago, J.C. Hinrichs, Harvard University, 1857, p. 100. Ulpianus Lib. VII. de Officio Proconsulis. L. 5 D. de Poenis 48, 19: “*Absentem in criminibus damnari non debere, divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, divus Traianus Adsiduo Severo rescripsit: satius enim esse, impunitum reliqui facinus nocentis, quam innocentem damnare*”.

culpa²⁰⁹, Cesare Beccaria, já em 1764, identifica como ato de força e não de direito a utilização de tortura como método para extrair a confissão do imputado e a aplicação de pena a um cidadão enquanto há dúvida de sua culpa, o qual deve ser considerado inocente até que se julgue a violação do pacto social que lhe confere proteção²¹⁰. A presunção de inocência ganha força na Revolução Francesa, alçada à condição de direito fundamental na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²¹¹, e hoje encontra-se positivada em diversos tratados internacionais, dentre os quais o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das

Nações Unidas²¹², a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²¹³ e Convenção Europeia dos Direitos do Homem²¹⁴.

²⁰⁹ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*, trad. Perfeto Andrés Ibañez, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 550.

²¹⁰ Para CESARE BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, trad. José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp. 92-93: “Um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade poder retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida. Qual é, portanto, aquele direito, senão o da força, que concede a um juiz o poder de aplicar uma pena a um cidadão enquanto se dúvida se ele é culpado ou se está inocente? Não é novo esse dilema: o delito ou é certo ou é incerto; se é certo não lhe convém outra pena senão a estabelecida pela lei, e inúteis são astorturas, porque inútil é a confissão do réu; se é incerto, então não deve torturar-se um inocente, porque é inocente, segundo as leis, o homem *cujus* delitos não estão provados.”

²¹¹ Cfr. artigo XI da Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la Loi”.

²¹² O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, ratificado pela República Portuguesa por meio da Lei n.º 29/78, estabelece no artigo 11.º: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

²¹³ O n.º 1 do artigo 48.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia registra: “Presunção de inocência e direitos de defesa. 1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.

²¹⁴ Cfr. o n.º 2 do artigo 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

No ordenamento português, a presunção de inocência é contemplada na Constituição da República Portuguesa (CRP)²¹⁵ de maneira não divergente com os pactos internacionais. A análise dos instrumentos normativos mencionados, no entanto, não indica com precisão quais as consequências jurídicas para o status de liberdade do arguido decorrem dessa obrigação estatal de considerar como inocente, até o julgamento definitivo, aquele contra o qual pesa uma suspeita ou acusação formal de crime. Dessa forma, a amplitude e o conteúdo material do estado de inocência é delimitada pela jurisprudência dos tribunais dos diversos Estados membros, os quais conferem significação diversa a esse princípio fundante do processo penal moderno.

A diversidade na aplicação do princípio pelos tribunais dos Estados membros e mesmo entre os tribunais de um mesmo Estado, diante da falta de regulamentações normativas internas precisas que especifiquem o alcance e as consequências jurídicas do instituto na tutela de garantias mínimas ao suspeito ou arguido, acaba por gerar crise no sistema de reconhecimento mútuo e dificuldades para o cumprimento de sentenças e outras decisões de caráter criminal.

Nesse contexto, longe ainda de constituir proposta para um processo penal transnacional no âmbito do União Europeia²¹⁶, a Diretiva 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho reforça aspectos relevantes de incidência do instituto e

²¹⁵ Na CRP o n.º 2 do artigo 32.º assegura: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

²¹⁶ Para uma visão geral das propostas para o processo penal transnacional no âmbito do Espaço Europeu, cfr. BERND SCHÜNEMANN, *Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 265-281.

estabelece standards mínimos, apontando direções razoavelmente precisas para que os Estados membros observem no curso das investigações e ações criminais.

3. Estado de direito e proteção da esfera individual

A compreensão das relações entre Estado e indivíduo, dos limites e objetivos da intervenção na vida privada e, no caso específico em exame, das formas de tratamento que o Estado deve dispensar aos suspeitos e acusados da prática de condutas delituosas durante o curso do processo, até a prolação de sentença firme, têm por premissa o modelo de Estado ao qual nos referimos.

A concepção clássica de constituição sempre esteve associada à limitação do poder político com o objetivo de proteção dos direitos fundamentais²¹⁷, constando na Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão de 1789 que uma sociedade em que os direitos ali previstos não são assegurados não possui constituição (artigo XVI).

Esses ideais liberais e democráticos que pressupõem o povo como entidade política existencial, identificam nação como um conceito afirmativo. Apenas o povo capaz e atuar, desperto à consciência política, sujeito de si mesmo e habilitado a fixar com autonomia o seu destino é identificado como nação²¹⁸. Esta nação soberana, cuja vontade geral se expressa na constituição e nas leis, tem por objetivo primordial a proteção do indivíduo enquanto pessoa, de modo a fornecer as condições necessárias para que se desenvolva com liberdade e autodeterminação.

²¹⁷ RICCARDO GUASTINI, *Ideologia de la interpretación constitucional*, 2.ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 48.

²¹⁸ Para um maior aprofundamento dessas ideias, cfr. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, 1.ª ed., 2.ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2017, pp. 87-104.

Ao lado da visão ideal e libertária, afirmadora dos direitos fundamentais, não podemos olvidar que a ideia de Estado também está intimamente ligada ao emprego da violência como meio para a conformação de condutas e a consolidação do poder dentre os diversos grupos de interesse. A esse respeito, Max Weber identifica o Estado como o agrupamento de dominação com o monopólio da violência legítima no âmbito de um território²¹⁹.

A diminuição e regulação do emprego da violência por parte do poder soberano é fruto de uma longa jornada, resultou não da benevolência do príncipe²²⁰ mas do amadurecimento da consciência dos povos e, segundo Foucault, decorre do aperfeiçoamento de outros mecanismos sociais de controle tais como a organização do trabalho assalariado, surgimento das escolas e hospitais, cujo poder de coerção sobre mentes e corpos é de tal ordem que torna desnecessária a banalização do emprego da violência física para a conformação das condutas²²¹. Em meio a tantos

²¹⁹ Cfr. MAX WEBER, *Ciência e Política: duas vocações*, trad. Leônidas Egenberg e Octany Silveira da Mota, 18.^a ed., São Paulo, Cultrix, 2011, p. 57, para quem: “O Estado moderno é um agrupamento de dominação que apresenta caráter institucional e que procurou (com êxito) monopolizar, nos limites de um território, a violência física legítima como instrumento de domínio e que, tendo esse objetivo, reuniu nas mãos dos dirigentes os meios materiais de gestão. [...] A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado — não haja a respeito qualquer dúvida —, mas é seu instrumento específico”.

²²⁰ Cfr. NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, 7.^a reimp., Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 9, onde afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contravelhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

²²¹ Para uma melhor compreensão do tema importante a leitura de MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, trad. Raquel Ramallete, Petrópolis, Vozes, 1998, pp. 31-41, o qual ressalta o caráter instrumental da violência como a personificação do poder do Príncipe. A descrição dos suplícios de Damien revela a liturgia da violência enquanto instrumento de consolidação do poder soberano. O corpo nu levado à praça de Grève será atezado, aplicado chumbo, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos simultânea e conjuntamente. O corpo então será desmembrado por quatro cavalos, consumido pelo fogo e reduzido a cinzas. Assinala, também: “O ciclo está fechado: da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime. Ou melhor, ele constituiu o elemento

mecanismos sociais de controle disponíveis, a intervenção estatal violenta, com ingerência direta na esfera de liberdade, passou a restringir-se a situações excepcionais, devidamente estabelecidas em normas específicas, somente legitimada em situações de absoluta necessidade para a proteção de outros direitos fundamentais.

No modelo atual de Estado Democrático de Direito, de feições antropocêntricas, o suporte ético de legitimação do poder reside no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, os quais operam como fonte de legitimação e critério de validade da ordem jurídica²²², ou ainda eixo estruturante do Estado Constitucional²²³.

que, através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo o cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva. O corpo várias vezes supliciado sintetiza a realidade dos fatos e a verdade da informação, dos atos de processo e do discurso do criminoso, do crime e da punição. Peça essencial, conseqüentemente, numa liturgia penal em que deve constituir o parceiro de um processo organizado em torno dos direitos formidáveis do soberano, do inquérito e do segredo”.

²²² JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Dignidade e constitucionalização da pessoa humana, in Paulo Otero, Marcelo Rebelo de Sousa e Fausto de Quadros (coords.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 285-296, p. 291. Sobre a garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais na República Portuguesa, cfr. J JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1998, pp. 242-243.

²²³ INGO WOLFGANG SARLET, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – Algumas notas com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in Marcelo Rebelo de Sousa et al (coords.), *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 941-971, pp. 941-942, aponta a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais com eixos estruturantes do Estado Constitucional e em estreita conexão com a ideia de Estado Democrático de Direito.

É na concreção desses direitos, na experimentação e vivência diária no ambiente comunitário que a ordem jurídica encontra seu argumento de legitimidade, não na mera previsão formal²²⁴.

Assim o é na República Portuguesa, em que a moldura constitucional marcada nos artigos n.º 1 e 2 assegura que dignidade da pessoa humana é a base do Estado, o qual tem por meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária por meio do respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais.

Reconhecer que a dignidade da pessoa humana constitui o elemento fundante do Estado de Direito²²⁵ resulta em assegurar ampla esfera de autonomia e liberdade individual, as quais servem de parâmetro limitador de intervenção mesmo quando esta é objeto de leis gerais aprovadas pela maioria política²²⁶. Para o estudo

²²⁴ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 125, onde afirma que “a ideia do Estado-de-Direito, em si mesma, levaria a concluir que esse Estado não se pode limitara manifestar-se na ‘forma de direito’, teria de afirmar-se segundo ‘leis legítimas’ – ‘não a forma jurídica como tallegítima o exercício do poder político, mas unicamente a vinculação a direito legitimamente posto, a direito legítimo. E este direito legítimo sabemos qual seria: segundo as formas de justificação pós-tradicionais só poderiavalser como legítimo o direito que possa ser racionalmente aceite por todos os sujeitos de direito numa formação discursiva do pensamento e da vontade”.

²²⁵ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*, vol. 1, Coimbra, Almedina, 2015, p. 72, o qual identifica a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da ordem de valores do Estado e padrão que pauta o relacionamento entre Estado e indivíduo.

²²⁶ A esfera de proteção da vida privada e a posição do indivíduo frente ao Estado é assinalada por JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 55, o qual afirma: “Da dignidade da pessoa humana resulta, então, a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formulada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida substancialmente diversos dos que ele próprio conscientemente definiu para estruturar a sua vida, independentemente das valorações que umas outras concepções mereçam aos olhos dos poderes públicos, bem como de o tratar denegridoramente como não digno de igual consideração e do respeito devidos a todas as pessoas. À luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, a

em exame importante assinalar a lição de Jorge Miranda quando afirma que a dignidade da pessoa humana permanece íntegra independente dos comportamentos sociais, mesmo quando tais comportamentos se mostrem ilícitos e sancionados pela ordem jurídica²²⁷.

É esta pessoa, autônoma, dotada de dignidade, a quem são reconhecidos direitos e garantias fundamentais que deve receber do Estado tratamento adequado à presunção de inocência nas hipóteses em que figurar como suspeita ou acusada de um crime. Trata-se de uma posição jurídica substancial que não deve ser relativizada e que constitui critério hermenêutico informador de todo o processo criminal, devendo ser observada pelas autoridades que integram o sistema de justiça.

opinião de cada um, no sentido de possibilidade de a exprimir, de lutar por ela e de viver segundo seus próprios padrões, é tão valiosa quanto a opinião de outro. Cada um tem, garantida pelo Estado de Direito, uma esfera de autonomia e de liberdade individual que a maioria não pode comprimir ou restringir pelo simples facto de ser maioria, pelo simples facto de a autonomia individual orientar alguém para formas e planos de vida rejeitados e hostilizados pela maioria política ou social ou por estas considerados como forma e planos incompatíveis com a vida boa.” Na mesma linha de raciocínio, ao discorrer sobre os elementos do Estado Constitucional contemporâneo, PETER HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, 2.ª ed., trad. Héctor Fix- Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 1, ensina: “*Tales elementos son: la dignidade humana como premissa, realizada a partir de la cultura de un Pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la vontundad creadora hacia el futuro; el principio de lasoberania popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública*”.

²²⁷ Neste sentido JORGE MIRANDA, A dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil, in António Pinto Pereira et al, *Liber Amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 503-520, pp. 508-519; Ainda, a noção de dignidade da pessoa humana enquanto unidade valorativa do sistema constitucional, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, 5.ª ed., Tomo 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 166-176.

4. Aspectos da presunção de inocência

4.1. Lاپso temporal

O interregno de tempo em que as autoridades públicas devem observar a presunção de inocência enquanto regra de tratamento se inicia com a constatação do primeiro indício, desde o momento em que recair sobre qualquer pessoa a suspeita da prática de ato punido com a lei penal²²⁸, e perdura até o momento em que a sentença se torna firme, transitada em julgado. Não há necessidade de que os atos de investigação se desenvolvam em procedimento formal investigatório para que a presunção de inocência se imponha às autoridades públicas como dever de conduta²²⁹.

²²⁸ Cfr. JÜRGEN WOLTER, O inviolável e o intocável no processo penal – Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal, São Paulo, Marcial Pons, 2018, pp. 91-99, que alerta sobre os riscos da busca da verdade em detrimento da dignidade da pessoa humana e a obsessão pela eficiência da justiça penal, com o rompimento de barreiras dogmáticas que acabam por transformar o investigado ou acusado em objeto do processo sempre sob a justificativa de que, assim, promove-se maior segurança da população.

²²⁹ Cfr. CLÁUDIA PINA, Presunção de inocência e prova indiciária na tramitação processual das fases de inquérito e instrução, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 2 (2.º sem. 2016), pp. 49-50, segundo a qual: “Sem prejuízo da consideração da presunção de inocência enquanto regra de tratamento do suspeito/arguido no processo penal, conexas com o respeito pela sua intrínseca dignidade humana que dele faz um sujeito e não um objecto do processo, deve ser reconhecido ao princípio da presunção de inocência ainda no inquérito e instrução, uma aplicação plena no conteúdo dos despachos decisórios que afectam os direitos fundamentais do arguido e definem a sua situação processual quer perante o Tribunal, que extra-processualmente por decorrência da sociedade mediática de comunicação onde nos encontramos, perante os demais membros da comunidade”. Sobre o reconhecimento de garantias ainda na fase da investigação, BERND SCHÜNEMANN, *Estudos de Direito Penal...*, pp. 222-239, que propõe as bases de um direito processual penal adequado ao terceiro milênio, dentre as quais a necessidade de reformas na investigação preliminar e a criação da figura de um pré-defensor independente do sistema de justiça e pago pelo Estado, com dever de sigilo em relação ao investigado, destinado a atuar durante as investigações iniciais realizada pela polícia, em geral secretas e incontroláveis, tendo por objetivo a preservação dos direitos fundamentais.

A importância de estabelecer o lapso temporal de vigência do princípio tem especial relevância para impedir que agentes públicos realizem operações de vigilância prolongada de pessoas às quais não se imputa a prática de uma conduta criminosa específica, baseadas na mera suspeita geral, criando-se um estado de permanente observação secreta de determinados grupos ou indivíduos que aniquila a toda e qualquer possibilidade do regular desenvolvimento da esfera da intimidade e da vida privada.

Neste sentido, o artigo 2.º da Diretiva 343/2016 estabelece claramente os marcos temporais, criando um standard que assegura a aplicação do princípio da presunção de inocência às pessoas singulares desde o momento em que passem a figurar como suspeitas da prática de um ilícito penal, circunstância que legitima as ações de investigação dos órgãos de repressão ao crime, até o trânsito em julgado de decisão final sobre a prática do ilícito penal²³⁰.

4.2. Direito à Preservação da Imagem

Outro ponto relevante sobre o qual se reflete a presunção de inocência diz respeito à preservação da integridade da imagem de pessoas suspeitas ou investigadas da prática de crime, a qual se desdobra em dois aspectos: I - a necessidade de se preservar a imagem perante o espaço de convivência social e familiar, o *status dignitatis* do indivíduo, de forma a minimizar os impactos

²³⁰ Diretiva 343/2016, artigo 2.º: “A presente diretiva aplica-se às pessoas singulares que são suspeitas da prática de um ilícito penal ou que foram constituídas arguidas em processo penal e a todas as fases do processo penal, isto é, a partir do momento em que uma pessoa é suspeita da prática de um ilícito penal ou é constituída arguida ou é suspeita ou acusada de ter cometido um alegado ilícito penal, até ser proferida uma decisão final sobre a prática do ilícito penal e essa decisão ter transitado em julgado”.

negativos que decorrem da condição de suspeito ou arguido, o qual, até o trânsito em julgado de decisão condenatória deve ser considerado inocente; II - preservar a imagem perante o órgão julgador, de modo a evitar preconceções de culpa que possam ser resultado da apresentação do arguido perante o órgão julgador em trajes penitenciários, com algemas ou outras formas evidentes de contenção física.

A imagem não se refere exclusivamente à aparência física, mas à concepção que cada pessoa faz de si mesma e a forma como se revela para o outro. À imagem, constitutiva e indissociável dos direitos de personalidade, estão associadas todas as concepções da vida de relação, do ambiente de convivência, do conjunto de valores que o indivíduo expressa e por meio do qual se faz conhecer²³¹. Sem qualquer exagero, é possível afirmar que a imagem corresponde ao lugar do ser no mundo, à forma como é visto e reconhecido. Todo e qualquer abalo na imagem da pessoa, portanto, causa profunda dor e constrangimento na medida em que atinge o que lhe é mais caro, o bom nome, a reputação, a afeição gregária indispensável para uma vida equilibrada.

Daí a importância de os agentes públicos vinculados ao sistema de justiça observarem parcimônia na divulgação das investigações ou ações criminais já que o simples vazamento de informações resulta em geral severos danos à imagem dos investigados, com potencial de destruir carreiras profissionais, relações sociais e mesmo relações familiares.

²³¹ Vide JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 281-290, os quais, ao comentarem o artigo 26 da Constituição Portuguesa, relacionam o direito à imagem como postulado da dignidade da pessoa humana, em estreita ligação com o direito geral de personalidade, referindo-se à autodeterminação da imagem exterior e à identidade pessoal.

A desconstrução da imagem perante a opinião pública daquele que é objeto de investigação ou ação penal – mediante a divulgação dos fatos pela imprensa ou mesmo o vazamento de informações – impõe severo gravame antecipado, com efeitos sociais e psicológicos irreparáveis mesmo na hipótese de ulterior decisão absolutória.

As alterações introduzidas no Código de Processo Penal por meio da Lei n.º 48/2007, que tornaram pública a fase do inquérito, embora tenham objetivado aperfeiçoar os instrumentos de defesa e possibilitar a intervenção do suspeito ainda na fase investigatória, causaram um efeito externo indesejado que foi logo percebido e denunciado por Costa Andrade: a exposição da imagem do investigado ao voyeurismo e à voracidade da mídia²³².

Em contrapartida, fixando novas balizas para a divulgação de informações acerca de investigações e ações penais em curso, a Diretiva 343/2016 indica caracterizar violação ao princípio da presunção de inocência a emissão de declarações por parte de autoridades públicas intervenientes na investigação ou ação penal que identifiquem como culpado o suspeito ou arguido antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, exceto quando a divulgação mostrar-se necessária para a investigação criminal nas hipóteses de auxílio do público para identificação do presumível autor do ilícito penal; para o reforço de segurança de habitantes local que foram afetados por um crime contra o ambiente ou para evitar a perturbação da ordem pública.

²³² A esse respeito a crítica de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do código de processo penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 69.

Mesmo nos casos excepcionais expressamente previstos na normativa, a divulgação de informações sobre as investigações e ações criminais em curso somente é legítima quando justificada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, devendo sempre ser comedida e não sugerir ao público a culpa do arguido ou suspeito.

A Diretiva 343/2016, ainda, objetivando preservar ao máximo a imparcialidade do julgador e evitar preconceções de culpa decorrentes da ritualística processual, assegura a preservação da imagem do suspeito ou arguido quando de sua apresentação em Tribunal. Com esse desiderato, determina às autoridades pública que nas apresentações se abstenham do emprego de medidas de coação física — algemas, imobilizadores, jaulas, caixas de vidro — exceto nos casos de absoluta necessidade especificamente justificada (risco de agressão, autolesão ou fuga), além de proibir a apresentação do suspeito ou arguido em público ou perante Tribunal em uniforme prisional.

4.3. Proteção Contra Autoincriminação

Outro aspecto relevante da presunção de inocência e da posição de sujeito do processo, aquele em que o Estado de Direito reconhece integralmente os direitos gerais de personalidade mesmo em face de condutas desviantes, é a proteção contra a autoincriminação expressa na máxima latina *nemo tenetur se ipsum accusare*.

O princípio segundo o qual não pode o Estado exigir do suspeito ou arguido que produza provas contra si se desdobra em duas vertentes: o direito ao silêncio e o direito de não apresentar documentos ou informações que lhe sejam desfavoráveis. Cumprida a acusação a coleta e apresentação de todos os elementos informativos com o objetivo de demonstrar a culpa do arguido, a qual deverá sempre resultar de

convicção plena ante o acervo probatório admitido. Na hipótese de subsistir dúvida razoável acerca dos fatos imputados ou da culpa pela prática delituosa é imperativa a prolação de juízo absolutório, não podendo o Estado exigir que o suspeito ou arguido colabore para a própria condenação²³³.

Assinalada por Paulo de Sousa Mendes como a principal dimensão do processo justo e equitativo²³⁴, a proteção contra a autoincriminação abrange não apenas a proibição de valoraçãonegativa do silêncio do suspeito ou arguido em qualquer circunstância – quando do julgamento ou mesmo o deferimento de medidas cautelares – mas também a utilização pelo Estado de artifícios voltados para burlar o direito ao silêncio mediante a obtenção involuntária de informações, a exemplo do emprego de homem de confiança como companheiro de cela²³⁵.

Embora não prevista expressamente na Constituição Portuguesa, a proteção contra a autoincriminação encontra amparo no Código de Processo Penal (CPP), número 1, letra “d”, do artigo 61, onde consta que o arguido tem o direito de não responder a perguntas feitas sobre os fatos e o conteúdo das declarações que acerca

²³³ Cfr. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo – considerações acerca do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 220 onde consta que “É preciso que também nos sistemas de acusatório puro (adversariais), a *presumption of innocence* não se reduza a uma regra de decisão em caso de dúvida irremovível sobre os factos (*standard of proof*), nem a um simples critério de repartição dos riscos da prova (*burden of proof*)”.

²³⁴ Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de direito processual penal*, 5.ª reimp., Coimbra, Almedina, 2018, p. 209.

²³⁵ Cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal, *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 146, n.º 4000 (Set./Out. 2016), p. 12, onde questiona a ideia de esclarecimento a da verdade a qualquer custo e aponta para a necessidade de prevalência do princípio da lealdade processual, consagrando o *fair trial* como o mais importante princípio do processo penal.

deles prestar, com a ressalva expressa no número 1 do artigo 343 do CPP que desse silêncio não pode gerar qualquer forma de prejuízo.

Observa-se que a Diretiva 343/2016 conferiu um tratamento mais amplo que a legislação portuguesa à proteção contra a autoincriminação, na medida em que especifica de forma expressa que suspeito ou o arguido não é obrigado a apresentar provas ou documentos que lhe sejam desfavoráveis, a fornecer informações suscetíveis de levar à autoincriminação, e que o silêncio não pode interpretado como prova de culpa ou resultar em qualquer forma de juízo prejudicial na valoração da prova. Na norma comunitária, importante ainda assinalar, restaram excluídas do âmbito da proteção da presunção de inocência a coleta de amostras de hálito, sangue, urina e tecido humano para exames periciais, inclusive testes de ADN.

5. Considerações finais

A efetivação dos direitos fundamentais é resultado imediato não propriamente de uma carta de direitos positivada, mas do reconhecimento de seu conteúdo, extensão e limites pelos órgãos de Estado. Isso torna incerto o destino de tais direitos na medida em que a maior ou menor concreção depende de forças exteriores à própria norma, influenciadas por movimentos políticos de toda a ordem²³⁶.

Característica própria de um tempo em que a propaganda sistêmica da violência mediante a divulgação diuturna de crimes e atentados realizada pelos

²³⁶ Neste sentido, CHARLES EPP, *The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 13, chama a atenção para o fato de que “the fate of a bill of rights thus depends on forces outside of it”.

meios de comunicação demassa constroem no inconsciente coletivo a ideia de uma sociedade onde impera o medo, a preservação da capacidade de funcionamento do sistema de justiça adquire cada vez maior relevância da garantia de direitos fundamentais de matriz liberal²³⁷. À busca de maior segurança, a sociedade renuncia a posições jurídicas antes consolidadas a tal ponto que Jürgen Wolter identifica esse movimento como o retrocesso da dignidade humana e da dignidade no processo penal²³⁸.

Nesse cenário de supremacia dos interesses coletivos frente às garantias individuais, onde o super-empoderamento dos órgãos de persecução criminal e o aperfeiçoamento dos mecanismos de vigilância permitem uma interferência cada vez maior na esfera da liberdade²³⁹, sobreleva a importância da Diretiva 343/2016

²³⁷ Vide AUGUSTO SILVA DIAS e RUI SOARES PEREIRA, Sobre a validade de procedimentos administrativos prévios ao inquérito e de fase administrativas preliminares no processo penal, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 49-58, em que os autores alertam para o risco de instrumentalização do processo penal (e do direito penal) para finalidades não repressivas, e a subordinação do processo penal a objetivos preventivos da polícia ou dos serviços de informações característicos de um Estado policial que se expressa no afastamento de princípios basilares do processo penal e surgimento de um processo penal de exceção.

²³⁸ JÜRGEN WOLTER, O inviolável e o intocável no processo penal..., p. 83.

²³⁹ Cfr. ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000, p. 42, que alerta para os riscos do menoscabo das garantias em nome de um suposto interesse social de maior relevo: “*La supresión de la libertad em los regímenes totalitarios no comienza nunca com un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien com su quebrantamiento em nombre de um derecho material y pre-positivo superior*”. No mesmo sentido PAULO OTERO, *A Democracia Totalitária – do Estado Totalitário à sociedade totalitária: A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Cascais, Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001, p. 21, alerta que “o totalitarismo determine o Estado a funcionar como um efectivo depositário dos direitos individuais do homem, administrando-os de forma soberana, tal como um banco administra o capital dos seus depositários, isto sem prejuízo de os primeiros não terem, face ao Estado, ao contrário destes últimos, a disposição do capital... ‘não existe qualquer liberdade pessoal pré-estadual ou extra-estadual do indivíduo que o Estado deva respeitar. No lugar que era do indivíduo isolado surgiu o camarada do povo, integrado na comunidade como membro, absorvido pelo povo político e inserido na ação colectiva. Neste sentido, já não há lugar para qualquer esfera privada e livre do Estado que seja intocável e sagrada face à unidade política”.

enquanto norma de padronização e garantia de standards mínimos de proteção individual pautada no princípio da presunção de inocência²⁴⁰.

A norma comunitária esclarece o lapso temporal de aplicação do princípio com indicativos claros (desde o início dos primeiros atos de investigação em desfavor do suspeito até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória) e delimita o alcance de aspectos relevantes em que se desdobra a garantia – o amplo direito à preservação da imagem e as diversas formas de proteção ao silêncio – servindo de fator informativo às legislações dos Estados membros e baliza hermenêutica de observância obrigatória pelas autoridades públicas e Tribunais. Com isso, consolida a posição jurídica de proteção dos suspeitos e arguidos no âmbito do espaço europeu e reforça a efetividade do sistema de persecução criminal, fixando parâmetros objetivos que possibilitam a mútua confiança entre os diversos sistemas de justiça e bases sólidas para a efetiva implantação da cooperação judiciária no âmbito criminal entre os Estados membros.

Recebido em: 31 de março de 2022

Aprovado em: 04 de junho de 2022

²⁴⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS, Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 28, n.º 1 (Jan./Abr. 2018), pp. 143-144, afirma: “Verdade é que os instrumentos europeus mais recentes sobre os direitos em processo penal não acrescentam muito ao que se prevê já na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o sistema português vigente. Porém, a sua adoção pelo legislador europeu, para além de poder obrigar o legislador nacional a modificações pontuais no direito interno – segundo o princípio da primazia do direito europeu e do dever de implementação para os Estados membros –, tem vários efeitos que exponenciam a força e vinculatividade dessas garantias, dada a natureza particular do direito europeu”.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do código de processo penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- BECCARIA, Cesare, Dos Delitos e das Penas, trad. de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BOBBIO, Norberto, A era dos direitos, trad. de Carlos Nelson Coutinho, 7.ª reimp., Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana, in Marcelo Rebelo Sousa et al, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 285-296.
- _____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998.
- DIAS, Augusto Silva, PEREIRA, Rui Soares, Sobre a validade de procedimentos administrativos prévios ao inquérito e de fase administrativas preliminares no processo penal, Coimbra, Almedina, 2018.
- DIAS, Jorge Figueiredo, Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 28, n.º 1 (Jan/Abr. 2018), p. 129-146.
- _____. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em Processo Penal, Revista de legislação e jurisprudência, Coimbra, ano 146, n.º 4000 (Set/Out. 2016), p. 3-16.
- EPP, Charles, The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal, trad. de Perfeto Andrés Ibañez, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- FOUCAULT, Michel, Vigiar e punir: nascimento da prisão, trad. de Raquel Ramalheite. Petrópolis, Vozes, 1998.
- GUASTINI, Riccardo, Ideologia de la interpretación constitucional, 2.ª ed, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional, 2.ª ed., trad. de Héctor Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- HAENEL, Gustavus Friedrich, Corpus Legum – Ab Imperatoribus Romanis Ante Iustinianum Latarum, Chicago, J.C, Hinrichs, Harvard University, 1857.
- MIRANDA, Jorge, A dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil, in António Pinto Pereira et al, Liber Amicorum em homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 503-520.
- _____. Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, 5.ª ed., tomo 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

_____. MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

NEVES, António Castanheira, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017.

_____. *A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais*, vol. 1. Coimbra, Almedina, 2015.

OTERO, Paulo, *A Democracia Totalitária – do Estado Totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Cascais, Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2001.

PINA, Cláudia, *Presunção de inocência e prova indiciária na tramitação processual das fases de inquérito e instrução*, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa, n.º 2 (2.º sem. 2016), p. 49-76.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – Algumas notas com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in Marcelo Rebelo de Sousa et al, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 941-971.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 1.ª ed, 2.ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Filosofia do Direito*, São Paulo, Marcial Pons, 2013.

SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo – considerações acerca do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare*, Coimbra, Almedina, 2018.

WEBER, Max, *Ciência e Política: duas vocações*, trad. de Leônidas Egenberg e Octany Silveira da Mota, 18.ª ed., São Paulo, Cultrix, 2011.

WOLTER, Jürgen, *O inviolável e o intocável no processo penal – Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

CONTRIBUTO PARA A TEORIA DINÂMICA DO ÓNUS DA PROVA EM PORTUGAL E NO BRASIL*

Contribution to the dynamic theory of the burden of proof in Portugal and Brazil

Deborah Azevedo**

Resumo: O presente ensaio visa analisar a teoria dinâmica de distribuição do ónus prova em Portugal e no Brasil. Começando por Portugal, onde tal teoria não é normatizada, observam-se os posicionamentos favoráveis e críticos da doutrina e também algumas jurisprudências sobre inversões probatórias que podem dar ensejo a futuras legislações que abarquem uma distribuição de ónus diferente da que hoje é a regra no Código Civil português: a estática. Também nos propusemos a analisar se a teoria dinâmica é hoje um embrião no ventre do ordenamento jurídico luso, consoante alguns exemplos atuais da jurisprudência. Quanto ao Brasil, trouxemos uma visão sobre o ativismo judicial brasileiro e a forma como os tribunais impactaram a jurisprudência e os doutrinadores para ampliar o conceito de pessoa hipossuficiente e abraçar diversos segmentos da sociedade considerados frágeis, antes mesmo da normatização expressa da teoria dinâmica. Hoje, com a teoria já consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, observaremos como essa atuação dos tribunais pode ser temerária.

Palavras-chave: Ónus da prova. Inversão do ónus de prova. Teoria dinâmica do ónus da prova. Ativismo judicial. Dever de provar.

