

V. 23 ♦ N. 1 ♦ JANEIRO/MARÇO ♦ 2021

ISSN 2236-8957

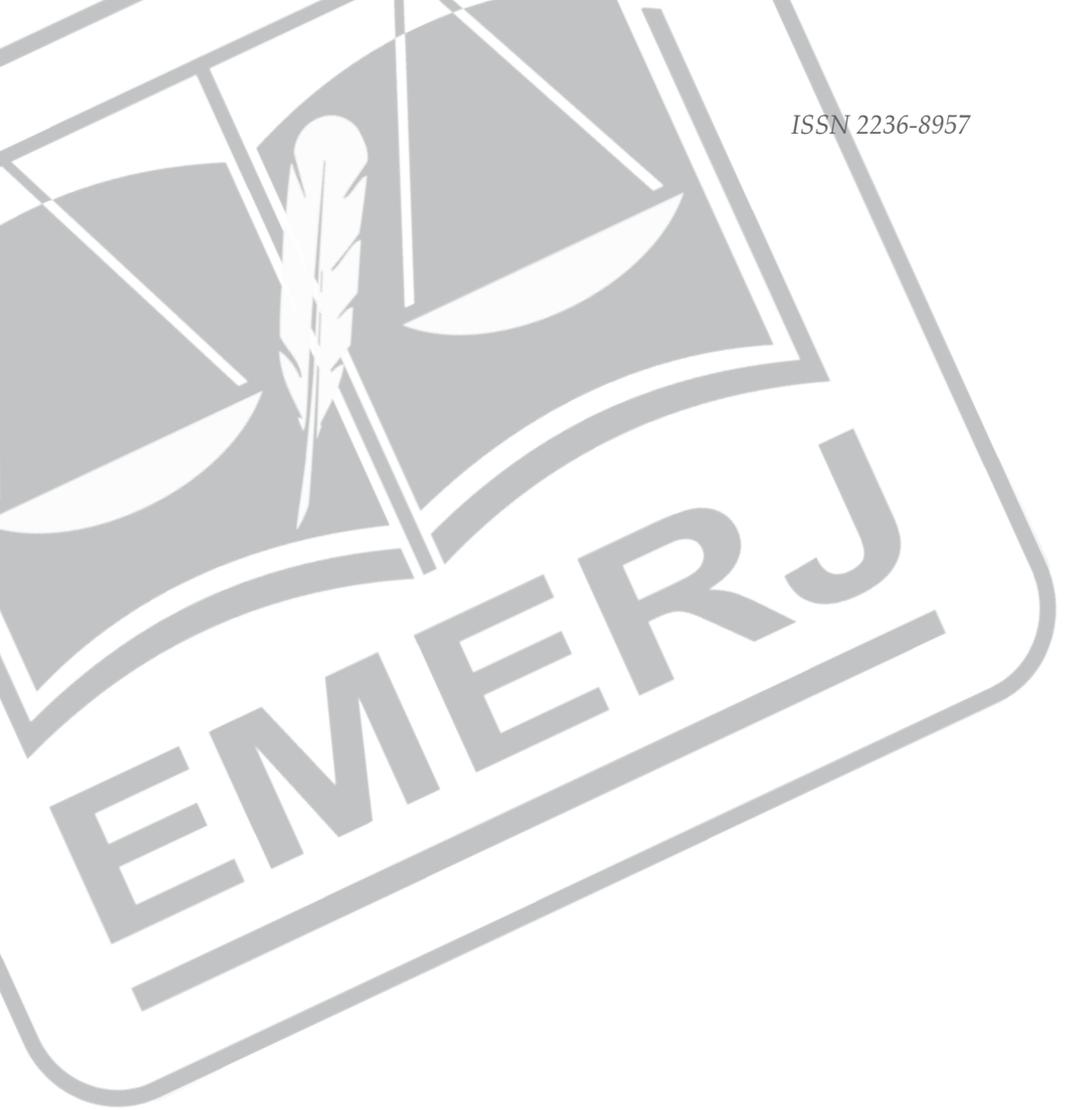
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

Janeiro/Março
V. 23 - n. 1 - Ano 2021

Rio de Janeiro

© 2021 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Dra. Cristina Tereza Gaulia, Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Conselho Editorial: Dr. Luiz Fux, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Luis Felipe Salomão, Me. Marco Aurélio Bellizzi Oliveira, Dr. Abel Fernandes Gomes, Dr. Adán Carrizo González-Castell, Dra. Adriana Ramos de Mello, Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Dr. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Me. Anderson de Paiva Gabriel, Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Dr. Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte, Me. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Dr. Cassio Scarpinella Bueno, Me. Cesar Felipe Cury, Me. Daniel Vianna Vargas, Dra. Edna Raquel Rodrigues dos Santos Hogemann, Me. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Dr. Fredie Souza Didier Junior, Dr. Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Dr. José Guilherme Vasi Werner, Dra. Larissa Pinho de Alencar Lima, Dr. Lenio Luiz Streck, Dra. Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Dr. Luciano Vianna Araújo, Me. Luiz Roberto Ayoub, Juiz Rafael Estrela Nóbrega, Dr. Rodrigo Borges Valadão, Dr. Sérgio Cavalieri Filho.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -
v.

Rio de Janeiro: EMERJ,

ISSN 1415-4951 (versão impressa)
ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

■ 1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

■ 2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

■ 3ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETORA-GERAL

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo
Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira
Diretor Adjunto Administrativo

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação: Ana Cristina Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosario Assis

Diagramação e Capa: Rafaelle Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei e Clara Bastos

Sumário

7 | Apresentação

André Gustavo Corrêa de Andrade

9 | Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio

André Gustavo Corrêa de Andrade

35 | Liberdade de Expressão e Censura no Brasil

Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

45 | A (I)moderação de Comentários *Online*

Luísa Neto

68 | Discurso de Ódio em Perspectiva Penal

Nuno Brandão

81 | Liberdade de Expressão na *Era Digital*: A Reconfiguração de um Direito Humano?

Jorge dos Reis Bravo

96 | A Disciplina do Bem de Família em Perspectiva Funcional: (Im)Penhorabilidade do Bem de Família Luxuoso

Danielle Tavares Peçanha

134 | Atos Administrativos Discricionários e a Lamentável Realidade Frente ao Coronavírus

Débora Maliki

142 | (Trans)Formações: Do Mictório à Constituição.

Igor Medinilla de Castilho

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Laone Lago

185 | O Princípio da Imutabilidade do Nome Civil e suas Principais Flexibilizações

Luisa Chaloub

**213 | Condo-hotéis, Assimetrias Informacionais e o Papel da
Comissão de Valores Mobiliários**

Marcelo Machado Costa Lima

**246 | Adi 5.543/DF: Da Inconstitucionalidade da Proibição da
Doação de Sangue por Homossexuais**

Simone Alvarez Lima

Apresentação

A Revista da EMERJ, a cada novo número, reafirma e consolida sua condição de importante publicação periódica de estudos jurídicos de grande relevância e qualidade, produzidos por acadêmicos e juristas nacionais e internacionais.

A presente edição, atendendo ao objetivo de internacionalização da Revista e da própria Escola, conta com artigos de autores portugueses que, ao lado de brasileiros, participaram, pouco antes do início da pandemia, do Colóquio Luso-Brasileiro “Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio”, realizado na prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Nunca é demais ressaltar a importância da liberdade de expressão, assim como da liberdade de imprensa, para o estado democrático de direito. São essas duas liberdades irmãs que, dentre outros benefícios proporcionados para o indivíduo e a coletividade, possibilitam aos cidadãos se fazer ouvir pelos governantes, transmitindo seus pleitos, reivindicações e inconformismos, de modo a poder convencer, dissuadir, contestar, protestar e, se for o caso, substituir os detentores do poder. Daí o reconhecimento dessas liberdades como condição de possibilidade da democracia.

Mas essas liberdades fundamentais encontram-se, constantemente, sob ameaça. A facilidade de comunicação trazida pela mídia digital tem suscitado e potencializado abusos no exercício dessas liberdades. Problemas como o do discurso de ódio (hate speech) e da desinformação (fake news) testam os limites sobre o que pode ser dito, escrito e publicado nos meios de comunicação de massa e postado nas redes sociais.

Os diversos casos levados ao Poder Judiciário apontam para uma considerável confusão conceitual em relação aos princípios garantidores da liberdade de manifestação de pensamento e da liberdade de imprensa. Isso se deve, em grande medida, ao fato de que nossa democracia é ainda muito jovem. Até 1985, ainda vivíamos em um regime ditatorial, no qual a censura era a tônica.

Por essa razão, devem ser estimulados, cada vez mais, debates, estudos e pesquisas sobre os diversos problemas relacio-

nados com as liberdades comunicativas, de modo a possibilitar a formação, em nosso País, de uma necessária “cultura jurídica da liberdade de expressão”.

Para além desses temas, o presente número da Revista traz vários trabalhos notáveis e instigantes, que transitam sobre várias áreas do Direito: Constitucional, Administrativo, Empresarial, Penal, Civil e Processo Civil.

O bem de família é examinado em um dos textos, que faz análise dos fundamentos e objetivos do instituto, sob uma perspectiva civil-constitucional.

O exercício do poder administrativo discricionário da Administração em tempos de pandemia é objeto de importante reflexão crítica em um dos artigos.

O direito de uso de banheiros públicos femininos por mulheres trans é tema de outro interessante texto, que procede a um exame interdisciplinar da questão, com pesquisa e análise de casos levados ao Poder Judiciário.

O princípio da imutabilidade do nome civil é revisitado em um trabalho que sistematiza a legislação e a jurisprudência pertinentes, apontando as hipóteses, legais e jurisprudenciais, em que o princípio é flexibilizado.

O caso especial da oferta pública de “condo-hotéis” sem o registro ou a dispensa do registro da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) é examinado em um extenso e detalhado texto.

A ADI do STF que julgou inconstitucional, por preconceituosa e discriminatória, a proibição de doação de sangue por homossexuais, é o tema do trabalho de encerramento, que faz uma análise minuciosa daquele julgado da nossa Suprema Corte.

Como se vê, a EMERJ, entidade voltada para a disseminação da cultura jurídica e do conhecimento em geral e para o debate de todos os temas de importância para a sociedade, mais uma vez apresenta à comunidade jurídica e ao público em geral trabalhos acadêmicos de grande qualidade técnica, que tratam de temas de enorme relevância social.

Resta desejar a todos uma excelente leitura!

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE

Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio

André Gustavo Corrêa de Andrade

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutor em Direito pela UNESA e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceituando o discurso de ódio. – 3. O preconceito, a discriminação e a intolerância. – 4. O discurso de ódio contra indivíduos específicos e contra grupos. – 5. Quais grupos? – 6. O carácter multifacetado do *hate speech*. – 7. Situações não consensuais. – 8. Restringir ou não restringir o discurso de ódio? – 9. Alguns argumentos contrários à restrição do *hate speech*. – 10. Quando o discurso de ódio deve ser alvo de punição? O discurso de ódio extremo. – 11. A diferença entre ação e expressão e o princípio do dano. – 12. O contradiscurso como forma de combater o discurso de ódio.

1. INTRODUÇÃO

O *hate speech*, ou discurso de ódio, como tem sido denominado esse fenômeno nos países de língua portuguesa, constitui um desafio para o Estado Democrático de Direito, porque testa os limites da liberdade de expressão. Trata-se de fenômeno que não é novo, mas que, com o advento da internet e a popularização das mídias sociais, se potencializou e disseminou de tal maneira que hoje se fala que vivemos em uma “cultura do ódio” ou uma “era do ódio”. Mensagens ofensivas e discriminatórias, antes restritas no tempo e no espaço, passaram a ser disseminadas em altíssima velocidade e a ter alcance global, superdimensionando a gravidade dessas manifestações.

O discurso de ódio é, antes de tudo, um fenômeno social complexo, que remete a situações diversas e heterogêneas entre si. A compreensão dessa complexidade é fundamental para uma adequada análise sistemática do problema, que não recaia em simplificações, casuísmos ou reducionismos, comumente geradores de divergências artificiais entre aqueles que se debruçam sobre o tema. A expressão remete a uma multiplicidade de manifestações e condutas discursivas, que se revestem das mais variadas formas e se desenvolvem em uma infinidade de contextos diferentes, o que torna impossível dar um tratamento uniforme ao problema.

A busca de medidas ou estratégias eficazes para lidar com o discurso de ódio, sejam essas medidas de ordem jurídica (civil ou criminal) ou extrajurídica, tais como o incentivo ao contradiscurso e campanhas de combate à discriminação e ao preconceito, deve partir, primeiramente, da compreensão de que se cuida de um fenômeno multifacetado do ponto de vista sociológico, porque pode revestir-se de um número virtualmente infinito de formas.

2. CONCEITUANDO O DISCURSO DE ÓDIO

A expressão discurso de ódio ou *hate speech* remete a um conceito não unívoco, de limites relativamente imprecisos, e é empregada para designar condutas expressivas muito heterogêneas, que, quando olhadas em conjunto, não apresentam uma essência ou característica definidora.

Alexander Brown observa que essa heterogeneidade própria do discurso de ódio não inviabiliza a percepção do fenômeno, que pode ser identificado através de um conjunto de características cruzadas que, em seu conjunto, formam aquilo que Wittgenstein denominou de “semelhanças de família”¹, ou seja, um conjunto de objetos que possuem semelhanças entre si, sem compartilharem uma essência ou característica comum a todos eles².

Assim acontece com o conceito de discurso de ódio, que remete a diversas instâncias comunicativas assemelhadas, mas

1 Cf. ALEXANDER BROWN, “What is hate speech? Part. 2: Family Resemblances”, *Law and Philosophy*, Vol. 36, 2017, p. 593.

2 LUDWIG WITTGENSTEIN, *Investigações Filosóficas*, 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1996, par. 66, p. 51.

que não apresentam um elemento definidor único dessas múltiplas instâncias. Não há, pois, algo que possa ser indicado como uma essência ou um elemento fundamental que represente esse conceito. O que há é uma variedade de situações que pelo uso identificamos com essa expressão.

Ainda que não se possa falar em uma *essência* de discurso de ódio, ou de um elemento definidor que permita formular um conceito unívoco, é possível identificar, aqui e ali, alguns elementos mais frequentes ou constantes em relação a esse tipo de conduta expressiva. Entre esses elementos estão o *preconceito*, a *discriminação* e a *intolerância*.

Com base nesses elementos, podemos definir o discurso de ódio como a *manifestação ou expressão, motivada por preconceito ou intolerância, através da qual uma pessoa ou um grupo é discriminado, com base em suas características identitárias*.

A seguir serão analisados os elementos que frequentemente se encontram presentes no discurso de ódio.

3. O PRECONCEITO, A DISCRIMINAÇÃO E A INTOLERÂNCIA

O preconceito é o juízo preconcebido acerca de algo ou alguém, sem o devido exame ou consideração, baseado em informações incompletas, opiniões errôneas, crenças infundadas, supergeneralizações ou estereótipos. Aqui a referência é ao preconceito *ilegítimo* ou *inautêntico*, que se refere a um julgamento prévio rígido e desfavorável sobre um indivíduo ou grupo.

Na formação do preconceito, entram componentes *cognitivos*, tais como crenças e estereótipos; componentes *afetivos*, como antipatia, desprezo, aversão ou ódio; e componentes *volitivos*, indicativos de uma predisposição de se comportar negativamente em relação a um grupo³.

O preconceito pode decorrer de uma multiplicidade de fatores: de ordem histórica, sociocultural, situacional, psicológica, fenomenológica e pessoal⁴.

³ JOHN F. DOVIDIO *et al.*, *The SAGE Handbook of Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, London: Sage, 2013, p. 5.

⁴ *Ibidem*, p. 206 e ss.

Na base do preconceito, está o medo, a aversão ou a desconfiança em relação ao diferente. O preconceituoso – seja ele racista, sexista, homofóbico ou de outro tipo –, porque vê o outro como não igual, acredita que este tem menos direitos, ou até nenhum direito, não se dando conta de que não é porque as pessoas são iguais que têm os mesmos direitos, mas é por terem os mesmos direitos que são iguais⁵.

A *discriminação* consiste na atribuição de tratamento diferenciado e injusto a indivíduos ou pessoas integrantes de um grupo social. Ela é a exteriorização do preconceito.

Tomando por base o *racismo*, pode-se dizer que o *preconceito racial* se situa no plano das ideias ou das convicções pessoais, enquanto a *discriminação racial* se revela como a exteriorização e a prática das ideias preconceituosas⁶.

Preconceito e discriminação andam de mãos dadas, reforçando-se mutuamente. O preconceito com frequência gera a discriminação, que, por sua vez, pode levar a um preconceito mais profundo e intenso. Quando o preconceito se intensifica e aprofunda, pode difundir-se e passar a fazer parte do próprio tecido social, tornando-se normativo em uma dada sociedade, através de processos de naturalização, socialização e conformismo. Cria-se uma tradição cultural de preconceito, que tende a passar de uma geração a outra, pela doutrinação e pelo exemplo dos mais velhos⁷.

O discurso de ódio não deriva sempre e necessariamente de um preconceito. Em determinadas instâncias, alguém pode expressar uma mensagem discriminatória contra um grupo social não porque parta de um prejulgamento equivocado em relação a esse grupo, mas por não saber conviver com a diferença ou diversidade. A mensagem, nessa hipótese, estaria fundada não no preconceito, mas na *intolerância*.

5 Cf. ANDRÉ COMTE-SPONVILLE, Verbete “Igualdade”, in: *Dicionário Filosófico*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 297.

6 Sobre a diferença entre racismo, preconceito racial e discriminação racial, veja-se: SILVIO LUIZ DE ALMEIDA, *Racismo Estrutural*, São Paulo: Pólen, 2019, p. 32.

7 ROBIN M. WILLIAMS JR., Verbete “Preconceito”, in: *Dicionário do pensamento social do século XX*. (Ed. William Outhwaite e Tom Bottomore, Editoria brasileira por Renato Lessa e Wanderley Guilherme dos Santos), Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 604.

Mas a circunstância de o preconceito não estar na base dos insultos e das ofensas contra um grupo não descaracteriza a manifestação como discurso de ódio. De certo ângulo, a intolerância pode ser vista, pelo menos em alguns casos, como um problema até mais grave do que o preconceito. Isso porque o preconceituoso quando destila o seu preconceito, discriminando arbitrariamente uma categoria ou algum de seus integrantes, o faz com base em ideias equivocadas e infundadas. A ignorância está, assim, na base de seu comportamento. Pelo menos do ponto de vista teórico, isso sugere que se trate de um problema ou defeito que pode ser corrigido pela educação ou instrução. No caso da intolerância, isso parece ser mais difícil, porque o intolerante, a despeito de eventual ignorância ou de algum juízo equivocado a respeito do grupo alvo de sua manifestação, simplesmente não aceita conviver com a diferença ou a diversidade.

De todo modo, embora preconceito e intolerância possam e devam ser distinguidos do ponto de vista teórico, com grande frequência esses dois elementos aparecem entrelaçados ou amalgamados no mundo dos fatos, de modo que o discurso de ódio apresenta traços tanto da ignorância, típica do preconceito, quanto da falta de aceitação da diversidade, característica do intolerante.

4. O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA INDIVÍDUOS ESPECÍFICOS E CONTRA GRUPOS

O discurso de ódio pode ter como alvo uma ou mais pessoas específicas, integrantes de um grupo social e exatamente porque façam parte desse grupo. Pode, também, ser dirigido contra todo um grupo de pessoas identificadas por características comuns, tais como raça, nacionalidade, etnia, crença religiosa, orientação sexual. É importante ressaltar a diferença entre o discurso discriminatório que tenha como alvo um indivíduo e aquele que tenha em mira todo um grupo social.

A importância dessa distinção reside no fato de que manifestações discriminatórias dirigidas contra indivíduos específicos já são, em geral, objeto de tratamento jurídico com base em institutos jurídicos tradicionais no direito. Reconhece-se, sem

maiores questionamentos, que manifestações discriminatórias contra o indivíduo não se encontram ao abrigo do princípio garantidor da manifestação de pensamento, vindo a caracterizar, por exemplo, violações à sua honra. É o que ocorre no Brasil, em que as manifestações ofensivas em geral dirigidas à pessoa podem caracterizar violação de sua honra, parte de seu direito da personalidade, protegida expressamente pela Constituição Federal, no art. 5º, V e X. Em havendo a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, a ofensa configura injúria qualificada, nos termos do art. 140, § 3º, do Código Penal. Na esfera civil, a ofensa assacada contra o indivíduo pode dar ensejo a indenização por dano moral.

Situação distinta é a do discurso de ódio voltado contra um grupo social. Em relação a esse tipo de situação, recaem profundas divergências doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas aos limites da liberdade de expressão e à aplicação dos princípios da dignidade humana e da igualdade.

5. QUAIS GRUPOS?

Uma das maiores dificuldades enfrentadas por aqueles que buscam censurar o discurso de ódio está na identificação dos grupos merecedores de proteção. Alguns autores vinculam o *hate speech* às manifestações discriminatórias dirigidas contra grupos historicamente oprimidos, subjugados ou vitimizados, como os negros e judeus⁸. Mas não é consensual entre os estudiosos do tema a presença dessa característica. Objeta-se que ela desconsidera vários outros grupos que também são alvos frequentes de mensagens discriminatórias.

A imprevisível proliferação de grupos que poderiam reivindicar igual tratamento da lei é apontada como uma das grandes dificuldades referentes à ideia de regulação ou restrição do *hate speech*. E não se trata de uma dificuldade que não parece possa ser superada com uma escolha arbitrária dos grupos que

8 Cf. RAPHAEL COHEN-ALMAGOR, *The Scope of Tolerance: Studies on the costs of free expression and freedom of the press*, E-book, London and New York: Routledge, 2006, p. 153.

seriam merecedores de proteção, porque esse arbítrio poderia ferir o princípio da igualdade.

Alguns poderão legitimamente questionar os motivos pelos quais alguns grupos são protegidos, enquanto o seu não merece igual proteção. Se os grupos devem ser protegidos em razão de sua raça, por que não em razão de sua proveniência ou nacionalidade, como no caso de imigrantes, tantas vezes discriminados pelo só fato de não terem nascido na localidade em que se encontram? Se o discurso contra os judeus deve ser proibido, por que não aquele dirigido contra os cristãos, muçulmanos, os crentes de religiões de matriz africana, ou os cientologistas? Se os religiosos devem ser protegidos, por que não os ateus? E por que deixar de fora gays, lésbicas, transexuais, que são alvos constantes de discriminação por sua orientação sexual? Por razões semelhantes, também poderiam reivindicar igual proteção os deficientes físicos e mentais, tantas vezes discriminados, de forma ostensiva ou velada. Do mesmo modo, as pessoas com nanismo, que sempre foram vítimas de zombarias e manifestações preconceituosas. Também as pessoas obesas, com frequência ridicularizadas e objeto de comentários depreciativos e maldosos. E, se os obesos puderem reivindicar proteção contra essas manifestações, por que não os magros demais? E por que não os idosos, que volta e meia são vítimas de um tipo de discriminação que se denominou de ageísmo?⁹ E se os velhos puderem fazê-lo, porque não as crianças e os adolescentes, que também podem ser discriminados em certas situações pela sua pouca idade, em fenômeno que já se denominou de adultismo?¹⁰ E a lista poderia crescer indefinidamente, na medida em que integrantes de outros grupos potencialmente alvos de discriminação se sentissem privados de proteção legal¹¹.

⁹ V., a respeito: MARGARET MORGANROTH GULLETTE, *Ending Ageism, or How Not to Shoot Old People*, New Brunswick: Rutgers University Press, 2017; TODD D. NELSON, *Ageism: Stereotyping and Prejudice Against Older Persons*, Cambridge, MA: MIT Press, 2017; ASHTON APPLEWHITE, *A Manifesto Against Ageism*, New York: Networked Books, 2017.

¹⁰ Já há uma literatura dedicada ao exame da discriminação contra os mais jovens, denominada de adultismo. V., a respeito: ADAM FLETCHER, *Facing Adultism*, Washington: CommonAction, 2015.

¹¹ TIMOTHY GARTON ASH, *Liberdade de Expressão: Dez Princípios para um Mundo Interligado*, Lisboa: Temas e Debates – Círculo de Leitores, 2017, p. 250.

6. O CARÁTER MULTIFACETADO DO *HATE SPEECH*

A evocação da expressão *hate speech* traz à mente a ideia da manifestação vazada em linguagem agressiva, raivosa, abusiva, insultuosa, carregada de epítetos e termos claramente ofensivos e discriminatórios. Mas o discurso de ódio não se materializa sempre nesses termos.

Pode ele vir disfarçado de discurso sério, contido, de caráter político, acadêmico ou científico, com aparência de manifestação racional, despida de emotividade. Pode estar camuflado de manifestação jornalística, artística ou humorística; ou utilizar-se de eufemismos e palavras aparentemente neutras, mas carregadas de ironia, sarcasmo ou duplo sentido, que visam a atingir de forma mais sutil um grupo minoritário.

Pode, também, ser sutil, de feição moderada, despido de emotividade. A mensagem de ódio pode ser transmitida por piadas ambíguas, insinuações e imagens¹².

A mensagem discriminatória pode aparecer sob a forma de literatura séria, de natureza política ou histórica, como ocorre com livros e textos que, sob a capa de estudos críticos de um acontecimento histórico, trazem uma mensagem subliminar discriminatória. Assim, os textos que buscam minimizar ou negar o Holocausto, ignorando ou repudiando como fraudulento o volume imenso de evidências da sua ocorrência. As teses defendidas nesses textos poderiam ser simplesmente repudiadas e consideradas como simples manifestações e opiniões absurdas e risíveis, como a de que a terra é plana, ou a de que o homem não pisou na lua. No entanto, vários países têm criminalizado essas manifestações, por considerá-las uma forma de demonizar os judeus, retratando-os como pessoas malévolas, não confiáveis, capazes de inventar uma história de horror para atender a interesses próprios, e que, por conseguinte, seriam uma ameaça a ser combatida e eliminada. A negação ou minimização do Holocausto constituiria um discurso de ódio velado ou implícito.

12 BHIKHU PAREKH, "Is There a Case for Banning Hate Speech?", in: *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses* (Ed. Michael Herz e Peter Molnar), New York: Cambridge University Press, 2012, p. 41.

O humor pode ser usado como veículo para transmissão de mensagens discriminatórias contra uma categoria de pessoas. Relembre-se o caso do humorista francês Dieudonné M'bala M'bala, condenado a dois meses de prisão em corte da Bélgica por comentários considerados discriminatórios, antissemitas, negacionistas e revisionistas, durante um show na cidade de Herstal, em 14 de março de 2012. Referindo-se a diversas declarações daquele humorista de conteúdo discriminatório sobre judeus e episódios envolvendo o nazismo e o holocausto, Daniel Schneidermann, jornalista especializado em mídia, observou que, a partir do momento em que se deixa de fazer humor para se engajar em polêmicas e assuntos sérios, não há mais o benefício da famosa “presunção humorística”, e o humorista deve ser tratado como um cidadão ordinário no que concerne a suas manifestações¹³.

A praticamente infinita variedade de formas que pode assumir a comunicação humana, nos mais variados contextos, pode criar dúvidas ou divergências sobre a identificação de uma manifestação como caracterizadora de discurso de ódio. O reconhecimento de que esse tipo de discurso pode se apresentar com roupagens variadas já é, por si, indicativo da complexidade de que se reveste o problema.

7. SITUAÇÕES NÃO CONSENSUAIS

A linha divisória entre o que é ou não discurso de ódio nem sempre é clara.

Pense-se no debate sobre alguns temas sensíveis, como o da questão migratória, que tem gerado acesas discussões políticas em diversos países. Como discernir a mera opinião ou posição política anti-imigratória do discurso de ódio contra imigrantes?

Outra questão que com frequência ocupa o debate público é a que se refere à reivindicação de certos direitos por homossexuais. O que diferencia um discurso (de base religiosa ou não) que vê a homossexualidade como um pecado ou um desvio moral de um discurso de ódio aos homossexuais? É, no mínimo,

13 DANIEL SCHNEIDERMANN, ÉTIENNE LÉCROART, *Liberté d'expression: a-t-on le droit de tout dire?* Montreuil: La Ville Brûle, 2015, p. 49.

controvertida a ideia de que discursos religiosos que descrevam os homossexuais como pecadores ou discursos não religiosos que vejam os integrantes desse grupo como moralmente inferiores estejam fora do âmbito do discurso de ódio (como conceito geral, não jurídico), a despeito de sua motivação¹⁴.

A religião também é tema central de manifestações e debates importantes. Como discernir entre a crítica, a sátira e o humor envolvendo figuras religiosas e o discurso de ódio camuflado contra um grupo religioso?

E o que dizer de formas mais sutis de discriminação, como o “*casual racism*”¹⁵ e as chamadas *microagressões*? Devem ser enquadradas no conceito de discurso de ódio?

A piada que faça uso de um estereótipo negativo ligado à raça deve ser vista como discurso de ódio contra um grupo racial? Para Adilson Moreira, o humor feito a partir de estereótipos raciais, que ele denomina de “racismo recreativo”, constitui “um projeto de dominação que procura promover a reprodução de relações assimétricas de poder entre grupos raciais por meio de uma política cultural baseada na utilização do humor como expressão e encobrimento de hostilidade racial”¹⁶. Entendimento semelhante é expresso por Dennis Howitt e Kwame Owusu-Bempah, para quem piadas racistas não devem ser vistas como simples piadas, porque não apenas fornecem oportunidades para ideias de superioridade racial de um grupo sobre outro, mas também reforçam continuamente o uso de categorias raciais em nosso imaginário¹⁷.

Esse entendimento peca pelo seu absolutismo. Se por um lado não é aceitável a frequente escusa geral de que uma piada racista é “só uma piada” e não deve ser levada a sério, também não se afigura razoável considerar que toda piada que apele para estereótipos étnicos ou raciais constitua expressão de racismo e

14 Veja-se, nesse ponto, ALEXANDER BROWN, “What is Hate Speech?”, cit., p. 450. Ao tema se voltará mais adiante.

15 Sobre o “casual racism”, veja-se Australian Human Rights Commission: <<http://www.humanrights.gov.au/news/stories/what-casual-racism>>.

16 ADILSON MOREIRA, *Racismo recreativo*, São Paulo: Pólen, 2019, p. 148.

17 DENNIS HOWITT, KWAME OWUSU-BEMPAH, “Race and Ethnicity in Popular Humour”, in: *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, New York: Pallgrave Macmillan, 2009, p. 64.

deva ser considerada discurso de ódio, independentemente de todo o contexto. Como observa Michael Billig, como regra geral, é necessário entender o contexto em que uma piada é contada, e não ficar limitado ao seu sentido em abstrato ou à sua análise semântico-formal¹⁸.

Além disso, mesmo que se considere que toda piada que faça uso de estereótipos étnicos ou raciais deva ser considerada discurso de ódio, a partir de um conceito sociológico alargado, ainda assim haveria necessidade de distinguir em termos de gravidade e reprovabilidade os diversos tipos de manifestação.

Seja como for, a linha que separa a manifestação humorística, protegida pela liberdade de expressão, do discurso racista ou discriminatório muitas vezes não é clara, embora em certas situações possa se apresentar de forma mais ostensiva ou evidente, como ocorre no caso das piadas racistas e de conteúdo violento que são postadas na internet por supremacistas raciais. Mas esses são casos extremos. Em geral, os limites entre o que deve contar ou não como discurso de ódio no humor são esfumados e controvertidos.

Essas e outras situações demonstram quão enganosa é a ideia de que o discurso de ódio pode ser facilmente identificado onde ele é assistido ou ouvido.

8. RESTRINGIR OU NÃO RESTRINGIR O DISCURSO DE ÓDIO?

Vários são os argumentos a favor e contra a restrição do discurso de ódio. Os juristas norte-americanos, em sua maioria, tendem a resistir à ideia da restrição do *hate speech*, firmes na ideia de que a liberdade de expressão constitui um valor de vital importância para a democracia e tem um *status* privilegiado (*preferred position*), não devendo ser limitada com base em seu conteúdo, por mais desagradável ou ofensiva que seja a expressão. Juristas de outros países, em especial da Europa, são mais propensos a aceitar a restrição do *hate speech*, pelo menos em al-

18 MICHAEL BILLIG, "Violent Racist Jokes", in: *Beyond a Joke: The Limits of Humour*, New York: Pallgrave Macmillan, 2009, p. 33-34.

gumas de suas formas, na convicção de que a liberdade de expressão deve ser ponderada ou sopesada com princípios com os quais possa conflitar, notadamente os da dignidade humana e da igualdade. Além disso, acreditam que essas restrições não apenas não são incompatíveis com a democracia, mas podem até promovê-la.

Tragam-se alguns desses argumentos, com as objeções a eles feitas.

Viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. A noção de dignidade é comumente invocada como fundamento para a restrição ao discurso de ódio. Parte-se da premissa de que essa manifestação discursiva é nociva em si mesma, a despeito de qualquer consequência danosa que possa produzir, porque viola o direito fundamental de todo ser humano de ser tratado com igual dignidade e respeito, em razão de sua própria e intrínseca humanidade. O discurso de ódio, por veicular conteúdo discriminatório com referência a outro ser humano, tido como inferior ou menos digno de reconhecimento ou proteção, não estaria protegido pelo princípio que assegura a liberdade de expressão.

A esse argumento objeta-se que os princípios da dignidade e da igualdade estariam sendo usados de forma meramente retórica. Embora o emissor do discurso de ódio expresse desdém ou desconsideração pelos direitos decorrentes da dignidade do grupo discriminado, isso não constitui literalmente uma negação da dignidade ou da igualdade, no sentido do *impedimento* do seu exercício. A negação da dignidade humana, no sentido de sua violação ou do impedimento do seu exercício, só ocorre nas hipóteses da criação ou provocação de danos a algum dos direitos decorrentes dessa dignidade, ou de criação de algum obstáculo à sua realização prática.

A falácia consiste em pretender atribuir abstrata e genericamente ao discurso de ódio algo que lhe é contingente e circunstancial: o dano a algum dos direitos decorrentes da dignidade humana dos integrantes do grupo visado. Pretender acoplar ao

discurso de ódio, em si considerado, independentemente das circunstâncias concretas, a ideia de violação da dignidade humana ou da igualdade é sugerir como real algo que pode não existir na prática, mas apenas no plano meramente simbólico ou retórico.

É despido de valor social intrínseco. Argumentam que expressões de racismo, antissemitismo, homofobia e outras formas de discurso discriminatório nada acrescentam para a sociedade. Ao contrário, por serem fundadas em preconceitos negativos, derivados da ignorância ou da intolerância, não contribuem para o descobrimento da verdade, nem para o debate público, constituindo, na verdade uma manifestação inconveniente ou uma perturbação para o mercado de ideias.

Sucedem que a falta de valor social de uma manifestação não constitui, em si, justificativa para a sua restrição. Uma expressão não tem que ser socialmente útil ou valiosa para merecer proteção constitucional. A liberdade de expressão não foi instituída para, seletivamente, assegurar as expressões ou manifestações que possam ser consideradas úteis ou socialmente valiosas. Se a utilidade ou o valor social de uma manifestação fosse a medida de sua proteção constitucional, muito provavelmente viveríamos em uma sociedade na qual a comunicação se tornaria extremamente dificultosa ou, mesmo, insuportável.

Além disso, traz o risco da criação de uma sociedade pasteurizada, em que a censura ou a autocensura é a tônica, com previsíveis prejuízos não só para o desenvolvimento do indivíduo, mas da sociedade como um todo. A tentativa de criar, artificialmente, via interdição legal, um ecossistema comunicativo livre de preconceito e de discriminação tende, paradoxalmente que possa parecer, a afetar negativamente esse ecossistema, porque empobrece o discurso público.

Além de não ser justificável a restrição fundada na falta de valor social do discurso preconceituoso, pode-se, mesmo, questionar a premissa de que essa forma de discurso é desprovida de valor social. Isso porque, ainda que indiretamente, o discurso discriminatório revela e traz à tona o problema do preconceito e

da discriminação, criando a oportunidade para o debate público sobre temas de grande importância social.

Causa danos aos integrantes dos grupos discriminados. Um dos argumentos mais frequentes e de maior apelo para restringir o discurso de ódio é o de que ele pode provocar e com frequência provoca danos psicológicos, muitas vezes de natureza grave, com reflexos inclusive na saúde física de membros do grupo discriminado. Diferentemente dos insultos ou das agressões verbais que todos podemos ocasionalmente sofrer, o discurso de ódio seria potencialmente mais grave e ainda mais prejudicial à saúde mental ou psicológica de integrantes do grupo, por se referir a suas características identitárias.

Caberia indagar se tais efeitos seriam decorrência de uma manifestação discriminatória específica ou de uma sucessão de manifestações discriminatórias ao longo do tempo. Nesse último caso, seria no mínimo questionável punir uma manifestação discriminatória que não constituísse, em si mesma considerada, causa eficiente de um dano. Além disso, o argumento suscita a indagação sobre se os apontados efeitos sentidos pelos integrantes de grupos discriminados seriam uma decorrência do discurso de ódio em si ou dos atos de preconceito e discriminação sofridos concretamente por esses indivíduos na sociedade.

Ofende os integrantes do grupo alvo do discurso. O discurso discriminatório seria sempre ofensivo aos membros do grupo alvo do discurso, por atingi-los naquilo que lhes é particularmente sensível: a sua identidade. Constituiria, assim, um insulto assacado contra todos aqueles que compartilham das mesmas características indicadas direta ou indiretamente no discurso.