Abstract: This essay aims to analyze the dynamic theory of distribution of the burden of proof in Portugal and Brazil. Starting with Portugal, where this would not have been regulated, the doctrine is favorable and critical positions can be observed, as well as some jurisprudence on evidential inversions that may give rise to future legislation that encompasses a distribution of different burdens from what is currently the rule in the Portuguese Civil Code: the static. We also proposed to analyze whether dynamic theory is today an embryo in the womb of the Portuguese Legal System, according to some current examples of jurisprudence. As for Brazil, we brought a view on Brazilian judicial activism

*Relatório Académico apresentado na disciplina de Direito Processual Civil, no ano letivo 2021/2022, no ano curricular no Mestrado Científico em Direito e Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos.

**Mestranda em Direito Bancário e dos Seguros.

and the way in which the courts impacted jurisprudence and scholars to broaden the concept of the under-sufficient person and embrace various segments of society considered fragile, even before the express regulation of dynamic theory. Today, with the theory already enshrined in the Brazilian Legal System, we will observe how this action of the courts can be reckless.

Keywords: Burden of proof. Reversal of the burden of proof. Dynamic theory of the burden of proof. Judicial activism. Duty to prove

Sumário: 1. Introdução; 2. Das considerações gerais acerca da teoria dinâmica; da aplicação da teoria dinâmica; 4. Dos posicionamentos favoráveis à aplicação da teoria dinâmica; 5. Das críticas à aplicação teoria dinâmica; 6. Da teoria dinâmica em Portugal: estaria na sua fase embrionária?; 7. Da teoria dinâmica no brasil; 8. Do ativismo judicial e da teoria dinâmica no brasil; 9. Conclusão

1. Introdução

A matéria referente à prova em processo civil tem ganhado grande destaque na doutrina e na jurisprudência nos últimos tempos, tendo em vista a aprovação dos novos códigos de procedimentos, tanto em Portugal como no Brasil, que inovaram na ordem principiológica quanto à temática da prova.

O tema da prova tem sofrido bastantes modificações ao longo da história. Basta que recordemos que a tortura já foi largamente utilizada durante a Idade Média como meio de obtenção de prova, bem como o sistema das ordálias. Desta sorte, os meios de prova e de obtenção de prova devem ter um cariz civilizacional, para permitir que as partes não só tenham acesso à prestação jurisdicional de forma equitativa, como também que o Estado-Juiz possa entregar esta prestação jurisdicional de forma imparcial.

Neste sentido, a prova tem como escopo formar a convicção do juiz da causa, que será o principal destinatário, embora não o único, das provas produzidas no processo. Somente através da prova será possível chegar-se a verdade dos factos

que ocorreram naquele caso concreto. Contudo, nem sempre será simples e fácil à produção da prova processual, ocorrendo, não raro, dificuldades no cumprimento do encargo probatório.

Em razão disso, dá-se lugar a chamada redistribuição do ónus probatório, que pode ser concretizada mediante inversões probatórias, consoante lei expressa ou, por meio da teoria dinâmica do ónus probatório, que já é acolhida em alguns ordenamentos jurídicos, e é expressa por ocasião de um papel ativo que o juiz assuma na demanda.

Ocorre que, conforme será visto, há uma controvérsia se esta teoria dinâmica existe ou não em Portugal (e, caso exista, como é aplicada no ordenamento jurídico português), ao passo que o Brasil previu esta teoria de forma expressa no seu novo CPC, malgrado já houvesse grande apreciação sobre o tema na jurisprudência e na doutrina.

Deste modo, este trabalho tem por escopo, estudar se existe ou não a aplicação da teoria dinâmica em Portugal e, caso exista, apreciar a sua base normativa. Ainda pretende-se analisar a jurisprudência lusa a fim de constatar se há aplicação desta teoria por parte dos tribunais. Quanto ao Brasil, será observada a forma como o conceito de hipossuficiente (ou pessoa vulnerável) previsto no CDC foi ampliado pelos tribunais e pela doutrina para abraçar outros segmentos da sociedade considerados frágeis, além de analisar se a teoria dinâmica (hoje normatizada no CPC) cumpre ou não com o seu papel de norma excepcional frente à regra geral de repartição do ónus probatório.

Portanto, no segundo ponto deste trabalho, será analisada a teoria dinâmica do ónus probatório de forma ampla para então, no ponto três, observarmos como se

insere a teoria dinâmica na prática processual. O ponto quatro tem por escopo fazer uma análise dos doutrinadores que são favoráveis à aplicação da teoria dinâmica, sobretudo em Portugal, enquanto o ponto cinco pretende abordar as críticas que se contrapõem aos simpatizantes de tal teoria. Além disso, no ponto seis, propusemos-nos analisar se a teoria dinâmica seria ou não um embrião germinando no ventre da jurisprudência portuguesa, aguardando somente por uma legislação que a consagre expressamente para vir à luz. No ponto sete, será tratada a teoria dinâmica no Brasil e a forma como os tribunais flexibilizaram o conceito de hipossuficiente expresso no CDC, para então, no ponto oito, vislumbrarmos como que o ativismo judicial brasileiro colaborou para a aplicação de uma redistribuição do ónus da prova, mesmo sem previsão normativa.

Pretende-se concluir este trabalho respondendo às seguintes questões: i) Há teoria dinâmica em Portugal? ii) Caso não haja teoria dinâmica em Portugal, deveria haver? iii) Qual deveria ser a melhor solução para a regra estática do ónus da prova em Portugal, na ocasião de uma das partes litigantes ser considerada mais frágil? iv) No Brasil, onde a teoria dinâmica é hoje expressamente normatizada no CPC/15, a aplicação desta teoria tem sido feita da forma como o legislador a previu, ou seja, como uma exceção à regra? v) Como a teoria dinâmica deveria ser observada no Brasil após o advento do CPC/15, de forma ampla ou de forma restritiva?

2. Das considerações gerais acerca da teoria dinâmica

A teoria dinâmica do ónus probatório ou teoria dinâmica de distribuição do ónus da prova²⁴¹ ganha espaço na Argentina no início da década de 1980 e tem, na atualidade, o seu principal precursor²⁴² o processualista Jorge Peyrano.

Esta teoria dinâmica frutificou-se a partir de uma ação de responsabilidade civil médica, pois foi quando o tribunal daquele país entendeu por necessário rever a, até então, teoria estática do ónus probatório, já que esta, na prática, pareceu ser demasiadamente injusta no deslinde de tal causa.

Esse foi o marco introdutório da matéria referente à teoria dinâmica, uma vez em que a partir daqui começou-se a pensar sobre a possibilidade de repartição do encargo probatório de forma diferente da tradicional teoria estática. Portanto, a teoria dinâmica permitiria uma redistribuição do ónus muito diferente daquela prevista e adotada pelos códigos vigentes, tida como muito rígida em determinados casos.

Tal teoria dinâmica possibilitaria que o julgador corrigisse abusos que, em determinadas situações, a incumbência probatória atribuiria à parte mais fraca na relação, sem, entretanto, afastar o sistema estático existente. Neste sentido, “[...] não estaríamos defronte de uma ruptura, pelo menos na gênese da teoria dinâmica, em face da repartição do ónus probatório, mas sim de uma metodologia susceptível

²⁴¹ Convencionaremos chamá-la somente de teoria dinâmica ou somente como teoria.

²⁴² Embora Jorge Peyrano seja considerado o precursor moderno desta teoria, muito se discute a respeito do seu surgimento. Acredita-se que tal teoria tem a sua manifestação mais antiga em 1823 sendo exposto pelo filósofo inglês Jeremias Bentham. Tal teoria chegou à Europa continental, principalmente na Alemanha, pela obra de Wilhein Kisch e Leo Rosenberg.

de adequar o ónus probatório a situações concretas, decididas casuisticamente pelo julgador”²⁴³.

Com efeito, esta parece ter sido a solução encontrada para resguardar a igualdade entre as partes numa relação processual; ou seja, regular a balança da justiça que, há depender da causa no caso concreto, poderia estar desequilibrada. Entretanto, conforme veremos no decorrer deste trabalho, esta solução encontrada pela doutrina para igualar as partes merece especial atenção, visto que é uma exceção e não deve ser usada como uma regra processual.

Sucedem que, quando se recorre ao poder judiciário o que se pretende alcançar é uma prestação jurisdicional que resguarde as partes, de modo que seja possível um retorno ao *status quo* anterior. Sendo assim, esta prestação jurisdicional não deve conter excessos de rigidez e formalismos processuais que são, em última *ratio*, prejudiciais aos próprios litigantes.

Outrossim, a teoria estática da forma como se encontra normatizada poderia, a depender da situação, gerar mais riscos do que soluções. Por isso que, de acordo com Jorge Peyrano, era preciso corrigir e remediar as injustiças provocadas através da teoria estática, já que esta não dá cabo de determinadas situações casuísticas.

Desta forma, foi necessária a procura da verdade em cada caso concreto e, assim, surgiu à exceção a regra da teoria estática do ónus da prova que é a

²⁴³ JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, *Questões Actuais de Direito Probatório*, ed. AAFDL, Lisboa, 2020, p. 158.

redistribuição do encargo da prova através da teoria dinâmica, significando dizer que incumbe produzir a prova quem estiver na melhor condição de fazê-la.

Deste modo, Jorge Peyrano sustenta que não se deve desprezar o ónus probandi, mas sim exigir esforços probatórios de quem esteja apto a trazer a prova aos autos. Em suma, o objetivo é permitir que as partes tenham acesso à paridade judicial quanto às provas produzidas. Neste viés, a teoria estática é mitigada, de modo a ser ampliada para abranger as particularidades do caso concreto, na senda do equilíbrio da relação processual.

3. Da aplicação da teoria dinâmica

Partindo-se do ponto de vista de que “o direito é feito para os vivos”²⁴⁴, as normas legais devem acompanhar as necessidades vigentes da sociedade em cada época, haja vista que os nossos desejos são fundamentados à medida que evoluem as tecnologias, as descobertas de novas curas de doenças etc.

Daqui resulta que, se hoje precisamos de regulamentação sobre tratamento de dados, por exemplo, é porque atualmente temos a necessidade de mantê-los íntegros e bem acautelados pelos diversos órgãos que dispõem de informações pessoais de toda uma coletividade. Desta sorte, é impensável falarmos de tratamento de dados há quarenta anos, quando a *internet* nem sequer existia.

Nesta mesma esteira de entendimentos, visualiza-se a teoria dinâmica frente à teoria estática. Esta é a regra conhecida por todos os aplicadores do direito

²⁴⁴ CARLOS BLANCO MORAES, As ‘ideologias da interpretação’: e o ativismo judicial: o impacto das ‘ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, vol. I, ed. Almedina, Coimbra, 2016, p. 276

desde então, que deve ser prioritariamente observada aquando da distribuição do ónus probatório; enquanto aquela é a exceção que surgiu recentemente, cuja finalidade é ser usada como um antídoto, casuisticamente, visando igualar as partes que, por ocasião do processo, estão desiguais.

Sobre teoria estática entendemos, tanto em Portugal como no Brasil, como aquela que direciona a cada uma das partes o seu dever quanto à instrução processual; logo, à parte autora cabe à prova dos factos constitutivos do direito apresentado e à parte adversa, incumbe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocados pela contraparte.

Destarte, a teoria dinâmica já existe no mundo jurídico, sendo, portanto, um facto que não se pode contestar. No entanto, nem todos os ordenamentos vigentes a adotaram expressamente, conforme analisaremos.

Segundo Jorge Peyrano sustenta, não cabe mais manter essa visão tradicionalmente estática de distribuição do ónus probatório, é preciso modificar essa regra e a solução encontrada foi através da teoria dinâmica. Sendo assim, é forçoso entender que para a aplicação desta teoria dinâmica, devem-se observar algumas particularidades como: análise casuística por parte do julgador (no que respeita à teoria dinâmica, esta deve ser vista como uma flexibilização à regra da teoria estática, por isso, deve ser pautada pelo juiz no caso concreto) e fundamentação das razões que o levaram a reconsiderar o ónus probatório, analisando se a parte originalmente onerada com a produção daquela prova encontra-se numa posição desfavorável em realizá-la.

Sobre estas particularidades da teoria dinâmica, entendemos que seja necessário especificarmos cada uma delas para a sua devida elucidação.

Quanto à análise casuística é mister referir que a teoria dinâmica teve o intuito de revolucionar a teoria estática. No entanto, para a aplicação desta teoria, na prática, o juiz deverá observar, no caso concreto, se a parte tem alguma dificuldade em suportar o encargo da prova; ou seja, se há alguma situação de desvantagem diante daquele *ex adverso* específico.

Note-se que somente o juiz, aquando da análise do caso em concreto, é que poderá averiguar se a parte mais fraca naquela relação necessitaria ou não de uma redistribuição do encargo probatório através da aplicação da teoria dinâmica.

Daqui resulta que, caso o juiz entenda que as partes estão equilibradas e em plena igualmente de produção probatória, não haveria motivos para verificar a aplicação da teoria dinâmica, devendo-se respeitar a regra da teoria estática da carga probatória.

A segunda questão que se levanta é quanto às considerações do que se entende em estar em melhores condições de produção probatória. O artigo 413.º do CPC português, por exemplo, prima pelo princípio da aquisição processual²⁴⁵, na qual se entende que o juiz deve considerar as provas produzidas nos autos quer tenham ou não sido emanadas da parte que devia suportá-las, de modo que a parte poderá produzir provas sobre os factos mesmo quando não seja a sua incumbência. Logicamente, este princípio parece confirmar que, se a teoria dinâmica existisse no direito português, esse poderia ser o seu cariz.

²⁴⁵ Exemplos na jurisprudência portuguesa da aplicação do referido princípio da aquisição processual: Ac. TRP de 24.11.2009 (Vieira e Cunha) e Ac. TRP de 25.05.2009 (Maria José Simões). Em sentido oposto à aplicação do princípio: Ac. STJ de 24.01.2012 (Fonseca Ramos).

Por conseguinte, essas condições probatórias ficariam a cargo de quem estivesse apto a produzi-las, já que considera motivos de índole profissional, técnica, económica ou jurídica²⁴⁶.

Portanto, estas melhores condições de suportar o encargo probatório também deveria ser analisadas pelo juiz, no caso concreto, à luz da apreciação dos autos processuais, já que a parte que se encontra em posição desfavorecida deveria alegar esse facto e requerer ao juiz a aplicação da teoria dinâmica, fundamentando o seu pedido na falta de acesso aos meios probatórios para instruir a ação.

Como o primado de toda ação deve ser o princípio da igualdade, importante ressaltar que retirar o encargo probatório de uma parte para onerar a outra, sobre esta argumentação de reequilibrar a paridade judicial, deve ser entendido com cautela; pois o julgador não pode desonerar uma parte para consequentemente onerar outra que pode não ter, igualmente, como suportar aquele ónus probatório. Portanto, quando as duas partes encontram-se em dificuldade na produção da prova, não poderia ser aplicada à teoria dinâmica.

Outro detalhe quanto à aplicação da teoria dinâmica é em relação à vedação de decisões surpresa no âmbito processual tendo em vista o princípio da boa-fé processual. Deste modo, quando o juiz (nos ordenamentos que permitem) fosse aplicar a teoria dinâmica, esta decisão não poderia ser sinónimo de surpresa para as partes processuais, precisamente, para a parte onerada com o encargo. Isto quer dizer que, ao ser aplicado tal teoria, a parte que recebe o encargo probatório deve

²⁴⁶ Cfr. HUGO LUZ DOS SANTOS, A distribuição do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas de *Iure Condendo*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1 - 4, ano LVII, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 260 e ss.

poder dispor de meios processuais cabíveis para se desincumbir deste encargo. Neste sentido,

A redistribuição do ónus da prova não pode se apresentar como uma surpresa para a parte, de sorte que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com a intimação do novo encarregado do ónus da prova sobre o fato probando especificado, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir do encargo. Destarte, não é possível que o juiz, de surpresa, aplique a dinamização na sentença, pois infringiria o contraditório e a ampla defesa.

Portanto, conforme já analisado, a teoria dinâmica é uma exceção à regra da teoria estática, por isso deve ser aplicada nos ordenamentos que a admitem, de forma excecional. Com efeito, Jorge Peyrano não teve a pretensão de eliminar a teoria estática, pelo contrário, entendeu-se que as teorias estáticas e dinâmicas deveriam coexistir; sendo, porém, a teoria dinâmica aplicada a depender do caso em análise.

Neste sentido, Jorge Peyrano afirma que a regra do ónus probatório é uma só: os factos constitutivos devem ser suportados pelo autor, enquanto os factos impeditivos, modificadores ou extintores pela parte adversa; entretanto, esta rigidez pode se mostrar insuficiente quanto à paridade de forças no seio processual²⁴⁷, razão pela qual aplicar-se-ia a teoria dinâmica em situações excecionais. Neste sentido,

Ya hace varios lustros se dio a conocer la doctrina - por entonces, solamente pretoriana - de las cargas probatorias dinámicas que en su variante más difundida se traduce en que frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se

²⁴⁷ Cfr. JORGE W. PEYRANO, La carga de la prueba, *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2011, p. 968.

debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse está en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa²⁴⁸

A conclusão derradeira, portanto, é que a aplicação da teoria dinâmica (nos ordenamentos dos países que a admitem) confere a parte impossibilitada de produzir as provas, no caso concreto, uma paridade de armas no que tange aos meios probatórios. É importante que se traga à colação que esta teoria, sem dúvidas, representa uma evolução nos meios de distribuição do ónus probatório até então conhecido por nós: teoria estática; portanto, a aplicação da teoria dinâmica, nos países onde se encontra normatizada expressamente como, por exemplo, no Brasil, não pode ser feita ao arrepio daquela regra processual que é a teoria estática, sendo qualquer previsão de distribuição de ónus diferente da regra ser considerada uma exceção.

4. Dos posicionamentos favoráveis à aplicação da teoria dinâmica

Conforme analisado, a teoria dinâmica ressurgiu em meados dos anos 80 na Argentina e hoje já foi exportada para outros países; mas isso não significa, todavia, que esta teoria responda a todos os anseios almejados na busca de igualdade de armas processuais. Decerto que não, mas isso não a impede de ser aplicada na jurisprudência dos países que a admitam, como no caso do Brasil, que mesmo antes da sua normatização expressa, já contava com o respaldo da doutrina sobre o tema.

Em Portugal não foi diferente. Tem-se muito debatido na doutrina acerca do assunto, embora não haja jurisprudência sobre a sua apreciação, justamente

²⁴⁸ J. W. PEYRANO, “La carga...”, p. 971.

devido à falta de previsão normativa sobre a matéria²⁴⁹. Facto é que, antes mesmo da reforma do código de procedimentos português que ocorreu no ano de 2013, alguns autores já se posicionavam a favor da teoria dinâmica em Portugal, conforme o que veremos.

O principal defensor da existência da teoria dinâmica em Portugal é Micael Martins Teixeira. O entendimento do autor, acerca da teoria dinâmica no ordenamento jurídico português, baseia-se, sobretudo, em princípios processuais, tais como, o princípio da descoberta da verdade material, o princípio da igualdade material, o processo equitativo, a celeridade e a economia processual²⁵⁰⁻²⁵¹.

Analisando um pouco mais de perto o seu posicionamento, entende-se que o autor procurou demonstrar o seu posicionamento a favor da teoria dinâmica com

²⁴⁹ A jurisprudência portuguesa é firme em ratificar a teoria estática como regra no ordenamento jurídico luso; entretanto, a única exceção que existe a essa regra estática é quando ocorre a chamada inversão culposa consoante o artigo 344.º, n.º 2, do CC. Neste sentido, vejam-se exemplos de acórdãos sobre repartição estática do ónus da prova: Ac. TCAS de 10.03.2016 (Paulo Pereira Gouveia), Ac. TCAS de 14.01.2016 (Conceição Silvestre); Ac. TRC de 16.03.1999 (Francisco Caetano); Ac. TRL de 15.02.2018 (Ana Paula Carvalho); Ac. STJ de 22.01.2004 (Lucas Coelho).

Sobre a inversão culposa, constante no artigo 344.º, n.º 2, do CC, vejam-se os exemplos: Ac. STJ de 12.04.2018 (Rosa Tching), Ac. STJ de 03.10.2017 (Pinto de Almeida); Ac. TRG de 31.01.2019 (Alcides Rodrigues); Ac. TRL de 03.12.2009 (Fátima Galante) e Ac. STJ de 24.05.2018 (Tomé Gomes).

²⁵⁰ Cfr. MICAEL MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2014, p. 365.

²⁵¹ Cfr. M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 338 e ss., o princípio da cooperação é corolário da teoria dinâmica em prol da verdade material; neste sentido “[...] ao onerar-se a parte com maior facilidade relativa de produzir a prova, cria-se nesta um estímulo maior para uma efetiva produção de prova, por comparação com a situação em que a parte com maior dificuldade relativa tem de suportar o ónus. Neste caso, a parte contrária apenas terá vantagem em se esforçar na produção de prova para diminuir o risco de a primeira conseguir demonstrar a versão factual que a favorece. Já se se atribuir o ónus à parte com maior facilidade probatória, dado que a demonstração das versões factuais com que ela está onerada é essencial para que essa parte venha a obter uma decisão favorável, não podendo esta resultar de uma decisão de ónus da prova, ela terá todo o interesse em se esforçar na prova dessas versões”.

base em critérios legalmente previstos no ordenamento jurídico português. Ocorre, no entanto, que estes critérios não são expressos na lei, mas antes é necessário aplicá-los através de integração de lacunas²⁵².

Estas lacunas na lei, ainda segundo o que determina Micael Teixeira, parte do mesmo argumento da analogia utilizada para integrar a norma; contudo há as denominadas lacunas ocultas que podem surgir para complementar a integração da norma por força da redução teleológica. Neste sentido

A consideração de que existe uma lacuna na lei não deve consistir apenas na verificação de que o caso *sub judice* não é subsumível em nenhuma previsão normativa existente. Deixando de fora desta análise os casos em que a não regulação de certo caso foi uma opção do legislador, nos casos em que nenhuma norma existente seja aplicável verifica-se um tipo de lacuna: a lacuna patente. Mas, ao lado desta, existe outro tipo de lacuna: a lacuna oculta. Esta ocorre quando é possível encontrar uma norma que, segundo a formulação do seu enunciado, se aplica precisamente ao caso *sub judice*, mas se verifica que o regime legal aplicável por força dessa norma não é adequado às características desse caso, tendo em conta a teleologia daquela norma ou a teleologia de outras normas²⁵³.

O que se pretende com uma lacuna oculta, desta forma, e a nosso ver, é ampliar o sentido de uma norma para que com base nela, tenham-se argumentos suficientes para embasar algo que o regime legal não permite, o que pode ser temerário, pois, se através de esforço teleológico encontrássemos lacunas ocultas dispersas no ordenamento jurídico, poderíamos estar a contribuir para um efeito danoso como a insegurança jurídica e o desvirtuamento da aplicação da lei, sendo justamente o contrário do que o citado autor busca.

²⁵² M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 363.

²⁵³ M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 366.

Esta descoberta da lacuna oculta se encontraria prevista no artigo 344.º, n.º 1 para ser aplicada no artigo 342.º ambos do CC. Isso porque o artigo 344.º, n.º 1 do CC dispõe acerca da previsão sobre as regras de inversão do ónus da prova, que dentre elas são a dispensa ou a liberação do ónus da prova, que segundo o citado autor, seriam casos em concreto de aplicação da teoria dinâmica.

Além disso, sempre que a parte verificar um desequilíbrio na sua capacidade probatória seria de igual modo permitido aplicar a teoria dinâmica, tendo em vista a referida lacuna oculta. Nestes moldes “[...] entendemos que a referida analogia entre os casos de dispensa ou liberação legal do ónus da prova e os de desequilíbrio nas capacidades probatórias das partes aos quais se justifica aplicar a distribuição dinâmica do ónus da prova permite descobrir uma lacuna oculta no preceito legal que é literalmente aplicável a estes últimos: o artigo 342.º do CC”^{254_255}.

Daqui resulta que para Micael Teixeira, não somente os princípios citados anteriormente marcham ao encontro dos valores esculpido pelo CPC para visar uma conciliação deste com a parte que apresenta maior facilidade em provar; mas também é importante colocar a pedra de toque no poder-dever conferido ao juiz (cfr. artigo 547.º do CPC) em que assegura as partes um processo equitativo²⁵⁶.

²⁵⁴ M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma Distribuição..., p. 367.

²⁵⁵ Segundo M. MARTINS TEIXEIRA, Por uma... Distribuição, p. 367; sobre o conceito de lacuna oculta, o autor entende que “A lacuna oculta consiste, portanto, na inexistência de qualquer norma legal literalmente aplicável que regule estes casos de forma adequada às suas particularidades, revelada pela existência de normas que regulam casos análogos atendendo às especificidades destes, que são as mesmas das dos primeiros”.

²⁵⁶ Sobre processo equitativo, é mister referir-nos sobre o Ac. TRG de 30.06.2011 (Carvalho Guerra) que, ao apreciar sobre distribuição do ónus da prova num litígio, entendeu que o CC não proíbe que a prova seja feita pela parte a quem a mesma não incumbe. Isso porque o réu, neste caso concreto, requereu ao juiz da causa a contraprova (cfr. artigo 346.º do CC) e o juiz indeferiu ao argumento de

De acordo com o que já foi mencionado, não há em Portugal jurisprudências sobre a aplicação da teoria dinâmica, ao argumento de que não há previsão normativa neste sentido. Estas construções doutrinárias que justificam o uso da teoria dinâmica num ordenamento que em nada prevê acerca do tema merecem toda a atenção académica, tendo em vista que contribuem para a ciência jurídica que, como sabemos, não é exata; no entanto, em que pese os ensinamentos do autor, são inaplicáveis no caso concreto.

Outro simpatizante à aplicação da teoria dinâmica em Portugal é Hugo Luz que, no que lhe concerne, anui no sentido de que o ónus estático resultaria num desequilíbrio entre as partes. Contudo, entende o autor que a teoria dinâmica não considera as consequências da repartição e discorda da posição de Micael Teixeira, pois entende que “é no âmbito da distribuição do ónus da prova, e não no âmbito da apreciação da prova, que a dificuldade de provar deve ser tida em conta no âmbito da distribuição do ónus da prova, e não no âmbito da apreciação da prova, que a dificuldade de provar deve ser tida em conta, podendo aqui ser encontrada uma solução para aquele problema”²⁵⁷.

Para Hugo Luz, a base do funcionamento da distribuição dinâmica do ónus da prova pode ser dividida em quatro partes que são: a cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova; a proximidade e o controlo dos factos; os conhecimentos técnicos e o exercício de uma atividade enquanto profissional e o

que não era seu encargo a produção de tais provas sobre os factos. Com base nos postulados do princípio da igualdade das partes (cfr. artigo 3.º-A CPC/95), do contraditório e da igualdade de armas, além do princípio da aquisição processual, o tribunal entendeu que a circunstância de o ónus de prova do facto para cuja prova é oferecido um determinado meio de prova não pode fundamentar a recusa da respetiva produção pelo tribunal.

²⁵⁷ H. LUZ DOS SANTOS, *A distribuição...*, RDES, pp. 249 - 50.

acesso aos meios de prova²⁵⁸. Conquanto o autor aborde sobre todos estes critérios, o acento tónico das suas considerações é no que concerne ao critério dos conhecimentos técnicos, sobretudo, as questões que envolvem a *leges artis*, tendo em vista ser o médico o detentor dos conhecimentos técnicos relativos aos factos danosos em que o paciente se submete²⁵⁹.

Apesar de a aplicação da teoria dinâmica ser colocada em voga na ocasião de responsabilidade médica, Hugo Luz ainda menciona outras hipóteses em que esta poderia incidir como, por exemplo,

a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo do consumidor quanto ao mau funcionamento do sistema informático de *homebanking*, porquanto é o prestador de serviços de *homebanking* quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a utilização fraudulenta do serviço de *homebanking* por parte de terceiros não se deveu ao mau funcionamento do sistema informático²⁶⁰⁻²⁶¹.

²⁵⁸ H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, pp. 250. De guisa a analisar, *en passant*, os elementos mencionados, entende-se por (i) cláusula geral de facilidade relativa de produzir a prova quando está implícita a existência e a identificabilidade de casos em que exista um desequilíbrio entre as capacidades probatórias de cada parte; (ii) critério da proximidade e o controlo dos factos nos casos em que se verifica uma clara proximidade e controlo dos factos da parte a quem aproveita a versão privilegiada em relação à parte contrária (onerada com a prova); (iii) os conhecimentos técnicos e o exercício de uma atividade enquanto profissional, podemos citar, por exemplo, as causas que envolvem as intervenções cirúrgicas; e (iv) o acesso aos meios de prova quanto às provas impossíveis.

²⁵⁹ Sobre responsabilidade civil médica e ónus da prova, vejam-se a título de exemplo, Ac. TRL de 13.10.2020 (Luís Filipe Sousa); Ac. STJ de 22.09.2011 (Bettencourt de Faria). Em nenhum deles há qualquer exceção a regra de repartição do ónus probatório.

²⁶⁰ H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, p. 261.

²⁶¹ Na jurisprudência, veja-se, Ac. TRE de 22.05.2014 (Mata Ribeiro). Neste acórdão, o tribunal declarou a nulidade uma cláusula contratual geral do contrato de *homebanking* em que previa que o cliente era o responsável por todos os prejuízos que resultassem de uma utilização abusiva do serviço por terceiros. Portanto, previa-se uma presunção de culpa a cargo do utilizador do serviço de *homebanking* pela utilização abusiva declarada nula ao argumento de que os riscos da falha do sistema informático tem que correr por conta da entidade bancária (cfr. artigo 796.º, n.º 1 do CC). Deste modo,

repare-se que, muito embora o acórdão seja categórico em afirmar que não houve nenhuma alteração convencional dos critérios de distribuição do ónus da prova, fundamentando-se no artigo 21.º, alíneas g) e e) da LCCG, podemos verificar uma proteção ao consumidor bancário utilizador do *homebanking*. Mais um exemplo na jurisprudência portuguesa de proteção do consumidor bancário utilizador de *homebanking* é o Ac. TRL de 12.12.2013 (Tomé Ramião) em que já no sumário podemos encontrar que “Provando a Ré que a Autora fez uma utilização imprudente, negligente e descuidada desse serviço, revelando a terceiros, na internet, os seus códigos pessoais de acesso ao serviço, bem como dos elementos necessários para a confirmação/validação da operação bancária, não lhe é exigível o pagamento das quantias por eles indevidamente movimentadas”. Neste acórdão, o tribunal decidiu ser nula uma cláusula que imputava ao utilizador do serviço a presunção de culpa, com base no artigo 21.º, alínea g).

Veja-se, também, Ac. TRL de 24.05.2012 (Ezagüy Martins), em que mais uma vez podemos ver a proteção do utilizador de serviço em *homebanking*, com base no artigo 799.º, n.º 1 do CC, que sustenta que recai sobre o devedor o ónus da prova de que “a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. Neste sentido “As cláusulas do contrato de *homebanking* que presumem expressamente a culpa ou consentimento do aderente na realização, por terceiro, de operação de *homebanking* mediante a inserção dos elementos de segurança pessoais e intransmissíveis do subscritor do serviço, implicam a modificação dos critérios legais de repartição do ónus da prova aplicáveis ao contrato de depósito bancário. Como tal essas cláusulas, quando estabelecidas em contratos celebrados com o consumidor final são proibidas, e sancionadas com a nulidade”.

Por fim, ainda devemos considerar o Ac. TRP de 14.11.2011 (Ana Paula Amorim) na qual um consumidor alegou que nunca recebeu cópia do seu contrato de crédito, pelo que este contrato seria nulo. O tribunal entendeu que, uma vez em que não foi provado pelo Banco o facto da entrega do exemplar do contrato ao consumidor, deveria entender-se que não houve a sua entrega, tendo em vista que o ónus da prova caberia ao financiador, a quem aproveitaria a prova daquele facto. Sendo assim o tribunal declarou a nulidade do contrato. Segundo as anotações de JORGE MORAIS DE CARVALHO e MICAEL TEIXEIRA, Crédito ao consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade, *Caderno de Direito Privado*, n.º 42, Abril – Junho de 2013, p. 47 sobre este mesmo acórdão, argumentam que essa distribuição do ónus da prova é decorrente do (hoje revogado) D.L. n.º 359/91, de 21 de setembro, que dispõe acerca de crédito ao consumo e, seu artigo 7.º, n.º 1 e 4 preveem neste sentido. Para os autores “Efetivamente, este é um exemplo em que julgamos ser possível e aconselhável aplicar a chamada teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova. Utilizada em alguns ordenamentos jurídicos [...] esta teoria consiste simplesmente na atribuição do ónus da prova à parte que apresente maior facilidade em produzir a prova em relação à parte contrária. [...] Na realidade, o credor poderá demonstrar a entrega do exemplar ao consumidor de várias formas, sendo aquela que se afigura relativamente mais fácil [...] a entrega ao consumidor de um documento onde consta a sua declaração de que recebeu um exemplar do contrato de crédito, devendo o consumidor assinar o documento e o financiador guardá-lo”. Em que pese o enorme dinamismo intelectual dos autores, ousaremos discordar da posição por eles sustentada de que se trata da aplicação da teoria dinâmica do ónus da prova. O D.L. sobre contratos de crédito aos consumidores hoje vigente é o D.L. n.º 133/2009, de 2 de junho (que manteve o texto do revogado artigo 7.º no atual artigo 13.º). Sendo assim, não estamos diante de uma teoria dinâmica, mas sim de uma inversão legal, disponibilizada pela lei para favorecer o consumidor diante do seu financiador. A hipótese de incidência para essa inversão probatória constante no artigo 13.º, n.º 1 e 5 é taxativa e não casuística,

Note-se que o exemplo gizado pelo citado autor é muito semelhante ao que hoje ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no microsistema do CDC brasileiro, em que verificada a verosimilhança da alegação do consumidor ou quando este for hipossuficiente, visando-se facilitar a defesa dos seus direitos, inverte-se o ónus da prova em seu favor (cfr. artigo 6.º, VII, CDC).

Ainda importante trazer a ribalta que HUGO LUZ sustenta que a teoria dinâmica é a *ratio legis* inerente ao princípio da gestão processual (cfr. artigo 6.º, n.º 1 do CPC/2013); entretanto; contudo, somente num futuro é que este princípio poderá abarcar a consagração legal desta teoria, seguindo uma tendência internacional de menor formalismo processual, em que o juiz assegura um processo mais equitativo²⁶²⁻²⁶³.

Temos, ainda, Elisabeth Fernandes que sustenta não existir a teoria dinâmica consagrada no ordenamento jurídico português; entretanto, no plano de *iure condendo*, o direito luso teria muito a ganhar caso consagrasse tal teoria, segundo ela; mas para isso, seria necessário que se alterassem o texto das normas vigentes. Neste sentido,

decorrendo da vontade única e exclusiva da lei e não do juiz. Entretanto, mesmo sendo uma inversão legal e não uma hipótese de incidência de teoria dinâmica, significa que o legislador preocupou-se com os consumidores diante de contrapartes mais fortes, como entidades bancárias e financiadoras. Outros exemplos na jurisprudência neste sentido são Ac. TRP de 10.05.2010 (Soares de Oliveira) e Ac. TRC 27.04.2017 (Jaime Carlos Ferreira).

²⁶² H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, pp. 270 e ss.

²⁶³ Outros autores também defendem a distribuição dinâmica do ónus da prova em casos envolvendo consumidores. JORGE MORAIS DE CARVALHO, Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação, *Estudos de Direito Bancário I*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 303 diz que “Ao contrário do que já defendemos, consideramos que a prova da entrega do exemplar do contrato de crédito cabe ao credor, não porque a primeira parte do artigo 13.º- 5 isente o consumidor de provar que não lhe foi entregue uma cópia do contrato, mas porque, aplicando a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, é para o credor muito mais fácil fazer prova da entrega do que ao consumidor provar o contrário”.

[p]orém, nos escassos casos em que a opção entre distribuição dinâmica ou estática do ónus da prova tem vindo a ser tratada entre nós, a possibilidade dos tribunais portugueses poderem vir a optar, sem texto legal habilitante, pela derrogação desse mesmo ónus *in casu* e independentemente do comportamento processual da contraparte, tem sido abertamente rejeitada, mesmo quando isso se mostre necessário para a obtenção de uma solução justa do litígio²⁶⁴.

O que diferencia Elisabeth Fernandes dos outros autores já mencionados acima é que ela, muito embora seja simpatizante da teoria dinâmica, não encontra nenhuma hipótese de incidência desta teoria no ordenamento jurídico português atual; ao contrário de Hugo LUZ, por exemplo, que apesar de também sustentar esta teoria em *iure condendo*, enxerga no princípio da gestão processual a imanência necessária para se alcançar a teoria dinâmica. Neste sentido “É aqui que recobra sentido hermenêutico falar-se na tríade gestão processual (artigo 6.º, n.º 1 do CPC), audiência prévia (artigo 591.º do CPC) e a distribuição do ónus da prova”²⁶⁵.

Deste modo, muito embora não exista hoje em Portugal previsão expressa para amparar a teoria dinâmica, alguns doutrinadores favoráveis a sua aplicação, como Micael Teixeira, encontrou uma forma de tentar justificá-la através do método da lacuna oculta; enquanto outros como Hugo Luz e Elisabeth Fernandes defendem a aplicação desta teoria somente em *iure condendo*.

²⁶⁴ ELISABETH FERNANDES, A prova difícil ou impossível, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, 1.ª ed., ed. Coimbra, Coimbra, 2013, p. 831.

²⁶⁵ H. LUZ DOS SANTOS, A distribuição..., *RDES*, p. 276.

A verdade é que (e seguindo a tendência internacional, sobretudo, na América do Sul²⁶⁶) há em Portugal um debate doutrinário acerca desta matéria, na qual alguns doutrinadores mostram-se favoráveis a sua aplicação, de acordo com o que expusemos. Já em relação à jurisprudência, como não há normatização expressa acerca do assunto tratado, os julgados têm-se mostrado conservadores quando o assunto é a alteração da regra quanto ao ónus processual; não obstante, alguns desses acórdãos mostrarem-se mais favoráveis a consumidores/utilizadores de serviço *homebanking* (cfr. Ac. TRE de 22.05.2014, Ac. TRL de 12.12.2013, Ac. TRL de 24.05.2012).

5. Das críticas à aplicação teoria dinâmica

Conforme visto no tópico anterior, há muitos doutrinadores que tentam inserir a teoria dinâmica em Portugal por meio de integração de normas e princípios. Porém, em sentido oposto aos posicionamentos favoráveis a tal aplicação, também se manifestaram várias vozes a propósito da matéria. Conforme visto no tópico anterior, há muitos doutrinadores que tentam inserir a teoria dinâmica em Portugal por meio de integração de normas e princípios. Porém, em sentido oposto aos posicionamentos favoráveis a tal aplicação, também se manifestaram várias vozes a propósito da matéria.

²⁶⁶ Vejam-se: Artigo 167 do *Código General del Proceso* da Colombia; Artigo 294 do *Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno* de Chile, consultado em <https://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Proyecto-de-Ley-de-Nuevo-Codigo-Procesal-Civil.pdf> acessado em 15.09.2021; Artigo 276 do *Proyecto del Nuevo Código Procesal Civil* do Perú, consultado em <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1916007/Proyecto%20del%20Nuevo%20C%C3%B3digo%20Procesal%20Civil.pdf.pdf> acessado em 15.09.2021.

Dentre estes doutrinadores que criticam a teoria dinâmica destaca-se Michele Taruffo que acena que muitos ordenamentos alteraram o ónus probatório a cargo do próprio juiz e não do legislador, desrespeitando, desta via, a regra estabelecida. Neste sentido “*en muchos ordenamientos existe una práctica por la cual el juez – no el legislador – modifica la distribución de las cargas probatorias entre las partes, sin respetar la regla fundamental a ala que se ha hecho mención*”²⁶⁷.

Destarte, para o autor a principal crítica que direcionada à teoria dinâmica da prova é o facto de o juiz (por algum motivo que considere apropriado), delibere indo de encontro com a regra geral do ónus probatório. Esse poder de alterar o encargo probante nas mãos do juiz, diante de cada caso em concreto, pode transmutar de uma discricionariedade para uma arbitrariedade, dando azo a decisões surpresas no decorrer do processo²⁶⁸⁻²⁶⁹.

Para além disso, o autor defende haver uma tendência crescente para o chamado *veriphobia*, o que pode ter o condão de ser prejudicial para o processo civil, tendo em vista que o protagonismo concedido aos juízes para a aplicação da

²⁶⁷ Cfr. MICHELE TARUFFO, *Casi una introducción, Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 12.

²⁶⁸ Cfr. M. TARUFFO, *Casi una introducción...*, p. 13.

²⁶⁹ Neste sentido, veja-se também, C. BLANCO MORAES, *As ‘ideologias da interpretação’...*, p. 282, quando diz “Se a Constituição contém opções ideológicas e se a norma ordinária as pode também incorporar, pois são produto de um poder legiferante, não cabe aos tribunais constitucionais agir ideologicamente, sob pena de desrespeitarem o seu estatuto de independência e imparcialidade. Tal envolveria, a par de um colapso da segurança jurídica, um risco de rutura da identidade constitucional através de um guardião judicial atuando sem limites e convertendo-se num oráculo, supostamente mais apto que o constituinte e o legislador para predizer o futuro”.

teoria dinâmica pode acabar por imiscuir-se em razões de carácter pessoal, a saber, políticas, éticas e ideológicas, retirando, assim, a imparcialidade do julgador²⁷⁰.

Assim, portanto, a título de verticalizar a matéria, o autor vai distinguir as narrativas *verdadeiras e falsas* das narrativas *boas e más*, de modo a determinar quatro situações diferentes. Deste modo

Para analizar esas situaciones y con el fin de no complicar excesivamente el discurso, podemos estipular que una narración es verdadera cuando todos los enunciados relativos a los hechos son verdaderos, mientras que es falsa cuando al menos uno de los enunciados que la componen no ha sido probado y por tanto no se corresponde con la realidad de los acontecimientos descritos. Falsa significa, por consiguiente, total o parcialmente falsa²⁷¹.

Sob este cariz doutrinário, Taruffo ao determinar a primeira situação vai dizer que uma narrativa poderá ser boa e falsa em simultâneo. Isto significa dizer que a história é bem construída, mas quando ao seu conteúdo verídico tudo não passa de uma ficção. A segunda situação é quando estamos diante de uma narrativa

²⁷⁰ Neste sentido, veja-se, JORDI NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 175, quando diz que “*El juez que se deje llevar por el afecto, el odio, la ira, el sesgo de exceso de confianza en el juicio emitido o el sesgo egocéntrico, es posible que mantenga una aparente posición de imparcialidad durante todo el proceso. Pero a la hora de valorar la prueba, esas emociones y sesgos le van a influir más que ninguna otra cosa. Y en el momento en que le influyan, y esto es lo más importante, estará dejando, en realidad, de valorar la prueba. Es decir, la conclusión es que la parcialidad excluye la valoración de la prueba. O dicho de otro modo, que sin imparcialidad no es posible la valoración de la prueba*”. Em sentido oposto, veja-se, ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, *La Carga de La Prueba en Supuestos de Discriminación: Su regulación en el proceso civil*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 230 – 1, que diz “*Por nuestra parte, entendemos que, si se producen las circunstancias que justifican su utilización, el juzgador debe aplicarlos, sin que exista a este respecto ningún margen a la discrecionalidad. Nos encontraríamos, sin lugar a dudas, ante un deber*”.

²⁷¹ MICHELE TARUFFO, *Simplemente la Verdad – El juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 83.

má e falsa, ocasião em que o conteúdo além de ser fantasioso é mal redigido. A terceira situação vai se situar entre a narração boa e verdadeira, são, por exemplo, os relatos históricos escritos de forma coerente e plausível e retratam fielmente os acontecimentos. Esta terceira situação poder ser, inclusive, uma narrativa processual quando bem narrada e, ao mesmo tempo, carregada de provas disponíveis. Por fim, a quarta situação trazida pelo autor, é de uma narrativa má, porém verdadeira. Isso pode acontecer quando estivermos diante de um facto histórico mal redigido, muito embora seja verdadeiro. Este último caso também pode ser uma realidade processual²⁷².

É claro que a melhor opção seria a terceira (narrativa boa e verdadeira), já que é justamente isso que se espera de um processo; entretanto, sabemos que não é sempre que ocorre este panorama ideal, uma vez em que é comum que a parte não dispunha dos meios de provas ao seu alcance.

O que se pretende concluir com essas narrativas é demonstrar que, diante de um processo (e, levando-se em conta que o advogado não tem a obrigação de contar uma história verdadeira, mas sim uma que *pareça* verdadeira almejando a sua vitória), a narrativa pode, apesar de ser boa, não ser verídica.

Portanto, frente a um juiz persuadido com este falso cenário (narrativa boa, mas inverídica), a aplicação da teoria dinâmica vai representar um verdadeiro jogo; ou seja, a aplicação desta teoria vai depender dos argumentos trazidos pelo advogado da parte que a requer²⁷³. Assim, à medida que a aplicação da teoria

²⁷² Cfr. M. TARUFFO, *Simplemente la Verdad...*, pp. 83 - 4.

²⁷³ Neste sentido, veja-se, M. TARUFFO, *Simplemente la Verdad...*, p. 87, quando diz “*Es probable que tiendan a preferirse las buenas narraciones, incluso si son falsas, más que las narraciones verdaderas, especialmente si son narrativas defectuosas. Sin embargo, esta preferencia puede varias*”

dinâmica fica a mercê da história contada (independente de ser verdadeira ou não), cai por terra a busca da verdade material sendo esta afastada pela melhor narrativa, ainda que falsa.

Já Jordi Fenoll faz um estudo interessante comparando essa busca desenfreada da verdade material com o sistema de ordálias, utilizado na idade média como forma de aquisição de provas. Neste sentido “*Es curioso observar como ese fue el modo más ancestral de resolver las situaciones de insuficiencia probatoria. No se dejaba al litigante inerte ante su falta de recursos para probar los hechos que alegaba, sino que se le daba la opción de someterlos a la ese juicio divino. De ese modo, la ordalía excluía la carga de la prueba*”^{274_275}.

Com o processo moderno e a carga de distribuição da prova, exigiu-se que a parte que alega um facto deve prová-lo; logo, aquela parte que não dispõe de provas para demonstrar aquilo que afirma, deve sair vencida na causa. É neste âmbito, segundo o autor, que surgem as inversões da carga da prova²⁷⁶ e,

dependiendo del tipo de juez que resuelva sobre los hechos (jurado o juez profesional) y dependiendo del tipo de contexto en el que se inserta la narración. Un reportero puede preferir un buen relato sin preocuparse mucho acerca de su veracidad, mientras que un juez podría preferir un relato verdadero, aun si fuera narrativamente pobre”.

²⁷⁴ JORDI NIEVA FENOLL, La Carga de la Prueba: uma reliquia histórica que debiera ser abolida, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 41 – 2.

²⁷⁵ De acordo com JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, O sistema misto de valoração da prova, *O Direito*, III, Ano 146.º, Coimbra, Almedina, 2014, p. 559, sobre o sistema das ordálias. Neste sentido, “No entanto, as ordálias limitavam o juiz a proceder no sentido de aplicar uma condenação sem valorar a prova produzida. Deste modo, o juiz era condicionado por um automatismo aplicador de um determinado resultado, mesmo que discordasse, no seu íntimo, daquele resultado. Por isso, nos termos da própria ordálias, cujo veredicto era determinado em face do apelo ao ente sobrenatural, o juiz via-se obrigado a decidir o dissídio. Ora, como se percebe, o papel do julgador era eminentemente passivo, mecânico, mero aplicador do resultado ditado pela entidade externa ao próprio magistrado. Consequentemente certa doutrina entendia o modelo da ordálias uma autêntica negação valorativa da prova”.

²⁷⁶ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La Carga de la Prueba*..., p. 42.

posteriormente, das cargas dinâmicas da prova²⁷⁷ (ou facilidade probatória), mas que para ele também não resolve o problema da falta de prova no processo, tendo em vista ser defensor de um sistema de livre valoração da prova, chegando a admitir a existência de um processo sem repartição do ónus. Neste sentido “*no es la carga de la prueba la que asegura la viabilidad del juicio que finalmente se dicte, sino la cosa juzgada. No es que la sentencia declare que el hecho no ha existido, sino que no se puede volver a abrir un proceso por los mismos hechos, dado que no podemos estar poniendo constantemente en cuestión ante la justicia una misma situación*”²⁷⁸.

Para Fenoll, o réu, diante deste sistema de livre valoração da prova, não pode mais esperar que o autor não seja capaz de provar a sua alegação, mas, em vez disso, teria que fornecer as provas necessárias para tentar ganhar o processo. Fazer o contrário seria altamente imprudente, existindo ou não o critério do recurso de evidências²⁷⁹.

Jordi Beltrán, por outro lado, defende que a teoria dinâmica foi superada pelo princípio da aquisição processual²⁸⁰, portanto, uma vez produzida à prova, ela pertence ao feito. Para ele, o facto da aplicação desta teoria recair sobre o poder

²⁷⁷ Neste sentido, J. NIEVA FENOLL, *La valoración...*, pp. 174 e ss.

²⁷⁸ J. NIEVA FENOLL, *La Carga de la Prueba...*, p. 44.

²⁷⁹ Cfr. J. NIEVA FENOLL, *La Carga de la Prueba...*, p. 48.

²⁸⁰ Cfr. JORDI FERRER BELTRÁN, *La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario. Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 69. Sobre o princípio da aquisição processual entende-se que um determinado facto pode ser provado pela parte que não tinha que suportar o ónus probatório e o juiz deverá considerar aquela prova normalmente porque a prova uma vez produzida pertence ao processo e não à parte. Já Para M. TARUFFO, *Casi una...*, p. 17, “*Este principio establece que si existe prueba relevante para el establecimiento de un hecho, esta puede – y debe – ser tomada en cuenta por el juez, independientemente de su origen, es decir, ya sea que haya sido presentada por la parte que tenía la carga, o bien que haya provenido de la otra parte o un tercero, y también – finalmente – cuando su presentación haya sido dispuesta de oficio por el juez*”.

decisório do juiz, em cada caso concreto, significa decidir casuisticamente o direito a ser aplicado²⁸¹.

Além disso, o autor também defende que existem outros fundamentos para se contribuir com a produção das provas que não são baseadas na teoria dinâmica. Dentre eles, ele cita o dever de colaboração processual que não traria os inconvenientes de prejudicar a segurança jurídica como num caso de aplicação da carga dinâmica. Caso a parte não colaborasse com este dever de trazer as provas, *lege ferenda*, deveria suportar uma sanção (fosse pecuniária, civil ou penal)²⁸².

Outra solução interessante apontada por Beltrán para afastar a aplicação da teoria dinâmica e, ao mesmo tempo auxiliar na questão da produção dos meios de provas é o desenvolvimento do mecanismo conhecido pelo direito anglo-saxónico denominado *discovery* ou *disclosure*²⁸³. Esse mecanismo, portanto, permite não apenas as partes divulgarem as provas que constituem a sua estratégia probatória, mas, sobretudo, permitir que a parte possa solicitar todas as informações relevantes que julgar conveniente à contraparte, que possuiria obrigação de disponibilizá-la^{284_285}.

²⁸¹ Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La Carga Dinámica...*, p. 79.

²⁸² Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La Carga Dinámica...*, pp. 80 - 1.

²⁸³ Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La Carga Dinámica...*, p. 83.

²⁸⁴ Cfr. J. FERRER BELTRÁN, *La Carga Dinámica...*, p. 83.

²⁸⁵ A propósito do *discovery* ou *disclosure*, veja-se, M. TARUFFO, *Simplemente la Verdad...*, p. 263, que anui no seguinte sentido “[...] *es suficiente prever una obligación de disclosure, adecuadamente sancionada, en virtud de la cual cada parte deba producir todas las pruebas relevantes que posea o que estén disponibles, comprendidas las pruebas que producirían efectos desfavorables hacia ella. Si se trata de lograr que una parte pueda utilizar las pruebas que estén disponibles para la otra parte, tampoco es necesario intervenir en la distribución de las cargas probatorias: sería suficiente - y más correcto - prever una orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada, que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la otra parte aportarla al juicio*”.

Desta forma, observamos que a teoria dinâmica não é a única solução que visa responder diante de uma insuficiência ou dificuldade probatória da parte, pelo contrário, esta teoria é mais uma dentre outras alternativas que poderiam ser também viáveis, como, por exemplo, a aplicação do dever de colaboração (com aplicação de sanção civil), a aplicação do princípio da aquisição e o *disclosure*.

A maior crítica que deve ser dirigida à teoria dinâmica é o facto desta poder representar um arbítrio por parte do juiz diante de determinado caso concreto, pois numa ação judicial prima-se, além do devido respeito ao contraditório, pela segurança jurídica que é indispensável e, sobretudo, pela imparcialidade do julgador, que podem acabar sendo coloca em xeque diante de uma má aplicação desta teoria.

6. Da teoria dinâmica em Portugal: estaria na sua fase embrionária?

De guisa de todo exposto, pode-se concluir que em Portugal não há a teoria dinâmica pelo facto de não haver normatização expressa sobre ela; contudo, há alguma doutrina a dar azo a uma possível existência desta teoria com base em mecanismos principiológicos, com fulcro, principalmente, no artigo 6.º e no artigo 411.º do CPC.

Dentre estes nomes, destaca-se Micael Teixeira que, conforme visto, vislumbrou, inclusive, uma *lacuna oculta* no artigo 342.º do CC a justificar tal teoria no ordenamento luso. Em que pese o enorme dinamismo intelectual do autor e os seus imensos contributos à ciência jurídica portuguesa, ousaremos discordar do seu posicionamento, passemos à análise.

Seria muito temerário prever uma lacuna oculta no 342.º do CC, pois, para ampliar a norma nestes moldes seria preciso, antes de tudo, conjugá-la com outros artigos de ordem principiológica do ordenamento jurídico, como o artigo 6.º, 7.º, 411.º e 417.º do CPC para, só assim, poder-se concluir que se esconde nas entrelinhas a teoria dinâmica, de modo a poder ensejar decisões arbitrárias por parte dos magistrados que teriam que fazer um enorme esforço jurídico interpretativo para fundamentar uma exceção à luz da regra rígida de repartição.

Quando não há normatização expressa sobre algum preceito, forçar uma fundamentação jurídica pode causar certa insegurança jurídica. Basta que pensemos, por exemplo, na inversão do ónus da prova consoante o artigo 344.º do CC, já que a inversão probatória é também uma forma de flexibilizar o encargo probatório²⁸⁶. Portanto, qual seria a grande especificidade? Para ocorrer uma inversão do ónus não haveria que se fazer nenhum grande esforço interpretativo da norma, porque ela já está positivada, de modo que, para a sua incidência, basta que a hipótese caiba exatamente nos moldes da lei.

Em suma, a inversão do ónus, ao contrário da teoria dinâmica, foi prevista pelo legislador; assim, pode-se afirmar que, quando o legislador quis prever uma exceção à regra estática do ónus da prova ele a fez de forma expressa no artigo

²⁸⁶ Em Portugal, as regras sobre o ónus da prova encontram-se previstas nos n.º 1 e 2 do artigo 342.º do CC, de modo que acompanha a alegação, portanto, à parte autora cabe a prova dos seus factos constitutivos do direito apresentado e ao réu a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocados pela contraparte. Sendo assim, os casos de inversão probatória previsto no artigo 344.º são medidas excepcionais à regra geral do artigo citado. O artigo 344.º, ao prever hipóteses de inversão probatória, dividiu em: presunção legal, dispensa ou liberação, convenção e determinação legal, todas no n.º 1 e recusa de cooperação, prevista n.º 2 que é quando ocorrer da contraparte, agindo culposamente, impossibilitar a produção da prova de quem tivesse o ónus de produzi-la, sem prejuízo de outras sanções legais que possam ser aplicadas como a desobediência ou às falsas declarações.

344.º do CC. Deste modo, se o legislador não quis consagrar nenhuma outra hipótese de exceção para a regra estática de repartição do ónus da prova é pelo facto de que não existe contemplada no ordenamento jurídico português.

Acompanhando este raciocínio, todos os outros artigos que digam respeito ao dever do juiz de apuração da verdade como, por exemplo, o artigo 6.º que dispõe sobre o dever de gestão processual; o artigo 7.º que prevê sobre o princípio da cooperação; n.º 2 do artigo 417.º do CPC que trata do dever de cooperação e o artigo 411.º que traz o princípio do inquisitório, tem como razão de ser a inversão do ónus culposa, expressa no n.º 2 do artigo 344 e não em decorrência de uma possível teoria dinâmica²⁸⁷.

²⁸⁷ Sobre o princípio da gestão processual, há interessantes assuntos que abordam o tema. Cfr. MIGUEL MESQUITA, Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo Processo Civil?, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145.º Ano – 2015/2016, n.º 3994 - 3999, p. 82, ao tentar responder o que é o princípio da gestão processual no novo CPC/2013 diz “A resposta depende, naturalmente, da *visão ideológica* que se tem do processo e, portanto, nunca haverá respostas consensuais entre a doutrina. Que juiz queremos? Um juiz que intervém apenas ao nível do procedimento, moldando-o numa espécie de <<navegação à vista>> ou é desejável ir mais longe e aceitar um juiz que exerça uma influência mais profunda no processo, nomeadamente no respeitante ao *pedido e à causa de pedir*? Mas como partilhar uma gestão mais profunda com o dever de imparcialidade?”. Ainda no seio da questão, o autor conclui, às pp. 108 que “O princípio da gestão, concluindo, pode ser visto como uma espécie de <<Santo Graal>> do moderno Processo Civil, ou seja, como um <<cálice redentor>> que, *a ser usado por homens virtuosos e de bom-senso*, respeitadores dos princípios básicos da Disciplina, acabará por dar uma <<nova vida>> e um novo sentido aos processos destinados à realização do Direito Privado, contribuindo, decisivamente, para alcançarmos a <<Terra Prometida>> e sempre almejada: *a celeridade, eficiência e justa composição dos litígios*”. (Itálico do autor). Já em tom crítico, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, ed. Coimbra, Coimbra, 2013, p. 950, ao criticar a reforma do CPC/2013, refere-se ao princípio da gestão processual como *enigmático*. Neste sentido “Que dizer dos princípios que encontramos na Constituição e que não têm correspondência no processo civil? Que pensar do princípio da cooperação? Bem sabendo que a ideia de o alcançarmos em princípio processual tem merecido acerbas críticas da doutrina, ele permanece intocado no Projecto, surgindo, antes dele, um enigmático princípio da gestão processual. Cumpre saber como se devem articular os dois princípios, uma vez que se pode supor que a cooperação recíproca entre as partes e o tribunal pode ficar limitada por uma direção activa do processo e consequente adopção de mecanismos de simplificação e de agilização processual. Por outro lado,

Desta feita, quando o legislador quis prever uma exceção à regra estática do ónus da prova ele previu a inversão do ónus expressamente no artigo 344.º do CC. Portanto, se o legislador não quis abranger outras hipóteses para além deste artigo não foi por omissão, mas sim porque entendeu que não era viável.

Frisa-se, novamente, que enxergar a existência de uma *lacuna oculta* no artigo 342.º do CC é temerário, podendo ocasionar abusos por parte dos juízes aquando das suas decisões.

E, finalmente, o disposto nos artigo 6.º, artigo 7.º, artigo 411.º e o n.º 2 do artigo 417.º do CPC foram construídos para os casos de aplicação da inversão do ónus culposa, expresso no n.º 2 do artigo 344.º e não visando uma possível aplicação da teoria dinâmica.

É nesta esteira de entendimentos que podemos concluir que a teoria dinâmica do ónus da prova não se sustenta no ordenamento jurídico português, tendo em vista a falta de previsão normativa para tal; muito embora possa encontrar-se na sua fase embrionária na jurisprudência ao abrigo do artigo 71.º, do n.º 1 a 3 do artigo 72.º e do n.º 1 do artigo 113.º do D.L. n.º 91/2018, como também no n.º 1 e 5 do artigo 13.º do D.L. n.º 133/2009, que prevê que cabe ao credor fazer prova da entrega de exemplar de contrato de crédito ao consumidor.

Isso porque, a jurisprudência portuguesa, em casos envolvendo fraudes (como *phishing* e *pharming*) ao consumidor bancário utilizador de *homebanking*, aplica o artigo 71.º, o n.º 1 a 3 do artigo 72.º e o n.º 1 do artigo 113.º do D.L. n.º

talvez conviesse esclarecer, ainda a este propósito, se existe um dever de verdade processual como tem sido amplamente reconhecido noutros ordenamentos jurídicos? Tanto mais que não podemos deixar de considerar muito estranha a imutabilidade do artigo 456.º relativo à litigância de má-fé”.

91/2018 que, não obstante, se trate de uma inversão de ónus probatório, assemelha-se muito com a teoria dinâmica pelo facto de entender que a entidade bancária tem maior facilidade de produzir provas sobre a incolumidade do seu sistema operativo informático do que a parte demandante que vista como vulnerável diante de um demandado tão poderoso²⁸⁸.

Segundo Maria Raquel Guimarães, ao analisar o tema de fraudes bancárias na jurisprudência, conclui que “Dos acórdãos analisados, cerca de 75% deram razão ao utilizador do serviço e apenas 25% decidiram a favor do banco. Não se podendo propriamente vislumbrar aqui uma tendência, na medida em que as circunstâncias de cada caso são diversas e, no essencial, é distinta a prova que é realizada em concreto [...]”²⁸⁹.

Portanto, diante do exposto, entendemos que ampliar os conceitos das atuais normas vigentes para poder encaixar a teoria dinâmica seria arbitrário e temerário, de modo que somente uma reforma legislativa poderia resolver o imbróglio, caso estabelecesse expressamente sobre a teoria dinâmica.

Já sobre a não entrega de exemplar do contrato de crédito ao consumidor, consoante o n.º 1 e 5 do artigo 13.º do D.L. n.º 133/2009, não estamos frente a um caso de aplicação da teoria dinâmica porque não há nenhuma análise casuística a ser feita pelo julgador, mas sim, diante a uma inversão legal prevista pelo legislador para favorecer o consumidor devedor do seu credor.

²⁸⁸ Nestes termos, Ac. TRL de 01.10.2020 (Maria Amélia Ameixoeira); Ac. TRP de 14.07.2020 (Fernando Baptista); Ac. TRG de 09.06.2020 (Maria Cristina Cerdeira); Ac. TRL de 21.12.2017 (Manuel Rodrigues).

²⁸⁹ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, *O phishing de dados bancários e o pharming de contas. Análise jurisprudencial, III Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, p. 427.

Nesta linha de entendimentos, caso no futuro haja uma reforma legislativa apta a abarcar tal teoria, ainda seria preciso observar que a sua aplicação deve-se dar casuisticamente diante do caso concreto, devendo-se ser (in)deferida no despacho saneador, dispor de previsão legal de recurso imediato para o tribunal recursal e, por fim, prever que este recurso tenha ou preveja a possibilidade de atribuir efeito suspensivo ao processo.

Por ora, para relativizar a regra estática do ónus probatório processual no ordenamento jurídico português, somente diante das hipóteses constantes do artigo 344.º do CC. Não havendo teoria dinâmica neste ordenamento luso, conseguimos vislumbrar uma fase ainda embrionária da teoria dinâmica em Portugal, através da aplicação do D.L. n.º 91/2018 e o D.L. n.º 133/2009 que, malgrado tratem de uma inversão probatória, em última *ratio* visam proteger o consumidor que pode ser considerado uma parte potencialmente fraca diante de um litígio frente a uma instituição bancária.

Deste modo, se o ordenamento jurídico português continuar a caminhar por este trilho de proteção de partes vulneráveis (como é o caso do utilizador de *homebanking* e do consumidor que no contrato de crédito ao consumo alega não ter recebido cópia de exemplar do contrato), é possível que no futuro possa abraçar outras formas excecionais de repartição do ónus da prova diferente da regra do CC de repartição estática, mesmo que a título de inversão probatória e não de teoria dinâmica. A nosso ver, o D.L. n.º 91/2018 e o D.L. n.º 133/2009 são exemplos de sementes lançadas num solo que pode ser fértil para frutificar futuras legislações neste sentido de proteção de partes frágeis na relação processual, para alcançar outros segmentos da sociedade como vítimas de erro médico.

7. Da teoria dinâmica no Brasil

No Brasil, o revogado artigo 333 do CPC/1973 ditava uma repartição estanque do ónus probatório cuja flexibilização somente ocorreu com o advento do artigo 6.º, VIII do CDC que previu a inversão do ónus da prova desde que se tratasse de uma relação de consumo, que a alegação fosse verosímil e que a parte fosse hipossuficiente de acordo com as regras ordinárias de experiência. Dessa forma, a jurisprudência passou a relativizar a teoria estática²⁹⁰.

Ocorre que, visando expandir este conceito de hipossuficiente (ou de vulnerável), a jurisprudência foi sendo consolidada ao abrigo da doutrina, de modo que o artigo 6.º, VIII, CDC passou a ser usado como referência de argumentação para uma repartição do ónus *probandi* diferente do que a própria lei previa para alcançar, não somente os consumidores, mas também a certos segmentos da sociedade que careciam de “amparo” probatório.