Mas não existe um direito geral de não ser ofendido por um discurso ou uma manifestação de pensamento. Com frequência, palavras ferem e magoam, manifestações e opiniões desagradam e provocam sentimentos de ira e indignação. Essas reações psicológicas não constituem justificativa para a restrição da liberdade de expressão. Magoar o sentimento de alguém não constitui um argumento válido para restringir um princípio tão importante

para a democracia e para o indivíduo. Pode-se, mesmo, dizer que o direito de ofender é da essência da liberdade de expressão, cuja existência somente se justifica como forma de proteção de manifestações ou expressões polêmicas, controvertidas, desagradáveis e ofensivas.

Como observado por Oliver Wendell Holmes Jr., em julgamento de caso submetido à Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁹, a liberdade de expressão não é necessária para as ideias daqueles que concordam conosco, é, antes de tudo, a “liberdade para as ideias que odiamos”. No mesmo sentido, o Justice William Brennan Jr., para quem o Governo não pode proibir a expressão de uma ideia “simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável”²⁰.

Não há que cogitar de um direito de não ser ofendido, a não ser que esta ofensa constitua violação de um direito individual, como ocorre, por exemplo, com uma manifestação infamante ou que afete a privacidade alheia.

Silencia as vozes de integrantes do grupo discriminado. Argumenta-se que o discurso de ódio provocaria um efeito silenciador (*chilling effect*) sobre os integrantes dos grupos discriminados, especialmente porque esse tipo de discurso comumente tem ocorrido em contextos sociais nos quais a ocupação de espaços sociais e a reivindicação de direitos por mulheres, negros, imigrantes, homossexuais e outras minorias, historicamente, veio antecedida por atos de discriminação, violência (física ou verbal) e humilhação, que os integrantes desses grupos têm receio de vir a sofrer novamente, caso respondam às manifestações preconceituosas. Com medo de represálias, as vítimas do discurso discriminatório preferem se retirar da arena pública, deixando de expressar suas opiniões²¹.

Sem desconsiderar a força deletéria que as palavras podem ter, em especial as palavras ofensivas e insultuosas de caráter

19 United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644 (1929).

20 Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

21 DOUGLAS M. FRALEIGH, JOSEPH S. TUMAN, *Freedom of expression in the marketplace of ideas*, E-book, Los Angeles: Sage, 2011, p. 162.

preconceituoso, não é razoável associar um efeito silenciador a toda e qualquer manifestação discriminatória, como se se tratasse de uma decorrência necessária de todos os discursos desse tipo, em qualquer tempo e lugar.

Esse efeito constitui fenômeno circunstancial, presente em contextos de tempo e lugar específicos, onde haja um histórico de sérios conflitos sociais, permeados de preconceito e discriminação contra determinado grupo, cujos membros pudessem, por ocasião do discurso, se sentir intimidados e tolhidos em sua liberdade de expressão.

9. ALGUNS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À RESTRIÇÃO DO *HATE SPEECH*

Há alguns bons argumentos no sentido do desacerto ou da inconveniência de buscar combater o discurso de ódio através da lei. Aqueles que defendem essas razões reconhecem que o discurso de ódio é um problema sério e que deve ser enfrentado, mas entendem que o combate a essa forma de discurso não se dá com menos liberdade de expressão, mas com mais liberdade. O mau discurso se combate com o bom discurso. Por isso, as más ideias não devem ser silenciadas, mas confrontadas com as boas ideias.

Dentre os principais argumentos contrários à restrição do *hate speech* estão os seguintes.

Nega a autonomia e a responsabilidade moral dos cidadãos. A liberdade de expressão tem uma dimensão constitutiva, que a torna valiosa, independentemente de qualquer benefício que ela possa trazer: ela é essencial para a autonomia e a dignidade individual. Ronald Dworkin argumenta que o traço característico de uma sociedade política justa é o tratamento, pelo Estado, de todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como *agentes morais responsáveis*²². Por isso, o Estado nega a autonomia ou capacidade de seus cidadãos, violando-lhes a dignidade, quando considera, de um lado, que eles não têm responsabilidade moral suficiente para ouvir determinadas opiniões, ao fundamento de

22 RONALD DWORKIN, *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana* (tradução de Marcelo Brandão Cipolla), Coleção Justiça e Direito, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

que tais opiniões são perigosas ou desagradáveis, e que talvez as pessoas não estejam aptas a ouvi-las e ponderá-las. Arroga-se, assim, indevidamente, o poder de decidir, em lugar das pessoas, o que é e o que não é bom para a vida destas²³.

Combate a intolerância com mais intolerância. A própria ideia de limitar ou sancionar o discurso de ódio revela uma forma de intolerância, voltada contra aqueles que expressam ideias consideradas socialmente inaceitáveis, por preconceituosas e discriminatórias. Seria, pois, combater uma conduta intolerante com intolerância, substituir uma forma de intolerância por outra, ou, usando uma imagem expressiva ou retórica, seria “combater fogo com fogo”.

Em uma sociedade que se pretende democrática, proibir ou restringir o discurso de ódio parece ser uma medida drástica, a ser tomada em situações excepcionais, como último recurso, quando a opinião pública e o livre debate não forem suficientes como forma de contenção desse tipo de manifestação intolerante, e apenas quando houver o risco real ou potencial para a democracia ou para a sociedade.

Karl Popper, que cunhou o chamado “paradoxo da tolerância”, segundo o qual “a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância”, observa que proibir manifestações intolerantes nunca deve ser o primeiro, mas o último recurso. Segundo o filósofo austríaco: “Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devemos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia”²⁴.

O direito de não tolerar os intolerantes surge a partir do momento em que a razão e o livre embate de ideias não se mostram suficientes para impedir que a intolerância ou a incitação à intolerância se torne um risco para o convívio social. Só então, como último recurso, se mostra, não apenas prudente, mas sábio combater a intolerância.

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

Além de não eliminar ou reduzir o preconceito, constitui uma distração em relação às causas deste. As manifestações racistas, ou de qualquer modo discriminatórias, constituem, na verdade, a manifestação de problemas mais sérios e mais profundos, de natureza social, econômica, cultural, psicológica e outras, que devem ser compreendidos para que possam efetivamente ser enfrentados. Restringir as expressões preconceituosas não ataca a raiz do problema. Ataca-se o sintoma, sem eliminar verdadeiramente a patologia que o provoca²⁵.

Calar o *hater* não só não elimina o preconceito, como também constitui uma forma de distração em relação aos problemas sérios que levam à formação da mentalidade preconceituosa e intolerante. Por isso, em lugar de proscriver ou restringir o discurso, deve-se buscar combater as suas causas.

Transforma certos temas em dogmas inquestionáveis. Proscriver o discurso discriminatório traz o risco, para o qual alertou Stuart Mill, de transformar verdades compartilhadas pela maior parte da comunidade – como a de que todo ser humano é detentor de direitos decorrentes da dignidade e merecedor de igual consideração de interesses – em um dogma estéril ou uma mera crença formal, que acabaria por fazer com que as pessoas, com o tempo, perdessem a habilidade de justificar e explicar racionalmente essa importante verdade²⁶.

O debate franco e aberto sobre raça, orientação sexual, gênero, identidade nacional, crença religiosa, deficiência física e mental e outros temas vinculados à identidade de grupos tende a produzir efeitos favoráveis e a reforçar a defesa dos grupos vulneráveis ao discurso de ódio, na medida em que expõe a irracionalidade do preconceito e da discriminação.

Cria ressentimentos e aumenta o risco de ações violentas. A liberdade de expressão exerce uma função que Frederick Schauer chama de “catártica”²⁷. Podendo se manifestar em palavras, os

25 NADINE STROSSEN, “Interview with Nadine Strossen”, in: *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulations and Responses* (Ed. Michael Herz e Peter Molnar), New York: Cambridge University Press, 2012, p. 380.

26 JOHN STUART MILL, *Sobre a Liberdade* (tradução de Pedro Madeira), Lisboa: Edições 70, 2016, p. 100.

27 FREDERICK SCHAUER, *Free speech: a philosophical enquiry*, New York: Cambridge University Press, 1982, p. 81.

indivíduos seriam menos propensos a expressar suas frustrações e sua raiva através de ações violentas. Embora as palavras tenham a aptidão de agredir, ofender e ferir, é preferível que o preconceito seja expresso em discursos agressivos ou manifestações verbais hostis, e não traduzido em agressões físicas ou ações violentas. Parafraseando o exemplo retórico de Schauer, é melhor ter pessoas gritando umas com as outras do que atirando umas nas outras²⁸.

A ideia de que uma maior tolerância em relação aos discursos ofensivos e discriminatórios funcionaria como uma válvula de escape, por possibilitar aos indivíduos liberar sua raiva e insatisfação, encontra apoio nos estudos psicanalíticos. O indivíduo que se vê cerceado em sua possibilidade de expressar seus instintos hostis e agressivos em palavras seria mais propenso a fazê-lo através de ações violentas.

Leva o hater a agir na penumbra. O preconceituoso não deixará de ser preconceituoso, nem deixará de disseminar o seu preconceito por lhe ser vedado expor publicamente seu pensamento, apenas destilará seu preconceito de forma privada ou mais cautelosa. Vale aqui a noção de que o melhor meio de combater o inimigo é conhecê-lo. Identificar o preconceituoso e o seu pensamento torna possível enfrentar e rebater, com bases racionais, a mensagem discriminatória. É preferível que o *hater* venha à luz do dia expor o seu preconceito para que se possa enfrentá-lo.

Cria um efeito de autocensura e empobrece o discurso público. Afora os casos extremos de discursos franca e abertamente discriminatórios, há uma imensa gama de manifestações que se encontram em uma zona nebulosa, e que são ou não julgados como discurso de ódio punível de acordo com o subjetivismo do intérprete. E não há critérios suficientemente objetivos que permitam aprioristicamente apontar com precisão e segurança quais, dentre a gama virtualmente infinita de manifestações que se encontram nessa zona cinzenta, devem ser consideradas proibidas ou punidas.

28 *Idem*.

A incerteza sobre se uma expressão ou afirmação pode ser considerada ilegalmente discriminatória leva naturalmente à autocensura, porque, em regra, ninguém deseja correr o risco de ser investigado, processado e julgado por algo que falou ou escreveu. O receio de ser acusado de estar propagando o ódio leva, inevitavelmente, a que muitos deixem de expor seus pontos de vista sobre temas de interesse público que envolvam questões sensíveis para diferentes grupos, causando o que a doutrina norte-americana chama de *chilling effect*.

O receio de ser punido por uma opinião ou manifestação que possa ser interpretada como discriminatória causa um efeito paralisante.

Escritores, artistas, humoristas e intelectuais em geral, que têm na liberdade de pensamento e expressão a fonte do seu trabalho, tenderão a não abordar determinados temas, em um movimento de autocensura, com medo de ofender algum grupo com um escrito, uma fala, uma piada ou uma charge que possam ser considerados discriminatórios.

Uma política que restringe a liberdade de manifestação de pensamento com a finalidade de impedir que integrantes de diferentes grupos sociais se sintam ofendidos sacrifica um princípio que constitui a energia vital de qualquer democracia. A longo prazo, perde a sociedade, que vê um empobrecimento quantitativo e qualitativo do discurso público.

10. QUANDO O DISCURSO DE ÓDIO DEVE SER ALVO DE PUNIÇÃO? O DISCURSO DE ÓDIO EXTREMO

O discurso de ódio, como se viu, engloba manifestações que assumem as formas mais diversas, abrangendo falas e expressões de gravidade muito diferente. Compreende desde manifestações discriminatórias que, embora sejam consideradas ofensivas à sensibilidade de membros de um grupo, não provocam e não têm o propósito de provocar danos, até manifestações discriminatórias gravíssimas, que pregam a violência contra membros de um grupo social ou, em seu caso mais extremo, a sua eliminação.

Trazendo exemplos empregados por Timothy Garton Ash, não há dúvida de que aqueles que defenderam o extermínio dos Tutsis “como se fossem baratas” na Rádio de Ruanda “deveriam ter sido travados, detidos, julgados, condenados e encarcerados”; já alguém “que conta uma anedota extremamente racista num almoço privado” merece não mais que “uma reação fria ou uma repreensão contundente”²⁹.

Mesmo ficando restrito a um campo específico, como o do humor, não há como tratar igualmente aquele que, em uma reunião familiar ou social, conta uma piada que empregue estereótipos étnicos, ou de outra natureza, e o simpatizante da Ku Klux Klan que posta no Website intitulado “*Nigger Joke Central*” piadas que estimulem a violência contra pessoas negras³⁰.

Por isso, as incontáveis e distintas espécies de manifestações identificadas como discurso de ódio não devem se sujeitar a um único tipo de resposta.

Nadine Strossen, proeminente defensora da liberdade de expressão, aponta para a necessidade de distinguir duas modalidades bem distintas de *hate speech*. De um lado, o que denomina de *psychically harmful hate speech*, a manifestação discriminatória que pode ser considerada psicologicamente ofensiva, mas que não causa, nem tem o propósito de causar, dano além do dano psicológico e emocional, e que, por isso, não deve ser objeto de restrição; e, de outro, a forma mais séria de *hate speech*, que vai além da ofensa meramente psicológica, porque tem o propósito de causar danos, tais como a ameaça dirigida a um indivíduo ou a um pequeno grupo, a incitação à violência ou à violação a direitos individuais³¹.

Denomino esse último tipo de manifestação de *discurso de ódio extremo*, que é aquele que tem o propósito de lesar direitos dos integrantes do grupo discriminado, ou que busque incitar à violência ou à lesão desses direitos. É para essa espécie mais grave de

29 TIMOTHY GARTON ASH, *Liberdade de Expressão*, cit., p. 116.

30 Para exemplos e uma análise de piadas racistas violentas, ver o excelente artigo de MICHAEL BILLIG, “Violent Racist Jokes”, cit., p. 27.

31 NADINE STROSSEN, “Freedom of Speech and Equality: Do We Have To Choose?”, *Journal of Law and Policy*, 25, 2016, p. 190. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/jlp/vol25/iss1/7>>.

discurso de ódio, mais do que meramente censurável do ponto de vista social e moral, porque traz o potencial risco de causar dano a integrantes do grupo alvo do discurso, que devem ser reservados os preceitos legais sancionatórios, inclusive de natureza penal.

Não havendo esse propósito lesivo, o discurso, a despeito de sua reprovabilidade moral ou social, deve considerar-se protegido pelo princípio garantidor da liberdade de expressão, de modo que o autor da mensagem não poderá ser submetido a sanção de natureza civil ou penal, conquanto possa e deva, em muitos casos, ser objeto de mecanismos de rejeição social e administrativa.

11. A DIFERENÇA ENTRE AÇÃO E EXPRESSÃO E O PRINCÍPIO DO DANO

Fundamental no estudo do tema da liberdade de expressão é a distinção entre *expressão* e *ação*, ou entre *conduta discursiva* e *conduta não discursiva*. Essa distinção, tradicional na doutrina norte-americana, é, de um modo geral, negligenciada na doutrina de outros países. Várias condutas que, em um sentido ordinário, não são identificáveis como discurso (*speech*), constituem formas de expressão simbólicas, não concretizadas em palavras, mas que carregam uma evidente e, muitas vezes, eloquente mensagem. Assim, por exemplo, o ato de queimar a bandeira nacional e o uso de braçadeiras pretas como forma de protesto. Ações como essas são mais do que condutas ordinárias, constituem verdadeiras formas de expressão ou condutas discursivas, porque buscam transmitir ou comunicar uma mensagem inequívoca.

Em contrapartida, alguns atos identificados ordinariamente como comunicativos objetivam mais do que simplesmente transmitir ou comunicar uma mensagem. Buscam provocar um determinado resultado – que pode ser lícito ou ilícito. Exemplo de manifestação verbal que constitui uma ação ilícita é o crime de ameaça, em que o propósito do agente não é o de simplesmente transmitir uma ideia, mas infundir temor na vítima de que esta venha a sofrer um mal injusto e grave. Como exemplo de manifestação verbal que configura uma ação que produz consequências jurídicas lícitas pode ser citada a aquiescência dos nubentes

com o casamento, que, mais do que a expressão de uma mensagem, é um ato praticado com o propósito de gerar os efeitos civis decorrentes do matrimônio. Nesses e em tantos outros casos, as manifestações, a despeito de virem expressas em palavras ou outra forma linguística, são consideradas *ação* ou *conduta não discursiva*. Por isso, não se referem ao princípio da liberdade de expressão. Quando forem lícitos, se referirão a liberdades outras, como a liberdade de contrair matrimônio, no último exemplo. Quando ilícitos, como no caso do crime de ameaça, estarão fora do abrigo do princípio garantidor da liberdade de expressão.

Essa diferença é de suma importância para, no contexto do chamado discurso de ódio, separar as manifestações que devem ser tidas como expressão – protegidas, portanto, pelo princípio que protege a manifestação de pensamento – daquelas que constituem verdadeira ação danosa – e que, por isso, se encontram fora do âmbito de proteção do princípio.

Essa distinção entre expressão e ação ou entre conduta discursiva e não discursiva se relaciona intimamente com o *princípio do dano*³², que traz aporte fundamental para o estudo dos limites da liberdade de expressão. Segundo Stuart Mill, a quem se deve a elaboração deste princípio, “o único fim em função do qual o Poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é o de prevenir dano a outros”³³.

A ideia de que uma manifestação caracterizada como discurso de ódio seja protegida pelo princípio garantidor da liberdade de expressão parte da premissa de que esse discurso somente pode ser restringido nos casos em que violar ou tiver o propósito de violar direitos de terceiros. Em outras palavras, a vedação legal só pode incidir nos casos de *discurso de ódio extremo*, que é aquele em que o emissor incita à violência ou à violação de direitos de membros de um grupo.

Não é suficiente que a manifestação discriminatória seja simplesmente reputada ofensiva, desagradável, repugnante ou

³² Sobre o conceito de liberdade e o princípio do dano em Stuart Mill, veja-se o Capítulo 1, item 1.2.

³³ JOHN STUART MILL, *Sobre a liberdade*, cit., p. 39.

imoral pelas pessoas que integrem o grupo discriminado por uma mensagem ou um discurso. Razões de ordem puramente emocional ou paternalista não constituem justificativa suficiente para a interferência estatal sobre a liberdade de expressão. Mais do que desagradáveis, perversas, desprezíveis ou erradas do ponto de vista moral ou das convenções sociais, as condutas discursivas devem ser ao menos potencialmente *danosas* em relação a algum interesse juridicamente protegido dos integrantes do grupo discriminado para serem proibidas³⁴.

12. O CONTRADISCURSO COMO FORMA DE COMBATER O DISCURSO DE ÓDIO

Opor-se à restrição do discurso de ódio dirigido contra grupos não significa negar o poder que as palavras têm de ferir psicologicamente aqueles que se inserem no grupo discriminado. Significa acreditar que cabe ao indivíduo, como cidadão capaz e responsável, decidir quais palavras deve ouvir, ignorar, rejeitar ou responder. Pior do que o poder que as palavras têm de ferir é dar ao Governo o poder de escolher, dentre um conjunto praticamente infinito de expressões, quais devem ser punidas.

Más ideias se combatem com boas ideias. O mau discurso se enfrenta com o contradiscurso, que deve ser estimulado, quando necessário, pelo Governo e pela sociedade civil, com a implementação de medidas que deem voz aos integrantes dos grupos vulneráveis.

Uma das principais razões para defender a liberdade de expressão é a de que ela é fundamental para que possamos identificar e defender as ideias verdadeiras ou socialmente úteis e afastar as ideias equivocadas ou nocivas para a sociedade. A importância desse argumento em prol da liberdade de expressão foi destacada por vários pensadores. John Milton, em sua *Aeropagítica*, apostava no confronto livre de ideias como forma de ver triunfar a verdade sobre a impostura³⁵. Stuart Mill, no seu livro *Sobre a Liberdade*

34 GUSTAVO AUGUSTO FERREIRA BARRETO, *Dano e Coação: Princípio do Dano e os Limites do Direito*, Curitiba: Juruá, 2016, p. 45.

35 JOHN MILTON, *Aeropagítica: discurso pela Liberdade de Imprensa ao Parlamento da Inglaterra*, Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 173.

de, defendia a liberdade de expressão como única forma possível de se alcançar a verdade, mesmo nos casos em que julgamos ter certeza acerca da verdade ou falsidade de uma opinião³⁶.

Isso vale também para as manifestações que consideramos desprezíveis, odiosas e ofensivas. É na competição do livre mercado de ideias, de que falava Oliver Wendell Holmes, que as más ideias devem ser, constantemente, confrontadas, desnudadas e reprovadas³⁷.

A crença no contradiscurso como melhor forma de combater o discurso de ódio e o preconceito que o alimenta não se baseia em uma esperança vazia ou em uma espécie de idealismo desapegado da realidade. Essa crença vem fundada na história, que mostra que o preconceito não se derrota com a censura e a interdição da palavra, mas com a ampliação do debate público, para que, no entrechoque de ideias, a razão prevaleça.

Foi através do uso incessante da palavra que, ao longo do tempo, diversos grupos sociais conquistaram direitos, desafiando o entendimento dominante da época. Assim ocorreu com a luta pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos da América; com o movimento feminista; com a reivindicação de direitos pelos integrantes da comunidade LGBTQ e com a defesa de tantos outros grupos vulneráveis. As ideias defendidas por esses grupos já foram consideradas imorais, odiosas, ofensivas e perigosas para a estabilidade social, mas foram, gradativamente, com coragem e muita luta, conquistando corações e mentes.

Ainda hoje, muitas dessas ideias ainda encontram resistência de certos setores da sociedade. Mas é pela força da razão, e não pela razão da força, que essas resistências são vencidas. As mudanças sociais nunca surgem da uniformidade e da pureza verbal, mas do embate de opiniões, expostas na cacofonia que compõe o mercado das ideias.

Embora tenha sido alvo de repetidas manifestações discriminatórias durante todo o seu mandato como Presidente dos Esta-

36 JOHN STUART MILL, *Sobre a Liberdade*, cit.

37 J. OLIVER WENDELL HOLMES, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (Supreme Court 1919).

dos Unidos da América, Barack Obama, em entrevista para a ABC News, reafirmou sua crença na liberdade de expressão e no contradiscurso como forma de enfrentar o discurso de ódio: “Ser um bom cidadão, ser um ativista, envolve ouvir o outro lado e assegurar que você está engajado em um diálogo, porque é assim que as mudanças ocorrem”. Observou que o sucesso do movimento pelos direitos civis se deveu, entre outras razões, ao fato de que os líderes do movimento “estiveram abertos à possibilidade de reconciliação e buscaram ouvir as opiniões que se encontravam do outro lado, inclusive aquelas consideradas terríveis para eles”. Segundo Obama, o propósito da liberdade de expressão é assegurar que através de argumentos, da razão e das palavras façamos a democracia funcionar. Por isso, não devemos temer quando alguém expresse más ideias. Devemos, ao revés, contestá-las, derrotá-las e demonstrar que estão erradas, conquistando novos adeptos. É assim que as coisas funcionam em uma democracia³⁸.

Conforme assinalado por Nadine Strossen, a restrição generalizada ao discurso de ódio acaba sendo prejudicial aos membros do grupo alvo, em consequência do chamado “*bystander effect*”. Na medida em que os integrantes do grupo são tratados de forma paternalista, como vítimas indefesas que necessitam da intervenção de alguma autoridade superior, tendem a aguardar a ação da autoridade, deixando de responder eles mesmos a essas manifestações. Em contrapartida, o contradiscurso, conquanto exija coragem e determinação, constitui um meio eficaz de empoderamento dos membros do grupo alvo do discurso de ódio³⁹.

Além disso, a censura generalizada ao *hate speech* aumenta a atenção e a simpatia para os *haters*, tornando-os mártires da liberdade de expressão. E acaba por levá-los a disseminar o preconceito de forma sub-reptícia ou menos explícita, dificultando sua identificação e a refutação de suas ideias preconceituosas.

Em outras palavras, mais liberdade de expressão, e não menos, é o melhor caminho para enfrentar o problema do discurso de ódio.

38 BARACK OBAMA, Entrevista concedida em 12 de novembro de 2015 à ABC News. Disponível em: <<https://www.thefire.org/obamas-abc-news-interview-transcript-on-missouri-protesters/>>.

39 NADINE STROSSEN, “Freedom of Speech and Equality”, cit., p. 196.

Liberdade de Expressão e Censura no Brasil

**Luis Gustavo Grandinetti Cas-
tanho de Carvalho**

*Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do
Rio de Janeiro, Professor Adjunto da Universidade do
Estado do Rio de Janeiro, Pós-doutor pela Universidade
de Coimbra, Doutor pela UERJ e Mestre pela PUC-RJ.*

É muito significativo estarmos reunidos na cidade do Porto para discutirmos liberdade de expressão, porque foi exatamente aqui, nesta cidade, que os portugueses levantaram a bandeira da liberdade de expressão pela primeira vez. Isso ocorreu no dia 24/8/1820, na Praça da República, por ocasião da Revolução do Porto. Tratava-se de uma rebelião de matriz liberal que tinha uma pauta de reivindicações muito ampla e ambiciosa: o retorno da família imperial para Portugal, uma nova constituição, exclusividade de comércio com o Brasil, fim da influência inglesa, recolonização do Brasil e liberdade de imprensa¹.

Posteriormente, a mesma bandeira foi levantada novamente em outra revolta, a Revolução dos Cravos, que eclodiu em 24/4/1974 e que significou o fim da ditadura fascista de António de Oliveira Salazar, completada por Marcelo Caetano após a incapacidade mental e morte daquele. Postulava-se, naquele momento, um programa político de respeito aos direitos humanos e às liberdades públicas (dentre elas, a liberdade de expressão e o fim da censura) e que contemplasse direitos sociais.

A Revolução dos Cravos mantém, ainda hoje, no Brasil, uma aura romântica, cujos princípios inspiram até hoje a esquerda brasileira. Não é à toa que Chico Buarque de Hollanda lhe dedicou uma canção² famosa, censurada no Brasil:

¹ Boa parte das reivindicações foram atendidas: a família imperial retornou a Portugal, aprovou-se a Constituição de 1822, monárquica liberal, pondo fim ao absolutismo em Portugal.

² Tanto Mar.

Foi bonita a festa pá

Fiquei contente

Ainda guardo renitente

Um velho cravo para mim

No Brasil, não foi preciso fazer uma revolução para recuperarmos a democracia e a liberdade de expressão – antes tivéssemos feito – porque a ditadura militar brasileira ruiu sozinha por conta do caos econômico e da falta de legitimidade, deixando uma inflação de 225%, dívida externa de 100 bilhões de dólares, queda de renda per capita de 2.200 para 1.600 dólares, produto interno bruto negativo em 4.3%.

Naturalmente, portanto, o Brasil recuperou a democracia e a liberdade de expressão, consagrada no artigo 5º, IX³, e 220⁴ da Constituição de 1988.

Na esteira da Constituição, o Supremo Tribunal Federal colaciona decisões favoráveis à liberdade de expressão, sendo as mais relevantes a que considerou não recepcionada pela Constituição a antiga Lei de Imprensa, bastante restritiva⁵, e a que permitiu programas de humor também em período de propaganda eleitoral, em que se vedava qualquer menção a nomes de candidatos a cargos políticos⁶.

3 Artigo 5º, IX – é livre a liberdade da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

4 Artigo 220 – a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

5 STF ADPF 130/2008: ...A MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, A CRIAÇÃO, A EXPRESSÃO E A INFORMAÇÃO, SOB QUALQUER FORMA, PROCESSO OU VEÍCULO NÃO SOFRERÃO QUALQUER RESTRIÇÃO, OBSERVADO O DISPOSTO NESTA CONSTITUIÇÃO... A IMPRENSA COMO PLEXO OU CONJUNTO DE ATIVIDADES GANHA A DIMENSÃO DE INSTITUIÇÃO-IDEIA, DE MODO A PODER INFLUENCIAR CADA PESSOA *PER SE* E ATÉ MESMO FORMAR O QUE SE CONVENCIONOU CHAMAR DE OPINIÃO PÚBLICA...

6 STF ADI 4451/2018: "... Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de criação artística, mostrando-se inaceitável qualquer deliberação estatal, cuja execução importe em controle do pensamento crítico, com o conseqüente comprometimento da ordem democrática...É por isso que o acesso à informação – que também se exterioriza em programas humorísticos, charges, sátiras e espetáculos transmitidos no curso do processo eleitoral – qualifica-se como objetivo primacial de uma sociedade livre e democrática! ...Essa estranha (e preocupante) tentação autoritária de interferir, de influenciar e de cercear a comunicação social, especialmente quando ela traduz crítica mordaz, dura e implacável, não pode ser tolerada nem admitida por esta Suprema Corte..."

Essa jurisprudência se mantém firme até o momento, mas o momento político brasileiro é flagrantemente ameaçador da liberdade de expressão. Isso tem acontecido porque a democracia brasileira está em crise. Uma pesquisa da Universidade de Cambridge revelou que menos de 20% dos brasileiros prezam o regime democrático, como se vê no quadro abaixo:



Nesses momentos de crise é que surgem os salvadores da pátria, os messias, que abrem o caminho para regimes de exceção. A História o comprova inúmeras vezes.

Apresento alguns fatos que comprovam que o ambiente político no Brasil tende à censura, que é realizada de múltiplas formas.

Atualmente, no Brasil, há um embate entre a liberdade de expressão manifestada em obras literárias e supostos valores éticos e sociais da pessoa e da família, do que é exemplo a decisão do prefeito do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, de ordenar a apreensão de uma história em quadrinho, da Marvel, na XIX Bienal do Livro de 2019⁷. O motivo é que há uma cena de um beijo entre dois homens, retratada na história, que é a seguinte:

⁷ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/08/politica/1567961873_908783.html. Acesso em 9/9/2019.



A motivação do prefeito seria que cenas que possam ofender os valores éticos e sociais da família, como um beijo entre dois homens, deveriam ser comercializadas em embalagens opacas e lacradas e, como não estavam, os fiscais da prefeitura tinham ordem de apreender os exemplares. A ação provocou uma guerra de liminares. A segunda instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a decisão do prefeito seria inconstitucional e proibiu a apreensão, bem como a cassação da licença municipal da bienal. O caso foi levado ao presidente do tribunal do mesmo estado que determinou a suspensão da decisão anterior. Levada a questão ao presidente do Supremo Tribunal Federal, em caráter também de urgência, este revogou a decisão do presidente do tribunal local e manteve a decisão anterior que proibiu o prefeito de apreender os quadrinhos e de cancelar o alvará. Todas essas medidas e decisões foram tomadas em regime de plantão do Judiciário e durante um final de semana. O processo deve ter prosseguimento e um julgamento ainda deverá ocorrer na Justiça do Rio de Janeiro.

Em primeiro lugar, a questão sobre a qual se deve refletir é se um agente político ou administrativo pode determinar restrições à liberdade de expressão. A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a

doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra.

Por exemplo: a pena criminal, o domicílio (exceto em caso de crime ou desastre, previstos na Constituição), a conversação telefônica, a liberdade de ir e vir (exceto no caso de flagrante delito, por autorização constitucional), só podem ser restringidos pelo Judiciário e mediante o devido processo legal, que importa em garantia de ampla defesa e de contraditório. Não por qualquer outro poder ou agente político ou administrativo.

A liberdade de expressão e a de informação se candidatam, legitimamente, a ingressar nesse rol seletivo. A legitimação advém de uma já sólida jurisprudência do STF, que tem afirmado essas liberdades (vejam-se os julgamentos sobre a não recepção da antiga Lei de Imprensa, sobre as biografias, sobre a proteção do sigilo da fonte de informação, sobre classificação meramente indicativa do poder público sobre filmes e espetáculos públicos, enfim, sobre a vedação de censura por qualquer forma e modo).

Assim, o grau de importância que a Constituição atribuiu à livre expressão como direito fundamental a põe a salvo de certas investidas do poder público. Consequentemente, aos agentes políticos e seus auxiliares administrativos não cabe imiscuírem-se na liberdade de expressão a título de controlar sua legitimidade e legalidade, mesmo para proteger supostos valores éticos e sociais da pessoa e da família ou a indevida comercialização de material impróprio ou inadequado por estarem sem embalagens opacas e lacradas.

Em segundo lugar, o ato é inconstitucional. Inegavelmente, está eivado de preconceito sexual, como deixaram claras as manifestações do prefeito. O pano de fundo seria considerar um beijo entre homens como violador dos valores éticos e sociais da família. Ora, as relações homoafetivas não foram somente chan-

celadas pelo STF, como incluídas como bem jurídico penal para efeito de criminalização da homofobia. Pretender impor lacres ou a apreensão de obra que contenha beijo entre homens, ou entre mulheres, é como querer apreender ou censurar cenas cotidianas da vida.

Por qualquer lado que se veja a questão que agitou a Bienal, o prefeito não poderia ter agido como agiu. Era o caso de perguntar ao prefeito por que ele não toma a mesma decisão quando os quadrinhos estampam um beijo entre um homem e uma mulher. Se não o faz, é porque há preconceito sexual, e o preconceito não é admitido pela Constituição brasileira nem por reiteradas decisões do STF.

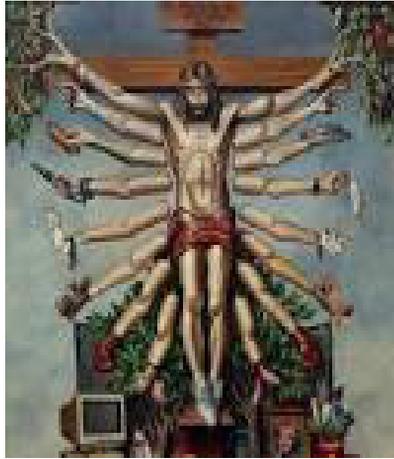
Bem decidiu a questão o presidente do STF, ministro Dias Toffoli⁸.

Desde 2017, percebe-se intolerância em relação a obras de arte no Brasil. Nesse mesmo ano, vários graves incidentes de censura ocorreram no país quase que simultaneamente. Em Porto Alegre, uma exposição particular denominada Queermuseu foi tirada de cartaz após protesto de que promoveria a blasfêmia, a pedofilia e a zoofilia⁹. Depois, a mesma exposição foi rejeitada pelo prefeito do Rio de Janeiro, que não permitiu a cessão de teatro público. Entre as obras que despertaram protestos estão as dos artistas Adriana Varejão, Bia Leite e Fernando Baril. Esse último foi acusado de blasfêmia pela obra Cruzando Jesus Cristo com a Deusa Shiva, abaixo retratada. As duas proibições foram objeto de críticas de setores da sociedade e somente após uma bem-sucedida campanha de financiamento privado, que arrecadou cerca de um milhão de reais, foi possível realizar a exposição no ano seguinte, nessa última cidade. Mas, no dia da abertura da exposição, uma liminar da Justiça da Infância e da Juventude proibiu a entrada de menores de 14 anos, mesmo acompanhados dos responsáveis, ao fundamento de que haveria obras de nudez e com conteúdo sexual¹⁰.

⁸ STF. Medida cautelar na suspensão de liminar 1.248 – Rio de Janeiro.

⁹ <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/mostra-queermuseu-e-desmontada-em-porto-alegre-e-deve-sofrer-uma-pausa-ate-ser-reaberta.ghtml>, acesso em 14/8/2018.

¹⁰ O Globo, 18/8/2018.



Em 2018, uma peça de teatro foi proibida de ser encenada por decisões de primeiro grau, confirmadas por decisões do segundo grau de jurisdição¹¹. A peça *Evangelho Segundo Jesus: A Rainha do Céu* apresentava, como Jesus, um ator transexual e foi considerada atentatória à religião e à moralidade pública, retratado abaixo:



¹¹ <https://vejasp.abril.com.br/atracao/o-evangelho-segundo-jesus-rainha-do-ceu/>

Na mesma direção de intolerância religiosa, houve um sensível aumento de violência contra religiões de matriz africana¹².

A intolerância tem sido crescentemente violenta e, no final de 2019, descambou para o atentado terrorista na sede do grupo de humor Porta dos Fundos, pela divulgação de um especial de Natal em que se ironizava a história bíblica do nascimento de Jesus Cristo¹³.

A verdade histórica e a ciência também tem sido atacadas: integrantes do alto escalão do governo federal brasileiro são adeptos do terraplanismo, negam a existência da ditadura militar, negam o aquecimento global, sustentam que o nazismo é uma doutrina de esquerda. E, por conta disso, pretendem revisar os livros didáticos.

A cultura também tem sido atacada. O governo se considera o único legitimado a produzir cultura: o que não for cultura produzida pelo governo, *não será nada*. A frase, embora repetida por um brasileiro, o secretário de cultura Roberto Alvim, é de autoria de, nada mais, nada menos que Joseph Goebbels, o chefe da propaganda do nazismo, homem de confiança de Adolf Hitler.

No quadro abaixo, há uma página do jornal O Globo com a foto de Alvim em cima, no momento em que ele anunciou a política cultural brasileira, e a foto de Goebbels, abaixo, também em pronunciamento público à nação nazista. Veja-se que a ambiência é muito parecida, a vestimenta de ambos os oradores, o mesmo penteado, as fotos dos chefes acima, as bandeiras...tudo remetendo ao nazismo. No quadro de cima, estão as exatas palavras do secretário brasileiro, e no quadro de baixo, as frases de Goebbels. As duas falas terminam com a onipotente exclamação ameaçadora: *não será nada!* Ou seja, não haverá cultura fora do governo.