Nestes moldes, podemos citar a título de exemplo, dois destes segmentos da sociedade que o STJ acolheu e, ao arrepio da lei, passou a aplicar o seu próprio entendimento da inversão do ónus probatório, baseado no conceito de vulnerabilidade do CDC.

O primeiro sector na qual recaiu esse entendimento elástico de vulnerável foi o meio ambiente. Segundo a edição n. 25: processo coletivo – III da Jurisprudência em teses do STJ,

²⁹⁰ Neste sentido, vejam-se, REsp 1060753 de 14.12.2009 (Eliana Calmon); AREsp 196481 de 25.11.2015 (Marco Buzzi); REsp 883656 de 28.02.2012 (Herman Benjamin); AREsp 153797 de 16.06.2014 (Marco Buzzi); REsp 972902 de 14.09.2009 (Eliana Calmon) e REsp 1134864 de 11.04.2013 (Ricardo Villas Bôas Cueva).

2) É possível a inversão do ónus da prova da ação civil pública em matéria ambiental a partir da interpretação do artigo 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o artigo 21 da Lei n. 7.347/1985”. Acrescenta, ainda, a edição n. 30: direito ambiental – Jurisprudência em teses do STJ que dispõe “4) O princípio da precaução pressupõe a inversão do ónus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva²⁹¹⁻²⁹².

Regista-se que esta inversão do ónus da prova pode-se dar através de três modalidades que são: *ope iudicis*²⁹³, *ope legis*²⁹⁴ e por meio de convenção entre as partes. A primeira é a que encontramos no já mencionado artigo 6.º, VIII, CDC; a segunda é justamente aquela que decorre da lei e não do critério do juiz, podemos citar a título de exemplificação o artigo 12, § 3.º, II; artigo 14, § 3.º, I e artigo 38 todos do CDC e, por fim, com relação à terceira modalidade de inversão, a saber, a convencional, a mesma será observada quando decorrer de um acordo de vontade das partes envolvidas.

²⁹¹ Ambas as decisões são anteriores ao atual CPC/2015 e foram consultadas em <https://corpus927.enfam.jus.br/legislacao/cdc-90> em 20.09.2021.

²⁹² Cfr. DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. Único, 13.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 726, esta inversão também já era observada em se tratando de partes idosas, tendo em vista o Estatuto do Idoso que assegura aos idosos maiores de 60 anos a facilitação na produção probatória. Sendo assim, o STJ entendia que haveria a necessidade de inversão do ónus, tendo em vista a dificuldade que esses litigantes pudessem ter.

²⁹³ Segundo D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito...*, p. 728, esta modalidade foi a mais afetada com a promulgação do CPC em 2015. Conforme o autor, “A partir da § 1.º do artigo 373 do Novo CPC, a inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ónus da prova”.

²⁹⁴ D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Manual de Direito...*, p. 728, cita que para a ocorrência da inversão pela lei, não se exige que a parte preencha nenhum requisito legal porque as hipóteses de incidências vêm previstas expressamente em lei. O autor defende que não seriam inversões propriamente ditas tendo em vista que estaríamos diante “de uma regra legal específica em sentido contrário à regra legal genérica de distribuição do ónus da prova”.

Malgrado a jurisprudência já se socorresse desta ampliação do conceito de vulnerabilidade construído em prol do princípio da isonomia de direito dos litigantes, vozes na doutrina²⁹⁵ aclamavam pela normatização da teoria dinâmica para contrastar com a teoria estática do então artigo 333 do CPC/1973. Para isso, seria necessário criar um novo CPC que incorporasse inovações principiológicas, como, por exemplo, o princípio da cooperação, o princípio da vedação das decisões surpresa e princípio da isonomia pelo julgamento de feitos pela ordem cronológica.

Sucedede que, muito embora se tenha inaugurado um novo código de procedimentos brasileiro em 2015, a normatização da teoria dinâmica ficou muito aquém do que era esperado pela doutrina que já a defendia. Entretanto, ainda assim pode-se considerar como uma evolução normativa, uma vez que o revogado artigo 333 do CPC/1973 previa somente uma distribuição estática do ónus da prova, cabendo aos operadores do direito uma interpretação extensiva com base no artigo 6.º, VIII, CDC, conforme verificado.

Desta forma, consoante o artigo 373, I e II do CPC/2015, verificou tratar-se da teoria estática do ónus da prova, que deve reger todas as relações processuais, porque é aqui que encontramos a regra da distribuição do encargo probatório, conquanto que a teoria dinâmica do ónus *probandi* foi incorporada somente no § 1.º do artigo 373 do CPC/2015 como uma exceção à regra geral de distribuição de encargos da prova.

Portanto, regista-se que a teoria dinâmica é no CPC/2015 uma exceção a ser observada somente aquando verificar-se as hipóteses de incidência que estão

²⁹⁵ Antes do advento do CPC/2015 que passou a dispor expressamente sobre a teoria dinâmica alguns autores como, a título de exemplo, Fredie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Antonio Janyr Dall'agnol Jr., já sustentavam a favor da teoria dinâmica do ónus da prova.

previstas naquele § 1.º, como previsão em lei ou impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório original que é a regra ou, ainda, quando houver mais facilidade de obtenção de provas por uma parte processual²⁹⁶.

Importante frisar que, justamente pelo facto da teoria dinâmica se tratar de uma exceção à regra da distribuição do ónus da prova, a decisão que a determine deverá ser fundamentada a fim de que a parte encarregada da produção de provas tenha tempo hábil para se desincumbir deste ónus²⁹⁷.

Já quanto ao momento da sua aplicação, esta deve ser deferida preferencialmente na ocasião do despacho saneador, pois é esse o momento nevrálgico processual em que o julgador já tem, diante de si, tanto as alegações do demandante como a do demandado. É neste momento que o juiz pode ponderar o seu juízo de valor, pois será aí que o julgador já terá condições de averiguar quem tem (pelo menos em tese) capacidade necessária para suportar o encargo probatório²⁹⁸.

²⁹⁶ A análise quanto a isso será casuística porque somente o juiz diante do caso concreto poderá analisar quem está em melhores condições de trazer a prova em juízo. Como nessa segunda hipótese não abrange os casos previstos em lei, se o juiz se omitir, valerá a regra geral do *caput*, ou seja, o autor provará os seus factos constitutivos do seu direito alegado e o réu os factos impeditivos, modificativos e extintivos.

²⁹⁷ Além de a decisão ser fundamentada é fundamental que não ocorra a chamada prova diabólica inversa prevista no § 2.º do artigo 373 do CPC/2015. Cfr. LUIZ FLÁVIO GOMES, O que é a prova diabólica?, *Jusbrasil*, 2008. Consultado e acedido em 22.09.2021 <https://lfg.jusbrasil.com.br/>, “É a chamada prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, como a prova de fato negativo. A prova diabólica existe muito na prática e fez a doutrina do ónus da prova ser repensada”.

²⁹⁸ Cfr. FREDIE DIDIER JÚNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*, II, 16.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 152, enfatiza que a exigência de motivação para a aplicação da redistribuição decorre do artigo 93, IX, da CRFB. Por outro lado, o momento adequado para se operar a redistribuição é qualquer um “desde que se permita à parte se desincumbir do ónus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o artigo 357, III, CPC.”

Portanto, o momento de deferimento da teoria deve ser no despacho saneador, não antes, de modo que o magistrado ainda não teria contato com todos os argumentos das partes e, tão pouco depois, sob pena de violar o contrário, já que, se houver necessidade de redistribuição do ónus, a parte onerada deverá ter tempo hábil para se defender desta incumbência. Outrossim, a parte tem que dispor de um recurso imediato com efeito suspensivo para poder discutir esse encargo num tribunal de recurso, sob pena de violação a sua ampla defesa.

Daqui resulta que, em suma, quando à análise da matéria para a aplicação da teoria dinâmica, a mesma é casuística; quanto ao seu momento de deferimento é feito no despacho saneador, sob pena de violação ao contraditório; quanto ao recurso cabível à parte onerada, o ordenamento deve prever um recurso imediato para o tribunal recursal visando-se rediscutir o ónus imposto, sob pena de violação a ampla defesa e, por fim, quanto ao efeito deste recurso deve ser observado o efeito suspensivo automático ou, pelo menos a possibilidade de ser atribuído este efeito ao recurso.

O CPC/2015 previu, de certa forma, estes momentos. Conforme já foi objeto de análise, o artigo 373, § 1.º regula a teoria dinâmica de forma excepcional. Por conseguinte, no artigo 357, III, o CPC determina o momento da aplicação da distribuição do ónus da prova na decisão saneadora. Por fim, o artigo 1.015, XI irá prever o recurso de agravo de instrumento em face das decisões que versarem sobre

Enquanto em Portugal, segundo M. MARTINS TEIXEIRA, *Por uma...*, p. 372, entende-se que o momento adequado para aplicação da teoria dinâmica (caso esta teoria fosse aceita) seria na audiência prévia. Para H. LUZ DOS SANTOS, *A distribuição...*, *RDES*, p. 270, entende que este momento de aplicação da teoria dinâmica seria um “momento muito anterior à realização da audiência final e, por conseguinte, à prolação da sentença”.

a redistribuição do ónus probatório nos termos do § 1.º do artigo 373, CPC, podendo ser atribuído efeito suspensivo a este recurso, nos moldes do artigo 1.019, I.

8. Do ativismo judicial e da teoria dinâmica no Brasil

Neste ponto, a teoria tem a sua razão de ser na busca da paridade processual de armas, pois é inegável que, a depender do caso em concreto, a parte esteja numa posição menos favorecida para suportar a produção de provas.

Também é verdade que o legislador não tem como prever todas as situações possíveis para abranger as gamas de acontecimentos sociais que podem ocorrer, até porque a sociedade está em constante movimento progresso. Assim, pensar que uma única teoria poderia responder por todos os nossos anseios é a mesma coisa que pensar que o direito transmutou-se numa equação matemática. O que não é o caso, e nem deve ser.

Em suma, a teoria, gostemos ou não, já existe no ordenamento jurídico processual brasileiro, a questão agora é saber se ela tem sido aplicada da forma como lhe cabe, ou seja, de modo excepcional ou se, por outro lado, ela não teria se transmutado numa regra processual.

É interessante trazer a ribalta que “a teoria dinâmica enquadra-se numa perspectiva favorável ao ativismo judicial. Não em sede de aquisição probatória, mas a propósito da repartição do ónus probatório”²⁹⁹. Isso porque, antes mesmo desta teoria encontrar-se normatizada, conforme já observamos, os tribunais brasileiros relativizavam a distribuição do ónus *probandi*, ampliando o conceito de parte

²⁹⁹ J. L. BONIFÁCIO RAMOS, *Questões Actuais...*, p. 160.

vulnerável na relação processual. Sobre este ativismo judicial, é sabido que o STF brasileiro é a Corte Constitucional mais poderosa do mundo³⁰⁰, haja vista as suas polémicas decisões judiciais que mais se enquadrariam na roupagem de um legislador atuante³⁰¹⁻³⁰².

Ocorre que os ministros do STF não são membros do Poder Legislativo, eles compõem o órgão judiciário (cfr. artigo 92, I e artigo 101 CRFB) e, desta forma, tem como único objetivo zelar pelo bom funcionamento da Constituição Federal (cfr. artigo 102, CRFB), de modo que não deveria ser permitido que o tribunal atuasse como parlamentar fosse, porque os juízes não são representantes do povo, eles não representam a vontade popular expressa no voto e, de igual modo, não estão preparados para atender os anseios populares.

Sendo assim, os julgadores deveriam fazer bom uso do texto expresso na lei sem alargar conceitos ao argumento de igualdade material de armas. No caso do Brasil, o advento do CDC já representou um paradigma tendo em vista a possibilidade da inversão do ónus (cfr. artigo 6.º, VII) a favor do consumidor

³⁰⁰ Cfr. C. BLANCO MORAES, As 'ideologias da interpretação'..., p. 286, diz que "O Brasil constitui, quanto a esta questão, um laboratório paradigmático, não apenas por ser a única potencia regional relevante desse hemisfério, mas porque o STF se converteu, graças ao seu ativismo, no mais poderoso Tribunal Constitucional do mundo".

³⁰¹ Sobre algumas decisões atuantes do STF brasileiros, podemos citar: o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo; a validade da Lei da Ficha Limpa; não à revisão da Lei de Anistia; normas para uso de algemas em presos; liberação para pesquisa com células-tronco; cotas raciais no ensino superior; constitucionalidade de terras quilombolas, dentre outros. Em discussão no STF, atualmente, podemos encontrar, por exemplo, a discriminação do porte de drogas para uso pessoal e o aborto até o terceiro mês de gestação. Consultado em <http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp> acessado em 21.09.2021.

³⁰² Neste sentido, JORGE W. PEYRANO, *El Activismo Judicial Democrático, Derecho Y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. III, ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 2049, "Ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos".

hipossuficiente. Naquela década de 1990, quando se inaugurou este código, o legislador entendeu que os consumidores deveriam ser protegidos através de uma distribuição de ónus facilitada. Nada impediria que o legislador, respondendo aos propósitos da sociedade, inovasse legislativamente para beneficiar outros segmentos que carecessem também de uma facilidade de ónus probatório, como, por exemplo, o meio ambiente, os idosos, os menores de idade. Contudo, a partir do momento que o judiciário se torna um ativista legislativo, ele retira de quem é o verdadeiro legitimado o seu papel principal: o de criar leis.

Comenta Daniel Assumpção que

Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ónus da prova em ações civis por danos ambientais (*Informativo* 418/STJ, 2.^a Turma, Resp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon [...]) e na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.^o, 3.^o e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguravam aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção e a efetivação concreta desse direito (STJ, 1.^a Truma, RMS 38.025/BA, rel. Sérgio Kukina [...]). No entanto, já existem decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive com bases constitucionais [...], ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ónus probatório diante da insuficiência da regra geral [...] ³⁰³.

Deste modo, não há mais nenhuma dúvida de que os tribunais brasileiros já aplicavam a teoria dinâmica mesmo antes da normatizada pelo CPC/2015.

Agora, tendo em vista a disciplina em análise, destaca-se o comportamento atual do STJ aquando da aplicação da teoria dinâmica, vejamos: sobre

³⁰³ DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.^a ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 705.

responsabilidade por erro médico em casos de vulnerabilidade e hipossuficiência técnica da vítima, o STJ tem aplicado o § 1.º do artigo 373, do CPC/2015 para reconhecer a redistribuição do encargo probatório, nestes moldes, Ag. Int. no AREsp 1.292.086/RJ de 13.09.2018 (Rel. Min. Assusete Magalhães); REsp 1.667.776/SP de 01.08.2017, (Rel. Min. Herman Benjamin); AREsp 1707152 de 12.11.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães); AREsp 1723285 de 26.02.2021 (Rel. Min. Sérgio Kukina); AREsp 1682349 de 22.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin).

Outro exemplo de aplicação envolvendo a redistribuição do ónus são os casos sobre fraude bancária em que o STJ entende que a responsabilidade da instituição financeira é objetiva quando não haja erro grosseiro por parte da vítima. O tema, inclusive, é objeto de súmula do mesmo tribunal, que diz “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”³⁰⁴. Neste sentido também, REsp 1737411/SP de 12.04.2019 (Rel. Min. Nancy Andrighi); AgInt no AREsp 1173934/SP de 17.09.2018 (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva) e AgInt no AREsp 1158721/SP d 08.05.2018 (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti).

Mais um exemplo seria a facilitação da inversão do ónus da prova por meio da teoria dinâmica em casos de responsabilidade civil do estado, em que se entende

³⁰⁴ Enunciado Sumular n.º 479 STJ de 01.08.2012, (Tese julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/73 - TEMA 466). Consultado <https://scon.stj.jus.br/SCON/> em 25.09.2021. Neste sentido “O entendimento da Segunda Seção desta Corte, firmado sob o regime dos recursos repetitivos, é no sentido de que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes praticadas por terceiros, pois tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento que se caracteriza como fortuito interno”.

que o ente estatal é quem dispõe de maior facilidade para a produção das provas necessárias à elucidação dos factos, além de ter o dever especial de assegurar a integridade e a dignidade daqueles que se encontram sob a sua custódia. Neste sentido, AREsp 1717869/MG de 20.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin); AgInt no AREsp 1814492/DF de 21.06.2021 (Rel. Min. Mauro Campbell Marques); AgInt no AREsp 1757143/DF de 01.03.2021 (Rel. Min. Assusete Magalhães) e AgInt no AREsp 1707152/DF de 26.10.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães).

Em suma, como o conceito de pessoa vulnerável desenvolvido a partir do direito consumerista brasileiro³⁰⁵ foi muito ampliado pela jurisprudência no decorrer dos anos para abranger até mesmo situações das quais a pessoa não é consumidora (como no caso de responsabilidade civil estatal), ocorre que no Brasil é difícil o homem médio não se enquadrar na noção de *vulnerabilidade*³⁰⁶.

Diante disso, uma norma que deveria ser aplicada de forma excepcional, como é o caso do § 1º do artigo 373, do CPC/2015, parece transformar-se na regra

³⁰⁵ Sobre este conceito vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*, 9.ª ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 293, que diz “Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no artigo 4.º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do artigo 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º”.

³⁰⁶ Outro exemplo de ampliação do conceito de consumidor é para alcançar os chamados consumidores *bystanders* (ou consumidores por equiparação), prevista no artigo 17 do CDC. Cita-se como exemplo o REsp 1787318 de 18.06.2020 (Paulo de Tarso Sanseverino) que já na ementa entendeu que “1. Demanda indenizatória ajuizada por pedestre atropelado por ônibus durante a prestação do serviço de transporte de pessoas. 2. Enquadramento do demandante atropelado por ônibus coletivo, enquanto vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do artigo 17 do CDC (“bystander”), não sendo necessário que os consumidores, usuários do serviço, tenham sido conjuntamente vitimados”.

de ónus probatório no direito brasileiro, porque se entende que esta vulnerabilidade é a causa necessária para a parte processual ter a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o seu encargo probatório.

Desta forma, a conclusão derradeira que se chega após todo o exposto é que os tribunais do Brasil já se utilizavam de uma verdadeira relativização da regra estática do ónus probatório muito antes da sua normatização expressa. Mesmo no caso da teoria ser usada de modo excepcional, ainda assim, criar-se-ia razões para alardes porque fica ao arbítrio do juiz decidir em cada caso concreto aplicar a teoria ou não, podendo ocorrer abusos. Neste sentido “Já no *sistema de distribuição do ónus da prova*, não existe norma legal que preveja a prior e de forma abstrata a distribuição do ónus entre autor e réu, cabendo ao juiz, no caso concreto, realizar tal distribuição, tomando como critério a maior facilidade da parte em se desincumbir do ónus, ou seja, terá o ónus, a parte que tenha maior facilidade na produção da prova”³⁰⁷.

Verifica-se que a teoria dinâmica hoje no Brasil tem tomado às vestes da regra da distribuição que deveria ser a do ónus estático, bastando que a parte esteja numa situação de vulnerabilidade no sentido de cumprir o seu encargo probatório, sendo ou não consumidor. Sendo assim, a teoria deveria ser aplicada de forma restritiva, nos exatos moldes como o legislador previu: uma exceção à regra geral.

Também é verdade que o legislador não tem como prever todas as situações possíveis para abranger as gamas de acontecimentos sociais que podem ocorrer, até porque a sociedade está em constante movimento progresso. Assim, pensar que uma única teoria poderia responder por todos os nossos anseios é a mesma coisa

³⁰⁷ D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código...*, p. 704.

que pensar que o direito transmutou-se numa equação matemática. O que não é o caso, e nem deve ser.

Em suma, a teoria, gostemos ou não, já existe no ordenamento jurídico processual brasileiro, a questão agora é saber se ela tem sido aplicada da forma como lhe cabe, ou seja, de modo excecional ou se, por outro lado, ela não teria se transmutado numa regra processual.

É interessante trazer a ribalta que “a teoria dinâmica enquadra-se numa perspectiva favorável ao ativismo judicial. Não em sede de aquisição probatória, mas a propósito da repartição do ónus probatório”³⁰⁸. Isso porque, antes mesmo desta teoria encontrar-se normatizada, conforme já observamos, os tribunais brasileiros relativizavam a distribuição do ónus *probandi*, ampliando o conceito de parte vulnerável na relação processual. Sobre este ativismo judicial, é sabido que o STF brasileiro é a Corte Constitucional mais poderosa do mundo³⁰⁹, haja vista as suas polémicas decisões judiciais que mais se enquadrariam na roupagem de um legislador atuante³¹⁰⁻³¹¹.

³⁰⁸ J. L. BONIFÁCIO RAMOS, *Questões Actuais...*, p. 160.

³⁰⁹ Cfr. C. BLANCO MORAES, *As ‘ideologias da interpretação’...*, p. 286, diz que “O Brasil constitui, quanto a esta questão, um laboratório paradigmático, não apenas por ser a única potencia regional relevante desse hemisfério, mas porque o STF se converteu, graças ao seu ativismo, no mais poderoso Tribunal Constitucional do mundo”.

³¹⁰ Sobre algumas decisões atuantes do STF brasileiros, podemos citar: o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo; a validade da Lei da Ficha Limpa; não à revisão da Lei de Anistia; normas para uso de algemas em presos; liberação para pesquisa com células-tronco; cotas raciais no ensino superior; constitucionalidade de terras quilombolas, dentre outros. Em discussão no STF, atualmente, podemos encontrar, por exemplo, a discriminação do porte de drogas para uso pessoal e o aborto até o terceiro mês de gestação. Consultado em <http://portal.stf.jus.br/listagem/listarNoticias.asp> acessado em 21.09.2021.

³¹¹ Neste sentido, JORGE W. PEYRANO, “El Activismo Judicial Democrático”, *Derecho Y Proceso. Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, Vol. III, ed. Atelier, Barcelona, 2018, p. 2049, “*Ante tal cuadro de situación no puede sorprender que el activismo judicial privilegie llevar a*

Ocorre que os ministros do STF não são membros do Poder Legislativo, eles compõem o órgão judiciário (cfr. artigo 92, I e artigo 101 CRFB) e, desta forma, tem como único objetivo zelar pelo bom funcionamento da Constituição Federal (cfr. artigo 102, CRFB), de modo que não deveria ser permitido que o tribunal atuasse como parlamentar fosse, porque os juízes não são representantes do povo, eles não representam a vontade popular expressa no voto e, de igual modo, não estão preparados para atender os anseios populares.

Sendo assim, os julgadores deveriam fazer bom uso do texto expresso na lei sem alargar conceitos ao argumento de igualdade material de armas. No caso do Brasil, o advento do CDC já representou um paradigma tendo em vista a possibilidade da inversão do ónus (cfr. artigo 6.º, VII) a favor do consumidor hipossuficiente. Naquela década de 1990, quando se inaugurou este código, o legislador entendeu que os consumidores deveriam ser protegidos através de uma distribuição de ónus facilitada. Nada impediria que o legislador, respondendo aos propósitos da sociedade, inovasse legislativamente para beneficiar outros segmentos que carecessem também de uma facilidade de ónus probatório, como, por exemplo, o meio ambiente, os idosos, os menores de idade. Contudo, a partir do momento que o judiciário se torna um ativista legislativo, ele retira de quem é o verdadeiro legitimado o seu papel principal: o de criar leis.

Comenta Daniel Assumpção que

Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ónus da prova em ações civis por danos ambientais (*Informativo 418/STJ*, 2.^a

cabo una realista jurisprudencia de necesidades en vez de practicar una aséptica y puramente intelectual jurisprudencia de conceptos”.

Turma, Resp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon [...] e também na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2.º, 3.º e 71 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguravam aos litigantes maiores de 60 anos facilidade na produção e a efetivação concreta desse direito (STJ, 1.ª Turma, RMS 38.025/BA, rel. Sérgio Kukina [...]). No entanto, já existem decisões recentes que adotam a tese de forma mais ampla, ora valendo-se de interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive com bases constitucionais [...], ora admitindo a flexibilização do sistema rígido de distribuição do ónus probatório diante da insuficiência da regra geral [...] ³¹².

Deste modo, não há mais nenhuma dúvida de que os tribunais brasileiros já aplicavam a teoria dinâmica mesmo antes da normatizada pelo CPC/2015.

Agora, tendo em vista a disciplina em análise, destaca-se o comportamento atual do STJ aquando da aplicação da teoria dinâmica, vejamos: sobre responsabilidade por erro médico em casos de vulnerabilidade e hipossuficiência técnica da vítima, o STJ tem aplicado o § 1.º do artigo 373, do CPC/2015 para reconhecer a redistribuição do encargo probatório, nestes moldes, Ag. Int. no AREsp 1.292.086/RJ de 13.09.2018 (Rel. Min. Assusete Magalhães); REsp 1.667.776/SP de 01.08.2017, (Rel. Min. Herman Benjamin); AREsp 1707152 de 12.11.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães); AREsp 1723285 de 26.02.2021 (Rel. Min. Sérgio Kukina); AREsp 1682349 de 22.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin).

Outro exemplo de aplicação envolvendo a redistribuição do ónus são os casos sobre fraude bancária em que o STJ entende que a responsabilidade da instituição financeira é objetiva quando não haja erro grosseiro por parte da vítima.

³¹² DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ª ed., *Juspodivm*, Bahia, 2021, p. 705.

O tema, inclusive, é objeto de súmula do mesmo tribunal, que diz “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”³¹³. Neste sentido também, REsp 1737411/SP de 12.04.2019 (Rel. Min. Nancy Andrighi); AgInt no AREsp 1173934/SP de 17.09.2018 (Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva) e AgInt no AREsp 1158721/SP d 08.05.2018 (Rel. Min. Maria Isabel Gallotti).

Mais um exemplo seria a facilitação da inversão do ónus da prova por meio da teoria dinâmica em casos de responsabilidade civil do estado, em que se entende que o ente estatal é quem dispõe de maior facilidade para a produção das provas necessárias à elucidação dos factos, além de ter o dever especial de assegurar a integridade e a dignidade daqueles que se encontram sob a sua custódia. Neste sentido, AREsp 1717869/MG de 20.10.2020 (Rel. Min. Herman Benjamin); AgInt no AREsp 1814492/DF de 21.06.2021 (Rel. Min. Mauro Campbell Marques); AgInt no AREsp 1757143/DF de 01.03.2021 (Rel. Min. Assusete Magalhães) e AgInt no AREsp 1707152/DF de 26.10.2020 (Rel. Min. Assusete Magalhães).

Em suma, como o conceito de pessoa vulnerável desenvolvido a partir do direito consumerista brasileiro³¹⁴ foi muito ampliado pela jurisprudência no

³¹³ Enunciado Sumular n.º 479 STJ de 01.08.2012, (Tese julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/73 - TEMA 466). Consultado <https://scon.stj.jus.br/SCON/> em 25.09.2021. Neste sentido “O entendimento da Segunda Seção desta Corte, firmado sob o regime dos recursos repetitivos, é no sentido de que as instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes praticadas por terceiros, pois tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento que se caracteriza como fortuito interno”.

³¹⁴ Sobre este conceito vide CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais*, 9.ª ed., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 293, que diz “Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o

decorrer dos anos para abranger até mesmo situações das quais a pessoa não é consumidora (como no caso de responsabilidade civil estatal), ocorre que no Brasil é difícil o homem médio não se enquadrar na noção de *vulnerabilidade*³¹⁵.

Diante disso, uma norma que deveria ser aplicada de forma excepcional, como é o caso do § 1º do artigo 373, do CPC/2015, parece transformar-se na regra de ónus probatório no direito brasileiro, porque se entende que esta vulnerabilidade é a causa necessária para a parte processual ter a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o seu encargo probatório.

Desta forma, a conclusão derradeira que se chega após todo o exposto é que os tribunais do Brasil já se utilizavam de uma verdadeira relativização da regra estática do ónus probatório muito antes da sua normatização expressa. Mesmo no caso da teoria ser usada de modo excepcional, ainda assim, criar-se-ia razões para alardes porque fica ao arbítrio do juiz decidir em cada caso concreto aplicar a teoria ou não, podendo ocorrer abusos. Neste sentido “Já no *sistema de distribuição do ónus da prova*, não existe norma legal que preveja a prior e de forma abstrata a distribuição do ónus entre autor e réu, cabendo ao juiz, no caso concreto, realizar

consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no artigo 4.º, I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do artigo 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º”.

³¹⁵ Outro exemplo de ampliação do conceito de consumidor é para alcançar os chamados consumidores *bystanders* (ou consumidores por equiparação), prevista no artigo 17 do CDC. Cita-se como exemplo o REsp 1787318 de 18.06.2020 (Paulo de Tarso Sanseverino) que já na ementa entendeu que “1. Demanda indenizatória ajuizada por pedestre atropelado por ônibus durante a prestação do serviço de transporte de pessoas. 2. Enquadramento do demandante atropelado por ônibus coletivo, enquanto vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do artigo 17 do CDC (“bystander”), não sendo necessário que os consumidores, usuários do serviço, tenham sido conjuntamente vitimados”.

tal distribuição, tomando como critério a maior facilidade da parte em se desincumbir do ónus, ou seja, terá o ónus, a parte que tenha maior facilidade na produção da prova”³¹⁶.

Verifica-se que a teoria dinâmica hoje no Brasil tem tomado às vestes da regra da distribuição que deveria ser a do ónus estático, bastando que a parte esteja numa situação de vulnerabilidade no sentido de cumprir o seu encargo probatório, sendo ou não consumidor. Sendo assim, a teoria deveria ser aplicada de forma restritiva, nos exatos moldes como o legislador previu: uma exceção à regra geral.

9. Conclusão

Diante de todo o exposto, visa-se agora responder às questões a que nos propusemos aquando do introito deste trabalho.

Desta forma, i) Há teoria dinâmica em Portugal? Concluímos não haver teoria dinâmica em Portugal tendo em vista que o ordenamento jurídico não a prevê expressamente; não obstante, os esforços interpretativos de ordem principiológica de alguns doutrinadores, podemos afirmar que tais argumentos não se sustentam, porque estes novos princípios consagrados no código de procedimentos portugueses de 2013 foram pensados pelo legislador para embasar uma inversão culposa do artigo 344.º do CC e não uma pretensa aplicação da teoria dinâmica.

Em relação à segunda questão formulada, a saber, ii) Caso não haja teoria dinâmica em Portugal, deveria haver? Entendemos que a teoria dinâmica, muito embora esteja construída no intuito de proteger a parte mais frágil da relação

³¹⁶ D. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, *Código...*, p. 704.

processual, traz mais inseguranças do que certezas. Isso porque o juiz deixa de ser um julgador imparcial para assumir, já de antemão, uma posição na demanda que não lhe cabe: escolher um lado. Podemos observar que a teoria dinâmica pode transformar o processo num verdadeiro palco de arbitrariedades, tendo em vista que caberia ao juiz e não a lei a redistribuição do ónus probatório, podendo-se comprometer a segurança jurídica que se espera.

No que tange à terceira pergunta, isto é, iii) Qual deveria ser a melhor solução para a regra estática do ónus da prova em Portugal, na ocasião de uma das partes litigantes ser considerada mais frágil? Entendemos que somente a lei pode prever hipóteses de redistribuição do ónus probatório. Portanto, ficaria a cargo do legislador prever as incidências da norma, tal como previu no caso de partes litigantes consideradas mais fracas, como o consumidor utilizador de homebanking. Desta feita, entendemos que, diante de partes consideradas mais frágeis, como este exemplo acima, o legislador (e somente ele) pode prever inversões probatórias. Contudo, devemos lembrar que tanto as hipóteses de inversão de ónus (como as hipóteses de teoria dinâmica, caso houvesse) são exceções à regra estática do ónus probatório.

Sobre a quarta questão a ser respondida, já se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, iv) No Brasil, onde a teoria dinâmica é hoje expressamente normatizada no CPC/15, a aplicação desta teoria tem sido feita da forma como o legislador a previu, ou seja, como uma exceção à regra? Observamos no transcorrer deste trabalho que o STJ brasileiro tem adotado a teoria dinâmica, que deveria ser uma exceção, em regra processual de distribuição de encargo probatório. Isso porque o conceito de pessoa hipossuficiente, previsto no CDC, ao longo do tempo foi a tornar-se elástico para alcançar outros segmentos da sociedade considerados

frágeis para além dos consumidores, como o meio ambiente, o idoso e a vítima de irresponsabilidade estatal. Desta forma, é difícil hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, que o cidadão médio não se encaixe em algum conceito de vulnerabilidade. Por isso que ainda trouxemos como exemplo o caso de consumidores por equiparação, como no caso do julgado REsp 1787318 de 18.06.2020 (Paulo de Tarso Sanseverino), conforme nota de rodapé n.º 71, em que se vislumbra nitidamente um conceito alargado de consumidor, como uma pessoa vítima de atropelamento por um autocarro.

E, por fim, quanto à última pergunta, isto é, v) Como a teoria dinâmica deveria ser observada no Brasil após o advento do CPC/15, de forma ampla ou de forma restritiva? Conforme observamos na doutrina atual e na jurisprudência sobre o tema, entendemos que a teoria dinâmica hoje no Brasil veste uma roupagem de regra processual, enquanto, a verdade é que esta não foi a intenção do legislador. Em 2015, aquando do advento do novo código de procedimentos brasileiro, o legislador resolveu seguir uma tendência que já era observada em larga escala tanto na doutrina como pelos tribunais, qual seja, a teoria dinâmica. Contudo, a normatização expressa da teoria dinâmica fez às vezes da regra de distribuição do ónus, porque o que era para ser uma exceção transformou-se num ditame processual usado com pouca moderação pelos tribunais ao argumento de proteção das partes mais fracas.

Referências bibliográficas

ÁLVAREZ, Ana Rodríguez, *La Carga de La Prueba en Supuestos de Discriminación: Su regulación en el proceso civil*, ed. tirant lo blanch, Valencia, 2020.

BAUM, L. Frank, *The Wonderful Land of Oz* [online], Etext n.º 17426, Read by Roy TRUMBULL, Project Gutenberg, 2005 [acesso em: 2 mar 2006], MP3 format, 4.08 MB,

Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/17426/17426-mp3/17426-mp3-chap10.mp3>

BELTRÁN, Jordi Ferrer, La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 53 – 84.

CARNELOS, Rubens Sampaio, A técnica de dinamização do ónus da prova no modelo constitucional do processo, *Jus Navigandi*, 2019, Consultado e acedido em 01.09.2021 Disponível em: <https://jus.com.br>.

CARVALHO, Jorge Morais de e TEIXEIRA, Micael, Crédito ao consumo – ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade, *Caderno de Direito Privado*, n.º 42, Abril – Junho de 2013, pp. 36 – 52.

CARVALHO, Jorge Morais de, Crédito ao Consumo e Crédito à Habitação, *Estudos de Direito Bancário I*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 297 – 325.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria, *Curso de Direito Processual Civil*, II, 16.ª ed., Juspodivm, Bahia, 2021.

FENOLL, Jordi Nieva, La Carga de la Prueba: Una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 23 – 49.

FENOLL, Jordi Nieva. La valoración de la prueba, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.

FERNANDES, Elisabeth, A prova difícil ou impossível, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, 1.ª ed., ed. Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 811 – 834.

GOMES, Luiz Flávio, O que é a prova diabólica?, *Jusbrasil*, 2008. Consultado e acedido em 22.09.2021, Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/>.

GUIMARÃES, Maria Raquel, O phishing de dados bancários e o pharming de contas. Análise jurisprudencial, *III Congresso de Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, pp. 406 – 431.

MARQUES, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais, 9.ª ed., ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2019.

MESQUITA, Miguel, Princípio da Gestão Processual: O <<Santo Graal>> do Novo Processo Civil?, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 145.º Ano – 2015/2016, n.º 3994 - 3999, pp. 78 - 108.

MORAES, Carlos Blanco, As ‘ideologias da interpretação’: e o ativismo judicial: o impacto das ‘ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, vol. I, ed. Almedina, Coimbra, 2016, pp. 273 – 290.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Código de Processo Civil Comentado*, 6.ª ed., Juspodivm, Bahia, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. Único, 13.ª ed., Juspodivm, Bahia, 2021.

PEYRANO, Jorge W, El Activismo Judicial Democrático, Derecho Y Proceso. *Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, vol. III, ed. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 2043 - 2050.

PEYRANO, Jorge W, La carga de la prueba, *Escritos Sobre Diversos Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2011, pp. 957 - 974.

RAMOS, José Luís Bonifácio, O sistema misto de valoração da prova, *O Direito*, III, Ano 146.º, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 555 – 582.

RAMOS, José Luís Bonifácio, *Questões Actuais de Direito Probatório*, ed. AAFDL, Lisboa, 2020.

RAMOS, José Luís Bonifácio, Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, ed. Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 917 – 956.

SANTOS, Hugo Luz dos A distribuição do ónus da prova no direito probatório material português: algumas notas de *Iure Condendo*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, n.º 1 - 4, ano LVII, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 245 – 278.

TARUFFO, Michele, Casi una introducción, *Contra la Carga de la Prueba*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 11 – 21.

TARUFFO, Michele, *Simplemente la Verdad* – El juez y la construcción de los hechos, Marcial Pons, Madrid, 2010.

TEXEIRA, Micael Martins, Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova, *Colecção Estudos Instituto do Conhecimento AB*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 265 – 386.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CRÍTICA NECESSÁRIA À TESE FIXADA NO CASO AIDA CURÍ - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*

Right to be Forgotten and The Principle of Human Dignity and necessary criticism of the thesis fixed in Aida Curi case – Brazilian Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 1.010.606

Felipe Müller Dornelas**

Resumo: Em 2021, o Supremo Tribunal Federal do Brasil julgou o Recurso Extraordinário n.º 1.010.606, comumente chamado de caso “Aida Curi”, estabelecendo a posição da Corte sobre o tema do direito ao esquecimento. Segundo o STF, é incompatível com a Constituição brasileira a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Contudo, tal interpretação, excluindo aprioristicamente o direito ao esquecimento, afigura-se inconstitucional sob o aspecto de que, para determinados casos, pode-se ter uma violação direta da própria dignidade da pessoa humana. Partindo do referencial teórico da dignidade humana como detentora de conteúdo próprio e autônomo, nasce uma incompatibilidade da jurisprudência firmada com a visão independente e autônoma da dignidade, ensejando uma situação inconstitucional.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Direito ao Esquecimento; Caso Aida Curi; Proteção de Dados Pessoais; Privacidade; Autodeterminação.

Abstract: In 2021, the Brazilian Federal Supreme Court trialled the Extraordinary Appeal No. 1,010,606, commonly named as “Aida Curi” case, establishing the Court’s position on the legal thesis around the Right To Be Forgotten. According to the STF, the idea of a Right To Be Forgotten is incompatible with the Brazilian Constitution, understood as the power to

* Relatório Académico apresentado na disciplina de Direito Constitucional, no ano letivo 2021/2022, no ano curricular no Mestrado Científico em Direito e Ciência Jurídica-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Reis Novais.

** Mestrando em Direito Constitucional; Especialista em Direito Processual e Direito Médico.

prevent, due to the passage of time, the dissemination of truthful facts or data lawfully obtained and published in the media analog or digital. However, this jurisprudence, excluding a priori the Right To Be Forgotten, appears unconstitutional in the sense that, in certain cases, there may be a direct violation of the principle of human dignity. Starting from the theoretical reference of human dignity as autonomous content, an incompatibility of the jurisprudence established with the independent and autonomous view of dignity arises, giving rise to an unconstitutional situation.

Keywords: Human Dignity; Right To Be Forgotten; Aida Curi case; Personal Data Protection; Privacy; Self-Determination.

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito ao esquecimento/direito à desindexação ou apagamento de dados; 2.2. O direito à desindexação de conteúdos em plataformas digitais: a (re)leitura do direito ao esquecimento; 3. O direito ao esquecimento/apagamento de dados pessoais sob o enfoque da colisão entre os direitos fundamentais envolvidos; 3.3. O Caso Aida Curi: a negação apriorística do direito ao esquecimento e a necessária violação da dignidade da pessoa humana; 4. Dignidade da pessoa humana como fundamentação do direito ao esquecimento/ direito à desindexação; 4.1. A dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do estado de direito; 4.2. Conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento essencial do direito ao esquecimento/desindexação; 5. Conclusão.

1. Introdução

O Direito ao Esquecimento protagonizou, em 2021, mais um *capítulo* de sua história claudicante entre ser reconhecido ou não, tanto pela doutrina quanto pelas Jurisdições ao redor do mundo. Ocorre que, o Poder Judiciário brasileiro, por meio do *leading case* emblemático -denominado vulgarmente de *Caso Aida Curi*-, apreciou, através do RE 1.010.606, a possibilidade de utilização do instituto, firmando a tese pela sua inadmissibilidade no direito brasileiro aprioristicamente.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal do Brasil limitou-se a uma apreciação consubstanciada no conflito entre direitos fundamentais envolvidos, não cotejando devidamente a utilização do instrumento aquando de violação direta da Dignidade da Pessoa Humana.

Ao nosso entendimento, é nítido que o Direito ao Esquecimento possui uma ligação intrínseca e direta à dignidade humana, especialmente à dignidade como autonomia, a possibilidade de autodeterminação pessoal e informacional, bem como a igual dignidade. Somado à doutrina do princípio da Dignidade da Pessoa Humana como detentor de conteúdo próprio e autônomo - princípio estruturante do Estado de Direito-, uma vez constatada sua violação, não se pode imaginar a sua cedência para outro direito fundamental, devendo sempre prevalecer seu conteúdo.

Logo, o presente estudo tem o condão de demonstrar a inadequação da tese firmada no julgamento sobre o direito ao esquecimento, a partir da leitura da dignidade humana como princípio autônomo e de conteúdo próprio. À evidência, a dificuldade em determinar o conteúdo da dignidade humana representa uma barreira aos intérpretes, que acabam muitas vezes utilizando-a como mero reforço argumentativo.

Assim, para nortear o que seria a indicada substância da dignidade humana, utilizamos dos parâmetros propostos nos dois volumes da obra *A dignidade da Pessoa Humana*, do Prof. Doutor Jorge Reis Novais, notabilizado por sua dedicação ao tema.

De mais, sempre quando possível, traçamos um paralelo entre o Direito ao Esquecimento e sua moderna configuração, chamada Direito à Desindexação ou Apagamento de Dados Pessoais. É cediço que existem diferenças substanciais entre eles em demais camadas de apreciação, mas, para fins de ligação à Dignidade Humana, pensamos que são praticamente idênticos.

Pretendemos analisar o julgado, portanto, fazendo uma análise crítica da tese vencedora, a partir dos referenciais teóricos supradescritos.

2. O direito ao esquecimento/direito à desindexação ou apagamento de dados

Para entender a importância do tema escolhido nesta investigação, é imperioso ter em consideração que o novo panorama tecnológico mundial -e suas implicações nas diversas áreas sociais, econômicas e políticas- dão forma a uma nova configuração de sociedade e, por consequência, interferem em nossas vidas sensivelmente. Este novo cenário mundial, pois, traz consequências para o direito- como uma ciência social aplicada-, mormente através do surgimento de *novos direitos fundamentais digitais* ou sua (re)leitura a partir deste novo contexto.

A mudança disruptiva da sociedade *analógica* para *digital* acaba por afetar os direitos das pessoas envolvidas e, nesse passo, novos contornos devem ser atribuídos aos institutos já existentes ou, até mesmo, presenciamos o nascimento de novas figuras jurídicas para acompanhar esta nova era. O direito ao esquecimento, neste contexto, será tomado por exemplo para esta investigação.

É importante entender que esse instituto nasceu bem antes desta *revolução digital* e, por isso, faz-se necessário realizar um breve histórico do chamado *droit l'oubli* e como este tomou novas formas para se adaptar à internet.

Assim sendo, o conceito de direito ao esquecimento reporta-se aos idos de 1960 e 1970, na França, através dos termos *right to oblivion* e *droit l'oubli*, que eram utilizados, de forma excepcional, para demandas envolvendo indivíduos condenados criminalmente e que já haviam cumprido o tempo na prisão e não mais gostariam de estar associados ao seu passado desabonador, consubstanciado,

teoricamente, no direito fundamental à privacidade e à dignidade da pessoa humana³¹⁷.

Em suma, tratava-se de um “limite à atividade midiática, restringindo a imprensa e programas de televisão de tornarem público, mais uma vez, aspectos da vida pessoal que foram objeto do interesse público no passado”³¹⁸. Isso se deve ao desejo da pessoa autodeterminar-se e ter controle sobre os fatos de sua vida -o que inclui aquilo que aconteceu no passado, mormente sobre aqueles fatos longínquos num passado remoto- em adição à ideia de facilitação da reintegração e ressocialização do ex-detento à sociedade.

Entretanto, o direito ao esquecimento também tivera invocações relacionadas aos casos não criminais, como v.g em determinadas situações em que pessoas ganharam algum tipo de notoriedade, mas que, posteriormente, desejavam retornar à esfera anônima de suas vidas. Nestes contextos, a axiologia da invocação fulcrava-se na proteção contra danos causados aos direitos da personalidade, à reputação, à identidade e, obviamente, acabavam se chocando com o direito à informação e liberdade de imprensa, os quais deveriam ser sopesados para compreender até que ponto o interesse público deveria prevalecer sobre o direito à privacidade e intimidade.

É nítido que existe um choque natural e desejável entre o direito ao esquecimento e o direito à informação, o que será desenvolvido propriamente no

³¹⁷ MEG LETA AMBROSE; JEF AUSLOOS, *The Right to Be Forgotten Across the Pond*. Journal of Information Policy, v. 3, p. 1–23, 2013. p. 1-2. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/10.5325/jinfopoli.3.2013.0001#metadata_info_tab_contents Acesso em: 20 out. 2021.

³¹⁸ ISABELLA FRAJHOF, *O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 22.

capítulo II, pois ao mesmo tempo que o direito à privacidade demanda uma proteção da esfera da personalidade do indivíduo, existe, sem dúvidas, um direito fundamental contraposto, qual seja, o de liberdade de informação pela sociedade sobre determinados acontecimentos públicos.

Todavia, igualmente importa para esta pesquisa perceber que, em determinadas situações, havendo uma prevalência irrestrita e apriorística do direito à informação, por consequência, este poderá atingir o núcleo-rígido do direito à privacidade e, assim, a própria dignidade da pessoa humana, impassível de ponderação. Portanto, esta é a macro linha de raciocínio que conduz a elaboração deste trabalho.

Nos ensinamentos de Mantelero através de Frajhof, o direito ao esquecimento está imbricado ao livre desenvolvimento da personalidade e satisfaz uma necessidade humana de proteção da sua privacidade em diferentes contextos, incluindo o decurso do tempo entre determinado acontecimento e a sua divulgação num tempo futuro de forma descontextualizada. Vejamos:

Este conceito do direito ao esquecimento é baseado na necessidade fundamental de um indivíduo em determinar o desenvolvimento da sua vida de maneira autônoma, sem ser perpetuamente ou periodicamente estigmatizado por uma ação específica ocorrida no passado, especialmente quando estes eventos ocorreram há muitos anos e não tem qualquer relação com o contexto contemporâneo³¹⁹.

³¹⁹ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 59.

Como bem direciona Frajhof³²⁰, foi na França a concepção do termo *droit à l'oubli*, realizada pelo Prof. Gerard Lyon-Caen aquando de seus apontamentos à decisão do famoso processo *DelleSegret vs. Soc Rome Film* (1967), pela dificuldade de atribuir um sentido à expressão *la prescription du silence*, a qual se baseava na retomada de fatos passados por um documentário cinematográfico e toda a dor da autora em reviver tais episódios.

O caso, portanto, diz respeito a um pedido indenizatório proposto pela ex-amante de um *serial killer* em face do diretor de cinema, da distribuidora da película e da empresa realizadora do documentário, de cariz espetaculoso, que apresentava trechos do passado daquela, inclusive mencionando seu nome, sem autorização da mesma, rememorando toda a dor e sofrimento que a retomada daqueles fatos impunham à mulher.

Nada obstante, a corte de justiça julgou improcedente o pedido, à época, por entender que os fatos retratados no documentário já eram de conhecimento público, em razão de a autora os ter revelado anteriormente através de um livro de memórias³²¹, ignorando a faceta do decurso temporal como necessária à formação e desenvolvimento da personalidade e integrante da dignidade humana e, desta maneira, resguardada pelo *droit l'oubli*.

Porém, somente no célebre caso *Madame M vs. Filipacchi et Cogedipresse* (1983) que o direito ao esquecimento fora reconhecido pela jurisprudência

³²⁰ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 60.

³²¹ DENISE PINHEIRO, *A liberdade de expressão e o Passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/169667>. Acesso em 23 out. 2021.

francesa. Tratou-se, também, de uma demanda indenizatória proposta por *Mme. M* contra a revista *Paris Match*, em razão da difamação concernente à divulgação de uma fotografia da autora, na qual fora classificada como criminosa, acusada de ter assassinado o filho e a mulher de seu amante.

Ao analisar o caso, a justiça francesa entendeu pelo afastamento do crime de difamação, mas pelo direito de indenização na divulgação da fotografia, por violar a honra e a imagem. As notas distintivas neste caso foram: *i*) a determinação pela Corte francesa de mandatória observância do direito ao esquecimento pelos jornalistas, impedindo-os de retomarem os fatos; e *ii*) alargamento do direito ao esquecimento àqueles que foram condenados penalmente, mas que já haviam cumprido a pena³²².

Note-se, desta feita, que o direito ao esquecimento foi invocado a partir de um caso envolvendo divulgação ilícita de fotografia e, por conseguinte, em proteção ao direito de imagem da vítima.

Já no caso *Mme Monanges vs. Kern*³²³, a Corte de Cassação francesa empregou novo entendimento ao direito ao esquecimento, agora pela inaplicabilidade do mesmo, sob a fundamentação de que fatos divulgados de forma lícita, que façam referência a documentos públicos, relacionados aos processos

³²² *Id.*, p. 143.

³²³ Kern participou da resistência francesa à ocupação nazi durante a 2ª guerra mundial e, posteriormente, publicou uma obra onde relatou o julgamento de um colaborador dos alemães e sua amante (*Madame Monange*). Aquando da publicação do livro no ano de 1986 *Mme. Monange* processou o autor da obra alegando violação da sua privacidade, pleiteando através do direito ao esquecimento a apreensão dos livros e a supressão de passagens determinadas. Para maiores detalhes sobre o caso, cf.: Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 20 novembre 1990, 89-12.580, Publié au bulletin. Légifrance. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007025328> Acesso em: 23 out. 2021.

judiciais e que tiveram repercussão na imprensa à época, não pertenciam mais à esfera de privacidade da pessoa³²⁴.

Logo, reforçando o claudicante histórico do instituto, no caso supramencionado, preferiu-se negar o direito ao esquecimento quando se tinha divulgação lícita de fatos.

Na Alemanha, ao seu turno, para entender o direito ao esquecimento, é imperioso destacar os casos *Lebach I* e *Lebach II*, que serão brevemente explicados abaixo.

O *Lebach I* referiu-se ao caso levado à apreciação da justiça alemã quando, no ano de 1969, um latrocínio fora cometido por três pessoas, matando quatro soldados e ferindo gravemente um quinto militar, para roubar armas e munições, na cidade de *Lecbah*, localizada no *Saarland* (Sarre). À evidência, dois dos envolvidos foram condenados à prisão perpétua, enquanto o terceiro envolvido fora condenado em seis anos de prisão, por auxílio ao crime de latrocínio.

Ocorre que o canal alemão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*) resolveu reproduzir os acontecimentos em documentário, onde todos os criminosos eram identificados por seus nomes. Buscando impedir a veiculação desta produção, um dos condenados requereu judicialmente a não exibição para proteção de sua personalidade, o que foi negado em primeira e segunda instâncias. Porém, recorrendo ao Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG), o condenado teve

³²⁴ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 62.

sua reclamação apreciada e julgada procedente, para impedir a veiculação do documentário até que a matéria estivesse totalmente resolvida no processo-crime.

Grosso modo, nos termos da fundamentação utilizada pelo BVerfG, a exibição de programa televisivo com a encenação midiática de um fato criminoso seria suficiente para ferir o direito ao desenvolvimento da personalidade do reclamante e sua ressocialização, pelo que o *direito a ser esquecido*, excepcionalmente, prevaleceria sobre o direito à informação e a liberdade jornalística, se decorrido muitos anos desde o cometimento do delito. Vejamos:

Em casos que envolvam a cobertura de crimes pela imprensa o interesse público geralmente deve prevalecer, mas exceções devem ser admitidas. Assim, o nome do ofensor só pode ser publicado quando um grave crime foi cometido. Até em casos sérios o nome do ofensor não pode ser exposto ao público, mesmo passados anos desde o cometimento do crime. Em algum momento o ofensor deve ser permitido a ser reintegrado na sociedade³²⁵.

Desta feita, portanto, o direito ao esquecimento fora consagrado através do viés do decurso do tempo entre os acontecimentos e os efeitos de uma (re)divulgação dos fatos e as consequências desta na vida e ressocialização dos envolvidos, independentemente da licitude ou não da forma como a informação foi obtida e veiculada.

Por sua vez, no caso *Lebach II*, o canal SAT1 produziu uma série sobre crimes históricos, sendo que um destes episódios revisitou o caso envolvendo o latrocínio dos quatro soldados na cidade de *Lebach*, conhecido como caso *Lebach*

³²⁵ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 65.

I, supradescrito. Entretanto, os produtores, nesta segunda tentativa de exposição midiática do caso, trocaram os nomes e as imagens dos envolvidos.

Os condenados no caso, mais uma vez, pleitearam judicialmente a não exibição do episódio, porém o canal *SATI* apresentou uma reclamação ao *BVerfG* para resguardar seu direito de transmissão, que foi deferida, notadamente em razão da (*pseudo*)anonimização dos envolvidos e o do lapso temporal decorrido desde os acontecimentos -trinta anos-, bem como a mitigação do fator ressocialização pelo decorrer do tempo.

Em *Lebach II*, todavia, houve uma denegação do direito ao esquecimento, de certa forma em contradição com a decisão proferida em *Lebach I*. Desta vez, entendeu-se que o lapso temporal já havia sido suficientemente transcorrido e mitigado, no objetivo de uma ressocialização dos envolvidos no crime, para além da possibilidade de anonimização destes na reprodução da série produzida.

Desta forma, vê-se que os primitivos casos envolvendo o direito ao esquecimento estavam ancorados no direito à privacidade e sua dignidade intrínseca, em detrimento de exposições midiáticas potencialmente danosas à determinação do indivíduo como expressão da sua personalidade, resultado de uma colisão entre privacidade e liberdade de informação, mas sempre vacilante entre o reconhecimento ou não, mormente pelo viés do decurso temporal entre os fatos e a nova divulgação destes.

Esta noção inicial do direito ao esquecimento ancorava-se na defesa da privacidade do indivíduo, como forma de tutela da personalidade e, por consequência, da dignidade da pessoa humana, em detrimento de uma exposição

não autorizada ou não racionalmente justificada pelo interesse público em razão do decorrer do tempo.

Para Stefano Rodotà, o direito ao esquecimento, sob a perspectiva de instrumento à defesa da privacidade, justifica-se a partir de uma estrutura interna baseada no trinômio “pessoa-informação-segredo”, em sua tradicional proteção do sigilo em relação a terceiros³²⁶.

Todavia, diante da evolução da sociedade, passando para um tipo de organização centrada nas relações digitais e na internet, uma remodelação deste instituto surgiu, naquilo que foi uma (re)leitura esperada para adaptação do catálogo de direitos fundamentais à nova era que se instalou no mundo, o qual se convencionou denominar de direito ao apagamento de dados pessoais ou desindexação.

2.1. O direito à desindexação de conteúdos em plataformas digitais: a (re)leitura do direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento na sua concepção como o direito ao apagamento de dados ou desindexação surgiu a partir do advento da *sociedade digital* e, especialmente, a possibilidade de vigilância potencial e real impostas aos indivíduos, tanto vinda de governos, quanto de particulares.

³²⁶ STEFANO RODOTÀ, *A vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. p. 62.

Neste contexto, há uma necessária transposição do referencial analisado, saltando-se a premissa da privacidade para à proteção de dados pessoais, mas sempre enraizadas comumente na Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, o direito ao apagamento de dados pessoais funcionaria como ferramenta face à vigilância exercida por governos e grandes empresas de tecnologia ou *big techs* sobre a população, que se desenvolve notadamente através da recolha, tratamento, venda e lucro com as informações angariadas, a partir dos dados pessoais das pessoas.

Assim, os dados pessoais e a privacidade ganharam particular relevância no debate jurídico contemporâneo, pois constituem verdadeira matéria-prima na *sociedade da informação*, uma vez que, através destes, há o fomento da indústria de tecnologia, possibilitando o desenvolvimento e a criação de produtos e serviços cada vez mais inteligentes, modernos e personalizados.

Na paradigmática obra *A era do Capitalismo de Vigilância: a disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*, a Socióloga Soshana Zuboff³²⁷ sistematiza e desnuda o estado de coisas da vigilância massiva exercida sobre as pessoas nos tempos atuais por meio das grandes empresas de tecnologia, destacando que os dados pessoais funcionam como verdadeiras *comodities* dos “novos tempos”, cunhando tal movimento de *Capitalismo da Vigilância*.

Entrementes, não se pode esquecer que a vigilância aos dados pessoais é igualmente exercida por governos, *ex vi* dos Estados Unidos da América, sobretudo

³²⁷ SHOSHANA ZUBOFF, *A era do Capitalismo de Vigilância: a disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de Luis Filipe Silva e Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2020.

após os eventos terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, quando passaram a intensificar e aprimorar estratégias de vigilância e espionagem -em uma forma até então sem precedentes- a pretexto de combater o terrorismo e prevenir novos atentados. Conforme trazido à tona pelo ex-analista da *National Security Agency* (NSA), Edward Snowden³²⁸, essa vigilância massiva extrapolou os limites da razoabilidade e acabou por violar direitos dos cidadãos comuns, que nada tinham em relação ao terrorismo e, ainda assim, estavam sendo monitorados, em todos os aspectos.

A *sociedade digital* ou *sociedade da informação*, portanto, pode ser entendida a partir de uma evolução das fases do capitalismo, e baseia-se fortemente no valor atribuído a uma *commodity* em especial: os dados pessoais -e as informações extraídas destes-.³²⁹

As principais análises dividem a história com base em três fases do capitalismo: *i*) comercial; *ii*) industrial; *iii*) financeira. Existem autores que ainda afirmam existir uma quarta fase: o *Capitalismo Informacional*— termo desenvolvido por Manuel Castells em sua obra “A Sociedade em Rede³³⁰”.

³²⁸ GLENN GREENWALD, *Sem lugar para se esconder Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014. p.5.

³²⁹ FELIPE MÜLLER DORNELAS, A proteção de dados pessoais na pandemia de covid-19: breves notas sobre contact tracing apps e o direito à privacidade na era da vigilância. *JusScriptum - Revista Jurídica do Núcleo de Estudo Luso Brasileiro da Faculdade de Direito da ULisboa*. Lisboa, v. 6, n. 1, p. 79-102, abr/jun 2021.

³³⁰ “Uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX. Chamo-a de informacional, global e em rede para identificar suas características fundamentais e diferenciadas e enfatizar a sua interligação. É informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma

Grosso modo, o *Capitalismo Comercial* alavancou-se graças ao início da formação do sistema capitalista e a conseqüente expansão do comércio internacional no contexto da Europa e Ásia. Essa fase ficou marcada pela expansão marítima comercial e colonial, com a formação de colônias europeias em várias partes do mundo, com destaque para as Américas e África. Nesse período, intensificou-se a prática do mercantilismo, um sistema econômico geralmente concebido como “um conjunto de práticas” não planejadas.

A segunda fase do capitalismo é chamada de *Capitalismo Industrial* por ter sido um efeito direto da emergência, expansão e centralidade exercida pelas fábricas, graças ao processo de Revolução Industrial, iniciado em meados do século XVIII, na Inglaterra, onde viu-se uma otimização das tarefas em razão da tecnologia de maquinários à vapor, levado ao êxodo rural e à formação de grandes populações em torno destas fábricas e indústrias e o surgimento de diversos problemas sociais, por conseguinte.

Em sequência, o *Capitalismo Financeiro* é caracterizado pelo protagonismo exercido pela especulação financeira e pela primazia em torno da bolsa de valores, que passou a ser uma espécie de “termômetro” da economia de um país. Basicamente, essa fase do capitalismo estrutura-se com a formação do mercado de ações e a sua especulação em termos de valores, taxas, juros e outros.

A atual fase está centrada nas implicações geradas pelo universo digital, comumente chamada de *Capitalismo Informacional*, *Capitalismo 4.0*, *Capitalismo*

rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em rede global de interação entre redes empresariais”. MANUEL CASTELLS, *A Sociedade em Rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 119.

da *Vigilância, Indústria 4.0 ou Quarta Revolução Industrial*. São conceitos que englobam algumas tecnologias para automação e troca de dados, que utilizam sistemas ciber-físicos, Internet das Coisas, Inteligência Artificial e Computação em Nuvem. Logo, o foco da Quarta Revolução Industrial é a melhoria da eficiência e produtividade dos processos de troca de informação ou dados.

Conforme bem aponta Castells³³¹, esta nova economia surge no final do século XX, levada pelas mudanças tecnológicas e de transmissão de informação, que conferiu a base material indispensável para o seu nascimento. O alcance global e instantâneo da informação ao redor do mundo proporcionou um novo sistema econômico, portanto

Note-se, pois, que a informação sempre desempenhou papel fundamental na sociedade. O Direito, como ciência social aplicada, tem o papel de reconhecer e perceber este fenômeno, regulando-o em nome da justiça e segurança jurídica. Logo, o tema ganhou novos contornos através do enorme avanço da tecnologia, que permite a circulação de informação em tempo instantâneo e para uma gama muito maior de pessoas.

Como bem assevera Bruno Bioni, esta nova forma de organização da sociedade, baseada na tecnologia, tem a sua centralidade consubstanciada na coleta para tratamento de dados pessoais, visando a transformação destes em informação que, por conseguinte, impulsiona todo um sistema econômico:

³³¹ MANUEL CASTELLS, *A Sociedade em Rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 119.

No estágio atual, a sociedade está encravada por uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da econômica, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial³³².

Bioni segue ensinando que as informações sobre os hábitos de consumo dos cidadãos permitem empreender de forma mais eficiente no mercado, aumentando as possibilidades de êxito, melhorando a segmentação de um produto ou serviço. Ou seja, a informação convertida em conhecimento é tida como matéria-prima de uma economia digital, que tem, através dos dados pessoais dos cidadãos, seu *veículo* para lógica de acumulação de capital e geração de riquezas nesta nova forma de capitalismo³³³.

Claramente diante deste cenário faz-se acender um alerta sobre os direitos fundamentais das pessoas que têm seus dados pessoais manipulados e de que forma a dignidade da pessoa humana está inserida neste *ecossistema digital*, apta a conformar e proteger o indivíduo.

Pode-se considerar, assim, que a violação e manipulação de dados pessoais, muito comum neste novo *mundo digital*, fere a dignidade da pessoa como sujeito e, por conseguinte, sua autonomia, pois a cada pessoa deve ser reconhecida e considerada sua autossuficiência, a liberdade e as condições materiais para ser o *senhor* de sua própria vida e história.

Portanto, existe um núcleo da dignidade da pessoa humana intrínseco à proteção de dados pessoais e o instituto do direito ao esquecimento, em sua versão

³³² BRUNO RICARDO BIONI, *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 5.

³³³ Id. p. 11.

consentânea à internet, entendido como direito ao *apagamento* ou à *desindexação*, que representa uma garantia à disposição da pessoa para retomar sua independência e autogoverno, ou seja, sua *autodeterminação informacional*.

Num contexto digital e globalizado, as relações comerciais, sociais e interpessoais transportam-se para a internet e esta tornou-se o *locus* dos acontecimentos relevantes. Segundo a *Internet World Stats*³³⁴, em 31 de março de 2021, existiam 5,1 bilhões de usuários de internet no mundo, ou seja, num mundo de 7 bilhões de pessoas, pode-se dizer que quem está à margem da internet está excluído das grandes oportunidades e, em última análise, do debate público e da economia.

A internet, por sua vez, trabalha basicamente com dados dos usuários e o avanço cada dia maior da tecnologia possibilita um aumento exponencial de armazenamento e sistematização destes dados (*data warehouses*), culminando na inteligência artificial-AI, que possibilita a extração de informações destes dados sem que seja necessário um *input* humano.

Contudo, apesar desta evolução ser significativamente relevante para vários segmentos da vida, certo é que traz problemas que devem ser compreendidos e solucionados. A privacidade, que tem suas raízes na autonomia humana e, desta forma, na própria dignidade, está no centro deste debate, como uma grande questão a ser cotejada e equalizada e o direito ao esquecimento vem ao reboque para incrementar a proteção da privacidade, autonomia e liberdade do indivíduo usuário.

³³⁴ Internet users distribution in the world: 2021. *Internet World Stats: Usage and Population Statistics*, 2021. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm> Acesso em: 30 out. 2021.