12 <https://www.camara.leg.br/noticias/619029-praticantes-de-religoes-de-matriz-africana-reclamam-de-intolerancia-e-violencia/>

13 <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50919841>

ESTADO: PRODUTOR DE CULTURA

"A arte brasileira da próxima década será heroica e será nacional. Dotada de grande capacidade de envolvimento emocional e será igualmente imperativa, posto que profundamente vinculada às aspirações urgentes do nosso povo, ou então não será nada."

Goebbels:

"A arte alemã da próxima década será heroica, será ferreamente romântica, será objetiva e livre de sentimentalismo, será nacional com grande pátos e igualmente imperativa e vinculante, ou então não será nada."



Esse momento de ruptura democrática ainda está sendo agravado pela revolução tecnológica que nos envolve em escala mundial. Vivemos um momento de excesso de informações de baixa qualidade (recebemos 100 mil palavras por dia), há robôs que disparam *fake news* (no Brasil, a maioria delas é produzida pelo alto escalão do governo federal), há desprezo à memória, à História e à ciência de modo geral. Tudo somado tem produzido a perda de empatia entre os jovens, na ordem de 40%¹⁴.

A neurocientista Maryanne Wolf traça um preocupante diagnóstico:

*É receita certa para a ignorância, medo e incompreensão inconscientes, capazes de levar a formas belicosas de intolerância...*¹⁵

O quadro que vivemos hoje no Brasil tem alguns componentes preocupantes: nacionalismo exacerbado; militarização/paramilitarização (relações profundas do alto escalão do governo com as milícias); intolerância política, cultural e religiosa; desconsideração das minorias; desconsideração da cultura, da ciência e da memória; fim do pluralismo e eliminação da esquerda; e populismo. Os componentes são os mesmos do fascismo.

¹⁴ MARYANNE WOLF, *O Cérebro no Mundo Digital*, São Paulo: Editora Contexto, 2019.

¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

A desconsideração de uma determinada minoria – indígenas – tem despertado preocupação internacional, em razão das manifestações do Presidente da República de que pretende explorar as terras indígenas, concedendo-as a empresas mineadoras (obviamente internacionais). A propósito dessas manifestações, escrevi um artigo publicado num jornal do Rio¹⁶, que terminava com a seguinte poesia:

*Os índios já são gente,
Senhor Presidente,
Mas gente diferente.
Precisam somente
Que a Constituição os proteja
De gente como a gente.*

No Brasil, há um ditado que diz que tudo termina em samba. Pois também vou terminar com um samba, o samba da Mangueira no Carnaval de 2020:

*Favela pega a visão
Não tem futuro sem partilha
Nem messias de arma na mão.*

16 Jornal do Brasil.

A (I)moderação de Comentários *Online*

Luísa Neto

Prof. Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e CIJE-FDUP.

SUMÁRIO: 1. O contexto: a redefinição do espaço público. – 2. A discussão dos possíveis níveis de controlo: autorregulação, correção, heterorregulação. – 3. A autoria da lesão: o problema do anonimato na *Internet*. – 4. A suscetibilidade de lesão: os bens protegidos. – 4.1. Em geral, a proteção poliforme da vida privada. – 4.2. Direito à honra e ao bom nome. – 4.3. Direito à imagem. – 5. Em especial, a discussão da restrição das liberdades de informação e expressão. – 6. As formas de tutela como irradiação das previsões constitucionais: o nexo de causalidade e a potenciação do dano; Conclusão

1. O CONTEXTO: A REDEFINIÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO

O tema que nos propomos tratar¹ implica uma delimitação clara do contexto da eventual moderação de comentários *online* que expressem uma estrutura e intenção de discurso de ódio, num quadro de consideração dos direitos e bens envolvidos e respetiva suscetibilidade de restrição. Por um lado, a liberdade de expressão sempre funcionou como válvula catártica de escape no espaço público. Por outro lado, a delimitação impõe a vedação de comportamentos que correspondam a um potencial de dano discriminatório (v.g. intersectorial). Ora, no contexto cibernético atual, a intersecção dos bens protegidos implica uma reconceptualização dos fundamentos em causa.

¹ Texto correspondente à comunicação apresentada no seminário *Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio*, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto no dia 3 de março de 2020. A autora escreve segundo as regras ortográficas anteriores ao Acordo de 1990.

Declarou em tempos Pierre Bourdieu que “[L]’*opinion publique n’existe pas*”², na alusão à opinião pública e impessoal como forma discursiva efêmera. Parece-nos que nunca tal asserção foi tão verdadeira como no contexto da web 2.0³. De facto, e como afirmou Hillary Clinton na Washington University em 15 de fevereiro de 2011⁴: “*The Internet has become the public space of the 21st century – the world’s town square, classroom, marketplace, coffee-house, and nightclub*”.

Sabemos que o ambiente de Estado de Direito democrático reclama um contexto de transparência tão bem sintetizado por David Brin no título da sua obra de 1998⁵. Nesse sentido, as matérias atinentes à sociedade de informação suscitam o interesse da comunidade em geral e integram os “fundamentais do Estado”, por serem hoje pedra de toque do discurso democrático e da construção de uma sociedade formal e materialmente inclusiva, colocando desafios importantes quanto ao próprio desenho do que sejam as tradicionalmente entendidas divisão e separação de poderes.

Assim, a actual ágora ou o espaço público moderno delimitado por Habermas⁶ apresenta necessidades e condicionantes diferentes, numa tentativa de sopesagem de tendências de desregulamentação, privatização e liberalização e num duplo sentido, complementar, de mundialização e localização.

2 *L’opinion publique n’existe pas*, in Questions de Sociologie, Paris : Minuit, 1984. Veja-se ainda DOMINIQUE REYNIÉ, *Le triomphe de l’opinion publique*, Paris : O. Jacob, 1998.

3 Para tratamento aturado das questões aqui pressupostas, vejam-se, por todos, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Coimbra: Almedina, 2012 e JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, Dissertação do Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Políticas), Porto: FDUP, 2012.

4 HILLARY CLINTON, “Internet Rights and Wrongs: Choices & Challenges in a Networked World”, George Washington University, 15 de Fevereiro 2011, disponível em <https://2009-2017.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2011/02/156619.htm>

5 DAVID BRIN, *The Transparent Society*, Boston: Addison Wesley, 1998.

6 J. HABERMAS, *L’Espace Public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris: Payot, 1978 (ed. orig., 1962)/ JURGEN HABERMAS, *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Em termos de actualização, vejam-se por todos, CÂNDIDO MONZÓN, *Opini3n P3blica, Comunicaci3n y Pol3tica*, Madrid: Tecnos, 1996, JAMES CURRAN, “Rethinking mass communication”, in James Curran, David Morley e Valerie Walkerdine (eds), *Cultural Studies and Communications*, Londres: Arnold, 1996 e N. FRASER, “Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy”, in C. CALHOUN (ed), PETER DAHLGREN (ed), *Communication and citizenship: Journalism and the public sphere*, London and NY: Routledge, 1997 (reprint). Veja-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, “*Sociedade da Informa33o e Estado de Direito Democr3tico, Direito 3 Informa33o ou deveres de protec33o informativa do Estado*”, Revista da FDUP, Edi33o comemorativa dos dez anos da FDUP, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 623-651, em especial quanto aos conceitos de “comunica33o hierarquizada” e “comunica33o reticular”.

Entendida a informação numa acepção mais estrita, de comunicação social, a questão é hoje já outra: “a ‘revolução digital’ rompeu as fronteiras que antes separavam as três formas tradicionais de comunicação: o som, a escrita e a imagem. Permitiu o surgimento e o avanço da Internet, que representa um quarto modo de se comunicar, uma nova maneira de se expressar, de se informar, de se distrair”, como escrevia Ignacio Ramonet⁷. E continuava: “três esferas que antes eram autónomas: de um lado, a cultura de massa, com sua lógica comercial, suas criações populares, seus objectivos basicamente mercantis; de outro, a comunicação, no sentido publicitário, o marketing, a propaganda, a retórica da persuasão; e, finalmente, a informação, com suas agências de notícias, boletins de radiodifusão ou de televisão, a imprensa, as redes de informação contínua (...) foram-se misturando pouco a pouco, até constituírem uma única esfera, ciclópica, na qual é cada vez mais difícil distinguir as actividades pertencentes à cultura de massa, à comunicação ou à informação”⁸.

Numa outra abordagem, Javier Echevarria⁹ lembrava que “a nova forma de ser súbdito consiste em dedicar quotidianamente algum tempo a escutar ou a ver a corte”. Ora, se a liberdade dos *media* não é mais do que a extensão da liberdade colectiva de expressão, fundamento da democracia, os novos desafios dos *media* resultam hoje da necessidade de considerar suportes diferenciados que permitam o *animus* sociocultural da nova sociedade da informação¹⁰, em contextos que são hoje também os de uma – ao menos no entender de alguns – ciberdemocracia¹¹.

⁷ Editorial do *Monde Diplomatique* de Outubro de 2003.

⁸ *Idem*, op. e loc. citis. Vejam-se ainda LUÍSA NETO, “Ciência da Informação e Direito: um novo paradigma de reconstrução do papel do Estado no contexto da sociedade global de informação”, in *A informação jurídica na era digital*, 24 e 25 de Fevereiro de 2011, Porto: Afrontamento, CETAC Media, 2012, pp. 41-55 e LUÍSA NETO, “Um outro tipo de ‘freios e contrapesos’: a comunicação social no contexto do Estado de Direito Democrático”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, FDUL, Coimbra: Coimbra Editora, Volume II (Direito Constitucional e Justiça Constitucional) Coimbra Editora, 2012, pp. 455-509.

⁹ *Apud* FRANCISCO RUI CÁDIMA, *Desafios dos novos media: a nova ordem política e comunicacional*, 2ª ed, Lisboa: Editorial Notícias, 1999, p. 26.

¹⁰ J. FERREIRA SALGADO, *Informação e civilização*, Ordem dos Advogados, Conselho Distrital do Porto, 1973, Conferência proferida pelo autor em 11 de Maio de 1973.

¹¹ Vejam-se TIMOTHY FENOULHET, *Democracy and the information society*, European Commission, DG XIII, January 1996, NOAM CHOMSKY, *Necessary Illusions*, London: Pluto, 1989 e PIERRE LÉVY, *Ciberdemocracia*, Lisboa: Instituto Piaget, 2003, pps. 28, 33 e ss e 171.

Sucedee que essa – *quod erat demonstrandum* – ciberdemocracia, que enlaça a sociedade da informação, impõe exigências diferenciadas ao ramo de Direito que delas se ocupa, dada a necessidade de contemporização com a reserva do “tecnologicamente possível”¹² e a inexistência de claros limites espaciais de aplicação normativa.

Assim, se a protecção da individualidade da pessoa em contexto cibernético deve ser a continuidade da protecção garantida pelo Estado na realidade *offline*, a imaterialidade¹³ convoca todavia desafios acrescidos. Trata-se pois de saber se é ainda possível a utilização dos “odres velhos” para conter e disciplinar o “vinho novo” da Internet¹⁴, em especial quanto à susceptibilidade de aplicação da dogmática comum da responsabilidade civil e penal e da protecção dos direitos fundamentais à realidade fáctica da Internet, em particular no que respeita aos conteúdos gerados em contexto que não diferenciam o emissor e o receptor de informação (*producers*)¹⁵.

Fundamentalmente, a discussão da responsabilização pela liberdade de expressão e informação digital *online* – *rectius*, pela respetiva possível ilícita violação – encontra escolhos na imensidão da informação disponível, não filtrada, constantemente actualizada e virtualmente impossível de apagar¹⁶, contribuindo para a qualificação de Castells de sociedade em rede ou para aquilo a que Domingos Farinho já qualificou como “verdadei-

12 Sobre esse conceito, leia-se CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de DF na era tecnológica”, RFDUP, Coimbra: Coimbra Editora, A. 7, 2010, pp. 19-34.

13 CARLA PRINO, *O enquadramento legal do facebook*, dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2012.

14 Expressão celebrizada por MANUEL CARNEIRO DA FRADA em “Vinho novo em odres velhos?», A responsabilidade civil das «operadoras de Internet» e a doutrina comum da imputação de danos”, Revista da Ordem dos Advogados, ano 59, II, Abril de 1999), depois objecto de republicação em *Direito da Sociedade de Informação*, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

15 Para dilucidação do conceito, na terminologia de conceitos gerados por utilizadores (CGU), veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, pp. 30 ss.

16 A ‘reserva do tecnologicamente possível’ impede a real concretização do *right to be forgotten* (*droit à l’oubli*) em actual equação acrescida desde a respectiva previsão no artigo 17.º do Regulamento Geral de Protecção de Dados - Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados -, a que em Portugal acresce a consideração da Lei n.º 58/2019, de 8 de Agosto.

ro ecossistema virtual”¹⁷. Ora, esse ecossistema é composto por uma miríade de diferenciados agentes – não raro com interesses últimos contraditórios e de difícil compatibilização, como operadores de telecomunicações, fornecedores de acesso à Internet, fornecedores de bens e serviços *online*, gestores dos *websites* e, claro, os utilizadores, ou cibernautas – e ancora-se no já referido carácter não espacial de aplicação da regulação e de escolha e, ainda, no *a priori* lícito anonimato digital¹⁸.

A edição electrónica – que corresponde no fundo ao Web-casting e à “colocação em linha”, e o acesso às mensagens ou a sua transmissão por solicitação individual ou a pedido do destinatário (“ponto a ponto”) – traz novidades no próprio conteúdo das mensagens comunicadas na Internet, já que as mesmas utilizam suporte digital e se expressam em código binário. Ou seja: a Internet não apenas é multimédia pelo facto de reunir vários meios de comunicação num só, mas as próprias mensagens que veicula podem ser, elas mesmas, multimédia.

Ora, se a violação dos direitos potencialmente ciberenvolvidos não é novidade exclusiva do mundo *online*, o certo é que novas formas de perpretação e de escusa – parcialmente legítima às responsabilidades – contribuem para o ferrão da “letra escarlate digital” de que fala Daniel Solove¹⁹.

Assim, se os meios de comunicação *online* são veículo da liberdade de expressão e informação, importará perceber se a forma de regulação dos comentários que surgem em ambiente digital – v.g. através da obrigatoriedade de registo de leitores para efeitos de comentários, prévia aferição, colocação de filtros, aposição de *disclaimer* de responsabilidade, *maxime* remoção – cumpre e não viola o princípio da proporcionalidade e, muito em especial, o princípio da proibição do excesso. Os modelos são diversos, mas a atenção ao tema é óbvia.

17 DOMINGOS SOARES FARINHO, *Intimidade da Vida Privada e Média no Ciberespaço*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 14. No mesmo sentido, Daniel J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor and Privacy on the Internet*, New Haven e Londres: Yale University Press, 2007, pp. 4 e 5.

18 Nesse sentido, JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., pp. 79 ss e JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit., p. 18.

19 Veja-se DANIEL J. SOLOVE, *The Future of Reputation...*, op. cit., pp. 76 ss.

Em Portugal, a alteração da abrangência subjetiva do conceito de comunicação social²⁰ resultava já evidente de deliberação (1/DF-NET/2007) da Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERCS) que veio prever que, a partir de então, todas as pessoas que sentissem violados os seus direitos de expressão em sítios da Internet que cumprissem uma função de veículo de comunicação pública pudessem ver as suas queixas atendidas pelo Conselho Regulador²¹, atendendo a que a esse órgão compete a salvaguarda do respeito pelos direitos, liberdades e garantias na promoção de um espaço público mediatizado que se quer livre e democrático. Na sua Deliberação 2/CONT-NET/2011, o Conselho Regulador tinha condenado o Jornal de Notícias “por ter[em] ultrapassado limites que devem ser respeitados pelos órgãos de comunicação social em todos os conteúdos que transmitem, sejam ou não da sua autoria imediata, (...)” e instado, a “de futuro, não validar[em] os comentários online que tenham as características *supra* referidas” e na Deliberação 210/2013 (CONTJOR-I), aquele Conselho determinou que o mesmo órgão de comunicação adotasse “um sistema que permita o eficaz controlo dos comentários publicados online, de modo a evitar a presença no seu sítio eletrónico de conteúdos ofensivos da dignidade da pessoa humana e que manifestamente ultrapassam os limites da liberdade de expressão”.

A discussão passou a ter parâmetros mais claros com a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos de 10 de outubro de 2013, no caso *Delfi AS vs Estonia* (Processo n.º 64569/09). A *Delfi SA* é um portal de notícias na Estónia que foi jurisdic-

20 Para análise da perspetiva da liberdade de comunicação social para não jornalistas, sugere-se a leitura de DOMINGOS SOARES FARINHO, “*Todos têm direito à liberdade de imprensa? A propósito do caso Apple vs Doe e da decisão do tribunal de apelo do estado da Califórnia*”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 12, Outubro-Dezembro 2007, em especial p. 64.

21 Recorde-se que em Maio de 2008, pela primeira vez em Portugal, um blogue foi suspenso na sequência de uma decisão de um tribunal que determinava que a Google tinha de impedir de imediato o acesso ao blogue. O blogue Póvoa Online era acusado pelo presidente e vice-presidente da Câmara do Póvoa do Varzim, Macedo Vieira e Aires Pereira, de os difamar. O tribunal considerou que “a maior parte do conteúdo do blogue” consistia em “artigos de opinião” e que os autores criticavam Macedo Vieira e Aires Pereira, não apenas como presidente e vice-presidente da Câmara, mas também como “cidadãos, pais, familiares e amigos”. A sentença considerou também que diversos textos do Póvoa Online não eram feitos como “uma crítica construtiva, baseada em factos provados, concretos e objetivos, mas com o objetivo de difundir, junto do público, de forma gratuita, a ideia de que os requerentes são corruptos e corruptíveis”.

cionalmente censurado por se ter entendido que “podia ter feito mais” para evitar determinados tipos de comentários, assim legitimando as restrições à liberdade de expressão *online*.

Por outro lado, mais recentemente, leis em Estados europeus acentuam a relevância da matéria, como no caso da Itália ou da Bélgica e, *maxime*, com a entrada em vigor em 1 de janeiro de 2020, na Alemanha, da nova *NetzDG* (*Netzdurchsetzungsgesetz*, Lei de Fiscalização da Rede, em tradução livre), com regras claras e temporalmente exigentes quanto à remoção de comentários.

Sabemos que a definição dos níveis de visibilidade digital cabe – ao menos parcialmente – a cada prestador de serviço, bem como a definição das opções de perfil privado de perfil público e de semi-público, e de moderação ou não de comentários *online*. Mas a responsabilidade decorrente do exercício de tal opção pode ainda depois revelar-se agigantada com a possibilidade de partilha (*share/link*), impossibilitando uma real linha de fronteira com redes sociais como o Facebook ou o Twitter e trazendo novos desafios aos diplomas reguladores gerais da lei de imprensa.

Se a Internet se assume como um espaço por excelência para a perpetuação de violações de direitos de propriedade industrial e, em particular, atentados contra marcas registadas no mundo analógico²², até que ponto é legítimo fazer impender sobre o fornecedor do serviço de armazenagem de meios de comunicação social a obrigação imediata de retirar ou impossibilitar, por si mesmo, sem ordem de nenhum tribunal ou entidade administrativa competente, o acesso a esse determinado conteúdo? ²³ Aliás, um primeiro problema na matéria de que nos vimos ocupando pode ser desde logo o da qualificação, para efeitos de direitos de autor, de alguns tipos de propriedade digital. Os caracteres novos dessa forma de transmissão de mensagens implicam a necessidade de tratamento técnico-sistemático dos problemas

22 Sobre técnicas de *cyber squatting* e uma miríade de insuspeitas questões, veja-se SOFIA FILGUEIRAS, *Direitos de Autor Relativos a Criações Virtuais e Avatares*, RFDUP, Coimbra: Coimbra Editora, Ano VI – 2009, pp. 511 e 516, ss e SOFIA FILGUEIRAS, “Problemas Reais da Propriedade Intelectual nos mundos virtuais”, in *A informação jurídica na era digital*, org. Luísa Neto, Fernanda Ribeiro, Ricardo Perlingeiro, Porto: Afrontamento, CETAC Media, 2012, pp. 159 ss.

23 Sobre o assunto, veja-se ainda BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

que essa admirável “propriedade tecnodigital” coloca²⁴. Hoje em dia, não se deve visar a impedir a reprodução, mas sim conseguir assegurar que essa reprodução seja feita em condições²⁵.

Por outro lado, a proibição geral de dispositivos que impeçam o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma eletrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços. Por essa razão, a matéria da proteção da propriedade digital encontra-se também ligada de forma clara à matéria da privacidade e proteção de dados pessoais, regulada entre nós pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (doravante RGPD).

Outra matéria com óbvia intersecção é a da nova regulamentação e obrigação de arquivo aberto, que pode de alguma forma conflitar com os prazos de domínio público. Nessa senda, é interessante compulsar a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto – com alterações –, que aprovou o regime de acesso à informação administrativa e ambiental e de reutilização dos documentos administrativos, transpondo a Diretiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro, e a Diretiva 2003/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de novembro.

Acresce que as regras do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – em especial as relativas às condições de reprodução e de participação financeira – não foram feitas para regular esse novo meio de comunicação, como acentuam o Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal e o Docu-

24 Os direitos de autor – enquanto feixes complexos de direitos de índole pessoal e patrimonial – são particularmente vulneráveis nos casos de ilicitude de conteúdos colocados e difundidos na Internet, sendo prática reiterada o *upload* e *download* de obras protegidas sem o consentimento do respetivo dono.

Veja-se a Declaração do Conselho da Europa sobre a atribuição e gestão do dividendo digital e o interesse público (20-02-2008) e ainda ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Problemas atuais da gestão do direito de autor: gestão individual e gestão colectiva do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação”, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria, 2003, pp. 17-37.

25 Leia-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Direito de autor no ciberespaço”, *Portugal-Brasil ano 2000*, Tema Direito, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 83 e ss, nesse caso p. 102. Para igual desenvolvimento do tema veja-se ainda do mesmo autor, “O direito de autor no ciberespaço”, [S.l.] : [s.n.], 1999, pp. 45-64, Sep. de RDR, n.º 14, Maio e, ainda, *Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação*, Coimbra: Almedina, 2001. Veja-se, ainda, por todos, ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, “Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital”, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, BFDUC, *Studia Iuridica*, 55.

mento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Eletrônico. É certo que o referido Código em vigor – mormente na versão republicada com a Lei n.º 50/2004, de 24 de Agosto, correspondendo à transposição da Diretiva 2001/29/CE – é aberto aos meios de comunicação vindouros, mas não oferece uma regulamentação específica com sistematicidade suficiente para as novas questões do multimédia.²⁶

Ora, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro²⁷, que aprovou o Regime Jurídico do Comércio Eletrónico (doravante RJCE), veio prever caber aos prestadores intermediários de serviços “a obrigação, para com as entidades competentes, de satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem”, acrescentando que o “prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento da atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação”, pelo que, ao que parece, está a obrigar o prestador de serviços a retirar o acesso logo que exista uma denúncia. A solução encontrada pelo legislador pode parecer adequada em casos de, por exemplo, manifesta “incitação à violência”, mas na maior parte das vezes a ilicitude pode não ser tão evidente.

2. A DISCUSSÃO DOS POSSÍVEIS NÍVEIS DE CONTROLO: AUTORREGULAÇÃO, CORREGULAÇÃO, HETERORREGULAÇÃO

O Direito não é alheio à necessidade de regulação *hoc casu*. Há normas e há sanções. Já questão diferente é a da susceptibilidade ou da facilidade na sua aplicação.

Tal como salienta José de Oliveira Ascensão²⁸, está provavelmente hoje em causa a opção entre a regulamentação ou regu-

²⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, veja-se LUÍSA NETO, *Novos direitos...*, op.cit., Capítulo VIII, pp. 153 e ss.

²⁷ Esse diploma veio transpor a Diretiva n.º 2000/31/CE. Foi entretanto já alterado de forma significativa pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de março e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 40/2020, de 18 de Agosto.

²⁸ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, in AA.VV., *Sociedade da Informação. Estudos Jurídicos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 62.

lação, ou a visão da regulamentação como entrave à regulação. Mas esse debate tem variadas perspectivas paralelas e reciprocamente subsidiárias: económica, jurídica, tecnológica.

Seja como for, a questão deve ser vista à luz da evidência de que a eventual restrição – e/ou mero condicionamento – de direitos, liberdades e garantias, como os que ao caso subjazem, não pode deixar de acolher os critérios de legitimidade constitucionalmente previstos na lei fundamental portuguesa – que acompanha nessa matéria aliás os principais documentos internacionais atinentes à matéria. De facto, o direito à informação vem claramente previsto em instrumentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁹. Veja-se por exemplo o artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou, na mesma linha, o artigo 10.º da Convenção Europeia, relativos à liberdade de expressão³⁰. É aí patente que esse direito é indissociável da liberdade de opinião que é o seu fundamento e exige concatenação, num sentido ainda mais específico, com a garantia de acesso a uma informação objectiva e pluralista.

No entanto, abstendo-se de ingerências preventivas ilícitas e de excessivas cláusulas de limitação, o Estado pode adotar uma de várias atitudes não exclusivas ou excludentes entre si face ao direito à informação, dos informados e dos que informam: a de abstenção e/ou neutralidade, o traçar de linhas de política, a participação na gestão, a total gestão³¹. Trata-se de gerir as opções políticas de base que sustentam um direito

29 Entre nós merece desenvolvimento primordial na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) de 1976, diretamente nos seus artigos 37.º a 41.º, depois de decorrer já dos princípios gerais enforçadores do sistema.

30 O artigo 9.º desse mesmo último texto internacional refere-se à liberdade de pensamento, consciência e religião, enquanto a protecção da actividade social e política vem prevista no artigo 11.º, em articulação com as liberdades de reunião, associação, criação e filiação, sindicatos, livres eleições e a previsão do artigo 3.º.

31 Para análise concreta em especial das relações entre imprensa, democracia e totalitarismo, a relação desta com outras ideologias ao longo da História e as suas múltiplas manifestações na democracia dos nossos dias em especial nos meios de comunicação social, veja-se PAULO OTERO, *A Democracia totalitária: do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – a influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Lisboa: Príncipia, 2001. Veja-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional aplicado, Viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos*, Lisboa: Quid Juris, 2007, em especial a Parte V (Informação, Direitos e Estado – pp. 315 e ss).

à verdade e à transparência, discutindo a preferência por um modelo de autorregulação (por muitos referenciada como *netiquette*), correção – *v.g.* com aprovação de códigos de conduta *inter pares* – ou heterorregulação ou, ainda, a da assunção de um modelo cumulativo.

Muitos são os que alertam para o facto de a economia depender fortemente da informação – e sobretudo da informação personalizada que permita ao mercado actuar de forma cada vez mais precisa. É aliás provavelmente nessa sede que surge como mais evidente a intersecção com a evidência de que já se falou: a informação como mercadoria, nesse caso paredes meia com a ideia da regulação dos serviços da sociedade da informação como incluindo o comércio electrónico³².

“É evidente que a crença na virtude da informação livre é mais profunda do lado liberal, porque se ajusta à institucionalidade da democracia representativa. Assim, os *media* devem ser um dos mecanismos de escrutínio dos representantes políticos, colocando no domínio público tudo o que cabe na relação entre a sociedade o Estado. Ou seja, contrabalançando o potencial opressor dos Estados através da desocultação e da publicitação em nome do interesse público, de modo a capacitar o cidadão para avaliar e decidir (...).”³³ No entanto, “o ideal democrático requer não apenas um público informado, mas também que o debate dos assuntos de importância pública seja aberto a uma pluralidade de vozes e perspectivas (...). Desse ponto de vista, a deliberação política deve incluir formas de debate e reflexão alargadas e transparentes no espaço público mediático”³⁴. É que, hodiernamente, mais do que instância de mediação, os *media* vão muito para além do papel de produção de informações, para se tornarem actores cuja presença e características têm implicações na própria configuração dos vértices da política e da cidadania.

32 Nesse sentido específico, vejam-se B.D. LOADER, “The governance of cyberspace. Politics, technology and global restructuring”, in B. D. Loader (ed.), *The Governance of Cyberspace*, 1997, Londres: Routledge, pp. 1-19, J. Slevin, *The Internet and Society*, 2000, Oxford: Polity Press, pp. 1-10 e pp. 214-235.

33 JOSÉ RICARDO CARVALHEIRO, “O triângulo bloqueado: media, política e cidadãos na democracia local”, UBI/LabCom, disponível *online* em <http://bocc.ubi.pt>, Biblioteca online de Ciências da Comunicação, p. 5.

34 *Idem*, *op. cit.*, p. 6.

Aliás, não pode deixar de se assinalar que a Internet opera, ainda, a transformação do direito de autor em acto económico de consumo, sendo curioso que as matérias do “direito de autor tecnológico” estejam hoje a ser tratadas no domínio do regime do comércio electrónico³⁵ ou da concorrência desleal. De facto, a proibição geral de dispositivos que impeçam o acesso a obras colocadas à disposição do público em linha por forma electrónica põe o utilizador final destas obras em condições análogas às do utente de serviços de telecomunicações, que pode ser controlado pelo acesso e utilização que faça desses serviços. Assim, a *World Wide Web* veio introduzir no tratamento dos direitos de autor questões novas, como as da digitalização, da convergência e da interactividade³⁶.

3. A AUTORIA DA LESÃO: O PROBLEMA DO ANONIMATO NA INTERNET

O anonimato – *id est*, a mera identificabilidade do IP (Internet Protocol)³⁷ que sinaliza apenas o computador que emite os dados para serem transportados na rede sem identificabilidade da pessoa física do utilizador que acede à Internet – foi magistralmente espelhado no cartoon de Peter Steiner publicado 5 de Julho de 1993 no jornal *New Yorker*: “*On the internet, nobody knows you’re a dog*”.

Esse anonimato pode ser visto como corolário do direito à reserva da intimidade da vida privada, mas há-de ceder, como em qualquer situação de conflito ou colisão, perante outros direitos ou outros bens constitucionalmente protegidos – *maxime*, em caso de ilicitude³⁸.

35 Essa é matéria que está naturalmente apartada do escopo do nosso tema, nos termos em que foi o mesmo delimitado previamente. Ainda assim, para além do Documento Orientador da Iniciativa Nacional para o Comércio Electrónico, veja-se ainda ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA, *Serviços da sociedade da informação: alguns problemas jurídicos do comércio electrónico na Internet*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001.

36 Veja-se JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “E agora? Pesquisa do Futuro Próximo”, *op. e loc. cit.*

37 Excluir-se-á aqui a referência a técnicas de *spoofing* que implicam a apropriação de elementos informáticos alheios como forma de evitar a localização real na rede.

38 É aliás esse o sentido da *disclosure* exigida pelo Regime Jurídico do Comércio Electrónico, quando prevê a obrigação de os prestadores intermediários de serviços identificarem os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem face a pedido da entidade competente. JOÃO FACHANA, *A res-*

4. A SUSCEPTIBILIDADE DE LESÃO: OS BENS PROTEGIDOS

Apesar da confusão e intersecção com os conceitos de direito à honra, à imagem, à reputação e ao bom nome, a protecção poliforme da vida privada tende a proteger a paz e a tranquilidade da vida pessoal e familiar e, por consequência, a liberdade, e não deve ser confundida com a protecção de interesses inspirados em fim diferente.

4.1. Em geral, a protecção poliforme da vida privada

A protecção da vida privada visa a garantir instrumentalmente a liberdade de cada um se determinar a si próprio num “espaço vital” ao abrigo da indiscrição alheia.

Mas a ideia de sociedade transparente leva a perguntar qual pode ser actualmente o conteúdo último do *right to be let alone* destacado por Samuel Warren e Louis Brandeis.³⁹ De facto, se em 1890 *Brandeis* definia esse direito como *the most valued by civilized*, algumas décadas depois, mesmo se a formulação parece ainda exprimir uma evidente sensatez, é cada vez mais difícil de perceber como poderá esse “direito” ser assegurado na sua totalidade⁴⁰. Não parece que possa, ao menos aprioristicamente, fazer-se uma enumeração completa e indiscutível desse conteúdo, nem o legislador teve essa pretensão, utilizando uma cláusula geral e afastando qualquer tipo de taxatividade⁴¹.

A noção integra o direito de se opor às ingerências de outrem, mas não ficam por aqui as possibilidades de enriquecimento do conceito, a pressupor elaboração doutrinal e jurispruden-

ponsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos..., op.cit., p.80, admite no entanto que “[O] Decreto-lei não estipula em que situações o pedido ou a satisfação do mesmo deve ser cumprido, mas, em nosso entender, de acordo com o supra exposto, apenas será legítimo à entidade competente solicitar tais informações quando tiver fundadas suspeitas de que o utilizador em causa praticou um acto ilícito, sob pena de violação do direito ao anonimato.”

39 Para desenvolvimento, veja-se SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, V. IV, n.º 5, 1890, pp. 193 ss.

40 LUISA NETO, *Novos Direitos – ou novos objectos para o Direito?*, Porto: Editora Universidade do Porto, 2010, Capítulo IV, pp. 65 ss.

41 Nesse sentido, veja-se a doutrina expendida nos Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.ºs 120/80, 17/83 e 92/91. No que tange ao recorte constitucional do direito à privacidade, veja-se por todos Paulo Mota Pinto, “A protecção da vida privada no Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, Abril-Junho 2006.

cial permanentes, nomeadamente num tempo em que as ameaças aos direitos fundamentais que decorrem da eficácia horizontal – da comunidade – se apresentam provavelmente com tanta força como as que tradicionalmente correspondiam às ameaças estaduais – eficácia vertical.

Acresce que o direito à reserva é simultaneamente previsto como direito fundamental e como direito de personalidade: os primeiros relevam do direito constitucional e pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relevam do direito civil e regulam tendencialmente relações de igualdade, os primeiros colocam a pessoa perante o poder público, os segundos apontam-lhe uma esfera autónoma de realização, mesmo face a outros cidadãos.

A protecção da vida privada – mormente em contexto *online*⁴² – projecta-se ainda na previsão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade também previsto entre nós constitucionalmente.

E uma das matérias hoje mais sensíveis quanto à delimitação ordinária da protecção da vida privada radica na “autodeterminação informacional” a que se refere o artigo 35.º da CRP.

A consideração das lesões deve ser avaliada *in concreto*, mas não prescinde de um juízo de adequação social que conforma a exigência de licitude. Ou seja, se todos realçamos a importância da protecção da vida privada na complexidade das relações jurídico-sociais, se têm aqui operância as teses quanto à vinculação do legislador ordinário pelos direitos fundamentais, há também que não ter medo de afirmar que se deve atender à chamada teoria das bagatelas como princípio de interpretação e conformação social: de facto, tal como o direito penal exclui a protecção típica quando entende não existir adequação social, é importante que percebamos que o âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada exige hoje, no mundo actual, uma configuração obviamente distinta daquela a que se referia Brandeis no final do século XIX. Mormente no cenário *online*.

42 Poderemos ver como claras violações da reserva da intimidade de vida privada a obtenção de dados pessoais sem autorização do respectivo titular, nomeadamente através da aposição de *cookies* – históricos de navegação.

4.2. Direito à honra e ao bom nome

A honra, o crédito e o bom nome⁴³ de uma determinada pessoa são direitos de personalidade frequentemente lesados na Internet. De facto, importa aliás aqui lembrar o aumento possivelmente exponencial de ofendidos para além daqueles inicialmente configurados pelo autor dos factos danosos, devido ao efeito de multiplicação da mensagem da rede.

No entanto, o legislador apenas considera ilícitos os comportamentos violadores do bom nome e do crédito quando estes consubstanciem afirmações ou declarações de facto, daí que se encontrem excluídos os juízos de valor ou meras opiniões, uma vez que estas estão integralmente legitimadas pelo direito fundamental à liberdade de expressão. Essa linha tem sido seguida pela jurisprudência – *v.g.* dos tribunais da Relação e até do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – que tem vindo a aderir à admissão (que se reputa excessiva) do ataque desproporcionado, salvaguardando a sátira e assumindo a distinção entre notícia e crónica para afastar de alguns cenários de discurso político os pressupostos de aplicação dos artigos 70.º e 483.º do Código Civil, não raro com recurso à doutrina da causalidade adequada.

Devem aqui ser operativamente trazidos à colação, decisões do TEDH em que esse alto tribunal tem feito pender a balança no sentido do predomínio da liberdade de expressão em detrimento do direito à honra⁴⁴, em especial:

- Acórdão Oberschlick contra Áustria, de 1 de julho de 1997;
- Acórdão Bladet Tromso e Stensaas contra a Noruega, de 20 de maio de 1999;
- Acórdão Colombani e outros contra a França, de 25 de junho de 2002;
- Acórdão Ernst e outros contra a Bélgica, de 15 de julho de 2003;

⁴³ Sobre esse ponto, veja-se, por todos, FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra: Almedina, 2011.

⁴⁴ Comentado por EUCLIDES DÁMASO SIMÕES, no *Jornal Público*, em 27 de Agosto de 2007. No mesmo sentido, CLARA VIANA, *O espaço da vida privada encolheu para os políticos*, *Público*, P2, Domingo, 13 de Abril de 2008.