Destarte, Mayer-Schönberger apud Frajhof bem assevera que:

Para a sociedade, o esquecimento sempre foi a norma e a lembrança a exceção, a tecnologia digital e as redes globais alteraram profundamente esta condição, tornando a memória a regra e o esquecimento um verdadeiro privilégio³³⁵.

Ou seja, *esquecer*, no contexto digital, é praticamente impossível, pois a informação circula livremente e de forma descentralizada por toda rede e quase não se tem controle sobre ela. Assim, a descentralização da internet, que é algo positivo, torna-se um empecilho no instante que contribui para perpetuação das informações que são indesejadas ao usuário, que dizem respeito à sua vida e a sua história – *rectius* a sua autonomia.

À evidência, o comportamento na internet cada dia mais traz consequências para a vida cotidiana dos usuários e acaba por criar uma *biografia digital*, acessível à praticamente todos e impassível de esquecimento, possibilitando uma vigilância sem precedentes sobre o cidadão, tanto oriunda de governos, quanto advindas de particulares que controlam grandes corporações digitais, afetando sobremaneira a privacidade, a autonomia o controle das informações próprias -apresentação pública e de imagem- que cada ser humano possui como corolário de sua dignidade intrínseca.

Não está se advogando que, para todos os casos, o direito ao esquecimento ou apagamento deverá ser imperioso e mandatário, mas sim que determinadas situações, atentatórias da própria dignidade da pessoa humana -avaliadas no caso

³³⁵ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 19.

concreto-, mereçam a tutela de um esquecimento, jamais excluindo-se *ex ante* a possibilidade de utilização do instituto.

É nítida a existência do núcleo hígido, portanto, tutelado pela dignidade da pessoa humana, no direito à proteção de dados pessoais e na privacidade, no qual a garantia do direito ao esquecimento ou apagamento de dados funcionará como instrumento apto a desfazer a violação perpetrada, como sói ocorre, igualmente, quando se está a tratar de temas com alta probabilidade discriminatória, como opção sexual, religião, crenças, visões políticas, dentre outros.

A exclusão da opção de utilização do instituto em questão, de forma apriorística -como ocorreu no julgado que se analisará em seguida-, traduz-se numa proteção deficitária e inconstitucional à dignidade humana do indivíduo perpetrada pelo próprio Poder Judiciário.

Corroborando este entendimento, Frajhof explica que o direito ao esquecimento, historicamente, vinha sendo invocado para proteger a privacidade de indivíduos e, com o surgimento e inserção do contexto digital, uma nova atribuição ao significado do instrumento fez-se necessária, ou seja, o direito ao esquecimento é visto como garantia aos indivíduos acerca do controle de seus próprios dados pessoais no âmbito da internet³³⁶.

Segundo Rodotá, embora não seja *bizantina* a separação entre o direito à privacidade e proteção de dados pessoais, pode-se dizer que houve um desenvolvimento do seu conceito à luz da *sociedade da informação*, onde a

³³⁶ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 23.

proteção destas se torna uma “característica permanente do direito à privacidade”, havendo uma expansão da definição deste direito, que inclui uma necessidade de proteção mais ampla e eficaz da circulação das informações.³³⁷

Logo, o *direito ao apagamento de dados* ou *desindexação*, pode assim ser entendido com uma nova concepção do direito ao esquecimento, adaptado à *sociedade da informação* e à *era digital* na qual estamos inseridos, igualmente fulcrado na dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, podemos citar o paradigmático julgamento do caso *Google SpainSL e Google Inc. vs Agência Española de Protección de Datos* (AEPD) e Mario Costeja González, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) consagrou o *direito ao apagamento de dados* ou *desindexação* no ano de 2014³³⁸.

Neste precedente de suma importância para o tema, de forma resumida, o cidadão espanhol Mario Costeja González ajuizou demanda contra um jornal de grande circulação na região da Catalunha e em face de *Google Spain* e *Google Inc.*, sob a alegação de violação à proteção de seus dados pessoais e de sua privacidade. Isso porque havia *links* que retornavam de uma pesquisa no Google com o nome do demandante e remetiam a uma passagem de sua história ocorrida em 1998, a qual este não mais gostava que estivesse disponível.

³³⁷ STEFANO RODOTÀ, *A vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

³³⁸ Cf. Citação da jurisprudência Tribunal de Justiça da União Europeia. C-131/12. *Google Spain SL e Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González*.

Tal informação fora veiculada no jornal *La Vanguardia*- demandado no caso-, onde publicizara a venda de um bem imóvel de Costeja González, em hasta pública, para recuperação de créditos devidos à Seguridad Social da Espanha.

O pedido direcionado ao jornal *La Vanguardia* era para que houvesse a supressão ou alteração das informações veiculadas na matéria, para que seus dados pessoais deixassem de constar ou que, através de instrumentos tecnológicos, houvesse a (*pseudo*)anonimização de seus dados, a fim de resguardar sua identidade, autonomia e privacidade.

Já em relação ao *Google Spain* e *Google Inc.*, o pedido era de supressão ou ocultação dos dados pessoais, para que *links* do sítio eletrônico do jornal não retornassem na pesquisa desta plataforma, quando associado ao nome do demandante.

A causa de pedir do processo, grosso modo, residia na argumentação de que, devido ao lapso temporal entre os acontecimentos e, tendo em vista que a demanda de recuperação de crédito tinha sido julgada há anos, não haveria interesse público na manutenção e perpetuação destes fatos na internet.

Primeiramente, em sede administrativa, a Agência de Proteção de Dados Espanhola (AEPD) deferiu parcialmente o pedido, para julgá-lo improcedente quanto ao Réu jornal *La Vanguardia*, por ser a publicização de hastas públicas uma obrigação imposta por lei, para permitir maior número de interessados. Contudo, em relação às empresas de tecnologia demandadas, julgou-se procedente o pedido, sob a fundamentação que estas fazem o tratamento de dados pessoais e, portanto, estão sujeitas à legislação europeia sobre proteção de dados pessoais -Diretiva UE 95/46/CE-, vigente à época.

Desta maneira, a *big tech* envolvida, por atuar como intermediária na *sociedade de informação*, deveria atender aos pedidos de retirada de dados pessoais, quando solicitados pelos utilizadores, sempre que a identificação e a multiplicação das informações tiver o potencial de ferir direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não havendo concordância quanto à interpretação da Diretiva UE 95/46/CE, *Google Spain* e *Google Inc.* recorreram da decisão ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), para que este fosse instado a pacificar a interpretação sobre a proteção de dados pessoais e a livre circulação de dados no contexto tecnológico.

O TJUE, tomando em conta especialmente o *Considerando 10* da referida Diretiva, que preconiza garantir um nível elevado de proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente, da sua vida privada, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, consignou que os indivíduos têm direito ao acesso aos dados pessoais, podendo requerer que suas informações pessoais sejam ratificadas, apagadas ou bloqueadas quando estiverem incompletas ou inexatas, bem como a obrigação de retirada de *links* poderá ser imposta às empresas de tecnologia que trabalham como provedores de busca na internet, quando requerida pelos usuários.

No caso concreto sob análise do TJUE, entendeu-se, ainda, que o tratamento de dados pessoais realizado no caso Costeja González causou danos aos seus direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais, uma vez que o tratamento permite a qualquer usuário obter, com a lista de resultados, uma visão global estruturada das informações sobre a pessoa, expondo-a a numerosos

aspectos de sua vida privada e que, sem o referido provedor de busca, não poderiam -ou só muito dificilmente- poderiam ter sido relacionadas.

Dada a facilidade de acesso às informações que estão na internet, haveria um *efeito ingerência* nos direitos fundamentais do indivíduo potencialmente maior³³⁹.

Portanto, chegou-se a um entendimento inovador no âmbito daquele Tribunal, com lastro na proteção dos direitos à vida privada e aos dados pessoais - constantes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia-, de que o indivíduo tem o direito de requerer que uma informação deixe de estar relacionada a sua pessoa mediante uma busca de seu nome num provedor de busca na internet e, por conseguinte, havendo uma informação indesejada, causadora de danos aos seus direitos fundamentais e à sua dignidade, este poderá requerer sua *desindexação/apagamento* aos mesmos provedores.

Há uma sensível modificação no eixo tradicional do direito ao esquecimento, baseado no direito fundamental à privacidade, para sua leitura a partir do direito à proteção de dados pessoais, de forma autônoma, especialmente fulcrado numa estrutura “pessoa-informação-circulação-controle”³⁴⁰. Por estas razões, vê-se que o *direito ao apagamento/desindexação* pode ser concebido e utilizado como uma moderna configuração do *direito ao esquecimento*,

³³⁹ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 37.

³⁴⁰ STEFANO RODOTÀ, *A vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

instrumentalizando o indivíduo para defesa de sua dignidade num contexto de sociedade digital.

O que o direito ao esquecimento e a desindexação ou apagamento de dados têm em comum, em suas raízes, é a dignidade da pessoa humana, através da defesa do núcleo rígido e intangível da dignidade como autonomia. Ou seja, ao fim, trata-se da tutela do controle sobre a identidade, a proteção à reserva da esfera íntima e da apresentação da pessoa.

Para o professor Danilo Doneda³⁴¹, o direito à privacidade tomou novos contornos, *máxime*, a partir do estado de bem estar social (*welfare state*). Segundo o renomado jurista, a demanda mais generalizada de direitos, o crescente aumento no fluxo de informações e o conseqüente avanço tecnológico erigiu os dados pessoais e, por conseqüência, o indivíduo comum, ao protagonismo do debate sobre proteção à privacidade:

Ao mesmo tempo que esse fluxo crescia, aumentava a importância da informação. Enfim, não eram mais somente as figuras de grande relevo social que estavam sujeitas a terem sua privacidade ofendida com o aumento no tratamento de dados pessoais, porém uma parcela muito maior da população, em uma gama igualmente variada de situações³⁴².

Desta forma, a tecnologia e as mudanças sociais da *sociedade digital* definiram diretamente o contexto entre privacidade e dados pessoais, haja vista que a tecnologia permitiu a recolha, sistematização e tratamento de uma gama infindáveis de dados pessoais e conseqüente transformação destes em informações,

³⁴¹ DANILO DONEDA, Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 33.

³⁴² Id., p. 33.

modificando, pois, o eixo de equilíbrio entre pessoa-informação-circulação-controle.

Neste panorama, a autodeterminação pessoal e informacional representa um pilar axiológico, enraizado na dignidade da pessoa humana, em favor da proteção dos dados pessoais e da privacidade, como consectário da autonomia individual, do controle sobre sua identidade e da proteção à reserva da esfera íntima e da apresentação.

Destarte, para falar em autodeterminação, não se pode olvidar da sentença sobre o censo alemão, proferida pelo BVerfG, que consolidou a ideia do direito à *Autodeterminação Informacional - Informationelle Selbstbestimmungsrecht*- que representa, ao lado da privacidade, a relação mais estreita com a proteção de dados pessoais e com a própria dignidade humana.

Não se perder de vista que, para este estudo, é de vital importância demonstrar a correlação entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao esquecimento -e sua versão moderna e atualizada para o meio digital (*direito ao apagamento de dados* ou *desindexação*)-, sendo que este *link* correlacional perpassa, também, pelo entendimento do direito à proteção de dados pessoais.

À evidência, a dignidade como autonomia individual e controle da reserva de intimidade e apresentação pública, na sociedade digital, implica perceber e desvendar as *camadas* inerentes ao novel instituto da proteção de dados pessoais. Nesta toada, a sentença supracitada, que consagrou, ou pelo menos tornou conhecida e importante a *autodeterminação informacional*, merece por nossa parte uma particular atenção.

Desde 1977, a Alemanha já possuía uma lei federal de proteção de dados pessoais (*Bundesdatenschutzgesetz* - BDSG), sendo que, desde 1970, já existira, no *Land* do Hesse, uma lei regional de proteção de dados pessoais, predecessora, portanto, da lei federal.

Paralelamente, a lei do censo foi aprovada em 1982 e previa que os cidadãos deveriam responder a 160 perguntas que, posteriormente, seriam submetidas a tratamento informatizado, o que gerou algumas questões sobre privacidade, como a possibilidade de confrontação dos dados obtidos em relação aos dados presentes no registro civil; o desvirtuamento do propósito do censo, com o compartilhamento dos dados obtidos com autoridades; a imposição de multas e penalidades para quem se negasse a responder às perguntas, dentre outros.

O receio à vigilância ilegal e desproporcional que a coleta, armazenamento e sistematização dos dados pessoais, somado à conseqüente gama exponencial de informações recolhidas sobre cidadãos da Alemanha, suscitou uma tensão social, à época, que terminou às barras do Poder Judiciário alemão.

A lei federal de proteção de dados pessoais se mostrou lacunosa e incapaz de solucionar o conflito, pelo que um recurso ao Tribunal Constitucional Federal fora necessário para dar contornos jurídicos ao direito geral de personalidade e resolver o conflito. Assim, o *BVerfG* entendeu por suspender provisoriamente a lei do censo, declarando, em seguida, sua inconstitucionalidade.

Para a Corte suprema, não se poderia tolerar que os dados recolhidos fossem utilizados com finalidade diversa daquela para qual a lei fora instituída, por violação do *nachteilverbot*, ou seja, a vedação de utilizar dados de forma diversa daquela declarada no momento da coleta. Outrossim, a sentença deixou claro que a

proteção a todo dado pessoal é importante, mesmo que aparentemente não tenha grande importância, pois somados a outros dados pessoais, possibilita uma análise global e completa, revestindo-se de significado.

Dessarte, a decisão consagrou a *autodeterminação informacional*, no sentido de que pertence à esfera individual de direitos a decisão própria sobre a utilização e tratamento dos dados pessoais, ou seja, o indivíduo tem o direito de controlar e decidir sobre seus dados como forma moderna de sua dignidade no viés da autonomia.

Doneda³⁴³ bem assenta que, a partir deste célebre julgamento, a *autodeterminação informacional* passou a ser concebida como um direito fundamental e, por conseguinte, fulcrado na Dignidade da Pessoa Humana, na esteira do direito geral de personalidade, proporcionando ao indivíduo o controle de suas informações.

Entrementes, a *Informationelle Selbstbestimmungsrecht*, ao mesmo tempo em que permite uma interpretação de viés social ao possibilitar o controle do indivíduo sobre suas informações sem perder de vista a ponderação com o interesse público - v.g direito à liberdade de imprensa-, possibilita uma *leitura liberal*, no sentido de concentrar a autodeterminação no consentimento individual para o tratamento dos dados, assumindo contornos financeiros e negociais, afastando-se o tema dos direitos da personalidade³⁴⁴.

³⁴³ DANILO DONEDA, Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 169.

³⁴⁴Id., p. 170.

Independentemente das peculiaridades e decorrências da consagração do instituto supracitado, fato notório é que ele inspirou todo um novo formato do quadro legal e regulatório de proteção de dados desde então, o que Doneda denominou de *leis de terceira geração*, cuja característica está centrada no cidadão, abrangendo não só a liberdade de fornecer ou não os seus dados pessoais, mas também a garantia da efetividade desta liberdade³⁴⁵:

A autodeterminação informativa, de fato, surgiu basicamente como uma extensão das liberdades presentes nas leis de segunda geração, e são várias as mudanças específicas neste sentido que podem ser identificadas na estrutura destas novas leis. O tratamento de dados pessoais era visto como um processo, que não se encerrava na simples permissão ou não da pessoa à utilização de seus dados pessoais, porém, procurava fazer com que a pessoa participasse consciente e ativamente nas fases sucessivas do processo de tratamento e utilização de sua própria informação por terceiros; essas leis ainda incluíam algumas garantias, como o dever de informação. As leis de terceira geração encaravam a participação do cidadão como mola propulsora de sua estrutura³⁴⁶.

³⁴⁵ Segundo Doneda, “as *leis de primeira geração*, como a Lei de Hesse – Alemanha, refletiam o estado da tecnologia e a visão do direito à época, marcada pela convicção de que direitos e liberdades fundamentais estariam ameaçados pela coleta ilimitada de dados pessoais realizada basicamente pelo Estado e, portanto, preocupavam em regular o tratamento de dados pessoais dos grandes centros de coleta e bancos de dados. A *segunda geração de leis* surgiu a partir da década de 1970, com centralidade na consideração da privacidade e proteção de dados pessoais como uma liberdade negativa, a ser exercitada pelo próprio cidadão contra o Estado e particulares, colocando garantias e instrumentos jurídicos à disposição do indivíduo para exercer seus direitos face o uso indevido de suas informações. Por fim, as *leis de quarta geração*, momento atual, caracterizam-se pela tentativa de suprir a posição individual de desvantagem, mormente em face de *bigtechs*, preocupando-se numa tutela geral e coletiva forte, devido a evidente posição de inferioridade do indivíduo”. DANILO DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 178.

³⁴⁶ DANILO DONEDA, *Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 178.

Todavia, é cediço que o direito à proteção de dados pessoais e à privacidade, como qualquer outro direito fundamental, poderá ceder num confronto eventual com outros direitos fundamentais. O direito ao esquecimento ou desindexação/apagamento de dados, como consectários e instrumentos daqueles, desde o início são confrontados, naturalmente, com o direito à liberdade de expressão, à liberdade de imprensa e de informação.

O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, em julgamento recente e paradigmático, que será mais detidamente analisado ao longo deste estudo, decidiu, a partir da ponderação de valores, que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988, em descompasso com o entendimento refletido no verbete sumular do Conselho da Justiça Federal (CJF), n.º 531, que expressamente diz que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Porém, no supracitado julgado, há omissão relevante quanto à possibilidade de utilização do direito ao esquecimento quando há o atingimento direto e não-reflexo da dignidade humana, impassível, portanto, de ponderação.

Acreditamos que a tese fixada no julgamento não contempla toda a potencialidade do instituto do direito ao esquecimento, notadamente àquela que diz respeito ao atingimento do núcleo essencial do direito à privacidade e proteção de dados, portanto, violadora da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, na divulgação de imagens de sexo, nudez, embriaguez ou dependência química, ainda que consentidas, bem como o lapso temporal entre o fato e a exposição deste nas redes.

Defendemos, pois, que, se de determinada maneira, a pessoa atrelada àquela informação não mais entende que aquilo faz parte de sua identidade, ainda que seja esta obtida de modo lícito e com consentimento, pelo decorrer do tempo e da mudança de valores e princípios da sociedade e da própria pessoa, a exposição permanente ao fato pode impingir certo grau de sofrimento àquela, capaz de atingir sua dignidade.

3. O direito ao esquecimento/apagamento de dados pessoais sob o enfoque da colisão entre os direitos fundamentais envolvidos

Partindo da premissa constante da diferenciação defendida por Frajhof, em sua já prestigiada e referenciada obra *O Direito ao Esquecimento na Internet*, no sentido de que o clássico direito ao esquecimento -com fundamentação forte no direito à privacidade- seria diferente do direito ao apagamento de dados pessoais- este com lastro no direito à Proteção de Dados Pessoais-, torna-se premente a necessidade de entender, antes de falar em afetação ao núcleo da Dignidade da Pessoa Humana, o tradicional conflito entre direitos fundamentais envolvidos.

Outrossim, parte-se de outra premissa, igualmente elementar, de que o direito à proteção de dados pessoais, tal como ocorre com a privacidade, é considerado um direito fundamental *per se*.

Este assunto será mais bem trabalhado em tese futura, porém, para esta investigação, interessa-nos que, formalmente, já está consolidado como direito fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil, acrescentado recentemente pela Emenda Constitucional n.º 17 de 2019, aprovada pelo Congresso Nacional em 31 de agosto de 2021. De mais, o art. 8º da Carta dos Direitos

Fundamentais da União Europeia igualmente consagra a proteção de dados pessoais como um direito fundamental³⁴⁷.

Como bem assevera o Jurista Ingo Sarlet³⁴⁸, como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões.

Lado outro, não se pode olvidar que a utilização do instrumento jurídico em causa, ao retirar, esquecer, impedir ou apagar determinada informação, seja de jornais, revistas, documentários ou de plataformas digitais, acaba por entrar em rota de colisão com outro direito fundamental: o da liberdade de informação.

Portanto, existe um tensionamento inevitável entre privacidade e liberdade, v.g quando a privacidade daquele que se viu violado em sua identidade se choca contra a liberdade de imprensa em noticiar determinado fato de interesse público.

Rememorando os casos paradigmáticos mencionados anteriormente, em *Madame M vs. Filipacchi et Cogedipresse* (1983), onde o direito ao esquecimento fora reconhecido pela jurisprudência francesa numa ação indenizatória proposta por Mme., acusada de ter assassinado o filho e a mulher de seu amante, a justiça

³⁴⁷ Art. 8º. 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

³⁴⁸ INGO WOLFGANG SARLET, Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet> Acesso em: 27 nov. 2021.

francesa optou, à época, pelo afastamento da imputação de crime de difamação contra o réu, mas deferiu o direito à indenização pela utilização da imagem da requerente, consagrando o *right to be forgotten* após realizar ponderação entre o direito à autonomia e privacidade e a liberdade de informação.

No processo de *Mme Monanges vs. Kern*, a Corte de Cassação francesa já entendeu pela inaplicabilidade do direito ao esquecimento, pois segundo a argumentação prevalecente, quando se está diante de fatos divulgados de forma lícita e consubstanciado em documentos públicos, a liberdade de informação deverá prevalecer, em tese, sobre o direito à privacidade, notadamente porque as informações que se buscam esquecer já estariam no âmbito público, fora da esfera da privacidade da pessoa³⁴⁹.

Ao seu turno, em *Lebach I*, o BVerfG decidiu pela não veiculação do documentário atinente ao caso criminoso, para proteger a imagem dos envolvidos até que o processo-crime estivesse totalmente resolvido e, também, na proteção de uma futura ressocialização.

O embate entre direitos fundamentais se dera, novamente, entre a liberdade de informação consistente na exibição de programa televisivo com a encenação do fato criminoso *versus* o direito à autonomia, privacidade e desenvolvimento da personalidade dos envolvidos e sua ressocialização.

Noutro giro, em *Lebach II*, o mesmo Tribunal Federal alemão optou por decidir favoravelmente à veiculação de um novo documentário que estava sendo

³⁴⁹ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 62.

preparado para divulgação do mesmo fato. Neste segundo caso, a ponderação inclinou-se para prevalência do direito à liberdade de informação, mormente em razão de uma variante que fora determinante para seguir as balizas impostas na decisão do *Lebach I*, qual seja, a anonimização dos envolvidos para proteção de sua identidade e ressocialização e o decurso de mais de trinta anos entre o fato e a possível exposição na série, sendo este um prazo dotado de razoabilidade.

Destarte, para Ingo W. Sarlet, a diferença argumentativa relevante para o direito ao esquecimento entre o caso *Lebach I e II* reside no fato de que:

[...],no primeiro caso, o TCF apenas constatou que o direito de personalidade está protegido de uma temporalmente ilimitada atenção dos meios de comunicação com a pessoa do criminoso e sua vida privada, mas não assegura uma absoluta imunidade em relação a uma indesejada representação pública de acontecimentos relevantes para a personalidade, sendo, portanto, determinante o quanto, no caso concreto, a difusão pela mídia de informações pode afetar os direitos de personalidade³⁵⁰.

Já no caso *Costeja Gonzalez vs. Google Spain SL e Google Inc.*, presenciamos uma nova perspectiva do direito ao esquecimento, ou seja, o denominado direito ao apagamento de dados pessoais ou desindexação, em que o reclamante alegou violação à proteção de seus dados pessoais e de sua privacidade, em razão da veiculação de informações através de *links* que retornavam de uma pesquisa no Google com o nome e remetiam a uma passagem de sua história ocorrida em 1998, a qual não mais gostava que estivesse disponível.

³⁵⁰ INGO WOLFGANG SARLET, Do caso Lebach ao caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protECAo-dados-mario-gonzalez> Acesso em: 27 nov. 2021.

Note-se que, apesar de chamado direito à desindexação, a *ratio decidendi* baseia-se no decurso temporal entre determinada informação, ainda que lícita, e a repercussão desta na autonomia individual, desenvolvimento da personalidade, controle da biografia e da imagem e na própria dignidade, portanto.

Conforme explanado anteriormente, o caso chegou ao TJUE, que entendeu pela proteção à nível de direito fundamental aos dados pessoais, sujeitando aqueles que realizam o tratamento de dados, como o Google, à observância dos pedidos de retirada, apagamento e desindexação de informações de usuários, por se tratar de legítima expressão do exercício de um direito fundamental, mormente em casos que fossem capazes de lesar a dignidade da pessoa humana.

Ademais, instado a responder qual seria a interpretação, em tese, dada aos artigos 12º, alínea b) e 14, parágrafo primeiro e alínea a) da Diretiva n.º 96/46 da UE, o TJUE foi claro ao determinar que existe o direito à desindexação ou apagamento de dados pessoais, independentemente se a publicação do conteúdo tenha ocorrido de forma lícita, como forma de tutela da autonomia através do lapso temporal entre a informação e a divulgação.

Neste novo contexto digital da sociedade, portanto, o direito ao apagamento de dados, ligado ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, consubstanciado na proteção da dignidade da pessoa humana, notadamente sua autonomia e controle sobre a identidade, igualmente enfrenta a liberdade de informação na ponderação de valores.

Logo, enquanto anteriormente a dicotomia residia na disputa entre privacidade e liberdade de informação, agora, na sociedade digital, deve-se olhar o

tema pela divisão entre proteção de dados pessoais e liberdade de informação, mas o que é comum a ambas é sua raiz na dignidade da pessoa humana.

Entrementes, ambos os casos lidam com uma perspectiva de conflito entre direitos fundamentais e, o que se pretende nesta investigação, é demonstrar que existe um determinado grau de correlação entre a Dignidade da Pessoa Humana e o instrumento do direito ao esquecimento ou apagamento de dados, respeitando as diferenças jurídicas estruturais destes, já amplamente supracitada, mormente para que se possa valer da proteção forte do princípio em casos que atinjam a dignidade da pessoa.

Como nos ensina o professor Jorge Reis Novais³⁵¹, existe uma necessária associação entre dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais e, neste sentido, a dignidade desenvolve, no âmbito dos direitos fundamentais, distintas funções. Vejamos:

Como auxiliar hermenêutico na fixação do sentido normativo dos direitos fundamentais e como parâmetro orientador da solução de colisões e das ponderações que se desenvolvem necessariamente em sua concretização;
Como fonte de descoberta e reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais, no âmbito da habilitação fornecida pelas chamadas cláusulas abertas de recepção de direitos não enumerados no texto constitucional;

Como razão justificativa da imposição de restrições a direitos fundamentais;

Como limite aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, enquanto requisito cuja estrita observância condiciona materialmente qualquer limitação de direitos fundamentais;

³⁵¹ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 29.

Como constituindo o conteúdo essencial de cada direito fundamental e,
por fim,

A dignidade da pessoa humana, ela própria, ser considerada como um
direito fundamental, o direito à dignidade.

Neste sentido, interessa-nos compreender e depurar o paralelismo envolvido no embate entre o direito fundamental à liberdade de informação e o direito fundamental à privacidade e proteção de dados pessoais, qual seria o núcleo protegido e resguardado pela dignidade da pessoa humana tutelado pelo direito ao esquecimento ou apagamento de dados.

Destarte, prossegue clarificando o ilustre professor da Universidade de Lisboa que, nestas múltiplas potenciais aplicações supramencionadas, a dignidade da pessoa humana pode atuar tanto *ao lado* dos direitos fundamentais, quanto *contra* os direitos fundamentais -cuja utilização é a mais controversa- e, ainda, como *limite aos limites*. Ou seja, fala-se na atuação *ao lado*, *contra* e como *limite aos limites*.

Quando se fala em atuação *ao lado* dos direitos fundamentais, isto é, na defesa da liberdade, da autonomia e bem-estar individuais face eventuais ingerências negativas ou desvantajosas, a dignidade da pessoa humana assume duas principais funções:

i) filtrar e excluir razões potencialmente invocáveis como fundamento para restringir direitos fundamentais e ii) mesmo quando as razões invocadas para restringir um direito fundamental não são à partida, inadmissíveis, a forma, a medida e o alcance das concretas medidas restritivas adoptadas não podem, sem si mesmas, afectar a dignidade da pessoa humana ou, ou noutra perspectiva, considerando que a dignidade

conforma o chamado conteúdo essencial de cada direito fundamental, não podem afectar esse conteúdo essencial³⁵².

Portanto, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, quando atua *ao lado* dos direitos fundamentais, tem a função de filtrar e excluir argumentos e, ainda que válida *a priori* a argumentação, verificar se, na prática, que aquele argumento válido poderá causar algum tipo de violação à dignidade.

Noutro giro, se a dignidade é invocada *contra* os direitos fundamentais, tende a assumir-se como fundamento apto a sustentar restrições a estes e, segundo entendimento de Novais:

[...] invocada como uma dimensão objetiva e conteúdo autônomo e próprio, que se pretende dever constituir razão para limitar heteronomamente a autonomia e os interesses individuais protegidos por um direito fundamental³⁵³.

Já na atuação da dignidade da pessoa humana como *limite aos limites*, significa que é invocada como fundamento material de justificação e restrição a direitos fundamentais. Todavia, suas funções só podem ser cabalmente desempenhadas no pressuposto de que o princípio tem conteúdo autônomo e diverso do sentido normativo que apresentam os direitos fundamentais em causa, ou seja, se o sentido normativo não pudesse ser determinado, a dignidade acabaria por se igualar ao conteúdo dos direitos fundamentais, relegando-se, portanto, a uma mera utilidade retórica ou recurso argumentativo em préstimo autônomo.

³⁵² JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 30.

³⁵³ *Id.*, p. 30.

Isto posto, para Novais³⁵⁴, as normas de direitos fundamentais delimitam e garantem as áreas materialmente diferenciadas e específicas de acesso protegido à liberdade, à autonomia e ao bem-estar que o Estado fica obrigado a respeitar, proteger, promover e reprimir aquando de quaisquer violações.

No caso brasileiro de maior expressão, em que o Supremo Tribunal Federal, em 2021, fixou a tese da impossibilidade do direito ao esquecimento, parece-nos que não andou bem, por apenas analisar o tema sobre o enfoque do conflito entre direitos fundamentais, deixando em aberto as hipóteses excepcionais em que se pode falar em direito ao esquecimento e direito ao apagamento de dados, como fulcrado na dignidade da pessoa humana e, desta forma, impassível de ponderação, portanto.

3.1. O Caso Aida Curi: a negação apriorística do direito ao esquecimento e a necessária violação da dignidade da pessoa humana.

Apesar de existirem inúmeros casos³⁵⁵ onde o *droit l'oubli* é invocado, tanto na faceta do direito *clássico* ao esquecimento, quanto no moderno entendimento fulcrado no apagamento/desindexação de dados pessoais na internet, o famoso caso brasileiro “Aída Curi” -RE n. 1.010.606-, que levou a Suprema Corte brasileira manifestar-se sobre o direito ao esquecimento, é o que merece maior atenção de nossa parte, mormente a fim de demonstrar que, em teoria, pode existir

³⁵⁴ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.

³⁵⁵ Por todos, conferir Caso Chacina da Candelária (STJ Recurso Especial n.º 1.334.097/RJ); Xuxa vs. Google Ltda (STJ Recurso Especial n.º 1.316.921/RJ) e Ricardo Zarantini Filho vs. Diário de Pernambuco S.A (STJ Recurso Especial n.º 1.369.571/PE).

casos em que própria dignidade humana é afetada e, assim, merecedora de tutela, não passível de submissão à técnica de ponderação.

No prestigiado caso supracitado, o STF fixou a seguinte tese (Tema 786/STF):

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível³⁵⁶.

Partindo da premissa que o princípio da dignidade da pessoa humana tem fundamento constitucional autônomo e conteúdo normativo independente, não funcionando como argumentação de mera retórica, onde se assenta todo o *edifício* normativo-jurídico vigente no Estado de Direito, importa-nos reconhecer que a tese firmada deixou ao largo as possibilidades de violação tamanha com lastro no decurso temporal entre o fato e sua divulgação, que atinjam a própria dignidade e, desta maneira, passíveis de utilização do instituto do direito ao esquecimento.

O caso concreto, em síntese, aduz para o ano de 2008, onde a Rede Globo de Televisão pretendeu, através do programa “Linha Direta – Justiça” retratar o caso ocorrido no ano de 1958, no qual Aída Jacob Curi foi vítima de violência

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 833.248/RJ, *Tese de Repercussão Geral - Tema 786*. Brasília, DF, 11 de junho de 2016. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160712-11.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2021.

seguida de morte, praticada por três jovens, que a atiraram do alto de um edifício no bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro, com ampla repercussão à época nos veículos de mídia.

O principal acusado como autor do crime foi submetido a três julgamentos, sendo condenado à pena de oito anos e nove meses de reclusão, por homicídio e tentativa de estupro.

Os irmãos da vítima, Nelson Curi, Waldir Curi e Maurício Curi, notificaram a emissora para deixar de transmitir o episódio em razão de toda dor e sofrimento que a lembrança deste fato traz à família. Contudo, o episódio foi ao ar, inclusive divulgando o nome de Aída Curi, fotos e cenas do crime, levando os irmãos da vítima a ingressarem na Justiça, requerendo indenização por danos morais contra Globo Comunicações e Participações S/A, sob a alegação que não fazia mais sentido algum ser revolvida a triste história de Aída após o transcurso de 50 anos de sua ocorrência.

Segundo alegaram, a história apresentada pela televisão já não mais fazia parte do conhecimento comum da sociedade, nem havia interesse do público a essa informação, em razão do decurso de tempo entre o fato e a exibição do *show*.

O juízo de 1º grau julgou pelo indeferimento da pretensão. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) confirmou a sentença recorrida, alegando que os fatos, objeto da causa, eram de conhecimento público geral, amplamente divulgados pela imprensa na época, e que a TV Globo teria, somente, cumprido com sua função social de informar e debater o aventado caso.

Segundo a tese firmada no julgamento, no âmbito do TJRJ, esquecer não significaria o “caminho salvador para tudo e que muitas vezes é necessário reviver

o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta no presente”³⁵⁷.

Ante ao indeferimento nas instâncias ordinárias, os autores recorreram ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, mediante interposição de Recurso Especial (REsp) e, além do pedido de reforma da decisão do juízo *a quo*, no sentido da procedência da ação indenizatória, introduziram a tese do instituto do direito ao esquecimento, a favor da memória de Aída Curi e de seus familiares.

Segundo nos alerta Frajhof³⁵⁸, até o momento do recurso especial para o STJ, somente havia menção à palavra esquecimento na ementa de julgamento do TJRJ -grau de recurso ordinário contra sentença de piso-, pelo que os recorrentes -irmãos da vítima-, alegaram, pela primeira vez, no Recurso ao STJ, a tutela do direito ao esquecimento, haja vista que o direito à privacidade e personalidade teriam sido violados aquando da emissora recorrida reconstruiu o crime no programa mediático.

³⁵⁷ Apelação Cível nº 0123305-77.2004.8.19.0001 - Ementa “INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça”. 1(...). 2-A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retratada, ou ainda, quando essa imagem/nome for utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertadas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente (grifo nosso).

³⁵⁸ ISABELLA FRAJHOF, O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 122.

O STJ, ao julgar a questão, entendeu que o crime era indissociável do nome da vítima, motivo pelo qual não havia guarida à pretensão dos recorrentes, sendo que deveria prevalecer a liberdade de imprensa e expressão, uma vez que a matéria jornalística reportava fatos verídicos, formadores da história do país e de repercussão nacional, negando, conseqüentemente, a pleiteada indenização.

Chegando o caso ao STF, via Recurso Extraordinário, a Corte Suprema brasileira, em julgamento paradigmático finalizado em 11 de abril de 2021, entendeu igualmente pela improcedência do pedido dos recorrentes, enfrentando a questão levantada sobre o direito ao esquecimento, para fixar a tese consolidada no Tema 786/STF, pelo placar de 9 votos contra 1, pela incompatibilidade do instituto supracitado com a Constituição de 1988.

No voto vencedor, da lavra do Ministro-Relator Dias Toffoli, houve um resgate histórico do direito ao esquecimento, perpassando por diversos casos paradigmáticos -elencados ao longo deste estudo-, como *Mme. S. e Landru* (1976), *Madame M vs. Filipachhi et Cogedipresse* (1983), *Lebach I e II* (1970 e 1996), com suas nuances e particularidades, como já realizado adrede nesta investigação, passando pela diferenciação entre o direito ao esquecimento clássico e na moderna visão aplicado à internet, porém com foco específico na ponderação de valores ou princípio envolvidos.

Contudo, não houve uma necessária ressalva na tese vencedora acerca do instituto e sua utilização quando se fala em casos que a permanente divulgação de fato, dados, imagem ou informação, violam a dignidade da pessoa humana, entendida de forma autônoma e independente e, assim, não possível de ser

ponderada, bem como andou mal ao não reconhecer o direito pelo decurso temporal entre a informação e a divulgação.

Desta forma, dada as limitações desta, aliada ao *recorte* metodológico e de pesquisa, demos preferência a uma sucinta análise do referido voto que se sagrou vencedor, culminando, inclusive, na fixação da tese que aqui se critica em parte.

A grande indagação que guiou a elaboração do voto vencedor foi:

[...] Por que?, Porque, aqui, o que vejo em discussão é se existe ou não, em nosso ordenamento jurídico-constitucional, o direito ao esquecimento. É a esta pergunta que deve responder: se existe ou não direito ao esquecimento, independentemente da plataforma midiática a que se refira³⁵⁹.

Consoante supracitado, iniciou-se o voto pela abordagem histórica, com a distinção jurídica entre os casos paradigmáticos, com ênfase na ideia do direito ao esquecimento como um direito ligado à privacidade, à intimidade e o direito de *ser deixado em paz*, notadamente para casos envolvendo fatos criminoso e seus envolvidos.

Porém, somente no caso *Madame M. vs. Filipacchi et Cogedipresse*, especificamente, é que a nomenclatura tomou corpo a partir da expressão *droit à l'oubli*, entendida como o direito que toda pessoa tem, oponível inclusive contra a

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

imprensa, com o passar do tempo, de reivindicar o esquecimento de um evento público em que esteve envolvida, ainda que o fato seja verdadeiro³⁶⁰.

Bem aponta o julgado que a jurisprudência referenciada nunca foi unânime no reconhecimento do direito ao esquecimento, notadamente atrelado no decurso temporal entre os fatos e seu ressurgimento, como se pode extrair do não reconhecimento em *Madame Monanges vs Kern* (França) e *Lebach II* (Alemanha).

Ressaltam, ainda, nas razões do voto, em seguimento, que é na *sociedade digital* que houve a amplificação do nível de exposição dos indivíduos e que se tornou imperiosa uma forte proteção da privacidade e dados pessoais, fazendo *ressurgir* o instituto em comento, culminando no *leading case* igualmente supracitado de *Costeja González vs. Google Spain*, analisado pelo TJUE, em 2014.

Entretanto, seria sensivelmente diferente do direito ao esquecimento, lastreado fundamentalmente no decurso temporal, o direito à desindexação ou apagamento de dados, este consubstanciado no direito à proteção de dados pessoais. Porém, o TJUE não utiliza a expressão *direito ao esquecimento* para fundamentar o caso retromencionado, mas acaba por definir que o tratamento de dados pessoais, ainda que lícito, pode se tornar, com o passar do tempo, incompatível com a diretiva europeia vigente à época³⁶¹.

³⁶⁰ Denise PINHEIRO; JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO, A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 31-71, abr./jun. 2018.

³⁶¹ Segundo constou no voto do Ministro Relator: “Como se vê, em síntese, há diferentes direitos (ou figuras jurídicas) que se reconduzem a nomenclaturas mais ou menos genéricas como (a) direito ao esquecimento; (b) direito a ser esquecido; (c) direito à desindexação; (d) direito a apagar dados; e (e) direito a ser deixado em paz”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1.

Ou seja, houve, ainda que em *obter dicta*, um reconhecimento da proteção da privacidade do usuário da internet fundamentada no decorrer do tempo entre o tratamento e a divulgação da informação, estabelecendo um *link* entre tempo e proteção da privacidade.

Retomando as razões decisórias do voto vencedor em comentário, para o Ministro-Relator importa, igualmente, perceber *i*) que elementos essenciais formariam a identidade do direito ao esquecimento e *ii*) que traço o distinguiria dos direitos já previstos no ordenamento brasileiro.

Neste sentido, o direito ao esquecimento seria formado, essencialmente, pelo âmbito de licitude da informação e de transcurso de um lapso temporal.

Quanto ao primeiro aspecto de abrangência destacado, a licitude da informação funcionaria como uma parametrização, segundo a tese vencedora, para a utilização do instrumento jurídico com vistas ao *esquecimento*. Quer dizer, é necessário desconsiderar as informações inverídicas e as adquiridas ou utilizadas contrariamente à lei, pois estas já se encontram fartamente albergadas e tuteladas por outras ramificações do direito brasileiro, como o direito penal (*v.g* crimes contra honra – arts. 138 a 140 do CP), pelo direito civil (*v.g* indenização nos crimes contra honra- art. 953 do CC), pelo direito eleitoral (*v.g*. divulgação de fatos inverídicos - *fake news* – em âmbito da disputa eleitoral – art. 323 do CE).

Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

Logo, apesar de reconhecer corrente doutrinária que entende ser o instituto aplicável para fatos tanto lícitos quanto ilícitos, o que se invoca no direito ao esquecimento -na visão vencedora no STF-, seria a proteção jurídica para impedir a divulgação de fatos ou dados verdadeiros lícitamente obtidos, amparados na argumentação de que, devido ao decurso de determinado lapso temporal, as informações de outrora não guardariam relevância jurídica, sendo sua ocultação a melhor via para servir aos propósitos constitucionais, mormente ligados aos direitos da personalidade.

Entretantes, no âmago argumentativo em prol de um direito ao esquecimento está, necessariamente, a compreensão de que, não obstante se trate de fatos verdadeiros, sua utilização temporalmente distante de sua ocorrência os tornaria descontextualizados. Portanto, o decurso do tempo figura-se como outro elemento essencial e intrínseco ao direito ao esquecimento.

O exame do direito ao esquecimento através de sua singularidade e essência, nomeadamente a divulgação ilícita e decurso temporal, permite-se nos melhor perceber o tema em sua inteireza.

Desta maneira, ao associar a licitude da informação ao transcurso do tempo, há uma nota característica importante, que dá vida ao direito esquecimento, atrelando-o à proteção da personalidade do indivíduo, expressão da pessoa como *sujeito* da sua vida, especialmente do controle sobre sua identidade, sobre sua esfera de intimidade e apresentação pública, corolários da dignidade da pessoa humana.

No próprio corpo do voto em comento, o Min. Toffoli expressamente consigna que “pode-se afirmar que a passagem do tempo constitui a viga central do

apontado direito ao esquecimento. As falas em defesa de sua existência na audiência pública evidenciam essa relação”³⁶².

Para o Ministro-Relator, aqueles que defendem o direito ao esquecimento entendem que “a passagem do tempo seria capaz de tornar opacas as informações no contexto espacial, a tal ponto que sua publicação não retrataria a completude dos fatos nem a atual identidade dos envolvidos”³⁶³.

Adverte, por conseguinte, que a situação é agravada quando se fala em meios digitais, vez que a memória digital é implacável, em contraste com a memória humana, que tem a recordação como exceção e não como regra, fazendo uma menção, ainda que *en passant*, sobre a existência da moderna concepção do direito ao esquecimento na internet.

Todavia, cinge-se o voto ao embate que ocorre com maior vigor no confronto entre o decurso do tempo e o direito à liberdade de expressão e de

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

imprensa no âmbito do caso concreto de “Aída Curi”, que versa sobre o tradicional entendimento do direito ao esquecimento.

Sob a premissa de que se deve dar *a priori* relevo mais protetivo à liberdade de expressão -inclusive dada a histórica luta ocorrida recentemente no Brasil e em países vizinhos contra as ditaduras militares do pós-guerra, e sua característica marcante de repressão e censura-, o STF acaba por não contemplar a hipótese teórica para o uso do direito ao esquecimento *linkado* diretamente à dignidade humana.

O próprio Ministro-Relator expressa, em seu voto, que deve existir ponderação no choque entre os dois valores tão caros em disputa, bem como que existam *setores* que não possam ser invadidos, sob pena de abuso de direito, como o discurso de ódio, desinformação e a intolerância:

A liberdade de expressão deve ser exercida em harmonia com os demais direitos e valores constitucionais. [...] E em que situações se identificaria esse perigo? A meu ver, a manifestação do pensamento, por mais relevante que seja, não deve respaldar a alimentação do ódio, da intolerância e da desinformação. Essas situações representam o exercício abusivo desse direito³⁶⁴[...]

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

E continua sua linha de pensamento argumentativa no sentido de que a ponderação, todavia, na pretensão ao direito ao esquecimento:

[...] não se faz apenas entre o interesse do comunicante, de um lado, e do indivíduo que pretende ver tornado privado dados ou fatos de sua vida, de outro. Envolve toda coletividade, que poderá ser privada de conhecer os fatos em sua toda completude³⁶⁵.

Portanto, na visão vencedora, “ao pretender o ocultamento de elementos pessoais constantes de informações verdadeiras em publicações lícitas, ela finda por conduzir notícias fidedignas à incompletude”³⁶⁶.

Concordamos com a premissa em parte, ou seja, deve existir ponderação na regra quando se está a analisar os direitos envolvidos. Porém, como bem apontou o Min. Gilmar Mendes no referido julgado, a ponderação deve levar em conta o direito à intimidade, à vida privada, à proteção à imagem, como atributos do direito da personalidade em contrapartida ao direito de liberdade de informação e

³⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021

³⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

imprensa, mas sempre balizado pelo decurso do tempo entre o fato e sua publicação, o interesse público, social, histórico e atual na publicação, bem como o grau de acessibilidade da informação e a possibilidade de divulgação anonimizada³⁶⁷.

A partir da ideia de que existe uma ponderação a se fazer entre os direitos envolvidos, entendemos que, em tese, existem contextos em que não se cabe falar em ponderação, dada a gravidade de ofensa ao bem jurídico da personalidade, incidindo a aplicação da dignidade da pessoa humana de forma autônoma e imediata.

Exemplificando, uma vez que julgador ou legislador se depare com situações, onde há nítida e gravosa violação da intimidade, privacidade, proteção de dados -ainda que por uma notícia lícita e sem transcurso de lapso temporal-, ou que, por exemplo, esteja diante de fatos ocorridos num passado remoto, num contexto cultural em que eram permitidos certos tipos de condutas, mas que hoje seja rechaçada fortemente e isto implique à pessoa uma vergonha descomunal ou um descrédito público tamanho que possa culminar em suicídio. Indaga-se: ainda assim a tese vencedora do julgamento em comento, sobre a inaplicabilidade do direito ao esquecimento, deveria ser aplicada?

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

Assim, discordamos quanto ao posicionamento exposto no voto vencedor em seu segundo aspecto essencial, qual seja, a impossibilidade de o decurso do tempo ser determinante para proteção do indivíduo através de uma tutela que objetive compelir terceiros a não divulgar situações que traduzam invasão à autonomia da pessoa em grau tão profundo que invada a própria dignidade desta.

Obviamente, os casos mais comezinhos se valem da tradicional ponderação de valores entre liberdade de expressão e imprensa em contraposição ao direito à privacidade, autonomia individual e proteção de dados pessoais. Contudo, o que deixou de apreciar a tese vencedora, foram ressalvas para aqueles casos graves, violadores da dignidade da pessoa humana.

Consoante destacado no voto, parafraseando o Prof. Renato Ópice Blum:

[...] o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar os fatos - não se discute isso -, ou reescrever a própria história – também não se discute isso -, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado a fatos pretéritos, mais especificamente ao modo e a finalidade com que são lembrados³⁶⁸.

A pretensão almejada com o manejo do direito ao esquecimento, em sua característica distintiva, é o controle da informação desatualizada e descontextualizada sobre o passado, que pretende ser (ou já foi) divulgada no

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

presente, levando a uma *percepção fragmentada* sobre a pessoa do indivíduo, retirando a autonomia do cidadão e, assim, a possibilidade de controle sobre a identidade, a reserva da esfera íntima e apresentação pessoal.

Destarte, o Professor Doutor Anderson Schreiber³⁶⁹, aquando da audiência pública para debate do tema no próprio STF, defendeu o decurso temporal como integrante do direito ao esquecimento e merecedor de reconhecimento:

Nesses países europeus, a noção técnica de direito ao esquecimento corresponde a um direito a não ser perseguido pelos fatos do passado que já não mais refletem a identidade atual daquela pessoa. Trata-se, assim, essencialmente, de um direito contra uma recordação opressiva dos fatos pretéritos que projete o ser humano, na esfera pública, de forma equivocada, porque não atual, impedindo-o de ser reconhecido pelo público como quem realmente é. Não se trata, portanto, de um direito a serviço do ocultamento ou da mentira, mas, sim, da verdade. Não se trata de um direito contra a história, mas de um direito a favor da história completa que não apresente o ser humano apenas por meio de um rótulo do passado, o qual não mais corresponde à realidade.

Para Mendes e Gonet, não existe princípio com valor superior *a priori*, ressaltado a própria dignidade da pessoa humana. De mais, deve-se ter em conta que a imagem, a intimidade e a integridade estão vinculadas diretamente ao conceito de dignidade:

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário* 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade)³⁷⁰.

Por derradeiro, não há como negar uma estreita relação entre a dignidade da pessoa humana e o direito ao esquecimento, nomeadamente para casos extremos, onde haja a violação da dignidade da pessoa humana.

4. Dignidade da pessoa humana como fundamentação do direito ao esquecimento/ direito à desindexação

4.1. A dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do estado de direito

A dignidade da pessoa humana tomou relevo central na discussão da formação das democracias, especialmente pós-segunda Guerra Mundial, vindo a ser considerada como pilar fundamental e, ao mesmo tempo, princípio supremo e estruturante de qualquer Estado de Direito, *v.g* Constituição Brasileira³⁷¹ e

³⁷⁰ GILMAR FERREIRA MENDES; PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 238-241.

³⁷¹ Artigo. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana [...] (grifo nosso).

Portuguesa³⁷². Entretanto, a indeterminabilidade de seu conteúdo constitui um entrave a sua correta aplicação pelas Cortes Constitucionais.

Como bem assevera o professor Jorge Reis Novais, em sua renomada obra jurídica sobre a Dignidade da Pessoa Humana:

[...] a verificação é necessariamente acompanhada pela insatisfação que provém do facto objetivo de que, na grande maioria dos casos, o alcance da invocação judicial do princípio raramente vai para além de uma utilização meramente retórica ou, quando muito, de reforço de conclusões que, de outra forma, seriam igualmente retiradas da simples aplicação das normas de direitos fundamentais³⁷³.

Pensamos que respeitado professor tem razão em sua afirmação, sendo exatamente isto o que ocorreu *in casu* no julgamento pelo STF sobre o direito ao esquecimento no âmbito brasileiro, ao fixar a tese pela inexistência do direito ao esquecimento, em que o voto vencedor guiou-se pela análise do embate entre direitos fundamentais –ponderação-, sem considerar, igualmente, violações graves e o viés objetivo e autônomo da dignidade da pessoa humana, impassível de compatibilização quando atingido. Em outras palavras, a dignidade humana como princípio foi utilizada como reforço argumentativo teórico.

E completa Novais:

A dignidade da pessoa humana é, por definição constitucional, a base sobre que assenta a República e, com esse alcance, pode ser considerada o princípio supremo da ordem jurídica. Nessa qualidade, deve prevalecer

³⁷² Artigo. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

³⁷³ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2018. p. 13.

sobre quaisquer outras razões, valores, bens interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário³⁷⁴. [...]

Porém, até chegar a ser considerado como um princípio jurídico-constitucional supremo ou *princípio dos princípios*, especialmente na segunda metade do século XX, percorreu um longo caminho histórico, sendo preenchida e conformada pelas diversas culturas e pelo tempo.

Os romanos já usavam do latim o termo *dignitas* como referência a valor, honra e estatuto elevado, muito comumente utilizado até os dias de hoje no sentido vulgar da dignidade, ou seja, para além do significado jurídico. Assim, a *dignitas*, em Roma, era correlacionada a um *status* que o cidadão tinha perante o Estado e os demais.

Já na Idade Média, inspirado na ideia judaico-cristã de que o homem é a imagem e semelhança do próprio Deus (*imago et similitudo Dei*), a ideia de dignidade alcança um patamar muito ligado à igualdade e universalidade, ao contemplar merecedores de dignidade todos os seres humanos, pelo simples fato de sua condição existencial. Ou seja, a dignidade passa a estar vinculada fortemente à pessoa humana de forma universal e igualitária.

Novais é preciso ao indicar que o “cristianismo contribuiu decisivamente para a criação de um ambiente cultural propício à aceitação de um postulado proclamado doutrinariamente ao longo de séculos”, qual seja, “assumir-se na

³⁷⁴ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2018. p. 9.

qualidade de precursor desta dimensão igualitária e universal da dignidade da pessoa humana”³⁷⁵.

No Renascimento, por sua vez, a contribuição para o conceito atual de dignidade da pessoa humana passa a ser entendida de forma subjetiva, recolocando a ênfase não no binômio *criador-criação*, mas na característica humana da razão, do livre arbítrio. Todavia, existiam limites pelos quais, ainda que com autonomia e livre arbítrio, se ultrapassados, a dignidade não mais se aplicava.

Logo, o ser humano é merecedor de dignidade não por ser imagem e semelhança de Deus, mas por ter o atributo intrínseco da razão, deslocando o eixo conceitual para o homem, desde que respeitados alguns limites.

No Iluminismo, ao seu turno, especialmente a partir das ideias de Kant³⁷⁶, desenvolve-se a noção que muito se aproxima dos atuais contornos do conceito, que é secularização total do instituto, no sentido de que a dignidade deve ser atribuída a todos os seres humanos indistintamente, pois dotados de razão, simplesmente.

Segundo Novais³⁷⁷, seria já, portanto, uma dignidade não explicada, como até então, através do atributo da criação divina, mas uma dignidade que era agora considerada de forma independente da crença religiosa e baseada, essencialmente,

³⁷⁵ Id., p. 43.

³⁷⁶ IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf Acesso em: 01 dez. 2021.

³⁷⁷ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais*. Lisboa: Almedina, 2018. p. 45.

na capacidade de atuação racional e da autodeterminação e responsabilização moral.

Importa observar, especialmente para esta investigação que, historicamente, há uma ligação particular, portanto, entre a autonomia, autodeterminação -que pode compreender o controle da imagem e a privacidade- e o conceito de dignidade da pessoa humana.

Destarte, para o prof. Daniel Sarmiento, “não há uma teleologia na história que empurre a humanidade em direção a um futuro glorioso”. Porém, em relação à dignidade da pessoa humana, é possível captar a ação de três processos históricos importantes e virtuosos ao longo dos séculos:

Em primeiro lugar, de atributo das elites na Antiguidade, a dignidade tornou-se na Modernidade um predicado atribuído universalmente a todas as pessoas. Em segundo, passou-se a mirar a contemporaneidade não mais o sujeito abstrato e insular do Iluminismo do liberalismo-burguês, mas a pessoa concreta e situada, com as suas necessidades materiais e psicológicas, imersa em relações intersubjetivas. Em terceiro, a dignidade humana deixou de ser apenas um valor religioso e moral, para se converter em princípio jurídico vinculante, que ocupa posição central na ordem constitucional de muitos Estados, como o Brasil³⁷⁸.

A dignidade da pessoa humana, pois, percorreu uma longa trajetória histórico-cultural, por mais de dois milênios, até os dias de hoje. Hodiernamente, utilizamos o sentido jurídico-constitucional do instituto em comento, que também evoluiu consideravelmente no último século, mormente após a Segunda Guerra mundial.

³⁷⁸ DANIEL SARMENTO, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 68.

No decorrer do século XIX, quase não existe menção ao conceito jurídico-constitucional de dignidade. Logo, as primeiras manifestações ocorrem na Constituição Finlandesa de 1919 e na Constituição de Weimar, do mesmo ano. Posteriormente, pode-se apontar a Constituição Irlandesa de 1937 e Constituição Italiana de 1947, igualmente.

De acordo com Novais³⁷⁹, os textos constitucionais e de Direito Internacional do pós-guerra sofreram uma mudança conceitual no sentido de que passou a ser obrigação do Estado assegurar a dignidade da pessoa humana, tomando a configuração atual da dignidade, objetivando que jamais os horrores perpetrados pelos Estados Nazi-Fascistas voltassem a se repetir. Nesta fase, portanto, a dignidade da pessoa humana é erigida à protagonista do sistema constitucional dos Estados de Direito.

De importância peculiar nesta fase histórica, temos que referenciar dois documentos internacionais que elevaram a dignidade da pessoa humana a princípio universal de direito, ou seja, estamos a falar do preâmbulo da Carta a Nações Unidas³⁸⁰ e da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁸¹, que, de certa forma, passam a ser consideradas o *registro de nascimento* dos direitos humanos.

³⁷⁹ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2018. p. 51.

³⁸⁰ Nós, os povos das Nações Unidas decididos A preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, *na dignidade e no valor da pessoa humana*, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; A estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; A promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade [...]. (grifo nosso).

³⁸¹ Considerando que o reconhecimento da *dignidade inerente a todos* os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Inspiradas neste novo contexto mundial de observância dos direitos humanos, figurando a dignidade da pessoa humana como pilar estruturante de uma organização moderna e democrática, várias Constituições incorporaram a dignidade, como Japão (1946), Portugal (1976) e Brasil (1988).

Portanto, a dignidade da pessoa humana ganha um sentido jurídico-constitucional nestas Constituições do pós-Guerra, e delimitar e perceber suas nuances, implicações práticas e interpretações torna-se algo novo, fundamental e desafiante, para que não seja feita letra morta de tão vigoroso princípio estruturante.

Ressaltamos, entretanto, que não há espaço suficiente neste estudo para adentrar às singularidades envolvendo princípios e regras, notadamente à dicotomia *norma-princípio* e *norma-regra*, capitaneada pelos grandes jusfilósofos Ronald Dworkin³⁸² e Robert Alexy³⁸³.

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, *na dignidade e no valor da pessoa humana* e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; [...]. (grifo nosso).

³⁸² “Ronald Dworkin aponta dois modelos que caracterizam e diferenciam as regras e os princípios como classes logicamente diferentes de normas. O primeiro modelo é o da aplicabilidade de tipo tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*) presente nas regras. O segundo modelo consiste na dimensão de peso (*dimension of weight*), que falta às regras, mas que possuem os princípios. Princípios são proposições que descrevem direitos; diretrizes (políticas) são proposições que descrevem objetivos. Princípio são *standard* que devem ser observados, não por ter em vista uma finalidade econômica, política, ou social, que se possa considerar favorável, mas porque seja uma exigência de justiça, ou equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”. Cf.: GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios> Acesso em: 28 dez. 2021.

³⁸³ “Robert Alexy, em suma, defende que os direitos fundamentais possuem caráter de princípios e, nessa condição, eles eventualmente colidem, sendo assim necessária uma *solução ponderada* em favor de um deles. Assim, os princípios são conceituados por ele como “mandados de otimização”, sendo que mandados (proibição e permissão) fazem parte da deontologia, ou seja, fazem parte do que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios são tratados já como uma categoria

Brevemente, importa perceber que os princípios constituem a estrutura jurídica de qualquer Estado de Direito, no sentido de que expressam, no âmbito jurídico-constitucional, a existência de valores fundamentais, sem os quais não há que se falar em Estado de Direito e que, no seu conjunto, só podem existir num Estado de Direito³⁸⁴.

E, adicionalmente, segundo Jorge Reis Novais, em entendimento que aderimos, os princípios estruturantes dos Estados de Direito, nesta dicotomia entre *norma- princípio* e *norma-regra*, não atingem a potencialidade de verdadeiras estruturas se admitirem ponderação ante uma colisão, sendo que princípios estruturantes devem valer sempre com uma natureza absoluta, merecendo ser observados e respeitados, sob pena de inconstitucionalidade:

[...] os princípios estruturantes de Estado de Direito apresentam uma natureza que não é compatível com a sua consagração através de normas com a natureza de princípio, isto é, a sua prevalência ou cedência não pode ser remetida para ponderações de caso concreto; ao invés, a sua força vinculante prevalece, sempre. [...] Diferentemente, quaisquer que sejam as circunstâncias, não fazemos este tipo de juízo relativamente à aplicabilidade dos princípios estruturantes, não os ponderamos com outros bens, princípios, direitos ou valores para decidir qual deverá prevalecer; não ponderamos igualdade e proporcionalidade, ou dignidade e qualquer outro bem para apurar qual deve ceder³⁸⁵.

deontológica, e não axiológica ou antropológica”. Cf.: JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2007. Disponível em: www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras Acesso em: 28 dez. 2021.

³⁸⁴ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 13.

³⁸⁵Id., p. 14-15.

Assim, uma vez reconhecida pelas Constituições a dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Estado de Direito, esta passa a vincular juridicamente, de maneira vertical, os poderes públicos e os seus *súditos*, bem como horizontalmente os particulares entre si.

Esta vinculação reflete-se em toda produção legiferante *lato sensu* dentro do próprio Estado, qual seja, aquela realizada pelos poderes instituídos em suas funções típicas (Legislativo), atípicas (Judiciário e Executivo).

De mais, reflete-se igualmente na interpretação das próprias normas, mormente realizada pelo Poder Judiciário em sua função típica, com destaque especial para as Cortes Supremas, como é o caso do STF no Brasil, que tem a prerrogativa constitucional de ser o intérprete máximo das normas jurídico-constitucionais.

Logo, em casos em que se possa aferir uma violação aos princípios estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, considera-se tão grave a intrusão que não quer se cogitar ponderação de princípios, porque aceitar isso é violar um pilar estruturante de todo o Estado de Direito.

À evidência, sob a égide da dignidade da pessoa humana como princípio estruturante do Estado, este tem o dever de assegurar aos indivíduos o bem-estar, a sua autonomia e sua dignidade como finalidade última de atuação. Isto é, o Estado existe para dar suporte e condições mínimas ao indivíduo para fruição de direitos fundamentais, observância da igualdade nas relações, proporcionalidade em seus atos e coibir a proteção deficitária destes direitos.

No caso em comento do RE 1.010.606, examinado pelo STF, ao entender pela ponderação de valores entre o indicado direito ao esquecimento e a liberdade

de informação e de imprensa, firmando uma tese vinculante pela inexistência do instituto, a Corte Superior brasileira acabou por excluir *ex ante* a possibilidade de utilização para casos que realmente atinjam o núcleo da esfera privada e íntima ou da proteção de dados pessoais.

Veja que, como bem sintetiza o professor Sarlet³⁸⁶, o direito ao esquecimento pressupõe a necessidade de reconhecimento e proteção em face do Estado -e de terceiros no plano social ampliado- de não sofrer permanentemente e de modo indeterminado as repercussões normalmente negativas associadas a fatos do passado, algo essencial tanto para uma vida saudável pessoal, do ponto de vista físico e psíquico, como para uma integração social do indivíduo.

Isto significa que, em tese, é possível falar em inconstitucionalidade do entendimento exposto na Tese de Repercussão Geral n.º 786, para aquelas situações donde a violação seja tão forte que afete a própria dignidade da pessoa envolvida, e não apenas para casos de vazamento de informações legais ou ilegais, como por exemplo o chamado *revenge porn*³⁸⁷ -muito comum atualmente-, mas igualmente para episódios que mereçam ser esquecidos em razão do decorrer do tempo, por não fazer mais parte do *eu* atual.

³⁸⁶ INGO WOLFGANG SARLET, Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. In: DANILO DONEDA; LAURA SCHERTEL MENDES; RICARDO VILLAS BOAS CUEVA (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 70.

³⁸⁷ “A pornografia de vingança é uma expressão que remete ao ato de expor publicamente, na Internet, fotos ou vídeos íntimos de terceiros, sem o consentimento dos mesmos, ainda que estes tenham se deixado filmar ou fotografar no âmbito privado”. Cf: PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Pornografia_de_vingan%C3%A7a&oldid=59185551>. Acesso em: 28 dez. 2021.

Não reconhecer o direito ao esquecimento em caso algum ligado ao quesito decorrer do tempo, efetivamente coloca em proteção deficitária e, portanto, inconstitucional, uma parte essencial da proteção da dignidade da pessoa humana, voltada ao resguardo da autonomia, controle sobre a identidade, reserva de intimidade e apresentação pública do indivíduo.

Está centrado no núcleo da proteção do direito à autonomia, pertencente, assim, ao âmbito de tutela da dignidade humana, a possibilidade de controle sobre a imagem, sobre a identidade, sobre a intimidade, sobre apresentação do *ser*, sendo que, a depender da gravidade da lesão, estar-se-á diante de uma violação *tout court* da própria dignidade.

Qualquer interpretação que contradiga a possibilidade de utilização do direito ao esquecimento, *a priori*, sem delimitar a gravidade da lesão no caso concreto, é patentemente inconstitucional, por violar a própria dignidade humana. Estaremos, assim, diante de uma interpretação (in)conforme à constituição.