- Acórdão Amihalachioaie contra a Moldova, de 20 de abril de 2004;

- Acórdão Karhuvaara e Iltalehti contra a Finlândia, de 16 de novembro de 2004;

- Acórdão Brunet-Lecomte e SARL Lyon Magazine contra a França, de 20 de Novembro de 2008⁴⁵.

Entre nós, será também de trazer à colação o caso Manuel Maria Carrilho contra António Barreto, decidido pelo Tribunal da Relação do Porto em 2002⁴⁶, e o caso Pedro Burmester contra Augusto M. Seabra, decidido pelo mesmo tribunal em Outubro de 2007⁴⁷, e em que o tribunal expressamente declarou: “não nos parece ocorrer ataque pessoal gratuito: o artigo de opinião em causa é apenas mais um, em que o crítico desanca de modo desabrido a política cultural do autarca”.

Em 2007, o Tribunal da Relação do Porto delimitava, em acórdão⁴⁸: “A expressão usada, mesmo concedendo que o as-

45 FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA, *O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão, os casos portugueses*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, elenca os casos a partir da pp. 21 :

Lopes Gomes da Silva contra Portugal, 2000

Urbino Rodrigues contra Portugal, 2005

Roseiro Bento contra Portugal, 2005

Almeida Azevedo contra Portugal, 2007

Colação Mestre contra Portugal, 2007

Leonel Alexevedo contra Portugal, 2008

Campos Dâmaso contra Portugal, 2008

Women on waves e outros contra Portugal, 2009. Esse último caso foi também abordado em “A liberdade de expressão não diz apenas respeito às ideias”, Francisco Teixeira da Mota, Público, 14 de Fevereiro de 2009. Por outro lado, e por ser exemplificativa nessa matéria, faz-se igualmente apelo à jurisprudência mais significativa do Supremo Tribunal Federal dos EUA: *Brown v. Oklahoma*, *Cantwell v. Connecticut*, *Chaplinsky v. New Hampshire* (landmark case), *Cohen v. California* (landmark case), *Doe v. Michigan*, *Feiner v. New York*, *Gooding v. Wilson*, *Lewis v. City of New Orleans*, *R. A. V. v. St. Paul*, *Rosenfeld v. New Jersey*, *Terminiello v. Chicago*, *Wisconsin v. Mitchell*, *Associated Press v. Walker*, *Barber v. Time*, *Beauharnais v. Illinois*, *Braun v. Flynt*, *Cantrell v. Forest City Publishing*, *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets*, *Cohen v. Cowles Media*, *Cox Broadcasting v. Cohn*, *Curtis Publishing v. Butts*, *Dietemann v. Time*, *Galella v. Onassis*, *Gertz v. Welch* (landmark case), *Hustler Magazine v. Falwell*, *Lambert v. Dow Chemical*, *Masson v. New Yorker*, *Milkovich v. Lorain Journal*, *Monitor Patriot v. Roy*, *New York Times v. Sullivan* (landmark case), *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, *Rosenblatt v. Baer*, *Spahn v. Julian Messner*, *Time v. Hill*, *Wilson v. Layne*, *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*.

46 Estava em causa um artigo de António Barreto sobre Manuel Maria Carrilho intitulado ‘Um homem sem qualidades’, publicado no Público a 14.11.1999. O tribunal de instrução criminal decidiu a favor de Barreto em inícios de 2002, e em Novembro de 2002 também o Tribunal da Relação mandou arquivar processo de Carrilho contra Barreto.

47 FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA comenta o caso na sua crónica do Jornal Público de 17.1.2009. Como enquadramento, vejamos ainda BERNARD BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, Paris: LGDJ, 1995, e AUGUSTO SILVA DIAS, *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e injúrias*, Lisboa: AAFDL, 1989.

48 O Acórdão, tirado no Processo 745811, apresenta o seguinte sumário: “A expressão ‘és um palhaço’, ainda que proferida para manifestar desconsideração, não é ofensiva da honra ou consideração do lesado”.

sistente se considerou ofendido, não atinge, sequer, o limiar da relevância penal.” E recordava um acórdão de 2002⁴⁹, em que se determinava que “o direito não pode intervir sempre que a linguagem utilizada incomoda ou fere susceptibilidades do visado. Só o pode fazer quando é atingido o núcleo essencial de qualidades morais que devem existir para que a pessoa tenha apreço por si própria e não se sinta desprezada pelos outros. Se assim não fosse a vida em sociedade seria impossível. E o direito seria fonte de conflitos, em vez de garantir a paz social, que é a sua função”.

4.3. Direito à imagem

Se adoptarmos um conceito lato de comentário, importará ainda fazer referência ao direito à imagem, previsto no artigo 79.º do Código Civil, que proíbe no respectivo nº 1 que o retrato de uma pessoa possa ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela, sem que sejam aplicáveis as causas de exclusão de ilicitude do nº 2. A possibilidade de violação dessa proibição surge naturalmente agigantada na Internet, através da circulação de ficheiros contendo fotos ou imagens ou através da gravação de vídeos e da sua posterior publicação em sites de partilha de vídeos (como o YouTube) ou em redes sociais (como o Facebook)⁵⁰.

5. EM ESPECIAL, A DISCUSSÃO DA RESTRIÇÃO DAS LIBERDADES DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO

Definido minimamente o conteúdo dos direitos envolvidos, passemos agora à análise das respetivas e inerentes possibilidades de restrição. É que, ao invés do que muitas vezes se entende agitar como bandeira, não obstante a sua aplicação directa e a sua vinculação de entidades públicas e privadas, os direitos, liberdades e garantias são passíveis de restrição, nos termos constitucionalmente adequados, quais sejam os de se

⁴⁹ Acórdão tirado em 12.6.2002, no Recurso 332/2002.

⁵⁰ Outro tipo de violação ocorre não pela simples divulgação de uma determinada foto ou imagem, mas da deturpação da mesma (v.g. através de fotomontagens, como no caso do site “Fototanga” ou no caso decidido no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 2002, Processo 02B2966, Relator: Ferreira Girão).

visar à concordância prática para a resolução de uma colisão entre esse direito e um bem jurídico da comunidade ou do Estado – *v.g.* para o que aqui nos interessa, a amplificação das liberdades de expressão e informação – ou de um conflito entre dois direitos fundamentais distintos, e desde que se manifestem cumpridos os pressupostos da intervenção legislativa proporcional e não retroactiva, e que se não atinja o núcleo mínimo essencial da previsão jusconstitucional.

Recorde-se também que há muito já se abandonou um critério hierárquico de solução de conflitos e colisões. O referido critério da concordância prática incide sobre o tipo e intensidade da lesão em causa, que pode muitas vezes ser mínima, ancorado fortemente no princípio da proporcionalidade nas suas três vertentes: necessidade, adequação e proibição do excesso.

Acresce ainda que a possibilidade de restrição nos termos do artigo 18.º da CRP não é a única forma de conceber a definição de tal núcleo. De facto, da mera sistematização constitucional se retira a possibilidade da consideração de limites iminentes, restrições implícitas, ou das chamadas teorias de *Tatbestand* alargado ou da conversão – todas estas expressões que de originalidade têm apenas a forma, porquanto sempre se referem à inevitabilidade de compatibilização hermenêutica interna do texto constitucional.

A opção pela moderação ou não moderação de comentários⁵¹ pode por exemplo convocar discussão sobre a obrigatoriedade de possibilitar depois o exercício de direito de rectificação e/ou resposta – fazendo aqui, *stricto sensu*, a distinção entre a reposição do direito à verdade e a consideração do direito à honra – e o papel a assumir por um meio de comunicação *online* na arbitragem entre leitores.

E é nesse contexto que emerge a discussão sobre a regulação de um eventual direito ao esquecimento, criticado pelos que erigem a liberdade de expressão em conduta irrestringível – e “incensurável” – e condenam a possibilidade de remoção de conteúdos partilhados na WWW.

51 Seja ela de tipo automática ou mediada por operador humano.

Peter Fleischer elencou três situações susceptíveis de conter com a liberdade de expressão⁵², analisadas por Jeffrey Rosen⁵³. Assim, num primeiro momento, estaria em causa o direito de ver eliminado da Internet algo que o próprio tenha publicado: trata-se de remoção de conteúdo com cópia e republicação não autorizadas, assim salvaguardando a atividade jornalística, artística ou literária como excepção para a remoção de informação^{54/55}.

Questão diferente é a da situação em que o titular original daquele conteúdo contacta a plataforma em questão para que remova a informação de quaisquer terceiros que dela se tenham apoderado. Esta deverá tomar “todas as medidas razoáveis, incluindo medidas de carácter técnico”⁵⁶ para se assegurar que, também estes, procederam à sua remoção, uma vez que, se assim não proceder, incorrerá em pesadas sanções pecuniárias.

Gradativamente, a previsão mais radical é a da pretensão do indivíduo de ver apagada uma informação, verdadeira ou não, publicada sobre si, situação que levanta as maiores preocupações quanto ao confronto presentemente em estudo, em especial quando convoca a invocação de um direito ao esquecimento. A consideração da eventual inversão do ónus da prova leva a que alguns digam que o direito ao esquecimento regulado pela União Europeia implica afinal “não um direito a apagar a informação *detida* por si, mas um direito a apagar a informação *sobre* si”⁵⁷.

No entanto, essa perspectiva parece redutora e olvida a possibilidade de cumulação entre mecanismos diversos de regulação – ainda que procedimentalmente de mais difícil imple-

52 PETER FLEISCHER, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, *Foggy Thinking About the Right to Oblivion*, 09.03.2011, disponível em: <http://peterfleischer.blogspot.pt/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>

53 JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit, pp. 55 e ss.

54 Na verdade, já antes do referido RGPD, a Diretiva n.º 95/46/CE consagrava excepção para o tratamento de dados pessoais com fins exclusivamente jornalísticos, ou de expressão literária ou artística.

55 Para maior desenvolvimento, JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op. cit, p. 56.

56 Vide ainda a letra do artigo 17.º do RGPD.

57 Veja-se JOÃO RAIMUNDO, *Uma nova frente da protecção de dados pessoais: a (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*, op.cit, p. 57. Ainda assim, já ficou claro que o ‘direito ao esquecimento’ não foi concebido tendo como destinatário a atividade jornalística, referindo-se, em exclusivo, à recolha e utilização não autorizada de informação por parte das empresas.

mentação e/ou fiscalização. Trata-se no fundo de aplicar *online* as restrições que operam *offline*: a ponderação casuística da eventual ilicitude poderá ali ser mais difícil, mas não são diferentes os pressupostos de cogitação.

6. AS FORMAS DE TUTELA COMO IRRADIAÇÃO DAS PREVISÕES CONSTITUCIONAIS: O NEXO DE CAUSALIDADE E A POTENCIAÇÃO DO DANO; CONCLUSÃO

São irradiação das previsões constitucionais a tutela civil (incluindo a laboral, no que respeita à eventual relevância de comportamentos extralaborais como as de utilização de redes sociais para comentários depreciativos sobre a entidade patronal) e a *ultima ratio* da tutela penal – ainda que não isenta de dúvidas quanto à responsabilidade colectiva –, com agravação de molduras penais para o caso de ilícito cometido através da comunicação social e com consideração de regras específicas na Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime.

A esses dois códigos básicos de regulação e sanção há-de acrescer o mecanismo da resolução provisória de litígios, consagrado no Regime Jurídico do Comércio Eletrónico, que, no entanto, reclama uma especialização de aplicadores e julgadores. No entanto, uma vez mais, e como dissemos, é apenas na área da propriedade intelectual que se tem dado alguns passos, o que de novo faz relevar a evidente importância dessa área do direito da sociedade da informação⁵⁸.

De uma forma ou de outra, são sempre, no entanto identificáveis dois núcleos básicos de problemas a dirimir:

I) o da identificação do nexo de causalidade e da potenciação do dano, atendendo ao meio utilizado:

II) a eventual relevância da conduta (voluntária) do lesado.

⁵⁸ Aliás, mesmo nos Estados Unidos têm sido o PROTECT IP Act (PIPA) e o Stop Online Piracy Act (SOPA) a centrar o debate sobre a questão. Por outro lado, em Portugal a tutela garantida ao artigo 35.º da Constituição pela Comissão Nacional de Protecção de Dados e ao artigo 268.º da mesma lei fundamental pela Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos – *v.g.* no quadro da Lei n.º 42/2007 - há-de também contribuir sistematicamente para a protecção do bem ‘informação’.

É que se o dano de violação do direito à reserva de vida privada ou do direito à honra pode ser imputado ao acto ilícito, a verdade é que muitas vezes os efeitos poderão ser *praeter* intencionais, consoante existam formas de associação e partilha não pensadas a priori pelo agente. Repare-se que estamos aqui a falar de mais do que a mera agravação da moldura em virtude de ser crime cometido através da comunicação social.

Uma vez mais, é um juízo concreto de aferição da causalidade (socialmente) adequada que deve suportar a possibilidade de consideração de responsabilidade e da respectiva medida de ressarcimento. Ou seja, e como refere João Fachana⁵⁹, “a verdade é que um conteúdo ilícito colocado em rede constitui condição *sine qua non* dos danos que provoca, independentemente da difusão que sofra. Caso o agente não tivesse colocado o conteúdo ilícito na rede, as difusões do mesmo não existiriam e, por conseguinte, nenhum dano seria causado”⁶⁰, mas por outro lado, “a previsibilidade da difusão do conteúdo ilícito é legitimamente expectável por parte da generalidade dos utilizadores”⁶¹, ainda que se conseguisse afastar – o que não é fácil – o “contributo, mesmo que inconsciente, dos prestadores de serviços intermediários que fornecem as ferramentas aos utilizadores para estes colocarem e difundirem conteúdos”⁶².

CONCLUSÃO

A impraticabilidade da efectivação da responsabilidade parece não resultar de deficiente ou lacunar regulação normativa, mas das acrescidas dificuldades – face ao mundo *offline* – de fazer prova *online* e, ainda, de distribuir o respectivo ónus.

A opção inelutável pela manutenção do anonimato como pressuposto da circulação de informação necessária à concretização de uma sociedade efectivamente democrática comporta –

59 JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 70.

60 *Idem*, op.cit., p. 74.

61 Quanto a condições de exclusão de responsabilidade por essa potenciação do dano, veja-se JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 74.

62 MIGUEL PEGUERA POCH *apud* JOÃO FACHANA, *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos...*, op.cit., p. 75.

ao menos parcialmente – a impossibilidade de responsabilização última por conteúdos – v.g. comentários – anônimos lesivos de direitos (fundamentais e de personalidade).

Mas uma política de neutralidade⁶³ como a advogada nos Estados Unidos da América⁶⁴ parece não ser também suficiente para acautelar os interesses em presença e justificar a intervenção governamental – ou supra governamental – sobre fornecedores de serviços ou providenciadores de meios de exercício de conduta ilícita e mesmo a eventual monitorização *a priori* de conteúdos (v.g. com recurso a filtros, como no caso do regime belga).

Não tendo uma perspectiva ideologicamente neutra, o panorama vigente remete-nos meramente para a consideração da ausência de um dever geral de vigilância, não obstante a expressa previsão da responsabilidade – por acção ou omissão – em caso de simples transporte ou fornecimento de acesso, da responsabilidade em caso de armazenagem temporária ou principal, da responsabilidade por associação de conteúdos.

“Os novos meios tecnológicos conseguiram, simultânea e paradoxalmente, alargar a liberdade de informação e desresponsabilizar os intervenientes”⁶⁵. De facto, a ideia de sociedade transparente a que já aludimos mostra bem que a questão hoje em dia se deslocou da discussão sobre “o que cabe no âmbito de protecção” para a necessidade de tutela face a novos meios. “Muitos dos que hoje falam e escrevem sobre os *media* não perceberam ainda que no universo da informação se deu recentemente uma mudança fundamental. Essa mudança teve que ver com o aparecimento da Internet – que introduziu nessa área regras novas e novos modos de funcionamento. Antes de a Internet aparecer, existia sempre um filtro entre quem produzia a informação

63 Em 2010, um relatório emitido pela Federal Communications Commission – *Preserving the free and open Internet* - veio resumir a política da Internet a três regras básicas: *transparency, no blocking and no unreasonable discrimination*. FCC 10-201, disponível em: <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf>.

64 Com contornos, no entanto, de bastas contraditoriedades, como as resultantes dos casos *wikileaks* e *Snowden*.

65 Vejam-se ainda PAULO FERREIRA DA CUNHA, “*Sociedade da Informação e Estado de Direito Democrático, Direito à Informação ou deveres de protecção informativa do Estado*”, op.cit., p. 341, e Dominique Wolton, *Internet et après ?*, Paris: Flammarion, Coll. “Champs”, 2000 (DOMINIQUE WOLTON, *E depois da Internet? Para uma teoria crítica dos novos media*, Lisboa: Difel, 2000).

e quem a consumia. Nos jornais, nas rádios e nas estações de televisão existia, entre o jornalista que redigia a notícia e o público, uma cadeira hierárquica que avaliava a qualidade do texto, a sua veracidade, o seu respeito por princípios éticos e deontológicos, etc. Na Internet, isso não existe. (...) Claro que isto não teria grande importância se se circunscrevesse ao universo da Internet, com todas as reservas que existem sobre o que lá circula. Só que a Internet começou a contagiar os outros *media*", lia-se já num Editorial do Expresso de 17.1.2004.

Mas a responsabilidade pela definição do modo de acesso e a modulação dos cambiantes de visibilidade cabe a cada agente, em especial e *hoc casu*, a cada órgão de comunicação. No entanto, não pode deixar-se de dizer que essas opções têm decerto custos – até financeiros e de alocação de recursos humanos.

Afirmada uma linha de continuidade entre o *online* e o *offline*, não conseguiremos, no entanto, e provavelmente, a solução apenas com um mero *update* das regras existentes, ainda que a transparência dos procedimentos de restrição de direitos deva ser sempre centrada num modelo de legitimação procedimental ancorado num teste triplo da proporcionalidade – necessidade, adequação e proibição do excesso –, que parece simplista, mas que é, ao invés, exigente e clarificador.

Discurso de Ódio em Perspectiva Penal

Nuno Brandão

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O autor escreve segundo as regras ortográficas anteriores ao Acordo de 1990.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. O panorama internacional. – III. A abrangência da figura do discurso de ódio. – IV. A criminalização do discurso de ódio.

I – INTRODUÇÃO

1. O chamado discurso de ódio é um tema que, de há muito, concita atenções e preocupações nos mais variados domínios e sob as mais diversas perspectivas. É meu propósito partilhar uma breve reflexão sobre o assunto a partir de um ponto de vista essencialmente penal.

A ambiguidade que a própria designação da figura encerra e a pluralidade e diversidade de pontos de vista a partir dos quais ela é enfrentada geram naturalmente dificuldades de apreensão do seu conteúdo e limites, bem assim como dos termos em que poderá justificar limites ao exercício da liberdade de expressão. Questiona-se, desde logo, se é *legítimo proibir* um certo discurso pelo facto de ir imbuído de um espírito de ódio, exprimindo e fomentando sentimentos de hostilidade, desprezo e abjecção em relação a terceiros. E mais do que isso, caso se admita que sim, que tal proibição é legítima, se será *legítimo reforçar a sua efectividade através de penas criminais ou de outras sanções*.

Face à indefinição que reina neste tema tão complexo, difícil e cheio de *nuances*, mais do que apresentar respostas e soluções fechadas, tentarei antes oferecer uma panorâmica geral sobre o modo como o problema é encarado, ensaiando depois um exame crítico do recurso a uma via criminalizadora.

2. O repúdio social e institucional do discurso de ódio tem medrado sobretudo no quadro de uma *compreensão democrática e liberal da pessoa humana*. Esse repúdio se assenta na ideia basilar de que cada um deve poder desenvolver a sua personalidade e a sua vida em sociedade livre de discriminações ou tratamentos diferenciados fundados na sua integração num dado grupo identificado a partir de certas características pessoais. Apelando a uma recente definição de discurso de ódio – uma entre muitas outras – avançada pela Organização das Nações Unidas, na “Estratégia e Plano de Acção para o Discurso de Ódio”, têm-se aqui em vista expressões que “atacam ou usam uma linguagem pejorativa ou discriminatória em relação a uma pessoa ou a um grupo em função de quem são; noutras palavras, em função da sua religião, etnia, nacionalidade, raça, cor, descendência, género ou outra característica identitária”¹.

O repúdio do discurso de ódio, determinado essencialmente por um propósito de proibição de discriminações arbitrárias e injustas, para protecção de grupos sociais minoritários e/ou especialmente vulneráveis, não tem tido uma vida fácil. Estando a sua génese ligada a uma concepção democrática e liberal da pessoa e da vida em sociedade, torna-se cada vez mais difícil de sustentar e efectivar num mundo em que o discurso antiliberal e xenófobo alastra². Com a *internet*, qualquer um, em qualquer lugar do mundo, se necessário a coberto do anonimato, está em condições de dizer e espalhar as mensagens mais vis que se possa imaginar, tendo como destinatária uma audiência potencialmente global. O actual Presidente dos EUA – o chamado líder do “mundo livre”, para usar uma expressão do tempo da Guerra Fria – foi eleito com uma campanha marcada por aquilo que se convencionou chamar de discurso de ódio: os mexicanos foram por ele apodados de “bad hombres”, traficantes de droga, criminosos e violadores; os muçulmanos como terroristas; *etc.* E não raro, o pensamento do discurso de ódio é ins-

1 United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech, 2019.

2 YASHA MOUNK, *The People vs. Democracy. Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Harvard University Press, 2019.

trumentalizado por regimes autoritários para perseguir e punir nem mais nem menos do que certas minorias, vozes críticas ou dissidentes, justamente as pessoas que se pretende proteger com a figura do discurso de ódio.

Não causa, por isso, espanto a existência de uma grande diversidade de abordagens ao fenômeno do discurso de ódio, tanto, naturalmente, ao nível dos Estados como também, inclusive, de instituições internacionais. Procurarei assinalar as formas substancialmente distintas como o problema é enfrentado e tratado no plano da Organização das Nações Unidas e no plano europeu, designadamente, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e das iniciativas da União Europeia. O fulcro da questão está na amplitude e nos limites a reconhecer ao *direito à liberdade de expressão*.

II – O PANORAMA INTERNACIONAL

3. As Nações Unidas adoptam uma aproximação cautelosa, de admissão da limitação da expressão de um discurso de ódio circunscrita aos casos de *apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que consubstancie um incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência*.

A fonte legitimadora dessa restrição ao direito à liberdade de expressão é o artigo 20.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, segundo o qual “toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência será proibida por lei”. Aceita-se, assim, que não se possa prevalecer do direito à liberdade de expressão quem dissemine um discurso de ódio que envolva um incitamento à discriminação e à violência. Mas é esse também o único caso em que se admite como válida a proibição e o sancionamento do discurso de ódio³. Uma posição que se assenta na ideia do primado da liberdade de expressão e é em boa medida justificada pelo receio de que os Estados abusem de disposições sancionatórias para calar e perseguir vozes incómodas, a

3 UNITED NATIONS, Special Rapporteur Frank la Rue, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (A/67/357), 2012, 43.: “As such, advocacy of hatred on the basis of national, racial or religious grounds is not an offence in itself”.

pretexto da necessidade de repressão do discurso de ódio. Nessa linha, são tidas como restrições *ilegítimas* da liberdade de expressão normas que proibam blasfêmias⁴, opiniões sobre factos históricos (*v. g.*, a negação do Holocausto ou de outros genocídios)⁵ ou declarações preconceituosas e ofensivas da dignidade das pessoas pertencentes a grupos carecidos de protecção⁶.

4. Um contraponto importante ao posicionamento das Nações Unidas é o que vem sendo assumido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de muito maior complacência em relação a acções sancionatórias dos Estados, visando comportamentos tomados como discursos de ódio. Num recente levantamento de casos de “discurso de ódio” feito pelo próprio TEDH⁷, foram reconduzidos a essa figura, entre outros, casos de ódio étnico, de incitamento e apologia do terrorismo, de negacionismo e revisionismo, de ódio racial, de ódio religioso, de ameaça à ordem democrática, de apologia da violência e incitamento à hostilidade, de disseminação de folhetos homofóbicos, de apologia de crimes de guerra e de extremismo religioso.

A generalidade das queixas foi enquadrada pelo TEDH no artigo 10.º da CEDH (Liberdade de expressão) ou no artigo 17.º da CEDH (Proibição de abuso de direito). Há um número relevante de casos em que, recorrendo ao artigo 17.º da CEDH, o TEDH declarou a queixa como inadmissível, sem mais, por considerar que o acto *sub judice* era de tal forma atentatório dos valores tutelados pela Convenção, que de forma alguma poderia reclamar a sua protecção.

Restrições da liberdade de expressão que as Nações Unidas têm como ilegítimas – por não pressuporem o incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência – são consideradas como válidas pelo TEDH. É o que vem sistematicamente sucedendo com o negacionismo do Holocausto, punido criminalmente pelo

4 UNITED NATIONS, Special Rapporteur David Kaye, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (A/74/486), 2019, 21.

5 *Idem*, 22.

6 *Idem*, 24.

7 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (PRESS UNIT), “Factsheet – Hate speech”, June 2020.

Estado alemão, com o aval do TEDH. Dois casos são suficientes para ilustrar a larga margem de compressão da liberdade de expressão que o TEDH admite nesse domínio. No caso *Witzch c. Alemanha*, de 2005, o TEDH julgou inadmissível uma queixa apresentada por um nazi que havia sido sancionado penalmente pelo Estado alemão pelo facto de ter remetido uma carta privada a um historiador, na qual, embora não negando o Holocausto, nem negando a morte de milhões de judeus nas câmaras de gás, insurgiu-se contra a posição de que Hitler e o Partido Nacional-Socialista tivessem sido responsáveis pelo Holocausto⁸. No caso *Nix c. Alemanha*, decidido pelo TEDH em 2018, o queixoso foi responsabilizado pelo crime de exibição de símbolos de organizações inconstitucionais por ter colocado uma fotografia de Himmler com um uniforme com símbolos nazis⁹. Apesar de essa imagem ter sido exibida num contexto de crítica a práticas actuais da administração pública alemã, para equipará-la à administração nazi, e de se ter concluído que o agente “não teve intenção de difundir uma propaganda totalitária, nem de incitar à violência ou difundir um discurso de ódio, e que da sua acção não resultou uma intimidação”¹⁰, o TEDH julgou legítima a limitação do direito à liberdade de expressão.

O TEDH considerou admissível a restrição da liberdade de expressão noutros casos desprovidos de incitamento à violência ou à discriminação, como, por exemplo, sucedeu no caso *Vejde-land e outros c. Suécia*, relativo à distribuição de folhetos homofóbicos numa escola secundária¹¹.

5. No plano europeu, cumpre ainda destacar a acção da União Europeia nesta matéria. Entre muitas outras iniciativas, sobressai a Decisão-Quadro 2008/913/JAI, do Conselho, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Esse diploma teve um impacto imediato sobre as leis penais dos Estados-Membros,

8 Ac. do TEDH de 13.12.2005 (Queixa n.º 7485/03).

9 Ac. do TEDH de 13.03.2018 (Queixa n.º 35285/16).

10 *Idem*, § 51.

11 Ac. do TEDH de 05.02.2012 (Queixa n.º 1813/07).

incluindo a nossa; e é actualmente um marco de referência nas práticas de controlo e eliminação de conteúdos de discurso de ódio adoptadas por algumas das mais importantes empresas tecnológicas.

A Decisão-Quadro impôs aos Estados-Membros da União Europeia um dever de criminalização de duas formas de discurso de ódio (art. 1.º): em primeiro lugar, o “incitamento público à violência ou ao ódio contra um grupo de pessoas ou os seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica”; e em segundo lugar, a apologia, negação ou banalização grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e de determinados crimes de guerra, cometidos contra um grupo de pessoas ou seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica, quando esses comportamentos forem de natureza a incitar a violência ou o ódio contra esse grupo ou os seus membros. Nessa segunda vertente, não se impôs, assim, a proibição penal do negacionismo puro e simples, mas apenas daquele que seja idóneo a incitar a violência ou o ódio em função dos mencionados factores identitários.

São essas práticas discriminatórias a que a Decisão-Quadro se dirige que são tidas em conta no Código de Conduta de Combate ao Discurso de Ódio *online* ilegal promovido pela Comissão Europeia e subscrito pelo Facebook, pela Microsoft, pelo Twitter e pelo YouTube. O relevo que é, desse modo, atribuído à Decisão-Quadro coloca-a num plano central do actual movimento de prevenção do discurso de ódio difundido *online*.

III – A ABRANGÊNCIA DA FIGURA DO DISCURSO DE ÓDIO

6. Feito esse levantamento de algumas das mais importantes linhas de força do movimento de prevenção e repressão do discurso de ódio, são patentes as dúvidas que o problema suscita. E que não podem deixar de ser tomadas em consideração no momento de avaliar a conveniência e amplitude da intervenção penal nesta matéria.

O próprio conceito de discurso de ódio é sumamente ambíguo. Característica que advém do carácter vago e multifacetado da ideia de ódio. O que é o ódio? Contra quem deverá ele manifestar-se? Com que motivos? De que forma? Com que consequências? Essas questões e inquietações que emergem naturalmente quando nos aproximamos ao tema acabam por reflectir-se numa dificuldade de apreensão dos seus limites: não raro, está longe de ser seguro que uma dada situação possa ser tratada como um caso de discurso de ódio. A compreensão, digamos assim, enevoadada do discurso de ódio gera um frequente estado de dúvida.

Será de reconhecer a existência de consenso quanto à qualificação como discurso de ódio de manifestações racistas, xenófobas, homofóbicas, *etc.* incitadoras da violência e/ou da discriminação contra o grupo visado. Consenso que, como se viu, estende-se à legitimidade da proibição penal de actos dessa natureza.

A partir daí reina a incerteza.

Não parece que devam merecer a designação de discurso de ódio actos de incitamento público ou de apologia pública do terrorismo ou de outras formas de violência ou criminalidade *desprovidos de uma conotação discriminatória*. Não pretendo com isso significar que comportamentos dessa natureza devam ficar imunes a uma intervenção penal¹², mas antes que lhes deverá ser dada uma resposta sancionatória autónoma e de conteúdo distinto da que é reservada aos verdadeiros casos de discurso de ódio, aqueles que são marcados por um vezo discriminatório.

Já serão, em princípio, de tomar como discursos de ódio as manifestações de carácter discriminatório de menorização ou achincalhamento de um grupo social ou de uma pessoa pertencente a esse grupo em função dessa pertença. Estou a pensar, nomeadamente, nos casos em que grupos de pessoas são tratados como não humanos, sendo, por exemplo, equiparados, de forma mais ou menos explícita, a animais ou a vermes; são qualificados como um grupo inferior ou como um povo pária; são alvos de apelos a uma exclusão da sociedade; são expostos a símbolos ou

12 Cf. NUNO BRANDÃO / ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *in*: José Manuel Aroso Linhares / Maria João Antunes (Coord.), *Terrorismo: Legislação Comentada, Textos Doutrinários*, Instituto Jurídico, 2019, Art. 4.º, §§ 26 e ss. e 167 e ss.

acções simbólicas que visam a rememorar ou glorificar traumas passados (por exemplo, a realização de um cortejo nazi com a exibição de bandeiras com a cruz suástica num bairro judeu¹³); etc.

Podemos enquadrar aqui o preceituado no artigo 240.º, n.º 2, alíneas *b*) e *c*), do CP, que proíbe penalmente condutas, que tenham lugar na esfera pública, de difamação, injúria e ameaça de pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica. Note-se que o legislador penal português foi mais longe do que aquilo que era imposto pela Decisão-Quadro de 2008, tendo atribuído relevo típico a acções de difamação, injúria e ameaça que não constituam um incitamento à discriminação ou à violência.

Ainda que se aceite que manifestações dessa natureza possam ser sujeitas a restrições limitadoras da liberdade de expressão e até mesmo a proibições penais, sempre subsistirá a dificuldade de segregar aquilo que, de facto, ultrapassa o permitido pela liberdade de expressão. As expressões discriminatórias aparecem frequentemente integradas em manifestações de posições que englobam expressões de crítica social e política que deverão considerar-se protegidas pelo direito à liberdade de expressão, mesmo quando recorram a uma linguagem agressiva ou grosseira. Com efeito, frequentemente será difícil discernir onde termina a crítica legítima, ainda que repugnante ou chocante, e onde começa a apologia do ódio. Dificuldade que se acentua no caso de o ódio discriminatório não ser diretamente perceptível, resultando antes do subtexto do discurso.

IV – A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

7. Mesmo que se logre apontar os principais tipos de discursos que merecerão ser tratados como discursos de ódio, sempre permanecerá em aberto a magna e controvertida questão da *admissibilidade da sua criminalização*. Como se viu, essa é questão que vem dividindo instituições internacionais, tribunais e auto-

13 Como sucedeu no famoso caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal dos EUA (432 U.S. 43 (1977)).

res, essencialmente em função dos limites a impor à liberdade de expressão. Discussão que se centra sobretudo naqueles casos em que ao discurso de ódio não poderá ser assacado um carácter incitador de violência ou de discriminação.

Não é, porém, nessa polémica que ora me pretendo deter. Procurarei antes lançar algumas pistas de reflexão acerca da possibilidade de compatibilização da atribuição de relevo penal ao discurso de ódio destituído de um apelo à violência ou à discriminação com alguns princípios e ideias estruturantes do direito penal. Pois, como é evidente, para que se tenha como legítima uma incriminação dessa natureza não basta que se conclua que a mesma não é vetada pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

a) A esse propósito, uma primeira dúvida que me assola é a da conciliação de uma acção penal nesse domínio com a ideia basilar de que a *função de protecção de bens jurídicos* que é cometida ao direito penal tem um cariz de *ultima ratio*. A essa compreensão do papel do direito penal na vida social vai associado o pensamento de que não lhe deve ser atribuída uma missão propulsora da mudança dos costumes sociais. Boa parte dos comportamentos censurados por apelo à figura do discurso de ódio são moeda corrente em muitos estratos sociais e não são poucas as vezes em que figuras públicas, incluindo pessoas com elevadas responsabilidades políticas, os adoptam publicamente. Ameaçar com o direito penal condutas discriminatórias que se manifestam através da grosseria e da boçalidade, mas que não vão além disso, envolve o risco de o transformar num mero tigre de papel, reduzido a uma função simbólica de apaziguamento dos potenciais visados e dos que se sentem repugnados com atitudes desse jaez. Num caso ou noutro, sobretudo quando vá envolvida alguma comoção social, a intervenção penal acabará por ser efectiva. Mas só numa ínfima minoria das situações é que isso acontecerá, tornando os infractores numa espécie de bodes expiatórios.

A esse risco associa-se um outro: o de a intervenção penal ser percebida como uma forma de calar sectores da população que se sentem deixados para trás e que fazem uso de um

discurso discriminatório, agressivo ou mesmo extremista para expressar o seu descontentamento e para chamar a atenção para os seus problemas¹⁴. Recorrer ao direito penal para reagir a esse tipo de discurso, proibindo-o, poderá ser mesmo contraproducente, já que agudizará o sentimento de exclusão e poderá ter até um efeito de recrudescimento do extremismo, que costuma andar de mãos dadas com um discurso discriminatório.

b) Um segundo plano onde podem intuir-se dificuldades é o da observância da *exigência de determinabilidade* dos tipos penais imposta pelo princípio da legalidade criminal. Como se viu, o discurso de ódio pode assumir numerosas facetas e as suas formas de manifestação poderão assumir uma enorme plasticidade. Porque assim é, as disposições incriminatórias do discurso de ódio terão inevitavelmente de assumir um conteúdo típico, também ele suficiente aberto para terem a maleabilidade necessária a conseguirem abarcar os comportamentos discriminatórios tidos como de tal forma intoleráveis que carecerão de uma intervenção penal. Com isso, corre-se, porém, o risco de criar tipos incriminadores ambíguos, insusceptíveis de fornecer uma linha de orientação precisa aos cidadãos e potenciadores de ações penais persecutórias e arbitrárias. O que pode ser tanto mais preocupante quanto maior for a amplitude geográfica do facto: aquilo que é escrito ou exibido na *internet* e nas redes sociais tem um alcance difuso, que tende a transcender as fronteiras do Estado onde o agente manifesta a sua posição.

c) A censura penal do discurso de ódio suscita ainda apreensão em virtude da sua potencialidade para erodir um dos postulados basilares do sistema penal, o de que o Estado é o titular único e exclusivo do *jus puniendi* criminal. Com efeito, nos casos de difusão *online*, a eliminação e repressão do discurso de ódio penalmente relevante constitui uma missão que é assumida conjuntamente pelos Estados e pelas grandes empresas tecnológicas. Ora, são essas empresas, e não o Estado, que estão na linha da frente do *enforcement* da criminalização do discurso de ódio.

14 MAXIME LÉPOUTRE, "Hate speech in public discourse: a pessimistic defense of counterspeech", *Social Theory and Practice*, vol. 43, n.º 4, 2017, p. 859 e s.

Com isso, na prática, são elas que, *prima facie*, assumem a função de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados que tradicionalmente é reservada ao poder judicial do Estado, acabando por ser elas a regular o exercício da liberdade de expressão. Nesse contexto, chamam a si poderes de autoridade como os de suprimir conteúdos ou banir utilizadores do seu espaço público *online*, o que pode ter o significado de restrição de liberdades fundamentais. O relevo desse papel é de tal ordem que o Facebook criou uma espécie de tribunal interno para apreciar e decidir reclamações relacionadas com a eliminação de conteúdos¹⁵.

Embora assumindo um papel de aliadas dos Estados no combate ao discurso de ódio, essas grandes empresas tecnológicas não deixam ao mesmo tempo de ser alvos potenciais de sancionamento estadual no caso de não reagirem prontamente a publicações dessa natureza. O que gera esta dúvida: actuarão essas empresas para proteger os valores que são ameaçados pelo discurso do ódio ou para se protegerem a elas mesmas, designadamente, de eventuais sanções ou dos danos reputacionais perante a sua matéria prima (os utilizadores, que alimentam o seu comércio de dados¹⁶)?

Essa privatização do *enforcement* penal do discurso do ódio e da regulação da liberdade de expressão gera preocupação não só por significar uma privatização de funções essenciais do Estado, mas também porque as empresas a quem essas missões vêm sendo entregues não se têm revelado propriamente exemplares no modo como lidam com a liberdade de expressão. Isso quando é nas suas plataformas informáticas que é expressa uma parte muito substancial das manifestações extremistas e de ódio, potenciadas pelo anonimato a que os utilizadores podem recorrer e pela distância entre os agentes e os visados pelas suas imprecisões. Ora, as empresas tecnológicas a que se vêm entregando funções materialmente jurisdicionais são as mesmas que na sua actividade empregam algoritmos e ferramentas de captação da

15 CATALINA BOTERO-MARINO / JAMAL GREENE / MICHAEL W. MCCONNELL / HELLE THORNING-SCHMIDT, "We are a new board overseeing Facebook. Here's what we'll decide", *The New York Times online*, 06.05.2020.

16 SHOSHANA ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, 2019.

atenção e do tempo dos utilizadores que envolvem um afunilamento daquilo que lhes é mostrado na rede para conteúdos que vão ao encontro das suas predisposições (*confirmation bias*). Os utilizadores como que ficam presos numa bolha, na qual se produz o chamado efeito de câmara de eco (*echo chamber effect*). Nessa bolha, não entram conteúdos que possam contrariar a sua mundivisão (*counter-speech*); pelo contrário, só são admitidos aqueles que a alimentem e intensifiquem, já que são esses conteúdos que maior potencialidade terão para “agarrar” os utilizadores e fazê-los passar mais tempo em frente ao ecrã. Tudo isso é um terreno obviamente fértil para que o discurso de ódio germine e cresça. E são as empresas tecnológicas que o vêm criando. Colocá-las na linha da frente do chamado combate ao discurso não parece muito diferente do que pedir à raposa para guardar o galinheiro...

8. Aqui chegados, poderia pensar-se que a consequência lógica dessa análise seria a da oposição à adopção de uma via criminalizadora para enfrentar o discurso de ódio. Não vou tão longe. Há boas razões que justificam e legitimam a proibição criminal de discursos de apelo à discriminação e à violência e de aviltamento de cariz discriminatório. E são elas que vêm sendo tidas em conta por numerosos Estados europeus, incluindo o português, para enfrentar o discurso de ódio num plano penal. Entre nós, haverá que fundamentalmente ter em conta o já referido crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência, previsto no artigo 240.º do CP, que faz par com disposições incriminatórias similares que encontramos nos Códigos Penais de países como Espanha, Itália ou Alemanha.

Tanto a paz pública como a igualdade de oportunidades e de tratamento poderão, isolada ou conjugadamente, constituir base suficiente para legitimar incriminações dessa natureza. Ponto é que a aplicação desses tipos incriminadores seja reservada para casos em que o comportamento discriminatório seja um tal que ameace a consideração do grupo visado como um grupo digno de viver em sociedade num plano de igualdade com os demais, assim pondo em causa o estatuto das pessoas que o integram como membros de corpo inteiro da comunidade, que

devem poder desenvolver a sua vida social sem inibições ou restrições fundadas na sua pertença a esse grupo. A esse propósito e com esse sentido, apelando ao pensamento que nesse contexto é desenvolvido por Jeremy Waldron, em última instância, será a *dignidade dessas pessoas* que estará *em pano de fundo*¹⁷. Ali onde o discurso discriminatório comprometa a consideração dos outros como pessoas, adscrevendo-lhes um estatuto de inferioridade por serem como são, penso que poderá concluir-se pela legitimidade de uma restrição penal da liberdade de expressão, não obstante os assinalados riscos que lhe vão associados.

¹⁷ JEREMY WALDRON, "Dignity and defamation: the visibility of hate", *Harvard Law Review*, vol. 123, n.º 7, 2010, p. 1596 e ss.

Liberdade de Expressão na *Era Digital:* A Reconfiguração de um Direito Humano?

Jorge dos Reis Bravo

Magistrado do Ministério Público (Portugal) e Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO: 1. Por que a liberdade de expressão? – 2. A Era digital: novos dados e sua incessante modificação. – 3. Liberdade de expressão: um conceito em mutação? – 4. Metodicas de ponderação entre a liberdade de expressão na Era digital com outros direitos. – 5. Considerações conclusivas.

“Espanta-me, por ingénuo que possa parecer às pessoas, que se possa usar a linguagem para amar, construir, perdoar, mas também para torturar, para odiar, para destruir e para aniquilar”

George Steiner

1. POR QUE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

A liberdade de expressão é reconhecida, desde há muito, como um dos mais importantes direitos humanos, em si mesma e enquanto fundamento de outros direitos e liberdades democráticos. No direito internacional, a liberdade de expressão encontra-se consagrada num conjunto de significativos instrumentos internacionais e regionais do sistemas de direitos humanos – no art. 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no art. 19.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis

e Políticos (PIDCP), no art. 13.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), no art. 9.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Foi já pertinentemente observado que, se o direito à liberdade de expressão fosse garantido, os demais direitos civis e políticos seriam redundantes.

Existem três razões principais pelas quais a liberdade de expressão é vista como importante em diversas épocas e geografias.

Em primeiro lugar, é essencial para o desenvolvimento integral da pessoa humana, na sua capacidade comunicacional. A (liberdade de) comunicação é a base das comunidades humanas. Essa capacidade e possibilidade de nos expressarmos em palavras, desenho, música, dança ou qualquer outra forma de expressão é essencial para a realização da nossa humanidade.

Em segundo lugar, a liberdade de expressão é a base de outros direitos e liberdades. Sem a liberdade de expressão, não seria possível organizar, informar, alertar ou mobilizar-se em defesa dos direitos humanos. Os sistemas políticos dos Estados democráticos não podem funcionar de modo adequado se não for garantida a liberdade de expressão, sobretudo na esfera pública, o que exige meios de comunicação independentes e aptos a oferecer uma plataforma pública para o intercâmbio de opiniões e visões do mundo.

Por último, como Amartya Sen argumentou de modo penetrante, a liberdade de expressão é uma pré-condição para o desenvolvimento social e económico¹, afirmando que a questão da fome não é um problema de falta de alimentos, mas de falta de informação.

O impacto da Sociedade de Informação e da Internet pode, porém, implicar a reformulação dessas coordenadas.

¹ AMARTYA SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999.

2. A ERA DIGITAL: NOVOS DADOS E SUA INCESSANTE MODIFICAÇÃO

A aceleração do progresso tecnológico da Humanidade pode ser visto com o seguinte cronograma: Idade da Pedra: milhares de anos; Idade do Metal: cinco mil anos; Revolução Industrial (início do séc. XVII ao fim do séc. XIX): duzentos anos; Era Elétrica (início do séc. XX até à 2.^a Guerra Mundial): 50 anos; Era Eletrônica: 25 anos; Era da Informação: passou do que se pode chamar *Infolítico inferior* para o *Infolítico superior* ou *Informação Hypermedia* em 40 anos².

A Era digital introduz novos elementos relativamente a épocas anteriores, em que a Informação já era divulgada de forma célere (v.g. rádio e televisão). O elemento instantaneidade não é, por isso, privativo da *Era digital* (sendo comum a anteriores meios de comunicação como a televisão, a rádio, entre outros).

A Internet, o instrumento por excelência da Era digital, foi criada e desenvolvida com um forte pendor de autorregulação (ou desregulação) pelos seus precursores, animados por ideários californianos pró-libertários, mas foi oportunisticamente “tomada de assalto” por interesses, mais ou menos inconfessáveis, de natureza económica (*e-commerce*) e ideológica (*blogs, sítios, páginas e media digitais, redes sociais*, etc).

Não é, por isso, fácil a apreensão de um mapa estabilizado das potencialidades da Internet, impondo-se a constatação de uma permanente instabilidade e evolução dos sistemas e das redes digitais, das aplicações de Inteligência não biológica, das relações “máquina-máquina”, que podem constituir-se como realidades sempre “em fuga pelos dedos” das certezas sobre os cenários que, parecendo presentes, desatualizam-se incessante e rapidamente.

A *Era digital* fornece um elemento de (pelo menos, aparente) democraticidade e de confusão entre consumo e produção da informação. A Internet possibilitou que, de meros consumidores de conteúdos dos *Media* criados por terceiros, os seus utilizado-

² Quadro cronológico apresentado por JOSÉ B. TERCERO, *Socied@de Digit@l: do homo sapiens ao homo digitalis*, Lisboa, Relógio d'Água, 1997.

res possam ser produtores ou reprodutores de conteúdos, criados por si ou por outros, recortando-se, surgindo o conceito de “produsers”. Através de plataformas e redes digitais, os utentes convertem-se em sujeitos colaborativos, interagindo com grupos mais ou menos numerosos de outros indivíduos, partilhando dados, imagens, informações e opiniões, próprios ou alheios, com poucas barreiras ou nenhuma. E tais processos tanto podem ter uma natureza e finalidade inócuas como uma nova receita gastronómica, como podem dirigir-se a produzir efeitos mais graves, por vezes à escala mundial, como interferir em processos eleitorais globalmente relevantes³.

A Internet não é, pois, um novo *Media* nem potencia (apenas) novos *Media*; é uma “galáxia” ou “infoesfera”, como a designa Manuel Castells, distinta, com uma lógica, uma semântica e uma gramática próprias. Reconhece-se, hoje, nessa outra dimensão da comunicação o espontâneo estabelecimento de verdadeiros ecossistemas digitais, em que poderão vir a pontificar relações estabelecidas entre máquinas.

As sociedades com modelos de desenvolvimento mais avançados são vistas, também, paradoxalmente – mas inexoravelmente –, como “sociedades líquidas” (conceito de Zygmunt Bauman) ou “sociedades de transição”: transição de paradigmas religiosos para paradigmas seculares, do comunitarismo para o individualismo, dos modelos de crescimento para modelos de decrescimento económico, de uma economia de aquisição para uma economia de utilização. As sociedades da Hipermodernidade são sociedades de transição energética, tecnológica e digital, em função de novas concepções civilizacionais e de desafios globais, nos domínios energético, de emergência climática e de preservação da biodiversidade.

No que aqui nos interessa, assistimos ao processo de transição para um modelo de *globalização digital*.

A digitalização da informação é apenas uma das implicações da transição das sociedades para o ambiente digital, onde

³ Cfr. a particular atenção que tal questão vem suscitando, preconizando-se que a moderação de conteúdos gerados por utilizadores em plataformas de comunicação digital deve obedecer aos princípios e às regras recomendadas pelo Relator Especial da ONU para a Liberdade de Opinião e Expressão (A/HRC/38/35) e aos Princípios de Manila sobre a responsabilidade dos Intermediários.

se observam já complexas realidades cogeridas por algoritmos e tecnologias de Inteligência não biológica, como as criptodivisas (moedas digitais), a tecnologia *blockchain*, *machine learning*, os *smart-contracts* e outras realidades imponderáveis e imprevisíveis há poucos anos.

Qualquer dado digitalizado e inserido na Internet, mesmo que não preordenado a lá figurar – porventura destinado a ficar a coberto de segredo ou da reserva de intimidade – é um dado com uma vocação de potencial irreversibilidade e publicidade perene ou duradoura na Internet.

A preocupação com o potencial de devassa da privacidade individual por parte de organizações, empresariais e de outro tipo, possibilitado pelo acesso cruzado e acumulado a formidáveis bases de dados pessoais, que permitem o escrutínio da vida pessoal e a produção de perfis pessoais⁴, levou já a União Europeia a adotar instrumentos jurídicos de proteção de tais dados (o Regulamento Geral de Proteção de Dados), faltando saber, em rigor, qual o impacto e as consequências de tal instrumento. São, aliás, os receios da transferência e controlo crescente das grandes plataformas de Inteligência não biológica e de interconexão de bases de dados pessoais (*Big Data*) para o domínio de entidades privadas que enfraquecem o papel dos reguladores estaduais e potenciam dificuldades acrescidas na produção de prova digital em processos judiciais, reduzindo o papel e a capacidade de atuação das entidades de investigação criminal. Esses incidentes não são mais do que um episódio da tensão entre a exigência de transparência do funcionamento das instituições e a opacidade dos segredos de Estado, de indústria e das profissões e de privacidade individual.

A Internet, sendo originariamente um meio democrático, pode, assim, converter-se num instrumento antidemocrático ou totalitário, sendo questionável a sua neutralidade e a sua transparência.

⁴ Cfr., sobre a questão do controle tecnodigital na China, abordando o cenário de “cotação social dos cidadãos” em função do seu comportamento escrutinável digitalmente, RAQUEL VAZ PINTO, “A China e o sistema de crédito social”, *Brotéria* 190 5/6 – maio-junho 2020, pp. 535-541.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM CONCEITO EM MUTAÇÃO?

Não é muito usual reconhecer-se a liberdade de expressão como um direito humano. No entanto, essa é uma das liberdades que estão previstas de forma mais consolidada em instrumentos jurídicos internacionais e nas Constituições de muitos Estados.

Na América e em França, a revolução liberal procurou declarar os direitos humanos inatos, invioláveis, impostergáveis e irrenunciáveis em solenes “Declarações” ou “Proclamações de direitos”. E só depois, sobre a base dessas declarações solenes, aprovar constituições políticas. Precisamente para sinalizar que não eram as constituições políticas que criavam (e portanto moldavam) os direitos humanos. Assim, os direitos humanos não foram historicamente declarados pelas constituições políticas da revolução liberal. Essas constituições limitaram-se a reconhecer e a consagrar os direitos fundamentais já solenemente “declarados” como tal; e depois a institucionalizar a sua instrumental garantia. Nessa linha, encontra-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e, posteriormente, o PIDCP, a CEDH, a CDFUE, além da CIADH e outros instrumentos no mundo muçulmano e asiático, instrumentos jurídicos que não são constituições.

A primeira finalidade da DUDH e dos instrumentos subsequentes não era regulamentar direitos, mas sim servir como um parâmetro mínimo de proteção para os indivíduos e, especialmente, de condicionamento das atividades limitadoras dos Estados. A relevância da DUDH traduziu-se, em primeiro lugar, no caldo de uma ampla discussão sobre liberdade de expressão, sem restringir as possibilidades de regulamentação que efetivamente vieram a ocorrer em momentos seguintes. Em segundo lugar, ao inserir a liberdade de expressão entre outros direitos, pretende significar que a liberdade de expressão não seja utilizada para a violação de outros direitos humanos.

Essa é, porém, uma inferência que, com o advento da Era digital, pode ser questionada.

Os dados empíricos parecem sugerir que a liberdade de expressão se pode constituir, cada vez mais, num instrumento contra outros direitos humanos. O que suscitará a correspondente tentação dos poderes políticos para introduzir restrições cada vez mais amplas, proibições, silenciamentos e formas de censura e condicionamento de tal liberdade.

Contra essa eventualidade, diversas instâncias se vêm preocupando ou sensibilizando os poderes estaduais desde há algum tempo, tais como (para referir apenas as que têm impacto no panorama europeu):

Em 2011, a ONU deliberou incluir no elenco dos Direitos Humanos o direito à Internet.

A Conferência Geral da UNESCO, em 2015, validou o conceito de Universalidade da Internet, que reafirma os quatro pilares centrais para o desenvolvimento integral da rede: a) direitos humanos; b) abertura; c) acesso e d) governança *multistakeholder*.

A ONU (através do relator especial para a Liberdade de Opinião e de Expressão), a OSCE (pelo representante para a Liberdade nos *Media*), a OEA (pelo relator especial para a Liberdade de Expressão) e a Comissão Africana para os Direitos Humanos e dos Povos (pelo relator especial para a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação - ACHPR) densificaram as perspectivas respeitantes à Liberdade de Imprensa na *Era Digital*, num conjunto de documentos (em várias Declarações) sucessivamente aprovados desde 2011⁵.

O Conselho da Europa, por seu turno, com a “Declaração do Conselho da Europa sobre Princípios de Governança da Internet”, a “Declaração sobre Direitos Humanos e a Internet”, de 2005, a “Declaração sobre a proteção da liberdade de expressão

5 Cfr. os documentos respeitantes a diversas temáticas em: <https://www.osce.org/fom/66176> (acedido em 20.02.2020): 2010: Tenth Anniversary Joint Declaration: Ten Key Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade; 2011: Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet; 2012: Joint Declaration on Crimes Against Freedom of Expression; 2013: Joint Declaration on the Protection of Freedom of Expression and Diversity in the Digital Terrestrial Transition; 2014: Joint Declaration on Universality and the Right to Freedom of Expression; 2015: Joint Declaration on Freedom of Expression and Responses to Conflict Situations; 2016: Joint Declaration on Freedom of Expression and Countering Violent Extremism; 2017: Joint Declaration on Freedom of Expression and “Fake News”, Disinformation and Propaganda; 2018: Joint Declaration on Media Independence and Diversity in the Digital Age.

e da liberdade de reunião e de associação no que diz respeito às plataformas de internet operadas por privados e aos prestadores de serviços em linha”, de dezembro de 2011, as recomendações sobre Inteligência Artificial e Direitos Humanos aprovadas em 26 e 27 de fevereiro de 2019 pela Conferência de Helsínquia (organizada pelo Conselho da Europa, reafirmando que “os direitos humanos continuam a ser o valor fulcral das sociedades democráticas e devem pôr-se em ação os mecanismos para evitar a sua violação e obstar à desigualdade e discriminação”).

Também se prevê para breve a adoção de diretrizes de Direitos Humanos para motores de pesquisa e redes sociais.

Por fim, a União Europeia, com a aprovação das Linhas de Orientação sobre direitos humanos e liberdade de expressão “on-line” e “off-line”, do Conselho de Ministros dos Negócios Estrangeiros, de 12 de maio de 2014 (Bruxelas), o relatório sobre direitos humanos e tecnologia: o impacto da intrusão e dos sistemas de vigilância nos direitos humanos em países terceiros - 2014/2232(INI), de 03.06.2015), o Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (diretamente aplicável na ordem jurídica interna dos Estados-membros, vindo a Lei n.º 58/2019, de 08.08. assegurar a sua exequibilidade na ordem jurídica nacional), as Linhas de Orientação sobre o uso da Inteligência Artificial, apresentadas pela Comissão Europeia em 1 de abril de 2019.

Por seu turno, várias Organizações não Governamentais têm concorrido com instrumentos e contributos diversos, salientando-se o “Forum de Governance da Internet”, que elaborou em 2014 uma sugestão de “Carta de Direitos Humanos e Princípios para a Internet”.

Todos esses documentos apontam para a necessidade de se redefinir o conteúdo dos direitos humanos no ambiente digital – falando-se inclusivamente em “direitos digitais fundamentais”, como o direito ao acesso à Internet, o direito à literacia digital,

o direito a não ser incluído em plataformas digitais, o direito ao esquecimento, o direito à identidade, à cibersegurança, à neutralidade e ao bom uso da Inteligência não biológica, com particular ênfase no tocante às relações da liberdade de expressão com os direitos à privacidade, à honra e ao bom nome, à imagem e à palavra e ao pudor.

Mas uma questão prévia se deve colocar: deverão esses direitos, para revestirem efetividade, manter uma estrutura tradicional, radicando no sujeito individual, sendo oponíveis ao Estado e a terceiros? Ou, face à natureza difusa da responsabilidade pelos conteúdos do ambiente digital, devem contemplar outro conteúdo material e adjetivo? Logo, outra natureza.

Outra característica da *Era digital* refere-se ao protagonismo que pode assumir a atividade probatória no ambiente digital de difusão de informação, conhecidas que são inúmeras técnicas de despistagem e de camuflagem (acesso ilegítimo, furto de identidade, *spoofing*, etc.), sendo questionável que meios de obtenção de prova se podem produzir (?); por quem (?); em que casos (?).

Sabendo da desterritorialização dos servidores das operadoras de comunicações digitais, é avisado concluir pela completa inadequação das formas convencionais de tutela criminal [da difamação, da devassa da vida privada, das fotografias ou gravações ilícitas, da violação de segredos] no contexto das plataformas de difusão digital e em rede, devendo mesmo colocar-se a hipótese de uma jurisdição universal, considerando a desterritorialização ou virtualização das condutas ilícitas. Por outro lado, será imperioso reconhecer a obsolescência dos meios convencionais de investigação criminal de tais condutas com conexão a mais de um ordenamento jurídico – já pela celeridade da sua consumação, já pela facilidade do seu encobrimento e dissipação –, logo, a imprestabilidade dos mecanismos processuais de cooperação judiciária internacional.

Importará responder a inquietantes questões, p. ex., como localizar e documentar os suportes mediáticos em causa? Quem notificar e identificar como responsável? Que legislação substan-

tiva aplicar? De acordo com que regras processuais de produção de prova proceder? Utilizar intensivamente as “ações encobertas em ambiente virtual”? Converter os operadores de servidores de serviços digitais em fiscais ou “polícias” da informação divulgada, impondo-lhes deveres de colaboração com as autoridades e sob cominações sancionatórias (modelos de *compliance mediático-digital*)? Responsabilizar e opor injunções judiciais aos operadores de serviços de comunicações eletrônicas que não cooperem voluntariamente? Responsabilizar (objetivamente) as entidades que pagam o serviço digital que veicula os atentados aos valores referidos?

Esses problemas, que apenas incipientemente aqui se intuem, comprometem todo um conjunto de concepções que se tem como válidas e assentes à luz de um paradigma normativo para o universo da comunicação social tradicional. Reclamam, por isso, outras equações e outras respostas.

Algumas, julgamos que será possível extraí-las do sistema normativo – jurídico-criminal e civilístico – vigente. Outras, porém, cremos que são incompatíveis com os mecanismos jurídico-substantivos e processuais existentes e terão de ser decantadas a partir de uma reflexão multidisciplinar.

Será, assim o cremos, caso de se repensar o enquadramento e a configuração da própria tutela da liberdade de expressão (e de informação) enquanto direito humano na *Era digital*.

4. METÓDICAS DE PONDERAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL COM OUTROS DIREITOS

A interpretação jurisdicional da Primeira Emenda (da constituição dos EUA) tem levado a que a concepção da liberdade de expressão nos EUA conheça uma amplitude que não tem paralelo na Europa, admitindo a legitimidade de discursos violentos, ofensivos, racistas, antisemitas e antirreligiosos, desde que não instiguem (de forma direta) a violência propriamente dita ou se reconduzam a discursos de ódio⁶.

⁶ O discurso de ódio é proibido pelos instrumentos internacionais, de acordo com o art. 20.º do PIDCP. O discurso de ódio é proibido dentro e fora do ambiente virtual. Embora não exista uma definição universal-

A configuração normativa e jurisprudencial do sistema da CEDH e do TEDH não tem correspondência com essa interpretação da liberdade de expressão, muito menos com a amplitude reconhecida nos EUA, conforme abaixo se verá melhor e resulta, desde logo, do § 2.º do artigo 10.º da CEDH. Não tendo a dimensão (quase) intocável que assume no tratamento jurisprudencial norte-americano, constitui também uma liberdade fundamental, não só com relevo individual, mas também estrutural em termos sociais, só podendo ser restringida com razões especialmente ponderosas.

A nossa jurisprudência maioritária aponta, na senda de significativa doutrina, para a adoção de critérios de equivalência entre a liberdade de expressão e o direito à honra e ao bom nome, não atribuindo uma prevalência de princípio àquela, sob pena de violação do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Entende-se que, na aplicação dos cânones interpretativos do artigo 10.º da CEDH, quando estejam em causa conflitos entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra ou ao bom nome, não pode ignorar-se a disciplina do artigo 18.º da CRP, apesar de se procurar fazer uma aplicação atualista e evolutiva do conteúdo dos direitos fundamentais em questão.

A metódica adequada dentro de uma lógica de compatibilização deve passar pela consideração dos bens jurídicos que em concreto sejam tutelados pelos direitos fundamentais em conflito. Podemos, pois, concluir pela aplicação de uma metódica dos critérios de concordância prática e de maximização do conteúdo dos direitos fundamentais quando o direito à liberdade de expressão (e de informação) conflitua com outros direitos fundamentais, admitindo, de princípio, a hipótese de prevalência do

mente aceite no direito internacional, para o Relator Especial da ONU para Liberdade de Opinião Expressão, há dois elementos chaves para a caracterização do discurso de ódio. O primeiro é a apologia do ódio, e o segundo é a configuração da incitação a um dos três resultados previstos no Pacto. Assim, a defesa do ódio nacional, racial ou religioso será indicativo da existência de discurso de ódio para o Pacto. Mas só integrará um discurso de ódio se também constituir incitação à discriminação, hostilidade ou à violência, i. e, quando o agente pretenda produzir reações de parte do público a que dirige a mensagem e quando haja uma ligação muito próxima entre a expressão e o risco de que ela resulte em efetiva discriminação, hostilidade ou violência. Donde, para o Relator da ONU, a avaliação do contexto ser essencial para determinar se uma expressão constitui ou não incitação (o Relator Especial da ONU foi estabelecido por resolução da Comissão da ONU para os Direitos Humanos em 1993).

mesmo, em circunstâncias que concretamente dispensem a procura (e obtenção) de um tal ponto de equilíbrio, nomeadamente quando esteja em causa um interesse ostensivamente público na base da divulgação de certo fato, mesmo que não devidamente averiguado ou demonstrado, ou opinião, mesmo que grave.

Do mesmo passo, não estamos convencidos de que a operação de prevalência deva prosseguir sempre uma opção em favor do direito da liberdade de expressão, podendo também reconduzir-se à sua postergação nos casos de comprovada falsidade, inutilidade ou quando as notícias, fatos ou opiniões sejam desprovidos de interesse público.

A CEDH (o seu artigo 10.º) e praticamente toda a jurisprudência referencial do TEDH no domínio da liberdade de expressão foram, todavia, produzidas e elaboradas sem contemplar as premissas e as implicações das novas tecnologias de comunicação e informação (e, no caso da CEDH, sem o conhecimento ou intuição do impacto destas).

Se a *Internet* é um campo de oportunidades de informação e de formação, também pode converter-se num vasto território de difusão de falsidades, de calúnias e de discursos discriminatórios e de ódio, sem que se torne viável imputar a responsabilidade com alguma certeza e rigor. A *Internet* pode, ao mesmo tempo em que amplifica a difusão da informação negativa ou nefasta – com a possibilidade virtualmente infundável de replicação de mensagens por um número significativamente superior ao dos leitores de jornais e das assistências televisivas –, servir de reduto de impunidade dos seus responsáveis. Um outro aspecto privativo da comunicação digital que importa anotar é a impulsividade do discurso nos *Media* digitais e a irreversibilidade da colocação de dados (quer a palavra escrita, quer verbal) no ambiente digital.

No capítulo dos “novos direitos” do RGPD, vem previsto o direito ao apagamento de dados – o “direito a ser esquecido” – e o direito à portabilidade, que adquirem especial relevo. A consagração de um “direito a ser esquecido” deverá, presuntivamente,

conferir efetiva oportunidade aos utilizadores da *Internet* de ter um maior controlo sobre os seus dados pessoais.

Parece estar longe a salvaguarda do *right to be alone* e do *right to be let alone*, enquanto aquisição do património jurídico ocidental, preconizados no prospectivo artigo “The Right to Privacy”, de Louis Brandeis e Samuel Warren (na *Harvard Law Review* n.º 4, de 1890), em que originariamente foi construída, já de forma consistente a atual, a tese da responsabilidade pela violação da *privacy*.

Note-se, contudo, que o artigo 17.º do RGPD (direito ao apagamento de dados; “direito a ser esquecido”) introduz no seu n.º 3 algumas exceções ao direito ao esquecimento, em que se incluem, justamente, situações em que o tratamento se revele necessário ao exercício da liberdade de expressão e de informação (alínea *a*)), ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (alínea *e*).

Outra inquietante implicação que pode surgir com a generalização dos modos de produção e informação digital está associada às tecnologias de Inteligência não biológica na criação e construção de discursos em ambientes digitais automáticos, em que a aplicação combinada dos desenvolvimentos das neurociências e da linguística e da *machine learning* pode permitir a construção de sistemas cognitivos que escapem em ampla medida ao controlo humano. Essa eventualidade pode constituir também um desafio sério à dogmática tradicional no sentido da determinação e imputação da responsabilidade criminal, individual ou coletiva. O que parece ser uma decorrência pouco discutível de todo esse complexo cenário, é a necessidade de se equacionar uma reelaboração do catálogo e conteúdo material dos direitos humanos devido ao impacto do feixe de problemas colocados pela sociedade de informação e dos ambientes e plataformas digitais. E, dentro de tais preocupações, deverá pontificar a ponderação de uma reformulação do conteúdo do direito à liberdade de expressão e de informação em contexto digital, face à eventualidade de as consequências dos factos ilícitos poderem ter efeitos muito mais devastadores e intensos, virtualmente à escala global.

O que parece poder sugerir a ponderação de um tipo de responsabilidade sancionatória objetiva, coexistindo com a responsabilidade criminal, que manteria a culpa como referencial subjetivo.

A mudança qualitativa dos modos de produção de informação – em espaços noticiosos convencionais (imprensa escrita, rádio, televisão, *online*) ou não convencionais – sítios de *internet* pessoais ou de grupos, *blogs*, redes sociais, caixas de comentários – é atravessada transversalmente por uma ameaça, que se vem convencendo chamar de “pós-verdade”, com a crescente proliferação de *fake news* (notícias falsas); estas podem traduzir-se em 1) notícias parcialmente falsas, 2) desinformação – i. e., informação que, podendo ser verdadeira, é apresentada segundo filtros opinativos que pretendem manipular e condicionar a opinião pública –, ou 3) informação falsa, difundindo factos totalmente inverídicos.

Esse quadro de manipulação da informação não é propriamente inédito, pois que são conhecidos de há muito os princípios e metodologias que guiaram e guiam a propaganda política de muitos regimes políticos, ou o *marketing* publicitário de muitas empresas⁷.

A novidade é o meio onde se produzem (e se replicam) as *fake news* – no ambiente digital *online* –, bem como as suas finalidades – orientadas de acordo com certos princípios ideológicos que pretendem desinformar sobre as mais variadas opções político-económicas, e manipular, condicionar, dessa forma, a opinião pública. A verdade passa, assim, a ser um valor secundário; importa que fique inscrita, pelo público receptor da mensagem, a opinião emitida em certa direção e com propósito específico, sobre um fato – verdadeiro ou falso –, mas em detrimento deste.

Parece, assim, assistir-se à passagem de uma Sociedade de Informação para uma Sociedade de Desinformação.

⁷ Por outro lado, os algoritmos das plataformas digitais e das redes sociais, ao cruzarem os dados pessoais, desenvolvem perfis em que reproduzem informações unilateralmente orientadas e de acordo com as preferências do utente, ocultando informação contraditória ou alternativa, gerando um quadro informativo não pluralista.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A *Era digital* potencia uma experiência de expansão virtualmente ilimitada da liberdade de expressão, mas, por outro lado, dada a amplitude, dispersão e capacidade de encobrimento dos meios tecnológicos que dificultam a identificação e responsabilização, permite aumentar e avolumar os respectivos excessos e violações, com o risco de grandes margens de impunidade.

A resposta a esse cenário é, por isso, um desafio sem precedentes a considerar pelos Estados, no sentido de se procurar soluções normativas para a regulação de um setor cujo nível de desorganização parece tornar-se altamente inquietante.

A pretexto da inalienável necessidade de tutela de certos direitos fundamentais e humanos, não pode, de acordo com uma adequada metódica de ponderação, subalternizar-se sistematicamente a liberdade de expressão, transformando um cenário de expectativa de desenvolvimento civilizacional das sociedades pluralistas, multiculturais e inclusivas enformadas pelo Estado de direito numa realidade indesejavelmente distópica.

Mas será que o Estado deve – e pode, ainda – garantir o pluralismo de ideias e de opiniões nas sociedades da Hipermodernidade, com acentuadas clivagens éticas, ideológicas e religiosas?

Convirá, em vez de dar respostas “à flor da pele” e de prever punições, estudar a evolução dos fenômenos comunicacionais em rede e tentar intervir sobre eles, regulá-los, à escala global – como será inevitável – para, só assim, minorar efeitos não só indesejados como contraproducentes, relativamente a um meio que tem um crédito de expectativa de liberdade e de desenvolvimento do potencial humano.

Ser prudente na Hipermodernidade talvez signifique, como observa Karl Popper, não ter certezas – ou, pelo menos, muitas certezas – e ter de “prosseguir no desconhecido, no incerto, no inseguro”.

A Disciplina do Bem de Família em Perspectiva Funcional: (Im)Penhorabilidade do Bem de Família Luxuoso

Danielle Tavares Peçanha

Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela mesma universidade. Integra a equipe do Escritório Gustavo Tepedino Advogados. Advogada.

RESUMO: O bem de família é instituto que goza de proteção jurídica pelo ordenamento pátrio e representa importante avanço em termos de tutela de direitos fundamentais instituídos pela Constituição da República. O instituto consagra a regra da impenhorabilidade, cujo estudo vem suscitando intensas discussões na doutrina e na jurisprudência, especialmente no âmbito da proteção estatuída na Lei 8.009/90. Sua aplicação reflete cenário de gradativa ampliação protetiva, que tem acarretado questionamentos e debates cada vez mais ricos em torno de sua pretendida utilização de maneira absoluta, como ocorre em casos em que se discute a possibilidade de penhora de imóvel de elevado valor. Diante da proteção estabelecida pela lei e da ausência de previsão legal que excepcione o imóvel de alto valor, cria-se empecilho que exige análise atenta dos fundamentos e objetivos que justificam a existência do instituto. Nessa direção, o presente estudo propõe-se, à luz da metodologia civil-constitucional, a um resgate dos valores constitucionais que figuram fins diretos da proteção legal, extraindo constatações das consequências apuradas, especialmente no âmbito do bem de família luxuoso.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família. Impenhorabilidade. Imóvel luxuoso.

ABSTRACT: The homestead is an institute that enjoys legal protection by the homeland system and represents an important advance in terms of protection of fundamental rights established by the Constitution of the Republic. The institute enshrines the rule of unseizability, whose study has been raising intense discussions in a doctrine and jurisprudence, especially in the scope of the protection established in Law 8.009/90. Its application reflects a scenario of gradual protective expansion, which has led to increasingly rich debates about its intended use absolutely, as occurs in cases where the possibility of attach of high value homestead is discussed. Given the legal protection established by the law and the absence of legal provision that excepts the luxury property, comes up a stalemate that requires careful analysis of the grounds and objectives that justify the existence of the institute. In this sense, the present study proposes, in the light of the civil-constitutional methodology, a rescue of the constitutional values that are the direct objectives of the legal protection, extracting findings from the consequences found, especially in the ambit of the luxurious homestead.

KEYWORDS: Homestead. Unseizability. Luxury property.

INTRODUÇÃO

O direito a um teto tem simetria direta com o direito de *ser* e vem despertando olhares atentos de estudiosos, remontando a tempos longínquos a preocupação com sua efetiva proteção. Pontes de Miranda, em suas lições, já afirmava que, fundada historicamente na pessoa, à guisa da liberdade de ir, ficar e vir, a moradia sempre se voltou à salvaguarda da porção espacial necessária ao desenvolvimento adequado dos indivíduos. O homem, à luz de suas fragilidades naturais, é “ente sem defesas de casco, ou de pêlos espessos, ou de epiderme resistente” e, por isso, precisa (mais ainda que quaisquer outros animais) de espaço que lhe sirva de proteção (MIRANDA, 1987, p. 183).

Constatou-se com o tempo que a não habitação, ou habitação nas ruas, importa na negativa da condição de pessoa, até porque, além de representar-lhe segurança e refúgio das intempéries da vida, figura como espaço que serve ao homem como referência da sua própria identidade (SCHREIBER, 2013, p. 283). Presente nos mais antigos modelos de organização social, os sistemas jurídicos têm identificado na moradia uma das necessidades primárias do ser humano e se dedicado à tarefa de normatização da matéria.

Especialmente à luz do entendimento segundo o qual o homem deve ser considerado o fim último do direito, tem-se na Constituição Federal de 1988 registros de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República,¹ e daí decorre amplo leque de direitos com os quais se compromete o ordenamento, nomeadamente o direito à vida, à moradia e a condições mínimas para que se possa desenvolver adequadamente no seio social.

À luz da proteção jurídica à dignidade, importa também a necessidade de substrato material razoavelmente necessário, sendo a habitação supedâneo ao desenvolvimento da personalidade humana. Volta-se então à criação e ao desenvolvimento de instrumentos destinados a garantir a efetiva tutela do direito à moradia, como decorrência direta da dignidade; bem como antigos institutos passam por releitura, em cotejo aos fundamentos constitucionais.