Para o Catedrático Prof. Jorge Miranda:

A interpretação conforme à Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, o que seja mais conforme à Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental³⁸⁸.

Desta forma, demonstra-se que existe um sentido possível e necessário na interpretação do direito ao esquecimento, que leva a sua vivacidade e possibilidade

³⁸⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed., Coimbra: [s.e.], 1988. p. 233.

de utilização como instrumento apto a resguardar a dignidade humana quando da violação daqueles aspectos já supracitados, mormente consubstanciado no decorrer do tempo.

4.2. Conteúdo Normativo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento essencial do Direito ao Esquecimento/Desindexação

Certo é que a polissemia envolta na dignidade da pessoa humana torna árdua a tarefa de delimitar um conteúdo normativo preciso e objetivo, ao mesmo tempo que acaba por identificar, de forma equivocada, a dignidade com os direitos fundamentais, resultando num enfraquecimento do princípio, já que é inescapável “admitir possibilidades de cedência dessa dignidade nas zonas marginais ou menos materialmente importantes de proteção jusfundamental³⁸⁹”.

Num Estado de Direito fulcrado na dignidade da pessoa humana, é impensável admitir a cedência deste para quaisquer outros bens e valores dignos de proteção fundamental. Quer dizer, não há espaço para ponderações quando se está em jogo situações que violam a dignidade da pessoa humana, tamanha gravidade desta mácula, que atesta contra o próprio Estado.

Para isso, utilizamos as premissas destacadas nas obras do Professor Jorge Reis Novais, para o qual deve-se buscar a essência da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais, para se chegar em contornos autônomos para a dignidade:

Já seria mais plausível a proposta de identificação da dignidade, não com os direitos fundamentais em toda a sua potencial extensão, mas apenas

³⁸⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 31.

com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Ou seja, garantida pela dignidade humana não seria qualquer manifestação de liberdade, autonomia ou de bem-estar individuais, mas apenas a essência desses valores, os núcleos essenciais da liberdade, autonomia e bem-estar. Todavia, sendo essa proposta, à partida, dogmaticamente plausível, tudo redundará, então, em saber o que ela significa em termos normativos, como se determina a essência da liberdade, da autonomia e do bem-estar individuais, quais as consequências jurídicas da proteção constitucional que lhe é garantida, o que, no fundo, corresponde à delimitação de um conteúdo normativo próprio para o princípio da dignidade da pessoa humana³⁹⁰.

Visando delimitar o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, com intuito de evitar o excesso de subjetivismo no preenchimento do conteúdo, a partir de visões de mundo, crença, religião distintas entre os diversos indivíduos inseridos no *teatro social*, utiliza-se a ideia de *pluralismo razoável* do jusfilósofo John Rawls.

Para Rawls, em uma sociedade democrática e aberta, a simples vivência da liberdade de consciência determina que pessoas racionais, razoáveis, sinceramente empenhadas na cooperação social e numa coexistência baseada no respeito mútuo, discordem uma das outras de forma significativa e irreconciliável sobre o bem, sobre o sentido da vida boa, sendo que tal desacordo é estrutural e insuperável. Sendo assim, afigura-se inadmissível estruturar um princípio estruturante do Estado de Direito a conceitos individuais e próprios dos detentores do poder ou de qualquer outra visão³⁹¹.

³⁹⁰Id., p. 33.

³⁹¹JORGE REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 34.

Noutras palavras, nos quadros de uma sociedade aberta, plural e inclusiva, tolerante, a dignidade da pessoa humana só pode se desenvolver com conteúdo autônomo e determinado, como princípio estruturante, se for imbuído de uma substância em que todos possam se reconhecer, pelo menos, à partida.

Basicamente, no pluralismo de Rawls, reconhece-se a capacidade de cada um ter sua própria concepção de bem e de ter uma concepção de justiça, fato que se verifica no pluralismo da sociedade. No entanto, pode ser realizado o uso público da razão, que pressupõe uma comunidade de sujeitos livres e iguais, para que se chegue àquelas liberdades fundamentais, à noção de justiça, àqueles valores políticos básicos, acerca dos quais não há divergência.

A isto denomina-se de *overlapping consensus*, que é a formulação de princípios básicos de justiça e de direitos e liberdades fundamentais a serem constitucionalizados, acima de todas as diferenças. Isto é, consenso em torno de uma concepção pública de justiça compartilhada pela comunidade social, vez que a sociedade bem ordenada partilha de uma concepção pública de justiça que regula sua estrutura básica³⁹².

Destarte, para atingir o consenso, exige-se dos cidadãos o uso da *razão pública*, ou seja, da capacidade de colocar-se na esfera pública buscando alcançar um entendimento em torno dos dissensos resultantes da pluralidade de doutrinas abrangentes.

³⁹² JOHN RAWLS, The Domain of the Political and Overlapping Consensus. *New York University Law Review*, Nova York, v. 64, n. 2, maio 1989. Disponível em <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr64&div=16&id=&page=>. Acesso em: 29 dez. 2021.

Grosso modo, Rawls entende que o papel da Jurisdição Constitucional é refletir a *razão pública*, sendo que os Juízes dos Tribunais Constitucionais devem observar os valores políticos extraídos desta, ou seja, a Constituição é aquilo que o povo permite que seja e não aquilo que os Juízes dizem que é.

A partir destas premissas *rawlsianas*, podemos caminhar para uma delimitação do conceito de dignidade humana que seja minimamente consensual e, portanto, mais densificado, autônomo e exigível. Não fosse desta forma, estaríamos fadando o instituto à captura sectária, onde qualquer imposição unilateral de um pretense conteúdo com base em crenças e doutrinas pessoais seria suficiente para determinar o que seria dignidade, inviabilizando sua função estruturante e primordial na *rule of law*.

Novais acertadamente indaga a necessidade de entender o que seria ou não aceitável dentro do chamado *pluralismo razoável*:

A proposta de limitação da busca de um consenso, não de todas, mas de um espectro de concepções já construtivamente confinadas a um pluralismo razoável é, portanto, uma primeira filtragem, mas que exige clarificação sobre este ponto nodal: o que integra ou não esse círculo, o que é, para esse efeito, uma concepção ou doutrina razoável ou desrazoável³⁹³?

Para o autor, excluem-se deste âmbito de pluralismo aquelas doutrinas e entendimentos que firam a igual dignidade, que promovem a não inclusão, que promovam posições de vantagens, direitos e prerrogativas que não se reconhecem

³⁹³ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2018. p. 37.

reciprocamente a todos, ideias que rejeitem o princípio da liberdade, de verdades religiosas imperativas, superioridade racial, de gênero e de orientação sexual³⁹⁴.

A partir do *pluralismo razoável*, pois, interessa saber qual a melhor via para alcançar o conteúdo autônomo e minimamente consensual da dignidade da pessoa humana. De acordo com Novais³⁹⁵, deve-se ter uma abordagem *menos ambiciosa*, porém, mais promissora, focada na utilização do conteúdo pela *via negativa*, ou seja, uma concepção restritiva, que busca identificar não o que é dignidade, mas sim quando ela foi violada.

Conseqüentemente, surgem dois tipos de utilização da dignidade nestas situações violadoras, uma de cunho *incremental* e outra de natureza *subsidiária*. Na primeira, a dignidade humana é usada quando existe uma proteção de bens jurídicos menos densificada pelos direitos fundamentais e, desta maneira, encontram naquela um *plus* protetivo que abarca toda a extensão do direito que se quer resguardar e que eventualmente foi desamparada pelos direitos fundamentais em algum grau, enquanto falar em aplicação *subsidiária* é dizer certas posições jurídicas carecem de proteção, inclusive de direitos fundamentais e, assim, a dignidade humana atuaria de forma direta.

Em analogia ao caso Aida Curi (RE 1.010.606) e, partindo dos pressupostos supracitados, pode-se dizer que seria caso de uma atuação *incremental* do princípio da dignidade humana, ao nosso entender, no que tange à vedação do direito ao esquecimento baseado em divulgação de fatos ilícitos -dado que pode ser usada em reforço aos direitos fundamentais que já protegem o bem jurídico afetado-, e uma

³⁹⁴ Id., p. 37.

³⁹⁵ Id., p. 37.

operabilidade *subsidiária* no que tange a vedação do instituto baseado no decurso do tempo entre a informação e o que se pretende *esquecer* -pela ausência total de proteção-.

Melhor explicando, o direito ao esquecimento, desde sua gênese, comprovado por sua trajetória jurisprudencial retromencionada, ora era admitido, ora inadmitido, tanto com fulcro no lapso temporal, quanto na divulgação ilícita ou lícita de informações.

Para a jurisprudência brasileira firmada no caso Aida Curi, não se admitiu o *droit l'oubli* em relação ao decurso do tempo entre o fato e a divulgação da informação, ensejando assim uma atuação *subsidiária* da dignidade, ante a lacuna.

Já quanto à divulgação de fatos ilícitos ou até mesmo lícitos, já existe um arcabouço protetivo na legislação brasileira, mas para violações graves da dignidade pode-se habilitar o uso do direito ao esquecimento, ao nosso entendimento, utilizando-se de uma atuação *incremental*, reforçando a defesa do indivíduo e emponderando-o para se defender em todas as situações potencialmente violadoras.

Portanto, consoante a doutrina de Novais, na busca da construção de um conteúdo normativo para dignidade da pessoa humana, um pilar estrutural que nos importa sobremaneira para esta investigação assenta no reconhecimento do *status* de humanidade intrínseca, autonomia e igualdade e, por conseguinte, observância de sua autodeterminação e da programação de sua vida³⁹⁶.

³⁹⁶ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2018. p. 44.

Contudo, não se esgota em observar o estatuto de humanidade e sua autonomia e autodeterminação, mas abrange igualmente situações de limitação legal e fática em que o sujeito perca a capacidade de se autodeterminar.

Sendo assim, fala-se em dignidade da pessoa humana, pelo viés de proteção da *integridade*, abrangendo o devido respeito pela humanidade intrínseca da pessoa, sua autonomia e sua capacidade de ser sujeito.

Outrossim, pelo viés da igualdade, considera-se integrado no conceito restritivo e autônomo da dignidade humana a *igual dignidade*, para situações em que exista tratamento desigual especialmente desqualificante, no sentido de colocar decisiva e drasticamente em causa a imagem e o reconhecimento da pessoa como igual, ou seja, ultrapassa uma situação protegida pelo princípio da igualdade, merecendo uma tutela mais forte, que somente advém da invocação da dignidade humana.

Nesse sentido, apontamos que a decisão do STF no caso “Aida Curi” vai de encontro ao que, por exemplo, da novel Legislação Portuguesa³⁹⁷, consagrou expressamente o direito ao esquecimento, na busca por acesso de crédito habitacional, consumo e seguros em geral, para casos em que as pessoas tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência.

Ou seja, a referida lei consagra o direito ao esquecimento a pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, melhorando o seu acesso ao crédito e a contratos de seguro, como

³⁹⁷ Nesse sentido é o que dispõe o Artigo 1º. A presente lei consagra o direito ao esquecimento a pessoas que tenham superado ou mitigado situações de risco agravado de saúde ou de deficiência, melhorando o seu acesso ao crédito e a contratos de seguro. [...]

forma de resguardar e tutelar sua igual dignidade e prevenir discriminações intoleráveis à luz do Estado de Direito.

Percebe-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, repelindo o direito ao esquecimento aprioristicamente, está em descompasso com a legislação mais nova e atual do país europeu, bem como com o que fora decidido no TJUE no caso *Costeja González vs. Google Spain*.

Por razões distintas, vez que o direito ao esquecimento e à desindexação possuem traços autônomos, mas que, em verdade, encontram a mesma raiz axiológica, qual seja, a tutela da dignidade da pessoa humana pelo viés da autonomia e da igual dignidade.

Importante destacar, igualmente, que quando alguém se vê essencialmente desrespeitado na sua humanidade; quando não lhe é devidamente reconhecida a qualidade de sujeito da própria vida e quando é gravemente impedido de desenvolver as capacidades próprias de sua humanidade intrínseca ou injustificadamente abandonado numa situação de incapacidade fática de as exercer, estaremos diante de violações da dignidade da pessoa humana enquanto integridade³⁹⁸.

De grande valia para o tema deste trabalho é perceber a pessoa como sujeito da própria vida, parte integrante do conteúdo da dignidade da pessoa humana, vez que intimamente ligada aos direitos da personalidade.

³⁹⁸ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2018. p.109.

Ao lado da proscrição de subjugação³⁹⁹ e exclusão e, também, da vedação à utilização de coisificação da pessoa -ou fórmula do objeto⁴⁰⁰-, o controle sobre a identidade, a reserva da esfera íntima e apresentação da pessoa integram a dignidade da pessoa humana.

O conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana como habilitante ao uso do direito ao esquecimento/desindexação perpassa pela ideia, portanto, de que tais instrumentos estão à disposição dos indivíduos como garantia de respeito à autonomia e personalidade em última análise.

Dessarte, os direitos da personalidade são, por natureza, mais próximos à dignidade da pessoa humana e é nela que mais direta e imediatamente repercutem as exigências de respeito à dignidade humana. Eles se fundam na própria existência do seu titular considerado como *persona*. Neste plano é que a ligação entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana toma forma de uma não eventual sobreposição, mas de uma distinção dos respectivos comandos normativos através do conteúdo essencial.

³⁹⁹ “A partir da capacidade de prestação e de representação da própria dignidade, não são admissíveis, em princípio, outras interferências estatais na autodeterminação individual acerca do sentido e dos planos que cada um projeta e desenvolve para a própria vida que não sejam estritamente derivadas da necessidade de garantir a reciprocidade do respeito pela igual dignidade de todos e pelo estatuto de humanidade imprescindível da pessoa”. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 115.

⁴⁰⁰ “[...] instrumentalização significando que se utiliza alguém apenas como mero meio, com um sentido ou um efeito denegridor, desqualificante. Só no segundo tipo de situação é legítimo falar em eventual violação da dignidade da pessoa humana, ainda que, objectivamente, haja instrumentalização num e no outro caso”. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 130.

Em adição, os direitos fundamentais muitas vezes não são suficientes para tutela efetiva de toda extensão da dignidade da pessoa humana, especialmente diante do surgimento de novas tecnologias e mudanças de paradigmas nas sociedades modernas.

A dignidade humana, todavia, relega um campo residual que não permite uma identificação total com direitos fundamentais, sob pena de ser inócuo e sem conteúdo autônomo. Ou seja, considerados no âmbito normativo, os direitos fundamentais admitem cedência e limitação, enquanto a dignidade humana, como *princípio dos princípios* que sustenta todo arcabouço do Estado de Direito, possui força jurídica imperativa, sendo que esta parcela residual, não alcançada pelos direitos fundamentais, só pode ser objeto de guarda pela dignidade.

Comumente chamado este conteúdo essencial de *núcleo duro*⁴⁰¹, referente àquelas matérias não objeto de ponderação e protegidos *a priori*, tais como aponta Birnbacher⁴⁰², citado por Novais, para quem a dignidade da pessoa humana significaria um conjunto formado por: *i*) direito à provisão dos meios necessários à existência biológica; *ii*) direito de não ser sujeito a sofrimento forte e continuado; *iii*) direito à liberdade mínima; *iv*) direito a um mínimo de respeito próprio.

Assim, por esta linha doutrinária -na qual nos perfilhamos-, há uma correspondência do núcleo hígido de proteção destes direitos fundamentais com a própria dignidade da pessoa humana, beneficiando-se de uma proteção absoluta.

⁴⁰¹ ANA PAULA DE BARCELLOS, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁰² JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 191

Isso significa, pois, a impossibilidade de ponderação e concertação pela ausência de cedência do *núcleo duro*.

É no domínio dos direitos da personalidade, por conseguinte, que existe uma forte aproximação entre o âmbito protetivo dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana e, portanto, atinge ao tema aqui desenvolvido sobre o direito ao esquecimento ou desindexação.

Consoante Jorge Reis Novais, há uma ligação estreita entre direitos da personalidade e dignidade humana:

Se há direitos que, por natureza, estão mais próximos ou mais intimamente associados à dignidade da pessoa humana, esses são os chamados direitos fundamentais da personalidade, ou seja, aqueles que respeitam e se fundam na própria existência do seu titular considerado como persona, incluindo-se, aí, as garantias jusfundamentais de proteção da vida, da integridade física e psíquica, da liberdade geral de ação e de uma esfera pessoal reservada⁴⁰³.

A própria justiça brasileira, via Conselho da Justiça Federal (CJF), através de um instrumento peculiar chamado de *Enunciados Normativos*, consistente em *resumos* da jurisprudência dominante de certo Tribunal, editou o enunciado n.º 531, o qual, expressamente, reconhece e diz que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Em justificativa, o CJF faz referência ao art. 11 do Código Civil brasileiro⁴⁰⁴, primeiro comando do capítulo II “Dos Direitos da Personalidade”. De

⁴⁰³ Id., p. 193.

⁴⁰⁴ Para o Artigo 11 do Código Civil brasileiro, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

mais, deixa expressamente consignado que os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais e, sendo assim, o direito ao esquecimento, que tem sua origem histórica no campo das condenações criminais, surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização.

Logo, não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Por conseguinte, existe uma margem de liberdade geral consistente na autodeterminação nos direitos da personalidade, tutelada pela dignidade da pessoa humana, sendo que qualquer limitação neste espectro, se colocar em causa uma capacidade mínima de autonomia, restaria por violar a própria dignidade. Não seria qualquer violação marginal aos direitos da personalidade, portanto, mas aquelas de natureza grave ou qualificada ao livre desenvolvimento individual.

Também por isso, mostra-se inadequada e inconstitucional a interpretação da tese fixada pelo STF no caso Aida Curi, que entende não haver qualquer possibilidade de utilização do direito ao esquecimento *a priori*, vez que, em tese, existem possibilidades de violações graves, que atinjam o núcleo da dignidade humana, qual seja, se colocar em causa capacidade mínima de autonomia, por exemplo.

Outrossim, entende-se por violada a dignidade da pessoa humana quando há relevante, grave ou qualificada ingerência nas áreas tradicionalmente coberta pelos direitos da personalidade, como o direito à identidade pessoal e à privacidade

ou à reserva da intimidade da vida privada. Consequentemente, a dignidade humana exige uma proteção qualificada da identidade pessoal e de uma esfera de intimidade absolutamente reservada⁴⁰⁵.

Assim, pela via negativa de identificação de violação da dignidade humana, como proposto na doutrina de Novais, podemos, de partida, inferir violações aptas ao manejo do direito ao esquecimento, pela divulgação de informações ou pelo lapso temporal entre os fatos a divulgação destes, quando: *i*) colocar em causa capacidade mínima de autonomia do indivíduo, notadamente sua autodeterminação pessoal e informacional; *ii*) relevante, grave ou qualificada ingerência nas áreas tradicionalmente coberta pelos direitos da personalidade como o direito à identidade pessoal e à privacidade ou à reserva da intimidade da vida privada.

Destarte, muito ligado ao direito ao esquecimento como desindexação ou apagamento de dados pessoais, é o viés de controle da identidade, mormente no âmbito da internet e uso massivo de dados pessoais pelas plataformas, consistindo na gestão e controle sobre si e sobre a apresentação pública, uma esfera de conteúdo essencial tutelado pela dignidade.

Novais, com precisão peculiar e total pertinência ao enquadramento do direito ao esquecimento como instrumento de tutela do núcleo essencial dos direitos da personalidade, nos ensina que:

Diremos, então, que nesse domínio há violação da dignidade quando a pessoa é desapossada do controlo sobre si e sobre a apresentação pública

⁴⁰⁵ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana*. Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2018. p. 132.

do eu, quando sobre alienação identitária; quando a pessoa é impedida de conhecer e de ter domínio sobre a sua identidade⁴⁰⁶.

Ora, quando há *alienação identitária*, consistente na pessoa ser *desapossada* do controle sobre si e sobre sua apresentação pública ou conhecer e ter controle sobre sua identidade, estamos a falar dos típicos casos albergados pelo direito ao esquecimento ou desindexação ou apagamento de dados.

Utilizar deste instituto jurídico é dar poderes ao indivíduo contra abusos do Estado e do particular, mormente *big techs*, que manipulam e usam a imagem, a intimidade, a privacidade e os dados pessoais, refletindo num meio hábil e eficaz de resguardar a dignidade da pessoa humana no âmbito digital.

E prossegue o professor Novais, com extrema pertinência:

Já na dimensão de intimidade pessoal, há violação da dignidade quando a pessoa fica decisivamente privada do controlo sobre a conformação, preservação e reserva do que pode ser designado como o seu reino interior: sobre a definição e delimitação do eu na relação com a sociedade, sobre o que, de si própria, pretende ou aceita revelar aos outros e sobre a imagem que quer dar de si⁴⁰⁷.

Há violação da dignidade da pessoa humana quando ocorre a privação sobre o controle da conformação e preservação sobre suas informações, bem como sobre a definição e delimitação do indivíduo na relação com a sociedade e sobre o que pretender ou quer revelar.

Parece-nos muito plausível que o poder de obstar, “em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e

⁴⁰⁶ JORGE REIS NOVAIS, A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2018. p. 132.

⁴⁰⁷ Id., p. 132.

publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais”⁴⁰⁸ é, sim, capaz de se enquadrar num conceito de controle de conformação, de delimitação e de definição sobre informações particulares, por refletir a relação com a qual o indivíduo quer travar com a sociedade na construção de sua imagem e, por conseguinte, de sua personalidade, autonomia e autodeterminação.

Como decorrência necessária desta proteção, traduz-se isto numa *jusfundamentalização* de direitos específicos, como direito à honra, à imagem e à privacidade e proteção de dados pessoais. Interroga-se, pois, como poderá existir uma compatibilidade entre o entendimento sedimentado no STF sobre o direito ao esquecimento, no sentido de ser incompatível com a Constituição Cidadã -fundada na dignidade da pessoa humana-, e a tutela do conteúdo essencial dos direitos da personalidade, resguardado pelo mesmo princípio estruturante. Parece-nos um entendimento contraditório e inconstitucional em qualquer leitura que exclua *ex ante* a utilização do direito ao esquecimento.

Um dos atributos essenciais da autodeterminação individual perpassa pela possibilidade de uma plena consciência de si, com história própria, origem e um passado e um futuro susceptível de programação pelo próprio⁴⁰⁹. Sendo assim, uma

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário*. 101060. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. 1. Recurso extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores, Aída Curi, no programa Linha Direta [...] Recorrente(s): Nelson Curi e outros. Recorrido(s): Globo Comunicações e Participações S.A. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2021. Data de Publicação: 20/05/2021.

⁴⁰⁹ JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 133.

dimensão essencial da dignidade humana é a possibilidade de ter, conservar e desenvolver uma identidade, somado à garantia de controle pessoal sobre sua apresentação pública.

Novais⁴¹⁰ reforça o exposto ensinando que esta dimensão compreende, ainda, a possibilidade de ser reconhecida, dentro dos limites legais, a respectiva história e origem como instância de elevada relevância no processo de formação e construção da personalidade.

Neste sentido, corrobora a professora Maria Raquel Guimarães, da Universidade de Direito do Porto, para quem a tutela da personalidade é indissociável da dignidade humana e suas *facetas* contemporâneas devem ser protegidas ilimitadamente. Vejamos:

A personalidade humana exige do direito o reconhecimento da essencialidade da personalidade jurídica, a inseparabilidade da personalidade jurídica da personalidade humana, com a conseqüente inadiabilidade do reconhecimento da personalidade jurídica e a ilimitabilidade da sua tutela, não se compadecendo com um *numerus clausus* ou mesmo com uma enumeração mais ou menos pormenorizada de direitos de personalidade, necessariamente refém das concepções dominantes de uma determinada época e, portanto, datada. A personalidade humana deverá ser protegida pelo direito civil em todas as suas manifestações previsíveis e imprevisíveis, adaptando-se a tutela conferida pelo direito civil à evolução desta personalidade bem como à evolução dos ataques de que poderá ser alvo⁴¹¹.

⁴¹⁰ Id., p. 133.

⁴¹¹ MARIA RAQUEL GUIMARÃES, A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter. *In: A tutela geral e especial da personalidade humana*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 25. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_TutelaP2017.pdf. Acesso em: 31 dez. 2021.

Um bom exemplo de adaptação de tutela às novas formas de evolução traduz-se no *novo* direito ao esquecimento, ou seja, na possibilidade de apagamento ou desindexação de dados pessoais, conforme já pormenorizado ao longo da investigação, consubstanciado no direito à *autodeterminação informacional*.

Assim, além das transformações e contornos refletidos na personalidade-, como o controle de dados pessoais, entendemos que o decurso do tempo entre a informação lícita ou ilícita e a (re)divulgação poderá, em casos graves e qualificados, atingir o indivíduo de tal maneira que torne inviável conviver com isto, atrapalhar sobremaneira sua atividade profissional ou inserção social e, desta forma, merece ser instrumentalizada sua tutela. Logo, afirmar peremptoriamente o descabimento do direito ao esquecimento vai de encontro ao postulado da Dignidade Humana.

Logo, falar em adaptar a tutela do direito à evolução da personalidade é conferir igualmente validade constitucional também ao direito à desindexação e apagamento de dados pessoais, o que não foi diretamente abordado pela tese fixada pelo STF, nos moldes do que foi reconhecido pelo TJUE no caso *Costeja Gonzalez vs. Google Spain*.

À evidência, o Brasil vem demonstrando preocupação com o respeito aos precedentes, notadamente após a edição da Lei nº. 11.417/06, que regulamentou a criação das Súmulas Vinculantes, somado o novo Código de Processo Civil, que dedicou especial atenção aos precedentes e sua vinculação obrigatória.

Tal aproximação entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law* reside, fundamentalmente, na ânsia de dar uma resposta ao grande número de processos

que *abarrotam* o Poder Judiciário brasileiro, evitando que os Tribunais gastem tempo com demandas substancialmente parecidas.

Assim, o tema direito ao esquecimento será analisado agora, por todo o sistema judiciário brasileiro, a partir da tese vencedora. Porém, o verdadeiro propósito da vinculação dos precedentes devia ser sua utilização como fonte do direito e não de método de aceleração de julgamentos.

A persistir a vedação ao direito esquecimento, todo o Poder Judiciário brasileiro, em efeito cascata, será obrigado a seguir o entendimento, via de regra. Destarte, o efeito estrutural de tal situação inconstitucional, por ter de ser obrigatoriamente replicada pelas instâncias inferiores, é deveras danoso à proteção da dignidade humana do indivíduo.

Logo, por existir interpretação possível do direito ao esquecimento, lastreada diretamente na dignidade da pessoa humana, princípio estruturante do Estado de Direito, é imperiosa a revisão ou a superação da tese estabelecida ainda no caso Aida Curi pelo STF, sob pena de uma situação inconstitucional perpetrada por aqueles que tem o dever maior de impedi-las.

5. Conclusão

O direito ao esquecimento representa um instrumento jurídico colocado à disposição do indivíduo para tutela de interesses voltados ao livre desenvolvimento da personalidade e autonomia e autodeterminação individual.

Em sua gênese, esteve muito ligado a casos envolvendo (ex)detentos, na busca pelo controle de suas informações, notadamente no decurso temporal entre o fato e a sua (re)divulgação, dada a prejudicialidade na ressocialização. Todavia,

com o evoluir da sociedade e das relações, o uso do instituto está imbricado na tutela e controle pelo indivíduo de seus direitos fundamentais e, como decorrência direta da dignidade da pessoa humana, notadamente, à igual dignidade, à autonomia, controle sobre identidade, intimidade, apresentação da pessoa, autodeterminação e personalidade.

Numa leitura atualizada do direito ao esquecimento, o direito à desindexação ou apagamento de dados é tido como uma importante forma de tutelar o direito à proteção de dados pessoais na era digital, especialmente contra a vigilância de empresas e governos.

Logo, o direito ao esquecimento, acertadamente reconhecido na jurisprudência pacificada no âmbito do Conselho da Justiça Federal Brasileira, com expresse reconhecimento da ligação com a dignidade da pessoa humana, teve um revés junto ao Supremo Tribunal Federal em 2021, no *leading case* “Aida Curi”, que firmou a tese pela inexistência daquele no direito brasileiro, se entendido pelo viés do lapso temporal.

Contudo, a tese vencedora limitou-se a apresentar o caso com foco no conflito entre os direitos fundamentais envolvidos, mormente o direito à intimidade, vida privada, autonomia e privacidade *versus* o direito à informação. Entretanto, existe uma ligação direta entre direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana que não foi reconhecida ou mesmo analisada pelo STF no caso paradigma, que implica reconhecer a aplicabilidade do instituto para casos de lesão que suplante os direitos fundamentais e atinjam a própria dignidade humana, que podem advir do transcorrer do tempo entre os fatos e a sua divulgação.

Logo, existe ligação direta entre igual dignidade, o controle sobre a identidade, a reserva da esfera íntima e a apresentação da pessoa, consecutórios autonomia individual e, por conseguinte, da própria dignidade humana.

Por estar umbilicalmente ligada à dignidade humana, em determinados aspectos da tutela do direito ao esquecimento, não há que se falar em ponderação de valores, seguindo a linha do Prof. Doutor Jorge Reis Novais, entre direitos fundamentais, pois a violação de um princípio estruturante do Estado de Direito, como a dignidade humana, não pode admitir cedência em face de direitos fundamentais.

Isso se deve ao fato de que a dignidade humana tem contornos autônomos e próprios, não servindo apenas de mera argumentação retórica, destituída de força imperativa. Logo, podemos afirmar que, em tese, há possibilidade de afetação da dignidade que mereça ser tutelada pelo direito ao esquecimento e, assim, a tese fixada no RE n.º 1.010.606 deverá ser revisitada, para abranger estes casos, a fim de não perpetuar uma situação interpretativa inconstitucional e inadmissível.

Referências bibliográficas

AMBROSE, Meg Leta; AUSLOOS, Jef. The Right to Be Forgotten Across the Pond. *Journal of Information Policy*, v. 3, p. 1–23, 2013. p. 1-2. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/10.5325/jinfopoli.3.2013.0001#metadata_info_tab_contents
Acesso em: 20 out. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 11.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 119.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 33.

- FRAJHOF, Isabella Z. O direito ao esquecimento na internet: conceito, aplicações e controvérsias. São Paulo: Almedina, 2019. p. 22.
- GREENWALD, Glenn. Sem lugar para se esconder Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2014. p.5.
- GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios> Acesso em: 28 dez. 2021.
- GUIMARÃES, Maria Raquel. A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter. In: *A tutela geral e especial da personalidade humana*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_TutelaP2017.pdf. Acesso em: 31 dez. 2021.
- Internet users distribution in the world: 2021. *Internet World Stats: Usage and Population Statistics*, 2021. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm> Acesso em: 30 out. 2021.
- JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2007. Disponível em: www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras Acesso em: 28 dez. 2021
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf Acesso em: 01 dez. 2021.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- MENDES, Laura Schertel; CUEVA, Ricardo Villas Boas (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2 ed., Coimbra: [s.e.], 1988.
- MÜLLER DORNELAS, Felipe. A proteção de dados pessoais na pandemia de covid-19: breves notas sobre contact tracing apps e o direito à privacidade na era da vigilância. *JusScriptum - Revista Jurídica do Núcleo de Estudo Luso Brasileiro da Faculdade de Direito da ULisboa*. Lisboa, v. 6, n. 1, p. 79-102, abr/jun 2021.
- NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. Dignidade e direitos fundamentais. Lisboa: Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana. Dignidade e inconstitucionalidade. Lisboa: Almedina, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2019.

- PINHEIRO, Denise. *A liberdade de expressão e o Passado: desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento*. p. 143. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/169667>. Acesso em 23 out. 2021.
- PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. A desconstrução do direito ao esquecimento no direito brasileiro e a contribuição da jurisprudência francesa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 15, p. 31-71, abr./jun. 2018.
- RAWLS, John. The Domain of the Political and Overlapping Consensus. *New York University Law Review*, Nova York, v. 64, n. 2, maio 1989. Disponível em [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr64&div=16&id=&pag](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr64&div=16&id=&page=)e=. Acesso em: 29 dez. 2021.
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na Sociedade da Vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Do caso Lebach ao caso *Google vs. Agência Espanhola de Proteção de Dados*. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez> Acesso em: 27 nov. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. *In: DONEDA, Danilo;*
- SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. *Consultor Jurídico (CONJUR)*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet> Acesso em: 27 nov. 2021.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- ZUBOFF, Shoshana. *A era do Capitalismo de Vigilância: a disputa por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de Luis Filipe Silva e Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2020.