Nesse contexto, situa-se a teoria do bem de família, importante passo legal em prol da efetivação dos direitos fundamentais. Sob a égide da Constituição de 1988, a Lei 8.009/90 delineou nova impenhorabilidade ao bem de família, de pleno direito, passando o bem de família a existir sob duas modalidades: a convencional, prevista no Código Civil; e a legal, por incidência da Lei 8.009/90.

Interpretado contemporaneamente de maneira ampliativa, não são poucas as controvérsias em torno do tema, como ocor-

¹ CR/1988, Art. 1º. Art. 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. III - a dignidade da pessoa humana”.

re com o chamado bem de família suntuoso. Embora haja quem sustente tratar-se de matéria insuscetível a mudanças, estudiosos vêm levantando com frequência discussões acerca dos limites impostos pela lei. Entende-se que a impenhorabilidade interpretada de maneira cega e absoluta pode acabar gerando anacronismos funcionais, discrepantes à lógica complexa do ordenamento jurídico. Levanta-se, assim, hodierna preocupação com sua real função e as consequências práticas que daí advém, com fins de se garantir sua interpretação conforme a Constituição da República.

Nesse cenário, busca-se identificar criticamente os pilares que cimentam a matéria, para que se passe à análise de questões concretas, notadamente àquela atinente ao bem de família luxuoso, com o devido embasamento nos alicerces constitucionais. Propõe-se, então, exame do reconhecido delicado bem de família suntuoso, assíduo na prática dos tribunais brasileiros, tendo em mira importantes técnicas de interpretação, como a razoabilidade, para que se possa chegar à melhor solução possível, averiguando-se o merecimento de tutela das situações concretas.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO BEM DE FAMÍLIA

Importante conquista das codificações modernas, o princípio da responsabilidade patrimonial em sede obrigacional sujeita os bens do devedor às consequências do inadimplemento (PINHEIRO; ISAGUIRRE, 2007, p. 131). Com fins de proteção ao interesse privado do particular que tem crédito a receber, a responsabilidade patrimonial garante, através da intervenção do Estado, a possibilidade de execução dos bens do devedor para satisfação da prestação devida. Para tanto, é possível que haja a constrição judicial do patrimônio do devedor, que pode vir a ter penhorados tantos bens seus quanto seja necessário, apreendendo-os efetivamente e destinando-os aos fins da execução para expropriação futura.²

² Acerca do procedimento de penhora, leciona Humberto Theodoro Júnior: “É a penhora, *ad instar* da declaração de utilidade pública, o primeiro ato por meio do qual o Estado põe em prática o processo de expropriação executiva. (...) É, em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa. Com esse ato inicial de expropriação, a responsabilidade patrimonial, que era genérica até então, sofre um processo de individualização, mediante apreensão física, direta ou indireta, de uma parte determinada e específica do patrimônio do devedor.” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 279)

Não poderá a penhora, contudo, ser levada a cabo em todas as situações. Isso porque o legislador pátrio estabeleceu certas exceções, concretizadas nas hipóteses de *impenhorabilidade*. Certos bens, diante do que representam para seu proprietário, e em conformidade com os interesses do credor, são intocáveis, por exemplo, por servirem de moradia ao devedor e sua família. Tais circunstâncias são identificadas na grafia do art. 789 do Código de Processo Civil,³ e, a despeito da omissão redacional do art. 391 do Código Civil,⁴ em diversas passagens do diploma, nota-se a determinação da regra da impenhorabilidade, como consta do bem de família voluntário (artigos 1.711 e seguintes). Além do Código Civil e do Código de Processo Civil, também leis esparsas podem estabelecer hipóteses de impenhorabilidade, como é o caso da Lei n° 8.009/90, que regula o bem da família legal.

No que tange à definição do bem de família, Álvaro Villaça de Azevedo afirma: “o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala, domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, 1996, p. 93). Na lição de Gustavo Tepedino, por sua vez, fica sublinhada a expansão do conceito de bem de família, associada à “proteção do direito à moradia e da dignidade humana, a prescindir de modelos preestabelecidos de convivência familiar”, de modo a alcançar, em praticamente todas as hipóteses, o imóvel residencial (TEPEDINO, 2008, pp. III-IV).

Inserido em contextos diversos, é possível notar as inúmeras transformações pelas quais passou - e vem passando - o instituto. Ainda assim, tem-se identificado estreita relação entre o bem de família, ainda que com enfoques diferentes ao longo do tempo, e a proteção da família e o acesso à moradia, devendo-se ter em mente o giro conceitual pelo qual passaram suas premissas conceituais nucleares.

3 CPC/2015, “Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

4 CC/2002, “Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.”

Seus primeiros registros decorrem de entendimento segundo o qual o ser humano, em vivência social que lhe é característica natural, dependeria da célula familiar para desenvolver-se, formando desde cedo seu espírito próprio com apreensão de preceitos morais. A família funcionaria como base de proteção ampla e profícua, sendo missão primordial do Estado preservá-la na maior medida possível. (AZEVEDO, 2013, p. 344) Pioneiro, com tratamento específico, o “*homestead*”, nascido na República do Texas em 1839, estabeleceu pela primeira vez a proteção da pequena propriedade em termos de impenhorabilidade.

De lá para cá, diversos foram os diplomas dedicados ao tema, sendo o Código Civil de 1916 o precursor da matéria no ordenamento brasileiro, encontrando assento legal em seus artigos 70 a 73, localizados na Parte Geral. Ocorre que tal diploma se restringia à proteção de bem imóvel, não garantindo tal agasalho a todas as famílias de modo indiscriminado. Restringia-se àqueles que, cumprindo os requisitos legais, optassem voluntária e expressamente por gravar com cláusula de inalienabilidade o bem, encargo gravoso à preservação daquele bem essencial ao seu desenvolvimento como pessoa.

Não tardou a eclodir anseio de proteção mais efetiva e democrática, de modo que, em resposta, a Lei nº 8.009/90 nasceu estabelecendo as hipóteses do bem de família legal, móvel e imóvel. Afirmou-se então o compromisso do Estado para com a defesa da família, como se afirmou à época, hoje entendida em todas as suas acepções possíveis. Ficam então estabelecidas as diretrizes basilares referentes ao imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e a certos móveis que compõem a residência, agora também impenhoráveis por determinação legal.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 dispôs sobre a matéria em seus arts. 1.711 a 1.722, no Livro de Direito de Família. Trata-se de bem de família voluntário, nascido da iniciativa privada, em perfeita coexistência com o modelo inaugurado pela Lei de 1990, a qual, conforme entendimento consolidado da jurisprudência, é aplicável às penhoras realizadas mesmo antes

de sua vigência.⁵ Estabelece-se dual sistema: de um lado, a Lei 8.009/90 institui o bem de família legal, pela simples residência; e, de outro lado, o Código Civil, com menor abrangência prática, mantém a tradição privada em privilégio à vontade do proprietário do bem.

Implementado o novo bem de família e ultrapassadas as discussões calcadas preteritamente em sua suposta inconstitucionalidade,⁶ através da Lei 8.009/90, estabeleceu-se modelo umbilicalmente diverso daquele praticado anteriormente. Sua constituição passa a ser imediata e *ex lege*, desde que a situação concreta decorra das hipóteses legais. Nessa direção, já o art. 1º e seu parágrafo único⁷ estabelecem alguns dos parâmetros à luz dos quais será possível averiguar em que hipóteses há que se falar na regra da impenhorabilidade.

Trata-se de norma de ordem pública, cuja garantia pode ser alegada a qualquer momento no processo, e não necessariamente em embargos do devedor, de modo que o debate acerca da impenhorabilidade do bem não se sujeita à preclusão.⁸ Além de não fazer coisa julgada material, poderá, inclusive, ser conhecida de ofício pelo juiz em caso de silêncio das partes, exigindo-se naturalmente sejam ouvidas as partes em contraditório, e ficando, de modo geral, a cargo do devedor o ônus da prova de que se trata de bem de família (FACHIN, 2001, p. 159).

Em contraposição ao bem de família estatuído no Código Civil, a proteção trazida na Lei 8.009/90 não traduz sua inaliena-

5 O entendimento foi assentado no Enunciado nº 205 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: “A Lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência”.

6 Sobre o tema, houve quem afirmasse que a lei gozava de vício formal, por ter sido promulgada não pelo Presidente da República, mas pelo Presidente do Senado; e material, uma vez que teria gerado impacto indesejado nas relações negociais e incentivo à inadimplência. Tais questionamentos caíram por terra, tomando-se como premissa o caráter social e de proteção à dignidade humana desenhado pela Lei 8.009/90.

7 Lei nº 8.009/90, “Art. 1º: O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.”

8 Sobre o tema, destaque-se os seguintes precedentes: STJ, 3º T., AgRg no AREsp 595374/SP, Rel. Min. João Otávio De Noronha, julg. 2.8.2015, publ. Dje 1.9.2015; STJ, REsp 1313053/DF, 4º T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 4.12.2012, publ. Dje 15.03.2013; e STJ, 1º T., REsp 640703/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 15.9.2005, publ. DJ 26.09.2005.

bilidade automática. Ao titular do imóvel, garante-se inalterado o atributo da propriedade referente à disposição do bem, evitando-se a paralisação de seu patrimônio. Consigne-se ainda que o diploma em comento não estabeleceu expressamente limite de valor ao bem de família legal, razão pela qual tem sido a matéria relativa ao 'bem de família suntuoso' objeto de intensa discussão nos Tribunais e na literatura jurídica.

Gozando de mais de um imóvel, apenas um poderá ser considerado bem de família legal, qual seja, aquele utilizado pela família como moradia permanente, reforçando a ideia de unicidade do bem de família (art. 5º, *caput*, da Lei 8.009/90). Se, por outro lado, a entidade familiar gozar de vários imóveis como residência, a impenhorabilidade recairá sobre aquele de menor valor, salvo se houver registro de bem de família voluntário, em respeito aos interesses dos credores (MONTEIRO, 2007, p. 418).

Criou-se, pois, bem de família que dispensa condições formais de instituição, como eventual registro de escritura pública. Ademais, em evidente avanço social, o parágrafo único do primeiro dispositivo da lei amplia o alcance da proteção às plantações, benfeitorias, equipamentos e bens móveis que guarneçam o imóvel. Admite-se também a impenhorabilidade exclusivamente de bens móveis, como no caso do devedor que resida em imóvel alugado, protegendo-se o locatário que não possua imóvel próprio.

No que concerne ao objeto no qual recai a proteção da Lei 8.009/90, caminham bem doutrina e jurisprudência, interpretando-a de maneira ampliativa, com fins de garantir efetiva tutela da pessoa. Já afirmou o Superior Tribunal de Justiça que a regra da impenhorabilidade é aplicável às hipóteses em que, embora o bem não seja habitado pela família, figure indiretamente como garantia de acesso à moradia. Cita-se o caso em que o imóvel único de propriedade da família é locado a terceiro e os frutos civis são destinados ao aluguel do bem onde eles de fato residem; assim como a hipótese de imóvel desocupado por razões alheias à vontade do proprietário devedor.⁹

9 O Enunciado nº 486 da Súmula do STJ consagra a hipótese do bem locado, veja-se: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação

Muito embora o dispositivo aduza, em sentido literal, ao imóvel do 'casal ou da entidade familiar', acertadamente têm andado doutrina e jurisprudência, em evidente reconhecimento das funções do instituto. Subjetivamente, confere-se guarida a todos os integrantes das entidades familiares que habitam o imóvel, e não apenas ao titular do domínio.¹⁰ Seja qual for o fundamento dessa ampliação - pelo alargamento do conceito de família, por equiparação extensiva aos novos arranjos, por possibilidade potencial de constituição de família futura, ou por uma proposta de atribuição de nova função ao instituto -, (SCHREIBER, 2013, p. 291), certo é que se avançou no sentido de garantir que a impenhorabilidade alcance o maior número possível de pessoas, em prol da concretização máxima da tábua axiológica constitucional.

Evolução tal se consubstanciou em extensão da salvaguarda, de modo a alcançar os bens que sirvam de lar a avós e seus netos,¹¹ a irmãos que vivam sob o mesmo teto,¹² bem como à situação de ex-cônjuges separados judicialmente¹³ ou viúvos. Mais que isso, já se chegou à importante conclusão de que deve também ser protegido o imóvel habitado por devedor solteiro, dispensando-se nesse caso qualquer traço de consanguinidade ou afinidade, conforme se extrai do Enunciado nº 364 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.¹⁴

seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família". Ademais, em interessante caso que envolvia a não habitação no imóvel decorrente de absoluta ausência de condições para a moradia, decidiu a Corte que não se pode afastar a impenhorabilidade, vez que o devedor não teve qualquer opção de permanecer em seu imóvel único. Nesse sentido, e diante dos danos decorrentes de transbordamento de águas da rede de águas pluviais, entendeu-se que não poderia o devedor sofrer os efeitos de uma possível penhora. (STJ, 4ª T., REsp 825.660/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 1.12.2009, publ. DJe 14.12.2009). Também à poupança cuja destinação esteja afetada à aquisição do bem de família, já se prolongou a proteção: STJ, 2ª T., REsp 707.623, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 16.4.2009; STJ, 2ª T., Resp 1616475, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 15.9.2016, publ. DJ 11.10.2016.

10 STJ, 4ª T., EDcl no REsp 1084059/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 11.4.2013, publ. DJe 23.4.2013; STJ, 6ª T., REsp 971926/SP, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 2.2.2010, publ. DJe 22.2.2010.

11 A respeito do tema, já restou consignado que estaria protegido pela Lei 8.009/90 o imóvel que serve de residência para a mãe e avó do proprietário executado, o qual, por sua vez, morava com sua família em outro imóvel alugado. (STJ, 3ª T., Resp 186210/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, julg. 20.9.2001, publ. DJ 15.10.2001)

12 STJ, 4ª T., REsp 159.851/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 19.3.1998, publ. DJ 22.6.1998.

13 STJ, 4ª T., REsp 218.377/ES, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. 20.6.2000, publ. DJ 11.9.2000. À época, afirmou-se que, com a separação judicial, "cada ex-cônjuge constitui uma nova entidade familiar, passando a ser sujeito da proteção jurídica prevista na Lei nº 8.009/90".

14 Enunciado nº 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas."

Ainda no âmbito do bem de família legal, alude-se, sem adentrar nas minúcias de cada uma das hipóteses, às exceções consagradas pelo art. 3º da Lei 8.009/90,¹⁵ com as alterações promovidas pela Lei 13.144/2015, cujo rol levanta discussões delicadíssimas e de profunda aplicabilidade prática. O próprio legislador previu na Lei 8.009/90 hipóteses em que se permite a realização da medida de constrição judicial do imóvel. Observa-se nesta seara uma explosão de contendas e questionamentos. O inciso I do artigo, que tratava dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias, foi revogado pela Lei Complementar nº 150 de 2015, registrando-se evidente prevalência do direito à moradia sobre os primeiros. Por outro lado, polêmicas antigas emergem da hipótese do crédito hipotecário (art. 3º, inciso V) – em que se tem afirmado ser necessária interpretação restritiva, somente abrangendo os bens que sirvam de garantia em dívidas em benefício direto da família -, e do espinhoso crédito de fiança locatícia (art. 3º, inciso VII) – disposição considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁶ embora ainda muito criticada em sede doutrinária.

A construção jurisprudencial e os aportes decorrentes dos debates doutrinários colocam-se como importante ferramenta no enfrentamento dessas questões, manifestando-se através de alargamento progressivo do âmbito de aplicação da Lei 8.009/90. Por um lado, tal ampliação gradativa do espectro de incidência da lei tem o mérito de visar à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, em respeito à plena eficácia das normas constitucionais. A dilatação, todavia, tem gerado esforço de diversos estudiosos no sentido de promover o resgate das ba-

15 Lei nº 8.009/90, Art. 3º: “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acessórios constituídos em função do respectivo contrato; III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

16 STF, Tribunal Pleno, RE 407688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. 8.2.2006.

ses do instituto. Levanta-se oportuna preocupação com sua real função e as consequências práticas que daí advém, para fins de se garantir uma interpretação conforme a Constituição da República. (PERLINGIERI, 2008, p. 642).

3. A FUNÇÃO DO INSTITUTO: GARANTIAS E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO BEM DE FAMÍLIA

O antigo bem de família, arraigado às instituições tradicionais, perde espaço frente às múltiplas relações afetivas que se podem formar entre as pessoas; às demandas de tratamento isonômico entre os privados; aos múltiplos perfis das relações econômicas; às exigências necessárias ao cumprimento da propriedade privada, entendida não mais como um direito absoluto; e diante da complexidade do sistema jurídico, com vasta gama de fontes e direitos.

Cumpra mencionar a relevância, tanto teórica quanto prática, que a metodologia civil constitucional simboliza, em especial também, à disciplina do bem de família. Situa-se a Constituição da República no ápice do ordenamento jurídico, sendo elementar que todas as normas inferiores não a contrariem, além de que sejam interpretadas e aplicadas com base nela, maximizando a eficácia dos princípios, cuja força normativa é reconhecida. Adjetiva-se, nessa esteira, o direito civil e seus institutos, tendo em mira prioritariamente valores não patrimoniais, em especial, a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2008, p. 22).

Tal evolução conceitual implica o necessário afastamento daquele direito civil de outrora, fiel ao método da subsunção, o qual não mais traduz o objeto de investigação dos civilistas contemporâneos. Impõe-se, ao revés, atento estudo dos objetivos dos institutos em cotejo, sem que se apegue cegamente a seus elementos estruturais. Assiste-se a cada vez maior destaque à 'função promocional do direito', conforme difundido por Norberto Bobbio (BOBBIO, 2007). Dessa sorte, a função dos institutos, atentando-se à principiologia constitucional, deve servir como parâmetro interpretativo das múltiplas situações fáticas que se colocam

ao operador do direito diuturnamente. Um mesmo instituto, cuja estrutura esteja já vastamente consignada em sede legal, poderá assumir valor diferente daqueles que o caracterizavam em sua origem. (PERLINGIERI, 2005, p. 8) Dentro da nova ordem constitucional, é possível que figuras que assumiram tradicionalmente função de certo tipo adquiram nova roupagem funcional.

Não será diferente com relação ao bem de família. Tradicionalmente, a figura se voltou à proteção salutar da entidade familiar como instituição, que funcionaria como unidade de produção e reprodução de valores variados. Tal interpretação decorre de ideia segundo a qual existiria uma coesão formal ínsita ao conceito de família, justificando, por vezes, o sacrifício individual em prol da preservação da instituição que representaria a célula *mater* da sociedade.

À luz das alterações axiológicas introduzidas nas relações familiares pela atual Constituição, impediu-se “que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional” (TEPEDINO, 2008, p. 422). Deixa a família de ter valor intrínseco e passa a ser valorada de forma instrumental, merecedora de proteção apenas na medida em que sirva ao desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Assim, a chamada “família-instrumento se apresenta como o lugar no qual os seus membros encontram campo para se desenvolverem como pessoas” (MEIRELES, 2012, p. 2), sem significar o afrouxamento de sua proteção pelo ordenamento jurídico.

Não mais parece razoável supor que a proteção da entidade familiar seja a função elementar – ou exclusiva – desempenhada por figura de tamanha relevância, como é o bem de família. Afinal de contas, aceitar a proteção da família como sua função substancial e específica significaria, por exemplo, excluir o devedor solteiro de sua pauta protetiva. Se no momento de seu surgimento, autorizava-se a proteção do bem de família com base puramente na preservação da célula *mater* da sociedade, tal interpretação não mais será suficiente a fundamentar a tutela pelo ordenamento jurídico em termos de bem de família.

A família será digna de proteção, possuindo inclusive *status* constitucional, a ser, contudo, valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em núcleo intermediário de autonomia existencial e desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Por isso mesmo, filia-se àquela compreensão segundo a qual há que se identificar nova função ao instituto, à lume da tábua axiológica posta pela normativa constitucional, como vêm fazendo doutrina e jurisprudência. Desse modo, esforça-se na busca pelo objetivo da norma, para fins de determinar no caso concreto o merecimento (ou não) de proteção.

3.1 Dignidade da pessoa humana

Para que se possa compreender a função que o bem de família exerce em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário, em primeiro plano, assimilar que se trata de instituto intrinsecamente voltado à proteção da dignidade da pessoa humana e, como corolário seu, do direito à moradia. Em qualquer de suas manifestações, deverá existir comprometimento com ambos os preceitos, consagrados, respectivamente, no art. 1º, III, da CF/1988 e no art. 6º da CF/1988, esse último com redação dada pela Emenda Constitucional nº 90 de 2015.

A Constituição da República elevou os valores existenciais ao ápice de tutela do ordenamento, elegendo a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar e alicerce que sustenta a República e a ordem democrática. O princípio foi responsável por promover a ampliação da tutela dos direitos voltados à realização da pessoa e de sua personalidade.

Não obstante existam críticas quanto à superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana (NANNI, 2014, p. 141), que exige cada vez mais o empenho dos intérpretes e operadores do direito em afastar seu emprego de maneira oca e superficial, não se pode esvaziar a relevância que o aludido princípio desempenha em nosso sistema, funcionando como verdadeiro divisor de águas. Assim, caberá aos estudiosos envidar todos os esforços possíveis para compreender e aplicar de maneira não banaliza-

da, e sim em consonância com o que preconiza o ordenamento (BARROSO, 2014, p. 60).

A dignidade da pessoa humana, de matriz kantiana, aponta para o imperativo categórico, de ordem moral, que considera a humanidade, ínsita ao homem racional, um fim em si mesma. Dessarte, aventuraram-se importantes estudiosos na difícil tarefa de conceituação da dignidade da pessoa humana, chegando Ingo Sarlet a afirmar que se trata de “reduto intangível de cada indivíduo e, nesse sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas” (SARLET, 2005, p. 124). Explica o autor, em sequência, que isso não significa a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas apenas que as restrições a eles não devem ultrapassar um limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, dessa maneira, traduz aquilo que se tem denominado de ‘princípio máximo’ ou ‘princípio dos princípios’, e sua inclusão no rol de fundamentos da República representa renovação ímpar também no Direito Privado. Viu-se no homem o fim básico do Direito, como espécie de tronco fundamental, sendo a dignidade da pessoa humana qualidade inata e intrínseca a ele. Configura, portanto, afronta ao princípio ora em análise “tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”. Significa dizer que toda e qualquer relação jurídica, seja pública ou privada, patrimonial ou existencial, sempre terá como norte a proteção da pessoa humana, sob os consectários de liberdade, solidariedade, igualdade e integridade psicofísica (MORAES, 2010, p. 85). Instrumentalizar o valor em prol de qualquer instituição, ainda que com *status* constitucional, representa, pois, grave violação.

A dignidade da pessoa humana abarca a tutela de aspectos existenciais da pessoa, sob o prisma não de um direito subjetivo específico, ou da catalogação limitada dos chamados direitos da personalidade, mas, na verdade, em prol da salvaguarda da pessoa humana em todo e qualquer momento. Tal preceito encerra ainda a garantia dos meios materiais razoavelmente necessários para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, sob

pena de se converter em fórmula vazia, caso não sejam assegurados os meios necessários para seu pleno exercício (SCHREIBER, 2013, p. 285). Dentre esses meios, ao lado das garantias existenciais, ganha especial destaque a moradia.

3.2 Direito fundamental à moradia

Da dignidade da pessoa humana, reconduz-se à garantia de acesso à moradia, cuja existência e reconhecimento estão intimamente ligados ao valor próprio que identifica o ser humano como tal. Conforme se verificou, a proteção jurídica à dignidade humana abrange não somente aspectos existenciais, mas também inclui a garantia de meios materiais necessários ao pleno desenvolvimento do sujeito, ganhando destaque a habitação, que, nas palavras de Anderson Schreiber, “é requisito inerente à formação e ao desenvolvimento da personalidade humana” (SCHREIBER, 2013, p. 285).

Representando, em espectro social de abrangência, muito mais que o direito de propriedade e gozando de âmbito de proteção e objeto próprio, o direito à moradia¹⁷ marca a necessária intervenção estatal em favor das partes mais fracas nas relações sociais. A despeito da discussão que envolve a atuação ativa do Estado para garantir sua efetivação, em aspecto prestacional, cuida-se de acréscimo trazido pela Emenda nº 26 de 2000, no rol dos direitos fundamentais sociais.

Por outro lado, em bifurcação proposta por Rômulo Russo Júnior, o direito à moradia assume também aspecto defensivo. Protege-se, aqui, a moradia do homem contra interferência pública ou particular, impondo-se dever geral e negativo de abstinência. Trata-se de direito voltado à necessidade primária de asilo, própria do homem, que repercute em diversos institutos, como no direito real de habitação decorrente da morte de um dos

17 “O direito à moradia vai muito além do direito de propriedade, pois só pequena parcela da população é proprietária de imóveis, como também não tem condição financeira para adquiri-las. A grande maioria dos cidadãos vive em imóveis alugados, quando tem o privilégio de poder pagar aluguel. Grande contingente vive em favelas. A esses não proprietários é que, em geral, destina-se a proteção do direito à moradia, que deve ser sanado pelo Estado, à medida do possível, assegurando esse direito com o tempo” (AZEVEDO, 2013, p. 376).

cônjuges ou companheiros ou, especialmente, no bem de família (RUSSO JÚNIOR, 2006, p. 58).

O bem de família estaria calçado, portanto, na ideia de imunização da morada do indivíduo (ou da família), ampliando-se, com a Lei 8.009/90, seu grau de proteção para além do imóvel habitado por ele. Da inclusão das plantações, das benfeitorias e de equipamentos, prevista no parágrafo único do art. 1º do diploma legal, fica cristalina a associação necessária entre a moradia e a elementar dignidade da pessoa humana, protegidas contra quaisquer execuções que se lhe movam. Com efeito, sem um espaço adequado voltado à sua própria proteção e de sua família contra as intempéries do dia a dia, no qual concretizam-se também direitos como intimidade e privacidade, certamente a pessoa não terá assegurada sua dignidade e, ocasionalmente, sequer o direito à vida.

Em que pese a Constituição da República tenha sido omisssa quanto ao conteúdo do direito à moradia, é possível que se faça uso da normativa internacional para fins de sua determinação. Assiste-se a uma tendência no sentido de, em respeito às exigências postas pela Organização Mundial de Saúde, garantir-se “completo bem-estar físico, mental e social, já que uma vida com dignidade em hipótese alguma poderá ser menos do que uma vida com saúde, à evidência não restrita a mera existência e sobrevivência física” (SARLET, 2002, p. 158). Nesse sentido, a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais criou uma lista de elementos básicos a serem atendidos em termos de direito à moradia, que pode servir de inspiração em âmbito nacional.¹⁸

As diretrizes aludidas devem ser interpretadas não com o propósito de garantir unicamente uma espécie de ‘teto sobre

18 Resumidamente, elencou-se os seguintes preceitos: a) segurança jurídica para a posse; b) disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestrutura para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito; c) acessibilidade, de modo que as despesas com a manutenção da moradia não comprometam a satisfação de outras necessidades básicas; d) habitabilidade, garantindo a segurança física aos seus ocupantes; e) facilidade de acesso, especialmente para portadores de deficiências; f) localização que permita acesso a emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais; g) respeito pela construção da identidade e diversidade cultural da população da localidade. Tais elementos se podem extrair do parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4, acerca de um direito à moradia adequado, editado pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

a cabeça', mas sim num contexto harmonizado com a realidade brasileira e as diversas regiões e suas particularidades. A tarefa não é fácil. Todavia, impõe-se aos Poderes o compromisso com um desenho concreto desses padrões. De outra mão, estabelecem-se seus limites e matizes, com fins de se evitar sua distorção em situações concretas.

Ser e habitar, nesse sentido, estão visceralmente ligados, representando esse último não um espaço delimitado a ser ocupado fisicamente, mas um direito de morar com condições adequadas e condignas. Ademais, trazendo consequências práticas ainda mais balizadas e parâmetros mínimos indispensáveis a uma vida saudável, ganha destaque o estudo da tutela de um patrimônio mínimo, com fins últimos de garantia da dignidade da pessoa humana.

3.3 Patrimônio mínimo

A Constituição da República, em seu art. 1º, III, outorgou à dignidade o *status* de fundamento da República, bem como consagrou em seu art. 5º, *caput*, o direito à vida, conforme evidenciado, garantindo no art. 170 que serão asseguradas a todos as condições mínimas para uma existência digna. O princípio da dignidade, como ensina Luiz Edson Fachin, é o “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda ordem constitucional” (FACHIN, 2006, p. 193) e dele deriva a necessidade de que se proteja um mínimo concreto de garantia existencial das pessoas.

É fundamental, portanto, que se reconheça que toda pessoa natural deve ter protegido um patrimônio mínimo, a ser “mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada” (FACHIN, 2006, p. 1), garantia que lhe é inata e independe de previsão legal instituindo expressamente o princípio. Trata-se de uma forma de garantir o que se consignou chamar de mínimo existencial, isto é, “condições materiais básicas para que a dignidade humana não seja princípio meramente formal, possibilitando-se a todos

oportunidades reais de exercício de seus direitos fundamentais” (OLIVA, RENTERÍA, 2019, p. 323).

Embora não se encontre grafado explicitamente, uma leitura sistemática do Código Civil segundo a Constituição Federal permite que se depreenda a ideia do patrimônio mínimo, à luz da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e das condições mínimas para uma existência digna. Ademais, há dispositivos do Código Civil que propiciam sua percepção clara. É o que se extrai, por exemplo, do art. 548,¹⁹ em que se veda a doação de todos os bens sem que haja reserva de parte suficiente à garantia da subsistência do doador. Além disso, o patrimônio mínimo encontra agasalho cristalino na Lei 8.009/90.²⁰

Em verdade, a teoria do patrimônio mínimo busca ampliar a noção de propriedade, funcionalizando-a e humanizando-a, para fins de democratizar o conceito, colocando-se “a pessoa à frente do patrimônio, ainda que para isso seja necessário assegurar um mínimo patrimonial que garanta a subsistência e a dignidade” (FACHIN, 2016, p. 697). O conceito de patrimônio mínimo deve abranger mais que o mero substrato material de existência: não se trata apenas de um patrimônio mínimo econômico, mas sim jurídico, que abrange também, a título de exemplo, os direitos da personalidade. É preciso levar em consideração todas as relações desenvolvidas pelo sujeito em determinado lugar, visando à sua realização enquanto pessoa humana e a proteção de sua dignidade, que lhe é ínsita. Ante a possibilidade de exclusão de certos ativos do ataque dos credores, acrescente-se a necessária valoração judicial, a ser concretamente realizada sempre com fins de preservação do mínimo existencial do devedor.

Ilustrativamente, o Superior Tribunal de Justiça já chegou a conclusões em sentidos diferentes quanto à possibilidade de pe-

¹⁹ CC/2002, Art. 548. “Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.”

²⁰ Conquanto os conceitos estejam intimamente associados e possam se sobrepor em determinadas situações, sendo possível afirmar que o bem de família é uma forma de garantir um patrimônio mínimo, deve-se estar atento para não se baralhá-los. Sustenta Luiz Edson Fachin que essa última garantia, objeto de estudo do autor, pode se realizar de outras maneiras que não necessariamente na figura do bem de família (FACHIN, 2016, p. 696). Outrossim, a origem, as minúcias teóricas e o caminho percorrido pelo bem de família não permitem afirmar identidade com a teoria do patrimônio mínimo.

nhora de certo instrumento musical, à luz da análise concreta da titularidade exercida sobre ele.²¹ Considerou a Terceira Turma, na apreciação do REsp 207.762, que não se verificou suntuosidade para fins de exclusão da proteção advinda do bem de família legal sobre o instrumento, uma vez que ele seria indispensável ao estudo e futuro das filhas da titular do bem.²² De outra parte, a mesma Turma considerou, no julgamento do REsp 198.370,²³ configurada a hipótese de exceção à impenhorabilidade, prevista no art. 2º da Lei 8.009/90, para fins de declarar possível a penhora sobre o piano. Isso porque, no caso em tela, o instrumento não era (nem havia indicações de que seria) utilizado pelo titular como meio de aprendizagem, como atividade profissional, nem mesmo seria ele bem de valor sentimental.

Ademais, a existência do patrimônio mínimo se relaciona à busca por uma sociedade mais solidária e justa, em caráter democrático. Nessa ótica, a proteção do patrimônio mínimo é fundamental não apenas para cada indivíduo isoladamente considerado, mas também para o Estado e para a construção de uma nova realidade social. A defesa do ‘mínimo’, na lição de Luiz Edson Fachin, não quantificaria, e sim qualificaria o objeto, promovendo, em alguma medida, a solidariedade.²⁴ A proteção patrimonial consubstanciada na Lei 8.009/90 se justifica enquanto necessária para assegurar esse mínimo existencial, que, repita-se, não se confunde com um mínimo para sobreviver apenas, mas também não parece visar a garantir a manutenção de um alto padrão de vida a seus titulares (LUSTOSA, 2016, p. 144).

Ainda que diante da dificuldade prática concernente à delimitação do ‘mínimo’ a ser garantido, uma vez que não o tenha feito o legislador, mais alinhada à garantia estatuída na Lei 8.009/90

21 Estabelece o *caput* do art. 2º, da Lei 8.009/90 que “Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos”.

22 STJ, 3ª T., REsp 207.762/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 27.3.2000, publ. DJ 5.6.2000.

23 STJ, 3ª T., REsp 198370/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julg. 16.11.2000, publ. DJ 5.2.2001.

24 “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam. (...) Tal mínimo é valor e não metrificção, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é infimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo” (FACHIN, 2006, pp. 299 e 301).

parece estar a ideia de um patrimônio mínimo que pressupõe a impossibilidade de a pessoa ser desprovida de bens que lhe proporcionem, minimamente, uma vida digna, ainda que para tal seja necessário sobrepor tal interesse a direitos legítimos creditícios. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, “sem invalidar o legítimo interesse dos credores, a impenhorabilidade desloca do campo dos bens a tutela jurídica, direcionando-a para a pessoa do devedor, preenchidas as condições prévias necessárias” (FACHIN, 2006, p. 220).

4. PERSPECTIVAS PRÁTICAS DE APLICAÇÃO: A PROBLEMATICA DO BEM DE FAMÍLIA LUXUOSO

Remonta a tempos pretéritos a delicada discussão acerca da possibilidade (ou não) de penhora de imóvel de alto valor econômico qualificado como bem de família no direito brasileiro. Desde sua introdução no ordenamento pátrio, ainda em sua modalidade voluntária, discutia-se a respeito da viabilidade de instituição de um bem de família de elevado valor, uma vez que o Código de 1916, contrariando exemplos estrangeiros,²⁵ não estipulou limite.

Legislações posteriores ao diploma de 1916 chegaram a fixar valor máximo ao imóvel a ser definido como bem de família, como ocorreu com o Decreto-Lei nº 3.200/41, e, posteriormente, a Lei nº 5.653/71, que associou o montante ao maior salário mínimo vigente no país. Todavia, desde o advento da Lei nº 6.742/79, o bem de família voluntário não apresenta limitação objetiva de valor, ainda que o Código de 2002, no art. 1.711, tenha estabelecido que o valor do bem de família voluntário não pode ultrapassar um terço do seu patrimônio existente ao tempo da instituição. (LUSTOSA, 2016, pp. 141-152) A Lei nº 8.009/90 também não fixou limite de valor para a impenhorabilidade do bem de família legal, razão pela qual sofreu, à época, críticas de parte da doutrina.²⁶

²⁵ Ilustrativamente, cita-se o modelo chileno, que, em seu art. 445, nº 8, do Código de Procedimiento Civil Chileno, indica que a impenhorabilidade do bem de família se limita aos imóveis ocupados efetivamente pelo devedor e sua família e cujo valor de avaliação fiscal não exceda 50 unidades tributárias mensais, ou quando se trate de residência emergencial. (ARENHART, 2007, pp. 575-588).

²⁶ Em 2006, o Presidente da República chegou a vetar o Projeto de Lei nº 51/06, que pretendia tornar

Os tribunais foram, então, levados a discutir a possibilidade de penhora de imóvel considerado bem de família de alto valor. A Justiça do Trabalho e alguns tribunais estaduais já se mostraram favoráveis à permissão de penhora de imóvel suntuoso utilizado pelo devedor como moradia. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ilustrativamente, afirmou, em primeiro grau, ser possível realizar a penhora do imóvel avaliado em R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais) para quitar dívida de R\$ 41.123,50 (quarenta e um mil cento e vinte três reais e cinquenta centavos).²⁷ Embora comprovado nos autos que o imóvel era o único do devedor, bem como a inexistência de má-fé, afirmou-se que a penhora, nesse caso, além de viabilizar o pagamento da dívida, possibilitaria ao devedor, com o valor remanescente, a obtenção de outro imóvel equivalente ou ligeiramente menos suntuoso que o constricto.

Todavia, decisões como essa acabavam sendo reformadas ao chegarem em instâncias mais altas. As Cortes Superiores as reformam principalmente sob o argumento de que não há na Lei 8.009/90, ao lado das exceções estabelecidas, qualquer limitação de valor para que o imóvel seja qualificado como de família, não sendo o fato de ele ser luxuoso suficiente para afastar a regra da impenhorabilidade.²⁸ O Superior Tribunal de Justiça analisou a questão no REsp nº 1.351.571/SP,²⁹ consolidando o entendimento,³⁰ a despeito de existirem decisões recorrentes da Corte autorizando a penhora parcial (e não total aqui) nos casos em que seja possível o seu desmembramento sem comprometer o bem.³¹

possível a penhora do imóvel de valor superior a 1.000 salários mínimos. A mesma tentativa de instituir valor limitativo restou fracassada por ocasião da tramitação no Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 8.046/2010, que posteriormente se transformou no atual Código de Processo Civil.

27 TRT-2, 4ª T., Agr. de Pet. n. 01549005819885020008, Rel. Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julg. 18.3.2014, publ. DJ 28.3.2014.

28 Em doutrina, afirma-se que “as particularizações ou exceções à regra geral da inexecutibilidade do bem de família obrigatório constituem *numerus clausus*, ou normas de interpretação restrita. Não admitem, por essa razão, nenhuma ampliação ou exegese extensiva. (...) Não fosse assim, comprometer-se-iam os objetivos sociais a que este conceito jurídico visa.” (CREDEIE, 2010, p. 78).

29 STJ, 4ª T., REsp 1.351.571/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 27.9.2016, publ. DJe11.11.2016.

30 Na mesma direção, remeta-se aos seguintes julgados, decididos por unanimidade no mérito: STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1397552/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 20.11.2014, publ. DJe 27.11.2014; STJ, 3ª T., REsp nº 1.440.786/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 27.5.2014, publ. DJe 27.6.2014; STJ, 2ª T., REsp 1.320.370/RJ, Rel. Min. Castro Meira, publ. DJe 16.6.2012; STJ, 4ª T., REsp 715.259/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, publ. DJe 09.09.2010.

31 As decisões restam consubstanciadas no Informativo n. 455, publicado em 2010 (STJ, 3ª T., REsp

Propôs o Ministro Luis Felipe Salomão uma reeleitura do tema do bem de família de alto padrão. Na situação em tela, a dívida formava um montante de R\$ 70.000, 00 (setenta mil reais) à época da execução, e o imóvel foi avaliado entre R\$ 470.000,00 (quatrocentos e setenta mil reais) e R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais). O Ministro reconheceu que o Superior Tribunal de Justiça apresenta interpretação literal e restrita da Lei 8.009/90, observando ter chegado, contudo, o momento de se aplicar uma visão mais alinhada com a evolução da sociedade brasileira.

Arriscando ao lecionar pelo afastamento da absoluta impenhorabilidade, a permitir penhora do imóvel de elevado valor, evidencia o Relator que a negativa da constrição no caso em tela feriria o princípio da razoabilidade, vez que não há que se considerar razoável no caso concreto a intangibilidade do patrimônio que exceda o necessário a uma vida digna, em detrimento da pretensão do credor em haver seu crédito satisfeito. Informa, ainda, que os objetivos da lei do bem de família, quais sejam, a dignidade humana e o direito à moradia, não seriam prejudicados caso fosse realizada a constrição judicial, já que o devedor poderia perfeitamente continuar residindo ainda de maneira digna em imóvel inclusive de padrão superior ao médio com o valor remanescente. Resguardar-se-ia, no caso em debate, tanto a satisfação do crédito do exequente quanto a dignidade do executado.

Em que pese o esforço argumentativo do Ministro Luis Felipe Salomão, restou vencido pelos votos dos outros três ministros atuantes no referido caso. Em suma, os argumentos informam que não é possível promover a penhora total do único imóvel residencial do devedor, vez que a lei não prevê qualquer ressalva ou regime jurídico distinto em razão do valor econômico do bem e questões afetas a luxo. Alude-se também à indiscutível subjetividade que se encontra presente nos conceitos de 'luxo',

1.178.469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julg. 18.11.2010, publ. DJe 10.12.2010), em que se afirmou: "É possível a penhora de parte do imóvel, caracterizado como bem de família, quando for possível o desmembramento sem sua descaracterização." V. também: STJ, 1ª T., AgInt no REsp 1456845, Rel. Min. Gurgel de Faria, julg. 13.9.2016 e STJ, 4ª T., AgInt no REsp 1.520.498/SP, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF da 5ª Região), julg. 27.02.2018, publ. DJ 2.3.2018.

‘suntuosidade’, ‘grandiosidade’, destacando não existir, portanto, parâmetro legal ou margem de valoração.

O Ministro Raul Araújo afirmou que tal interpretação representaria sair de uma “situação de parâmetro legal seguro e objetivo para um âmbito de subjetividade e de grande insegurança”. Do mesmo modo, o Ministro Marco Buzzi alude à necessidade de ‘salvaguardar e elastecer’ o direito à impenhorabilidade no atual momento evolutivo da sociedade brasileira, de modo que se deveria ampliar o conceito, e não restringi-lo. Ademais, expõe-se que seria taxativo o rol de ressalvas da lei, nos artigos 2º, 3º, 4º e 5º, devendo-se optar por uma interpretação restrita.

A doutrina tem se posicionado, trazendo à baila argumentos em ambas as direções. Marcione Pereira dos Santos afirma ter acertado o legislador ao não atribuir qualquer limite de padrão ao bem de família, sob pena de “incidir em indesejável casuismo arbitrário, passível até mesmo de ofensa ao princípio da isonomia” (SANTOS, 2003, pp. 200). Flávio Tartuce chama a atenção para as dificuldades práticas que surgem da tentativa de limitação do montante fixo para o imóvel protegido pelo manto da impenhorabilidade. (TARTUCE, 2017) O risco da insegurança jurídica, dada a subjetividade ínsita ao conceito de suntuosidade, em especial nas diversas partes do Brasil, gera argumentos refratários à penhora do imóvel de alto valor.

Por outro lado, entendendo assistir razão à divergência suscitada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, Diego Brainer reconhece a dificuldade no tratamento do tema, centrado em sua operacionalização, ou seja, “nos parâmetros de definição sobre o que, afinal, consubstanciaria imóvel de valor vultoso” e nas diversas zonas cinzentas que daí emergem. De todo modo, afirma o autor haver também certas zonas de certezas das quais o magistrado não deve se abster. (BRAINER, 2019, pp. 121-152)

A ausência de previsão legal expressa, desse modo, não poderia configurar obstáculo intransponível à incidência direta dos vetores constitucionais.³² Ao revés, afirmam Guilherme Calmon

32 Em sede jurisprudencial, veja-se: “É certo afirmar que a legislação específica não abriu exceção à regra, não distinguindo os bens por força de seus valores. Cumpre notar, no entanto, que *verbum ex legibus, sic*

e Thaís Marçal que é adequada a ausência de previsão legal do bem luxuoso, já que somente em cada caso concreto será possível aferir qual é o padrão médio, tomando como premissa a realidade brasileira e diante da aplicação direta dos princípios constitucionais. (GAMA; MARÇAL, 2014, pp. 30-45) Nessa esteira, a razão de ser da possibilidade de penhora de bens imóveis de alto valor residiria na aplicação direta de valores da Constituição. (LUSTOSA, 2016, p. 144 e FARIAS, 2013, p. 238)

O mesmo autor chega a afirmar que a solução gira em torno da consideração atenta da função exercida pelo instituto, de modo que a lei que visa a proteger não de forma isolada um direito à moradia ou determinado padrão de vida, mas sim assegurar guardada a um patrimônio mínimo como instrumento a viabilizar a realização da dignidade da pessoa humana, diante da qual se justifica tal proteção patrimonial. (LUSTOSA, 2016, 147) Ainda que a penhora possa gerar perturbação momentânea, ante a necessidade de mudança de domicílio do devedor e de sua família, tal incômodo decorre da própria necessidade de preservação do patrimônio mínimo, não se podendo permitir a sobreposição da estrutura sobre a função do bem de família.

De igual modo, considerar tratar-se de regra absoluta poderia representar sacrifício irrazoável aos interesses legítimos de credores, sem que houvesse fundamento axiológico capaz de justificar a recusa de tutela jurídica àqueles direitos.³³ Afinal, não

accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis (o sentido das leis se deduz tanto do espírito como da letra respectiva). Muitas das vezes, a justiça e o dever de fazer prevalecer a vontade real do legislador conduzem a decidir contra a letra explícita. Ao legislador, é impossível prever todas as vicissitudes da vida em sociedade. Daí a necessidade, a princípio, de se elaborar normas de forma ampla, genérica, abrangente, permitindo ao magistrado, intérprete da norma, aplicá-la ao caso concreto, casuisticamente. E é justamente isso o que ocorre no caso concreto. A letra da lei geral, ampla, estabelece que o bem de família é impenhorável. Sua intenção é assegurar o efetivo exercício do direito à moradia digna. Mas aos olhos do aplicador da lei, a hipótese dos autos revela exceção; o magistrado se dá conta de que a aplicação fria da lei ao caso concreto resulta em injustiça; e não é isso o que busca o aplicador do direito, nem é isso o que espera o jurisdicionado, mas sim a normatização justa do caso concreto *in omnibus quidem, maxime tamen, in jure, aequitas spectanda sit* (em todas as coisas, mas principalmente em Direito, deve-se ter em vista a equidade)" (TJSP, 12ª Câmara de Direito Privado, AI 2011061-57.2019.8.26.0000, Rel. Des. Sandra Galhardo Esteves, julg. 22.5.2019, publ. DJ 23.5.2019).

33 Destaca-se em doutrina: "É natural que com o cumprimento da obrigação creditícia ocorra uma diminuição no padrão de vida do executado; o que não se pode permitir é que por meio dessas proteções legais o devedor mantenha o mesmo elevado padrão de vida, restringindo por consequência o direito fundamental que tem o credor de efetivar o seu crédito. Desta forma, não parece adequado deixar o credor passar por privações e necessidades no seu sustento e no da sua família, enquanto o devedor se mantém

se deve olvidar a função desempenhada pelo patrimônio, qual seja, servir de garantia aos credores. O sacrifício dos interesses dos credores somente será legítimo, no caso concreto, uma vez observado o fundamento axiológico-normativo do instituto.³⁴

Ainda, registra-se na literatura que, mesmo que não haja limitação expressa do valor do imóvel, há na própria lei, ao lado das exceções, certas disposições restritivas que acabam demonstrando postura de proteção de um patrimônio mínimo. É o caso ao artigo 5º, parágrafo único, que estabelece que, sendo vários os imóveis usados como residência da família, a impenhorabilidade recai sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado como bem de família voluntário; e, nesse ponto, o Código Civil limita o valor do bem à terça parte do patrimônio líquido da pessoa, conforme já evidenciado.³⁵

Quanto a tais disposições restritivas, o parágrafo 2º do art. 4º da Lei 8.009/90³⁶ dispõe que a impenhorabilidade se restringirá à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, no caso de pequenas propriedades rurais, à área limitada como tal. Portanto, o fato de não ter o legislador estabelecido expressamente um teto ao imóvel urbano não poderia significar que tal direito seria absoluto, devendo ele, a bem da verdade, vincular-se aos seus fins específicos. (BARROS, 2017) É nesse cenário, portanto, de primazia das relações existenciais sobre as patrimoniais, que deve ser lido o objeto em análise, à luz das circunstâncias do caso concreto.

confortavelmente instalado em sua luxuosa residência que, pela lei, é considerada bem de família, sendo absolutamente impenhorável.” (TOALDO; SAUTHIER, 2014, pp. 19)

34 “Com isso, interesses mercedores de tutela do credor – por vezes de natureza existencial, já que não se pode perder de vista que o crédito é instrumento para a promoção do desenvolvimento da pessoa humana – poderiam acabar negligenciados pelo ordenamento jurídico, pela simples ausência de autorização legal expressa de penhora do imóvel luxuoso.” (LUSTOSA, 2016, p. 147)

35 Lei 8.009/90, Art. 5º. “Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.”

36 Lei 8.009/90, Art. 4º. “Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga. (...) § 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.”

Cuida-se de discussão espinhosa, sendo basilar levar em conta a exata função que o bem de família desempenha, bem como interpretar a lei em harmonia com todo o ordenamento jurídico. Os fundamentos por trás do instituto apresentarão essencial papel na construção da formulação segundo a qual é possível admitir-se, em determinados casos, a penhora de bem de família considerado luxuoso, prestigiando-se o aspecto funcional em detrimento da leitura fria da estrutura definida na Lei 8.009/90. Dessa maneira, reafirmando-se os vetores principiológicos elencados na Constituição da República sem que isso importe devastar a regra da impenhorabilidade, busca-se promover leitura funcional em que o sacrifício de interesses do credor somente será legítimo, no caso concreto, quando observados certos parâmetros axiológico-normativos. (LUSTOSA, 2016, p. 147)

Ultrapassada a exposição de argumentos apontados por ambas as correntes, é possível identificar um grupo de estudiosos, agasalhado pela tese consagrada pelo STJ, que afirma não ser possível a penhora do bem de família suntuoso, ante a ausência de previsão expressa na lei e diante da insegurança jurídica que daí resultaria; há também aqueles que, embora reconhecendo falha na inércia do legislador na tarefa de definir um teto legal, afirmam ser possível que o magistrado limite, enquanto a lei assim não o faz, a impenhorabilidade em situações absurdas, tomando como base a Constituição da República (BARROS, 2017); por fim, há autores que consideram que a ausência de previsão legal, em verdade, é vantajosa e apenas deslocou para o juiz a missão de identificar, casuisticamente, os parâmetros elementares de uma vida digna (LUSTOSA, 2016, p. 147).³⁷

De acordo com essa última opção, alude-se à unidade lógica e sistemática, em que se imbricam a teoria da interpretação e o ordenamento jurídico na sua unidade, garantida pela Constituição. Nas palavras de Pietro Perlingieri, “não se pretende confinar

37 Guilherme Calmon e Thaís Boia já afirmaram que: “Somente em cada caso concreto será possível inferir qual é o padrão médio de cada pessoa, de modo a reconhecer se os seus bens são, ou não, de padrão médio, tendo como norte o princípio da proporcionalidade, sendo certo que a determinação de qualquer critério predeterminado de valoração revela-se incompatível com a realidade brasileira, que possui como traço marcante a diversidade social de cada pessoa” (GAMA; MARÇAL, 2014, p. 41).

as leis especiais fora do sistema: a interpretação sistemática postula valorações que se inspiram nos valores que são o fundamento do ordenamento” (PERLINGIERI, 2008, p. 628). Desse modo, ainda que lei especial (ou, aqui, a Lei 8.009/90) não traga todas as minúcias que podem surgir no caso concreto, e é natural que assim seja, se deverá levar em conta a complexidade do ordenamento e pluralidade de fontes, à luz da unidade desempenhada pelos princípios e garantias constitucionais, para, em ato contínuo e ininterrupto, realizá-la verdadeiramente como norma nos casos concretos.

O fato de o legislador não ter previsto expressamente um teto para que se identifique quais imóveis devem e quais não devem estar protegidos pela impenhorabilidade traz em si a vantagem de propiciar, na casuística, os parâmetros elementares de uma vida digna, tomando em análise variáveis relevantes, como as de tempo e espaço, especialmente em um país de dimensões tão grandes e marcado por contrastes socioeconômicos. Consentânea com o aspecto funcional da norma, tal solução permite tomar por base todas as peculiaridades do caso para que se chegue à melhor solução possível.

Não se pode olvidar que tal expediente corre o risco de gerar certa insegurança jurídica ao lançar à avaliação dos juízes a noção do que vem a ser excessivamente luxuoso. Todavia, afirma-se não ser tal receio suficiente para afastar a aplicação da função do bem de família, levando em conta o anseio de uma interpretação lógico-sistemática da matéria. Por certo, compreendendo-se o ordenamento como um todo unitário, exige-se do intérprete papel criativo e comprometido na individuação da normativa aplicável. (PERLINGIERI, 2008, p. 130)

Por outro lado, a noção segundo a qual a lei especial apenas se realizará efetivamente no caso concreto, traz consigo a exigência de que o juiz proceda a uma fundamentação adequada das decisões que venham a autorizar a penhora, com fulcro na exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição da República.³⁸

38 C.R., “Art. 93: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder

O magistrado deverá demonstrar argumentativamente, portanto, na situação concreta, que o saldo remanescente entregue ao devedor sob cláusula de impenhorabilidade é suficiente para fazer frente às necessidades comuns e inerentes a um médio padrão de vida digna. Não pode o intérprete julgar conforme sua consciência, estando ele vinculado à ordem jurídica como um todo, cujos valores e fins devem ser assumidos expressamente por ele e desenvolvidos em debate democrático. (SARMENTO, 2007, p. 146).

Nessa esteira, deverão ser levados em conta parâmetros objetivos que permitam mitigar o risco da suposta insegurança e promover a observância estrita aos fundamentos do bem de família, garantindo tutela jurídica adequada e efetiva à situação jurídica do credor, em perspectiva civil-constitucional. Apresentará papel de destaque a doutrina, à qual incumbirá a tarefa de estabelecer e desenvolver critérios precisos e congruentes, aptos a amparar o intérprete na identificação do patrimônio mínimo a ser resguardado no caso concreto.

Naturalmente, parte-se da análise de aspecto quantitativo. Embora a discussão seja delicada, houve quem propusesse a estipulação de parâmetro multiplicador fixo, como 1.000 salários mínimos vigentes no país, a exemplo do que constava no Projeto de Lei 11.382/06, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, cuja disposição limitativa foi vetada.³⁹ Nesse sentido, alegou-se que esse valor, embora rejeitado em âmbito legislativo, seria adequado à média da experiência brasileira em termos de moradia digna e, ultrapassada essa quantia, estaria garantida a compra de

Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;" Gustavo Tepedino afirma que a exigência constitucional de fundamentação das decisões traduz "mecanismo legítimo (não de autocontenção ou abdicação da elevada missão da magistratura, mas de transparência e controle da atividade hermenêutica do juiz pelo corpo social)" (TEPEDINO, 2019, p. 41).

39 À época, com o salário mínimo aprovado em R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais) e embasados no artigo (vetado) do Projeto de Lei 11.382/06 que assim estabelecia, alegou-se que o valor proveniente desse cálculo, R\$ 545.000,00 (quinhentos e quarenta e cinco mil reais), seria mais que suficiente a cumprir os objetivos da lei do bem de família. (ANDRADE; GARCIA, 2012) O parágrafo único do art. 649 da citada lei, objeto de veto do então Presidente da República, dispunha que "Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade."

confortável imóvel para que o devedor e sua família pudessem residir com a devida dignidade e respeito. Tal critério, contudo, não é consensual, já que ocasiona o engessamento legislativo de questão que deve ser decidida à luz das peculiaridades do caso concreto, utilizando-se técnicas como a razoabilidade e a proporcionalidade. (GAMA; MARÇAL, 2014, p. 42)

Concordam aqueles que defendem ser possível a penhora integral do imóvel considerado luxuoso que o produto da expropriação a ser entregue ao executado, em regime de impenhorabilidade, deve ser suficiente a lhe proporcionar a aquisição de outro imóvel para residência de modo digno.

Paulo Lustosa já propôs que se leve em conta o número de integrantes da família residentes no imóvel. (LUSTOSA, 2016, p. 147) Assim, a análise acerca da suntuosidade do imóvel para fins de penhora deveria observar que o discutido luxo será inversamente proporcional ao número de pessoas que nesse bem obtêm a realização de seu direito à moradia. Ou seja, servindo de moradia a várias pessoas, tal variante haverá de ser sopesada pelo intérprete na análise do que vem a ser luxuoso. Ademais, em sede jurisprudencial, já se estabeleceu a necessidade de prévia avaliação do bem. Na ocasião, perquiria-se a possibilidade de penhora e alienação de certo imóvel considerado bem de família, fundando-se em suposto alto padrão. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, conquanto a constrição judicial não represente violação à dignidade do devedor (uma vez que se reserve do montante arrecadado parte para que ele possa adquirir novo imóvel, em que possa viver com condições dignas), no caso concreto, não seria possível considera-lo suntuoso, visto que se desconhecia com precisão o valor do imóvel, não submetido à avaliação.⁴⁰

40 O Relator chegou a considerar razoável, em linha de princípio, que se qualifique como luxuoso determinado bem que, uma vez submetido à avaliação judicial, apresente “preço igual ou superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), hipótese em que seria passível de penhora e alienação, com reserva de valor à devedora”, tomando como parâmetro o valor dos imóveis de luxo nas grandes capitais brasileiras. Aduziu que, na situação fática, uma vez avaliado o bem e constatado que seu valor é igual ou excede esse limite, não poderia ser alienado por preço abaixo de 80% do valor da avaliação, bem como deveria ser reservado à devedora um terço do valor da avaliação para que pudesse adquirir outra moradia. (TJSP, 12ª Câ. de Dir. Priv., AI nº 2007341-87.2016.8.26.0000, Rel. Des. Castro Figliolia, julg. 9.11.2016, publ. 18.11.2016). Interessante, ainda, a constatação a que já chegou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do

Saindo da análise acerca do bem que serve de residência ao devedor e a sua família, há também quem afirme que, para fins de afastar a regra da impenhorabilidade, importante será averiguar se há vulnerabilidade do credor,⁴¹ bem como avaliar se seu interesse estaria ligado diretamente à sua subsistência.⁴² Nessa direção, afirma-se que somente em hipóteses em que há deslocamento do fundamento axiológico (proteção da dignidade da pessoa humana) do devedor para o credor seria possível afastar a proteção do bem de família de elevado valor.

Contudo, parte da doutrina afasta tal critério, visto que a verificação deve centrar-se na preservação do aspecto funcional do instituto, não sendo necessário olhar para aspectos subjetivos do credor. Em determinadas situações, proteger certo imóvel de elevadíssimo padrão contra a penhora desvirtuaria sua função naquela parcela do bem da qual o devedor não precisa para viver com dignidade, e bastaria tal constatação para que fosse possível proceder à penhora.⁴³

Sul, em caso que envolvia a análise acerca da alegação de suntuosidade de imóvel considerado bem de família, para fins de permitir a penhora. À época, afirmou-se que a prova de que certo imóvel apresenta elevado consumo de energia (R\$ 2.517,87, na ocasião) não tem o condão de certificar, sozinha, que se trata de imóvel suntuoso. (TJRS, 12ª C.C., Ap. Civ. 70058259433, Rel. Des. Mário Crespo Brum, jul. 13.3.2014, publ. DJ 7.4.2014).

41 Pontua Diego Brainer que, a despeito das dificuldades de operacionalização do tema, existem certas “zonas de certezas para as quais o juiz não deve se omitir, notadamente, como já explicitado, quando se trata de credor vulnerável”. Nesses casos, não se poderia perder de vista a possível vulnerabilidade do credor, e a existência de um interesse diretamente ligado à sua subsistência. (BRAINER, 2019, p. 139). Tais circunstâncias também já foram utilizadas em jurisprudência para fins de fundamentar a autorização de penhora parcial de verba salarial, mesmo diante da regra do art. 649, IV, do CPC/73, que dita sua impenhorabilidade. O Recurso Especial manteve a decisão do tribunal estadual que decidiu ser possível a penhora de 30% do salário do devedor para o pagamento de uma dívida de natureza não alimentar, já que se fosse alimentícia, já haveria exceção legal que garantiria ser possível a penhora. Entendeu-se que: “No caso, o principal entrave quanto à penhora de verba salarial é que a vedação consta expressamente em lei e a única exceção seria a prestação alimentícia. Entende-se, então, que apenas a aproximação funcional da exceção prevista em lei permitia a penhora em questão, quer-se dizer, a imprescindibilidade do recebimento do crédito para fins de subsistência” (STJ, 3ª T., REsp 1547561/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, jul. 9.5.2017, publ. DJe 16.5.2017).

42 André Borges de Carvalho Barros considera ser essencial a análise do interesse do credor, para fins de averiguar se o crédito tem lastro na tutela da dignidade da pessoa humana e em direitos existenciais. Confira: “Não é demais dizer que é somente na hipótese de deslocamento do fundamento axiológico (proteção da dignidade da pessoa humana) da propriedade para o crédito, do devedor para o credor, que entendemos possível afastar a proteção do bem de família de elevado valor. Em hipóteses em que o crédito não tem lastro na dignidade da pessoa humana e em direitos existenciais (credor abastado, crédito de dívidas fiscais, bancárias etc.) ou em que o bem de família tem valor moderado, tal medida é inconstitucional.” (BARROS, 2017).

43 “Para tanto, não se faz necessário perquirir a má-fé do devedor, tampouco levar em conta a natureza e a relevância dos interesses dos credores no caso concreto para confrontá-los com os daquele, bastando

Outro aspecto levantado diz respeito à ausência de caráter irrisório da dívida. Quer dizer, não seria adequado permitir que haja penhora em casos em que o crédito a ser satisfeito seja insignificante ou mesmo desprezível. Isso porque a possibilidade de afastar a garantia da impenhorabilidade nas circunstâncias mencionadas deve ocorrer em situações muito peculiares, em que o direito ao crédito pode estar mais próximo do cumprimento do comando constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana. (BARROS, 2017)

É por esse motivo que deve o intérprete atentar-se para os mais diversos pormenores e particularidades de cada situação, para afastar o risco de atingir direta ou indiretamente a dignidade do devedor. A título de exemplo, imagine-se imóvel considerado bem de família pelo regime da Lei 8.009/90, cuja localização se mostra indispensável ao tratamento médico de certo devedor enfermo, em virtude da reduzida distância ao hospital em que vem se tratando contra doença gravíssima que o assola. Permitir a penhora do bem, ainda que considerado suntuoso (em razão justamente da localidade onde se situa), poderia ocasionar o desamparo desarrazoado do indivíduo, bem como o comprometimento da tutela de uma vida digna.

Também os princípios do contraditório e da ampla defesa, amparados no devido processo legal, deverão ser respeitados em todos os seus pormenores, a fim de que se garanta ao devedor, na discussão acerca da penhorabilidade de seu único bem, todas as chances de influenciar ativamente a decisão do magistrado.

As discussões travadas ilustram bem o desafio da aplicação consciente da razoabilidade, que figura como uma espécie de “balizador do exame de legitimidade dos interesses em confronto”, para fins de concretizar essa nova segurança jurídica. A técnica hermenêutica apresenta ímpar relevância no âmbito do bem de família luxuoso, ante a necessária justificação argumentativa das decisões proferidas pelo magistrado, com atenção às

prestigiar o aspecto funcional do bem de família em detrimento da sua estrutura definida em lei” (LUSTOSA, 2016, pp. 144-145).

circunstâncias do caso concreto, e não meramente de modo vazio e formal (TEPEDINO, 2019, p. 31).

Distancia-se, então, da utilização meramente formal da razoabilidade, como apoio dogmático às impressões subjetivas do juiz, impondo-se, por outro lado, a fixação de parâmetros objetivos de aplicação, com base em sua autonomia conceitual e nos valores que compõem o ordenamento. Trata-se de individuar a solução no momento aplicativo, com base em uma legalidade vinculada não somente à letra da lei, mas à lógica complexa do sistema. (PERLINGIERI, 2001, pp. 293-294). Admitir-se a possibilidade de penhora em casos que envolvam bens considerados suntuosos não significa, portanto, que todos os casos em que se possa verificar tal circunstância ensejam, só por esse fator, o afastamento da proteção desenhada pela Lei 8.009/90. Convém insistir, a verificação excepcional dessa conclusão depende do balanceamento de todas as circunstâncias fáticas.

5. NOTAS CONCLUSIVAS

A impenhorabilidade do bem de família, em especial sob a égide da Lei nº 8.009/90, representa avanço evolutivo de ímpar relevância, voltado à proteção de caráter social ao devedor e à sua família, no sentido mais amplo possível. Alinhado ao princípio da solidariedade, o caminho percorrido pelo instituto resultou interpretação abrangente, não podendo mais ser entendido como restrito às famílias constituídas nos moldes do modelo tradicional.

Não se deve, contudo, perder de vista os fins aos quais se destina o objeto de estudo, sob pena de tornar o instituto vazio e disfuncional, legitimando, por vezes, conclusões anacrônicas e em dessintonia com o ordenamento, naturalmente complexo, e composto por pluralidade de fontes normativas. À luz da tábua axiológica extraída da Constituição, que caracteriza a identidade cultural da sociedade e garante a unidade do sistema, entrevê-se a necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana, e como corolários seus, do direito à moradia e a um patrimônio mínimo capaz de promover o adequado desenvolvimento de sua

personalidade. Tal feixe axiológico deverá ser levado em consideração para que, ao esbarrar com a casuística cada vez mais complexa, tenha-se coragem para aplicar diretamente os ditames constitucionais, resistindo à sedutora técnica da subsunção.

Nesse contexto, a temática que perpassa o bem de família de elevado valor traz em si dificuldades de demarcação prática do instituto e da consideração de que não se lhe deve conferir caráter absoluto. Coloca-se em debate o risco de se agasalhar sob a regra da impenhorabilidade não um mínimo, mas sim um patrimônio máximo, podendo acabar por sacrificar os interesses do credor sem o devido suporte na teoria do patrimônio mínimo, no direito à moradia e na dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, ganham espaço as tentativas gradativas por parte da doutrina de estabelecer parâmetros e critérios aptos a garantir que o bem de família passe por verdadeira revisão à luz de suas reais premissas principiológicas, em detrimento de ginásticas normativas que acabam furtando o debate da análise central em torno de seus vetores axiológicos. Trata-se de defesa da aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos, amplamente professada, não devendo a lei servir de suporte para que o magistrado deixe de aprofundar o exame da controvérsia e de fundamentar adequadamente a decisão, sujeita a controle social.

De todo modo, a despeito das contribuições significativas tanto da doutrina quanto da jurisprudência, no sentido de ser possível a penhora do bem de família que se encontre em circunstâncias de suntuosidade, recomendável que se evite a utilização de fórmulas genéricas na determinação da superação da impenhorabilidade. A regra indica garantia muito cara à sociedade, e tal apreciação requer máxima cautela e atenção, em comprometimento com a efetivação dos direitos fundamentais.

Para tanto, coloca-se à disposição do magistrado o recurso da razoabilidade, não como categoria vazia e formal de apoio dogmático às suas impressões subjetivas, mas sim como verdadeiro balizador do exame de legitimidade dos vários interesses contrapostos, tendo como norte a tábua axiológica extraída do

ordenamento. Constrói-se, assim, a solução do caso concreto aliada à necessidade de preservação da unidade axiológica do ordenamento, condensadora da nova segurança jurídica, mitigando-se com uma fundamentação adequada a subjetividade intrínseca à noção do que seria excessivamente luxuoso.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 10ª ed.

ANDRADE, Marcos; GARCIA, Diego. A penhorabilidade do bem de família luxuoso. In: *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI147764,11049-A+penhorabilidade+do+bem+de+familia+luxuoso>. Acesso em: 10.7.2019.

BRAINER, Diego. Bens jurídicos em perspectiva funcional: uma análise do Código Civil, do bem de família e dos bens comuns. In: Gustavo Tepedino; Milena Donato Oliva (orgs.), *Teoria Geral do Direito Civil: questões controvertidas*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 121-152.

ARENHART, Sérgio Cruz. A impenhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários. In: Carlos Alberto Molinaro; Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gilberto Porto (coords.), *Constituição, Jurisdição e Processo*, Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, 3ª ed.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Direito de Família: curso de direito civil*, São Paulo: Atlas, 2013

BARROS, André Borges de Carvalho. Penhora do Bem de Família de alto valor: possibilidade. In: *Jornal Carta Forense*. Edição de janeiro de 2017. Debate com André Barros. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/01/09/bem-de-familia-de-alto-valor/>. Acesso em: 25.6.2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*, Belo Horizonte: Fórum, 2014

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, São Paulo: Manole, 2007

FACHIN, Luiz Edson. Bem de família e o patrimônio mínimo, p. 696. In: Rodrigo da Cunha Pereira (org.), *Tratado de Direito das Famílias*, Belo Horizonte: IBDFAM, 2016, p. 695-708.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2ª ed.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade Patrimonial e mínimo existencial*, São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MARÇAL, Thaís Boia. Penhorabilidade do Bem de Família 'Luxuoso' na Perspectiva Civil-Constitucional. In: *Revista Síntese Direito de Família*, vol. 15, n. 84, jun./jul. 2014, p. 30-45.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 21ª ed.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2013, 48ª ed.

JÚNIOR, Rômulo Russo. *Direito à moradia: um direito social*. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, LDA: Edições 70, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da 'principalização' da função social do contrato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 13, n. 3, 2017, p. 39-59.

LUSTOSA, Paulo Franco. De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP. In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 10, out/dez 2016, p. 141-152.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: *Civilística.com*, a. 1, n. 1, 2012, p. 1-13.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*, t. V, Rio de Janeiro: Forense, 1987, 3^a ed.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2007, 38^a ed.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade da pessoa humana e a coisificação do ser humano. In: Giovanni Ettore Nanni, *Direito Civil e arbitragem*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 138-180.

OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo. Patrimônio de afetação e patrimônio mínimo. In: Marcos Ehrhardt Júnior; Eroulths Cortiano Junior, *Transformações no Direito nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 323-336.

PERLINGIERI, Pietro. Entrevista publicada na seção “Diálogos com a Doutrina”. In: *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 6, Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2001.

PERLINGIERI, Pietro. La personalità humana nell’ordinamento giuridico. In: *La persona e i suoi diritti: Problemi del diritto civile*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; ISAGUIRRE, Katya. O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin (orgs.), *Diálogos sobre direito civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 131-164.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 5^a ed.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 4^a ed.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: *Arquivos de direitos humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 137-192.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: Anderson Schreiber, *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 280-296.

TARTUCE, Flávio. Penhora do Bem de Família de alto valor: impossibilidade. In: *Jornal Carta Forense*. Edição de janeiro de 2017. Debate com André Barros. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/01/09/bem-de-familia-de-alto-valor/>. Acesso em: 25.6.2019.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4^a ed.

TEPEDINO, Gustavo. A família entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidade. In: *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, vol. 6, n^o 4, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade na experiência brasileira. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida (coords.), *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*, Belo Horizonte: Fórum, 2019, 2^a ed., p. 29-40.

TEPEDINO, Gustavo. Bem de família e o direito à moradia no Superior Tribunal de Justiça. Editorial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 36, Rio de Janeiro: Padma, 2009, p. iii-iv.

TEPEDINO, Gustavo. Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. Editorial. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. v-vi.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 443-446.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., p. 1-24.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TOALDO, Adriane Medianeira; SAUTHIER, Bibiana Lorenzoni. Penhorabilidade do Bem de família Suntuoso: Garantia do Direito à Moradia x Satisfação do Direito do Credor. In: *Revista Síntese, Direito de Família*, vol. 1, nº 84, jun./jul. 2014, p. 9-29.

Atos Administrativos Discricionários e a Lamentável Realidade Frente ao Coronavírus

Débora Maliki

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito no Programa de Mestrado Profissional (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense-UFF (2020). Tutora e conteudista da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados) em Direito Administrativo. Atualmente é Juíza Federal Titular convocada à COJEF (Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais) do Tribunal Regional Federal da 2ª Região

RESUMO: Este estudo busca realizar uma necessária reflexão sobre os limites para o correto exercício do poder administrativo discricionário, que é um atributo de toda autoridade quando do exercício da função administrativa. No momento atual de crise, em que se impõem compras sem licitação, inversão da ordem dos certames e utilização de procedimentos simplificados, infelizmente vêm à tona atos praticados de forma ilícita e ilegítima, os quais são imperdoáveis sob o ponto de vista da ética e da moral. Nesse sentido, nossa contribuição consiste em realizar uma análise prospectiva acerca de como pode ser a melhor atuação da Administração nos casos concretos, assim como sobre a revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Uma recente alteração legislativa modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942), tornando obrigatórias a análise dos casos concretos e a correspondente fundamentação quando da realização do ato administrativo, dando

mais ênfase ao presente artigo e ao que se espera do exercício regular do poder discricionário.

ABSTRACT: This study seeks to carry out the necessary reflection on the limits for the correct exercise of discretionary administrative power, which is an attribute of all authorities when exercising administrative function. In the current moment of crisis, when purchases without bidding, reversal of orders and use of simplified procedures are required, unfortunately, unlawful and illegitimate acts are brought to light, and they are unforgivable from the point of view of ethics and morals. In this sense, our contribution consists of conducting a prospective analysis on how the best performance of the Administration should be in specific cases, as well as on the review of administrative acts by the Judiciary. A recent legislative change modified the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (Decree-Law No. 4,657/1942), making both the analysis of specific cases and the corresponding reasoning when carrying out the administrative act mandatory, giving more emphasis to this article and to what is expected from the regular exercise of discretionary power.

PALAVRAS-CHAVE: Ato discricionário administrativo. Poder Judiciário. Exercício regular. Poder discricionário. Coronavírus.

KEYWORDS: Administrative discretionary act. Judiciary. Regular exercise. Discretionary power. Coronavirus.

INTRODUÇÃO

Mais uma lamentável operação está acontecendo no Rio de Janeiro, chamada de “Mercadores do caos”, buscando investigar desvios na compra de respiradores ou ventiladores pulmonares. Segundo averiguado, ocorreu entrega de dinheiro antecipada e, à primeira vista, ficou constatada a falta de *expertise* da empresa contratada (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020, s/p).

Em Santa Catarina, por sua vez, uma força-tarefa cumpre mandado em operação que investiga a compra de respiradores pelo governo catarinense (SECRETÁRIO..., 2020, s/p).

E, em São Paulo, após a investigação do Ministério Público, o Tribunal de Contas também investiga o governo paulista pela compra de respiradores por R\$ 550 milhões (GUEDES, 2020, s/p).

Nos últimos dias, têm sido divulgados escândalos sem fim envolvendo a compra de equipamentos para ajudar no tratamento da COVID-19, em decorrência da pandemia do novo coronavírus, seja no sobrepreço, seja na falta de entrega, ou mesmo com empresas inexistentes ou sem *expertise* sendo contratadas para suprirem a necessidade de compra de material com recurso público.

É importante esclarecer que a questão que se coloca neste estudo não é filosófica ou ética, envolvendo apenas valores morais, porque, na medida em que lidamos com verbas públicas, o administrador está cumprindo o seu *múnus público* e age em nome da população.

O Direito, que inicialmente surgiu junto com a moral, foi se distanciando ao longo dos anos e se tornando um ramo completamente destacado. Então, independentemente da moral interna de cada um, tais comportamentos são rechaçados de maneira veemente pelo ordenamento jurídico.

É necessário considerar que o Direito não é um conjunto de valores subjetivos e/ou religiosos que pautam a vida em sociedade, mas sim um conjunto de regras cogentes que precisam ser obedecidas e legitimam o Estado Democrático de Direito.

Condutas reprováveis são mais do que um fenômeno social que expressa o pior do ser humano. Elas são juridicamente reprováveis em várias esferas, seja na administrativa, no âmbito da Administração Pública, seja por meio de ações cíveis e criminais (improbidade, crime contra a saúde pública, lavagem de dinheiro etc.). Esses mecanismos jurídicos surgem em consequência de um agir em dissonância com a juridicidade que se espera dos atos administrativos discricionários.

Aqui, não se exige moral do ponto de vista de valores abstratos, subjetivos. Nossa ótica é uma visão científica, jurídica, do que tem acontecido nos dias de hoje, a fim de entender como podemos, de certa forma, reagir a toda essa realidade, porque

ações criminais e de improbidade administrativa vêm a reboque dos acontecimentos fáticos.

OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NOS TEMPOS DA COVID-19

É certo que a pandemia do novo coronavírus pegou a todos de surpresa, paralisando praticamente todas as atividades e impondo o isolamento social, permitindo apenas a execução de serviços essenciais. Assim, praticamente da noite para o dia tivemos que nos adaptar a novas realidades.

O mesmo aconteceu com a Administração Pública, que age com base no princípio da legalidade estrita, tendo que obedecer à Lei de Licitações, e foi empreendida a realizar compras urgentes sem a necessidade desse procedimento administrativo e invertendo a ordem do certame para a aquisição de materiais para a área da saúde.

Por mais que tenhamos essas exceções legais para momentos de crise, a atuação administrativa, mais do que nunca, deve ponderar valores no caso concreto, estabelecer critérios de prioridade e fundamentar a sua decisão. O que caracteriza um Estado moderno é a sua desburocratização, com ações rápidas. E quando essa medida é certa, temos, seguramente, uma boa gestão.

É válido notar que o ato discricionário, longe de configurar arbitrariedade, necessita de bases sólidas e escolhas fundamentadas. As decisões administrativas e, em especial, os atos administrativos discricionários trazem, em seu bojo, uma escolha. E as escolhas são sempre vinculadas a um ganho e a uma perda necessariamente.

A decisão é objeto de uma escolha que não envolve subjetividade do administrador no seu agir, mas engloba vários critérios para pautar as decisões. Faz-se necessária uma atuação razoável e proporcional, e, desse modo, deve-se buscar atingir, nos casos concretos, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos atos administrativos. Portanto, é imprescindível uma atuação com responsividade.

A forma de agir do administrador deve ser lícita, legítima, revestindo o ato de juridicidade e de transparência, além de critérios técnicos. As escolhas devem ser fundamentadas em todos os aspectos, de forma a legitimar o ato administrativo, ainda que em situações extremas e adversas, como as que envolvem decisões nos tempos da COVID-19.

Na verdade, o simples fato de haver conceitos imprecisos ou fluidos na norma indica limites que o administrador deve observar. Quando ocorre a atuação no caso concreto, é obrigatória a obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da razoabilidade, dentre outros, devendo o ato estar pautado no “poder-dever” da atividade gestora dos interesses difusos coletivos (CAMPOS, 2005, s/p).

Nesse sentido, assim determina o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n.º 4.657/1942) em sua nova redação, dada pela Lei n.º 13.655/2018: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Assim, a escolha do administrador deve ser concreta e estar pautada, sobretudo, em ponderações quanto à medida e à forma com que essa escolha comprometerá os recursos. Nota-se que a invalidação poderá ocorrer no âmbito administrativo ou judicial, bem como que a decisão deverá descrever a forma de resolução do caso, a qual deverá ser proporcional ao dano.

Ainda, vale acrescentar que o Decreto n.º 9.830/2019, também regulamentando a LINDB, prescreve, em seu artigo 3º, que a decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no artigo 2º (“A decisão será motivada com a contextualização dos fatos quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos”) e as consequências práticas da decisão. A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito, bem como os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

Portanto, o dever de motivar, além de ser decorrente da interpretação sistemática constitucional e dos regramentos normativos, é uma imposição apta a garantir o Estado Democrático de Direito.

Cabe observar que já existem parâmetros que podem auxiliar na gestão da boa administração. A boa governança refere-se ao desempenho do Estado, em termos de eficácia na oferta de seus serviços, eficiência na gestão de suas instituições, rigor orçamentário e descentralização administrativa.

Nesse contexto, entende-se a governança como uma nova geração de reformas administrativas e de Estado, as quais objetivam uma solução inovadora para os problemas sociais, bem como criam possibilidades e chances para o desenvolvimento de um futuro sustentável a todos os participantes (KISSLER; HEIDEMANN, 2006, p. 482).

Todas essas noções devem ser consideradas quando o Estado age buscando realizar o interesse público, ou seja, quando exterioriza a sua vontade por meio de atos administrativos. Esse é um limite, uma forma de exercício regular das escolhas administrativas.

Assim, resta absolutamente claro que a Administração deve ter uma boa governança pública quando agir. Contudo, ocorre que, na maior parte das vezes, o administrador não fundamenta as suas escolhas – ou pior, utiliza-se de opções que se verificam ilegítimas posteriormente. Nesse caso, se a própria Administração não faz a análise do ato, invalidando-o, compete ao Poder Judiciário realizar a sua verificação.

Ao Poder Judiciário, cabe o controle da juridicidade com relação aos atos administrativos, vinculados ou discricionários, assim como aos atos políticos ou de governo, podendo, na omissão, manifestar-se sobre a ilicitude do silêncio, mas não lhe compete a usurpação do agente público (CARVALHO, 2004, p. 153).

Cumprido considerar que, no Brasil, existe a possibilidade de controle da escolha dos atos administrativos, mormente agora, com a exigência legal de fundamentação para as escolhas. Em uma visão prospectiva, as escolhas deveriam ser baseadas em

critérios objetivos, e, em razão disso e da fundamentação, seria possível ao Poder Judiciário realizar a análise de toda a matéria, inclusive resolvendo a questão, e não apenas invalidando o ato.

Desse modo, atuando *in concreto*, com fundamentação, é permitido ao Poder Judiciário analisar se aquele determinado ato administrativo foi regularmente exercido, uma vez que a Constituição Federal de 1988 determina que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

É notório que a Administração Pública precisa enxergar todos os grupos sociais e a melhor forma de atingir o interesse público em seus atos. Existindo responsabilidade estatal, deve agir sempre com eficiência, efetividade e eficácia.

Assim sendo, não basta realizar parcerias privadas ou fomentar determinado setor, é preciso buscar a melhor forma de atuação estatal.

E, ainda, mostra-se evidente que, quando do uso do poder discricionário, resolvendo a ponderação de valores constitucionais no caso concreto e fundamentando os atos com critérios de boa administração, eficácia, eficiência, efetividade, dentre outros, evitar-se-iam, seguramente, muitos desses escândalos investigados pelas forças-tarefa que estão ocorrendo em vários estados, como noticiado pela mídia, com escolhas, além de lícitas, legítimas.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Alinaldo Guedes. Discricionariedade administrativa: limites e controle jurisdicional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 645, 14 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6587>. Acesso em: 5 maio 2020.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O dever de motivar e o controle da Administração Pública. **Revista do Curso de Direito**, Nova Lima, v. 4, p. 141-153 2004. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-izabela/index.php/dih/article/view/127/117>. Acesso em: 6 maio 2020.

GUEDES, Philipe. Após MP, Tribunal de Contas também investiga governo de SP por compra de respiradores por R\$ 550 milhões. **Portal G1**, São Paulo, 5 maio 2020. Disponível: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/05/apos-mp-tribunal-de-contas-tambem-investiga-governo-de-sp-por-compra-de-respiradores-a-r-550-milhoes.ghhtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, maio/jun. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000300008. Acesso em: 6 maio. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **MPRJ instaura inquérito civil para apurar contrato de compra de respiradores pela Secretaria de Estado de Saúde**. Rio de Janeiro, 15 abr. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/84627>. Acesso em: 9 maio 2020.

SECRETÁRIO da Casa Civil de SC é ouvido em investigação sobre compra de respiradores. **Portal G1**, Florianópolis, 9 maio 2020. Disponível: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/05/09/forca-tarefa-cumpre-mandados-em-operacao-que-investiga-compra-de-ventiladores-pelo-governo-de-sc.ghhtml>. Acesso em: 9 maio 2020.

(Trans)Formações: do Mictório à Constituição

Igor Medinilla de Castilho

Graduando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Membro do grupo de pesquisa “A simbiose entre o público e o privado: os limites da ingerência estatal no âmbito das relações privadas”.

Andréia Fernandes de Almeida Rangel

Doutora em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – FND – UFRJ.

Laone Lago

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pós-Graduado em Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor de Direito Constitucional e Administrativo no Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM, no Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM e na Escola Nacional de Administração Pública - ENAP.

RESUMO

As disposições de gênero impregnaram a maneira de estruturar as sociedades numa ideia “intrinsecamente natural”. Contudo os sistemas jurídicos têm sido provocados por situações inéditas do ponto de vista cisgênero-heteronormativo dos

seus pilares. É nesse cenário que este artigo analisa o RE 845.779: discute-se o rumo de seu conflito material até o STF, bem com salienta-se o posicionamento do ordenamento frente às demandas das mulheres transgênero rumo à cristalização de um ordenamento inclusivo. Para isso, há retomada processual do recurso, estudo socioantropológico de obras clássicas da sociologia e de periódicos sobre o tema, e análise da ADI 4.275, do Decreto 8.727, da ADPF 527 e da Resolução nº 73/2018 do CNJ. Conclui-se pela impossibilidade de se adotar critérios objetivos para legitimar o acesso a um banheiro, já que gênero é uma categoria subjetivamente apropriada, cabendo a fixação de critérios objetivos para a permanência dessas mulheres trans nos banheiros femininos (o RG com nome social feminino como parâmetro capaz de assegurar a elas a legitimidade/legalidade de frequentarem tais banheiros). O nome social já é assegurado; contudo, urge a elaboração de uma política pública, associada à Resolução nº 73/2018 do CNJ, para efetivar essa possibilidade às mulheres transgênero sem acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Transgênero; Banheiro; Mulheres; Direitos Fundamentais; Subjetividade.

ABSTRACT

Gender standarts imbued the way of structuring societies in an “intrinsically natural” idea. However, legal systems have been demanded about unprecedented situations from the cisgender-heteronormative point of view of its pillars. In this scenario this article analyzes the Extraordinary Appeal 845,779: its materials conflict till the supreme court, with emphasis on the legal standarts positioning about transgender women chasing an inclusive order. To reach this goal, there is a procedural review of the resource, a socio-anthropological study of classic works from sociology and periodicals about this theme and analysis of ADI 4.275, Decree 8.727, ADPF 527 and CNJ’s Resolution 73/2018. Concluded the impossibility of adopting objectives criterious to legitimate the access to a bathroom since gender is a subjective category, it is up to create na objective

critérios para a permanência dessas mulheres em banheiros femininos (o RG com o nome social feminino como parâmetro capaz de garantir sua legitimidade/legalidade de frequentar tais banheiros). O nome social já é garantido; mas urge a elaboração de uma política pública, associada à Resolução 73/2018 do CNJ, para tornar essa possibilidade acessível às mulheres trans sem acesso à justiça.

Keywords: Transgender; Bathroom; Women; Human-Rights; Subjective

INTRODUÇÃO

A forma como as disposições de gênero impregnaram a maneira de estruturar a sociedade humana há muito foi tida como “intrinsecamente natural”. Pensada como natural da própria existência humana, a separação social, política, econômica e jurídica entre os sujeitos de acordo com suas características biológicas e, assim, com o que essas características acarretariam para seu processo de socialização ainda emerge, hoje, como epicentro das discussões que permeiam toda a convivência humana em sociedade. O paradigma “homem-masculino” e “mulher-feminino” opera como um paradoxo fundamental, numa experiência dialética, através da qual o primeiro se caracteriza pela negação do segundo, opondo em polos opostos os sujeitos correspondentes às categorias “homem-masculino-pênis” e “mulher-feminino-vagina” desde que nascem em função da genitália que a natureza – e somente ela a princípio – se encarrega de lhes aferir. A partir disso, num esquema de intensas e constantes antinomias, como explicitou Pierre Bourdieu em “A dominação masculina” (1998) – marco teórico antropológico do presente artigo –, os gêneros “feminino” e “masculino” são definidos. Contudo, os “novos sujeitos de direitos”¹ transgridem esses polos, tornando-os

¹ A expressão “Novos sujeitos de direitos” é utilizada pela defesa da autora nos autos processuais, como se evidencia na fl. 240 do AREsp 405509/SC: “O advento da pós-modernidade, classificação conferida a sociedade contemporânea, impõe ao legislador brasileiro a latente e impreterível tarefa de abranger comportamentos decorrentes de novas posturas sociais ao ordenamento jurídico nacional, suscitando-se o reconhecimento da cidadania a todos os sujeitos de direito, principalmente àqueles que galgaram a visibilidade no transcorrer do final do século XX e início do XXI. Enquanto essa necessidade não for atendida, compete ao Poder Judiciário o dever de efetivar os direitos dos chamados ‘novos sujeitos de direitos’,

não mais círculos intangíveis, mas sim, círculos conexos, ou até mesmo inscritos uns nos outros. Diante das reivindicações daqueles sujeitos, os sistemas jurídicos passam a ser provocados por situações completamente inéditas do ponto de vista cisgênero e heteronormativo segundo o qual seus pilares legais se estruturaram. Assim, as justificações daquela ordem tida como “natural” apresentam-se insuficientes.

Quando os indivíduos nascem, em função da genitália biológica que apresentam, são colocados em polos opostos, num esquema de constantes antinomias, definindo, assim, gêneros feminino e masculino a partir das genitálias vagina e pênis, respectivamente. O masculino caracterizando-se pelo ativo, o grande, o público, e o feminino, por sua vez, o passivo, o pequeno, o privado. É justamente esse último par antitético, o do público e do privado, que permeia todas as questões sociojurídicas sobre as quais as discussões desse artigo debruçar-se-ão. Assim, o que se apresenta aqui como objeto de estudo é a definição dos limites público/privado no que tange, basicamente, a três aspectos: a intimidade no uso privado de banheiros – ou seja, de um suposto espaço público – e a orientação legal para a definição de regras em espaços privados; a expressão identitária do corpo pública e privadamente – e, conseqüentemente, o modo como as performances de gênero estão estabelecidas no olhar do outro sobre o próprio indivíduo em si –; e, por fim, a necessidade de interferência do poder público para evitar violações de direitos nas esferas privadas em si.

Pelo fato de o RE 845.779 representar centenas de mulheres que, de alguma forma, foram constrangidas pelo modo como as violências de gênero e sexualidade operam contra as mulheres trans, ele deixa de ser apenas mais um litígio para configurar o arauto de um necessário posicionamento do ordenamento que atenda as mudanças nas próprias estruturas que fundaram o Direito. Toda a análise processual resume-se a basicamente duas indagações que o STF deverá responder: mulheres transgênero podem ou não podem usar banheiros femininos? Proibi-las de fazê-lo atenta contra seus direitos constitucionais?

definidos como aqueles que ficaram à margem do sistema jurídico-legal.”

Partindo de uma retomada material e processual do Recurso Extraordinário 845.779, a pesquisa aprofunda-se nos parâmetros legais que sustentam as teses da defesa e da acusação. Nesse sentido, lança-se mão de um estudo socioantropológico para determinação prática e técnica do que se entende por “mulheres transgênero” e de como a decisão do STF deve delimitar muito bem quem tal expressão abarca. A seguir, analisam-se, a partir de obras clássicas da sociologia e de periódicos sobre a temática, os parâmetros de autoidentificação dos sujeitos com o polo ativo ou com o polo passivo do paradoxo fundamental. Adiante, lança-se mão de um exame das próprias decisões já tomadas e vinculadas pelo STF cujo objeto seja a garantia e efetivação dos direitos das mulheres transgênero: a ADI 4.275, o Decreto 8.727, a ADPF 527 e a Resolução nº 73/2018 do CNJ.

Frente o pesquisado, conclui-se que não há como se adotar critérios objetivos que estabeleçam condições para legitimar o acesso de um sujeito a um banheiro feminino. Como concluiu-se que o gênero performado pelo sujeito está associado a uma construção social a partir dos símbolos estigmatizantes dos polos do paradoxo sexual fundamental, destaca-se que a instituição de um gênero, portanto, é uma categoria subjetivamente apropriada. Por isso, o que cabe é a fixação de critérios objetivos para a permanência, e não para a entrada, das mulheres transgênero nos banheiros femininos. Nesse sentido, entende-se que a partir do momento em que essa “mulher trans” é reconhecida pelo próprio Estado simplesmente como “mulher”, ela ganha indiscutivelmente o direito de gozar de todos os direitos já garantidos às mulheres cisgênero, cabendo às autoridades judiciais a tarefa de conciliar as demandas advindas desses sujeitos que transgridem a ultrapassada dicotomia estigmatizante de “homem-macho” e de “mulher-fêmea”, a fim de não tornar o ordenamento jurídico nacional conivente e, por isso, agente legitimador de ações que violem direitos legais de qualquer cidadão ou cidadã brasileiro(a).²

² Na contestação do processo em pauta, há uma frase, em negrito e sublinhada, que se mostrará mais adiante como uma das mais problemáticas de todas as peças processuais por escancarar o modo como o sistema judiciário brasileiro tem sido conivente com as situações de expulsões de mulheres trans de banheiros femininos. Por hora, registrar-se-á aqui, como exemplo da acusação explicitada sobre o Judiciário ser “coni-

DESENVOLVIMENTO

1. O CASO DO RE 845.779: AMA DOS SANTOS FIALHO, O ROSTO DO PROCESSO.

1.1 O processo n. 20120193041.

O Recurso Extraordinário (RE) 845.779 é personificado em Ama dos Santos Fialho. Ela representa o rosto de centenas de mulheres diante do Supremo Tribunal Federal (STF) que, de alguma forma, foram constrangidas pelo modo como as violências de gênero e sexualidade operam contra aqueles indivíduos que transgridem os polos estigmatizantes de “homem-pênis” e “mulher-vagina”, como já mencionado. Contudo, antes de esmiuçar o RE em si, bem como sua temática antropológica, apresentar-se-á o caminho que percorreu o processo até chegar à Suprema Corte, a partir de sua origem, ou seja, do momento em que as garantias constitucionais e civis de Ama foram violadas em espécie, no íntimo da relação material na qual as partes estavam inscritas.

1.1.1 Uma breve narrativa do caso: dos fatos.

Em 08/08/2008, Ama dos Santos Fialho entrou em um banheiro feminino, como regularmente fazia, no shopping Beiramar Empresa Shopping Center Ltda., em Florianópolis, capital de Santa Catarina. Contudo, o que era para ser mais uma simples cena do cotidiano de qualquer shopping transformou-se em um processo judicial que, hoje, se encontra estagnado na Suprema Corte brasileira. O motivo: Ama é uma mulher transgênero³ e, ao tentar utilizar o banheiro do estabelecimento, fora constrangida em razão de sua identidade de gênero.

vente” e “legitimador” dessas ações. Note-se a frase em cheque: “O próprio Poder Judiciário, ao cadastrar o processo, identificou o autor como sendo do sexo masculino, conforme se verifica nos autos” [STJ, 2013, fl.35].

3 É a primeira vez que se utiliza o prefixo “trans” no desenvolvimento da discussão. As determinações teóricas serão didaticamente expostas mais adiante a fim de elucidar as diferenças existentes entre sexo biológico, gênero e sexualidade. Por serem temas, como será demonstrado adiante, confundidos até mesmo no processo que aqui será analisado, e que ainda não se encontram devidamente esclarecidos na sociedade, reservar-se-á um tópico, ao final da narrativa do caso em tela, para as definições teóricas que serão amplamente resgatadas durante as referências do artigo (como nos casos em que citar “transgênero”, “transexual”, “travesti” etc).

Ama, nome pelo qual “André” é notoriamente conhecida, narrou os fatos da seguinte maneira no boletim de ocorrência, escrito pela escrevente de polícia que formalizou contra o shopping em oito de agosto de 2008:

(...) [Ama] Foi até o banheiro feminino para fazer suas necessidades, sendo que a Sra. Suzana que é segurança do Shopping aproximou-se (...) dizendo que a mesma era um traveco e pediu para o mesmo retirar, para ir até o banheiro masculino. A comunicante foi levada ao Sr. Daniel que seria chefe da Suzana, o mesmo falou que a comunicante também deveria ir ao banheiro masculino a comunicante disse “como posso ir a um banheiro masculino se tenho corpo de mulher”. Os seguranças constringendo a comunicante perante as pessoas pediram para a mesma se retirar do Shopping. A comunicante [não] aguentando a necessidade de ir ao banheiro chegou a fazer as necessidades ali dentro do Shopping. Obs: a comunicante nunca foi barrada em um banheiro feminino. (...)

(STJ, 2013, fl. 25)

A petição inicial de Ama (ajuizada perante o Juizado Especial Cível da Unidade Judiciária do Distrito de Santo Antônio de Lisboa, pertencente à comarca da capital santa-catarinense) acrescentou maiores detalhes à sucessão dos fatos e ao modo como fora tratada pelos seguranças⁴. Ama narrou que “(...) Não satisfeita em desempenhar sua função, [a segurança Sra. Suzana] começou (...) a fazer ofensas explícitas à sua condição de transexual” (STJ, 2013, fl. 4); “[O] Sr. Daniel [segurança chefe] passou a proferir insultos a sua condição, nos seguintes termos: ‘você tem que usar o banheiro dos homens porque você é isto aí...’” (STJ, 2013, fl. 5). Em sequência, a autora da ação procurou por banheiros internos das lojas do estabelecimento réu que não fossem de uso comum, sem sucesso. Ama fora informada

⁴ “Logo após entrar no estabelecimento réu, a Autor percebeu que alguns funcionários (seguranças) seguiam-na o tempo todo e se comunicavam entre si, através de rádios transmissores, fazendo referências [sobre] sua presença com tons de deboche”. (STJ, 2013, fl. 4)

que funcionários e clientes utilizavam o banheiro comum do próprio shopping – no qual ela fora impedida de entrar. Diante disso, os termos do ponto 1.13 da petição inicial evidenciam o que Ama retratou no boletim de ocorrência sobre suas necessidades fisiológicas⁵.

O relato transcrito do boletim de ocorrência redigido pela escrevente, por si só, já explicita problemáticas que não se pode deixar de mencionar e as quais se repetem e se agravam na contestação e nas demais peças processuais subseqüentes – tanto por parte do réu, como da autora, e também dos juízes e desembargadores⁶. Contudo, essas questões devem ser reservadas para adiante, quando aprofundada a discussão acerca das disposições de gênero social e sexo biológico e quando esgotados a apresentação do caso, seu rumo até a Suprema Corte e os fundamentos jurídicos nos quais ele se baseia.

Na contestação, por sua vez, o estabelecimento réu defendeu-se. Arguiu, na quarta página da peça, que o ocorrido “pode até ter causado aborrecimento e/ou desconforto” na autora, mas não em razão do alegado constrangimento sofrido, e sim pelo simples fato de ela ter tido “a sua vontade contrariada”, o que, para a defesa, faria “parte do cotidiano de qualquer ser humano normal”. Nesse raciocínio, o réu aproveitou para reafirmar que seus funcionários não agiram de forma ofensiva ou preconceituosa com a autora, e que o simples fato de ela ter suas genitálias masculinas seria motivo suficiente para constranger outras mulheres no banheiro. Assim, o shopping tentou desqualificar o dano alegado, argumentando que ele não pode se configurar como “desestruturação psicológica” da autora.

⁵ “A autora não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas, acabando por defecar em suas vestes ali mesmo no corredor (...). Neste instante começou a chorar compulsivamente, sob o olhar de todas as pessoas que ali estavam”. (STJ, 2013, fl.6)

⁶ Exemplos dessas problemáticas são: a alternância entre os artigos “a”, do feminino, e “o”, do masculino, quando da tentativa de se referir à autora; a referência a ela pelo nome masculino e não pelo feminino; a explicitação de que ela não seria uma mulher por “ter a genitália biologicamente desguiada aos homens” e, por fim, a frase proferida por Ama “Como posso ir a um banheiro masculino se tenho corpo de mulher?”.

1.1.2 Das sentenças.

1.1.2.1 A sentença monocrática da primeira instância.

Quando há ferimento de uma característica personalíssima, no âmbito da subjetividade da vítima, o Estado garante a ela a reparação do dano sofrido na figura da chamada “indenização por danos morais”. A autora, em seu pedido – compreendido na terceira parte de sua petição inicial –, nos termos dos arts. 5º, incisos V e X da Constituição Federal (CF) de 1988, e 927 do Código Civil (CC) de 2002, requereu o pagamento de indenização por danos morais no montante a ser fixado pelo juiz competente, a partir do valor da causa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A sentença de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando o réu ao pagamento da indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)⁷.

1.1.2.1.1 Recurso de apelação da sentença monocrática por parte do réu.

No entanto, a sentença monocrática proferida em 16 de julho de 2010 pelo juízo de primeira instância foi objeto de Recurso de Apelação por parte do estabelecimento réu em quatro de agosto do mesmo ano. Dizendo “não se conformar com a sentença proferida pela primeira instância”, o apelante dirigiu-se aos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), alegando não haver elementos probatórios que comprovassem concretamente ato ilícito cometido por parte dos seguradoras, tampouco que comprovassem ter sido a autora vítima de danos morais. Destacou que: “Nenhum dos informantes e testemunhas do Apelado estava presente no momento da abordagem feita pela seguradora” (STJ, 2013, fl.130). O pedido da apelação era objetivo: a reforma total da sentença.

⁷ Entendeu o juiz de 1ª instância do caso, Dr. Wilson Fontana, que: A responsabilidade civil do réu é objetiva, logo descabe a perquirição quanto a sua culpa pelo evento danoso, basta, tão somente, que a parte autora comprove o ato ilícito, o dano que sofreu e o nexo de causalidade entre o ato e o dano (art. 14 da Lei nº 8.078/1990). (STJ, 2013, fls. 113 e 114). Nesse sentido, nas fls. 112 c/c 118 do processo, acrescentou que “Fica claro, diante dos depoimentos colhidos, que a autora foi discriminada por ser transexual” e que, por isso, julgaria procedente o pedido inicial da parte autora.

Ama, por sua vez, apresentou suas contrarrazões. Exaustivamente, ratificou os acontecimentos de forma a explicitar o tratamento vexatório que a agora apelada sofreu no interior do estabelecimento. Nota-se ainda que, na fl. 152, a defesa de Ama aproveitou para se posicionar contra a insistência dos atos processuais da outra parte em se referir a Ama por meio de pronomes masculinos. Requereu que o recurso de apelação do estabelecimento réu fosse negado – o que não se sucedeu.

1.1.2.1.2 Recurso inominado da sentença monocrática por parte da autora.

Além de o shopping ter recorrido por meio da apelação, paralelamente, a autora também recorreu. Para os advogados de Ama, deveria haver uma majoração do *quantum* indenizatório para 40 salários mínimos⁸. Tal aumento operaria rumo a uma “dissuasão em relação à empresa no que se refere à prática de abusos daquela natureza”. Ou, tal como transcritas as palavras redigidas na fl. 3 do recurso, ratificar-se-ia um “caráter pedagógico/punitivo do instituto”.

O shopping réu limitou-se a reafirmar que não houve tratamento vexatório por parte dos funcionários e que, ainda, a autora fora incapaz de produzir meios de probatórios suficientes que justificassem a demanda do aumento da indenização o qual, para eles, sequer deveria ter sido sentenciado.

Apesar das divergências – que não se mostraram poucas – entre os polos ativo e passivo da ação em tela, em um ponto ambas as partes sinalizaram convergência: o anseio de que o processo chegasse a uma instância superior. Contudo, a parte autora, por ter movido a ação em um Juizado Especial, ansiava pela Turma Recursal do TJSC⁹. Contudo, os autos foram direcionados à 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹⁰.

⁸ O limite de 40 salários mínimos para indenização de danos morais está previsto no art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).

⁹ Artigo 41, caput, e § 1º, da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais).

¹⁰ Vide fls.149 e 159 do AREsp 405509/SC.

1.1.2.2 Quando o TJSC entra em cena.

Quando da apelação interposta pelo réu e do recurso inominado interposto pela autora, junto às contrarrazões, os autos ascenderam ao TJSC. Em 15 de maio de 2012, o TJSC publicou o acórdão sobre a Apelação Cível nº 2012.019304-1 com relatoria do Desembargador Fernando Carioni, reformando a sentença monocrática anteriormente fixada. Na ementa, os desembargadores destacaram o que chamaram de “FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO” e de “AUSÊNCIA DE CONDUTA CULPOSA ATRIBUÍVEL AO ESTABELECIMENTO COMERCIAL”; e, ainda, adjetivaram os fatos ocorridos contra a autora como “MERO DISSABOR” (STJ, 2013, fl. 186)¹¹.

1.2 A chegada do processo n. 20120193041 ao STF e sua transformação em RE n. 845.779.

Em 13 de agosto de 2012, a defesa de Ama interpelou dois novos recursos contra o acórdão da 3ª Câmara Civil do TJSC: moveu um Recurso Especial, junto ao STJ, com base no art. 103, inciso III, alíneas “a” e “c” CF/1988, e um Recurso Extraordinário, junto ao STF, com base nos arts. 102, inciso III, alínea “a” da CF/1988.

1.2.1 Tentativa de interpelação de Recurso Especial frente o STJ.

Ama declarou-se “inconformada” com o acórdão da 3ª Câmara Civil do TJSC. Por isso, fundamentou um Recurso Especial¹² sobre os seguintes pilares: suposta incompetência do TJSC para

11 Em seu voto, o Desembargador Fernando Carioni afastou-se totalmente da sentença monocrática proferida na primeira instância: disse que, apesar de se tratar de uma relação de consumo o trânsito de uma pessoa num shopping center, em função do art. 14, § 1º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), não há de se falar em “defeito” a produto nem a serviço prestado, fato que ensejaria numa responsabilidade objetiva do estabelecimento réu; assim, nessa linha, sustentou que a responsabilidade civil do shopping seria subjetiva. Sendo subjetiva, caberia à autora, uma vez que não há inversão do ônus da prova, demonstrar culpa por parte do réu, o que, segundo o desembargador, não foi feito, impossibilitando aferição de qualquer obrigação de indenizar por parte do réu.

12 Recursos Especiais são recursos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme art. 105, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF/1988). Nesse sentido, entende-se que o Estado designa ao referido órgão jurisdicional a missão de sentenciar acórdãos ou para casos em que haja confronto entre a decisão já recorrida e uma lei federal ou para casos em que haja interpretação divergente entre a atribuída pela fundamentação do tribunal que sentenciou o recurso à lei federal invocada.

julgar recursos de Juizados Especiais, com fundamento na Lei 9.099/1995 e no art. 535 CPC/1973; divergência jurisprudencial quanto à ilicitude de vedar o uso de banheiros; divergência jurisprudencial quanto à existência de ato discriminatório ou não caracterizada pela proibição de uso do banheiro feminino por mulheres transexuais; divergência jurisprudencial sobre a relação de consumo ou não estabelecida entre shoppings e serviços gratuitos oferecidos por eles¹³. Os trâmites processuais e as disputas técnicas que se estenderam a partir de então, formal e materialmente, não acrescentariam informações de grande relevância para a discussão que o presente artigo se propõe a estabelecer. Quando duas partes frente um processo complexo arriscam-se na interpelação de sucessivos recursos, muito se repete da petição inicial e da contestação. Quando definitiva e propriamente for lançado o olhar sobre os debates de gênero e sexo, do modo como ele fora abordado no processo e o que se deve deixar claro rumo à adoção de uma posição jurídica ante o caso, resgatar-se-á os pontos úteis e importantes estabelecidos nos autos processuais para a discussão¹⁴.

1.2.2 Tentativa de interpelação de Recurso Extraordinário frente o STF

Além do Recurso Especial, Ama interpelou um Recurso Extraordinário¹⁵, junto ao TJSC. Recursos Extraordinários versam sobre um caso específico de um sujeito específico, a fim de estabelecer um precedente vinculante a casos semelhantes e que ainda não são contemplados por um posicionamento judicial espe-

13 Em suma, o Recurso Especial se apresentou como extremamente necessário para clarear as divergências jurisprudenciais apresentadas, além da que a parte chama de “divergência jurisprudencial quanto à aplicabilidade do CDC e incidência da responsabilização objetiva” (STJ, 2013, fl. 251).

14 O Recurso Especial fora negado pelo TJSC. Por isso, Ama interpelou um Agravo de Instrumento, fazendo com que os autos fossem remessados ao STJ – mas o referido órgão jurisdicional negou o agravo. Por fim, em sua última tentativa de vingar o Recurso Especial, a defesa de Ama interpelou “Agravo da Decisão Monocrática que julgou o Agravo em Recurso Especial” (STJ, 2013, fls. 470 a 477), o qual foi improvido novamente pelo STJ, pondo, assim, fim ao Recurso Especial em Apelação Cível nº 2012.019304-1/0002.00.

15 O ordenamento jurídico brasileiro prevê que, em casos de violação de matéria constitucional, cabe ao STF o dever de julgar a ação na qual tal violação se verifique. Nesse sentido, Recursos Extraordinários são processos de tutela jurisdicional do STF que, em regra, dizem respeito a uma impugnação apresentada por uma das partes frente à decisão proferida por um tribunal, ou por uma turma recursal de um juizado especial, sob a alegação de contrariedade direta e frontal à Constituição Federal (art. 102, III, a CF/1988). O Recurso deve ser acolhido pelo Tribunal de Justiça do estado competente para, depois, ser encaminhado à Suprema Corte.

cífico – seja por divergência jurisprudencial ou por mera lacuna do próprio ordenamento. A fim de sustentar a necessidade do recurso e, conseqüentemente, de requerer uma resposta jurídica aos casos semelhantes, redigiu a recorrente:

A manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito.

(STJ, 2013, fl. 325).

Nesse sentido, como requer a Constituição Federal brasileira de 1988, fixou a recorrente a fonte jurídico-normativa do RE na violação aos arts. 1º, inciso III, 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e 93, todos do referido diploma legal.

1.2.2.1 Fonte jurídico-normativa.

Quanto ao art. 1º, inciso III do diploma em análise, alegou a recorrente que, por ser a “dignidade da pessoa humana” um dos fundamentos da República, cabe ao STF analisar que houve clara violação a tal fundamento em dois momentos: na medida em que a ação dos seguranças do shopping evidenciou claro desconforto e humilhação à recorrente e, também, na insistência das peças processuais do réu se referirem à autora através do gênero masculino.

Já em relação ao art. 5º, alegaram os advogados de Ama que o acórdão apresenta uma contradição em termos: diz, primeiro, que não há dano sofrido pela autora; depois, diz que não cabe indenização por danos morais a ela pelo dano ter sido “ínfimo”. Por esse motivo, a recorrente explicita haver clara violação dos incisos V e X, pois, mesmo afastando-se a possibilidade de indenização ou caracterizando o constrangimento como ínfimo, os desembargadores ferem “(...) os direitos fundamentais de proteção à intimidade e à honra da Recorrente, na medida em que está negando o efeito vinculante e a aplicabilidade imedia-

ta daqueles”¹⁶. Além disso, arguíram os advogados violação ao inciso XXXIII, que versa sobre a proteção aos direitos do consumidor. Argumentaram que, admitida a relação de consumo no acórdão¹⁷, deve haver inversão do ônus da prova e responsabilidade civil objetiva do shopping réu. Por fim, advogaram no sentido de que o acórdão sobre os embargos declaratórios proferido pela turma recursal do TJSC violou o “devido processo legal” e a “ampla defesa” em sua fl. 4, uma vez que o juiz sustentou que “(...) não está o magistrado (...) obrigado a refutar cada um dos pontos ou dispositivos legais questionados por elas [as partes], desde que já possua convicção formada”. Nesse sentido, configurar-se-ia violação aos preceitos fundamentais dispostos nos incisos LIV e LV.

O art. 93, por sua vez, traz os princípios gerais da magistratura. Segundo a parte agravante, “[O TJSC] não prestou adequadamente a tutela jurisdicional que lhe é conferida pelo Estado” no momento em que teria violado os dois preceitos fundamentais apresentados no parágrafo anterior.

Como o Recurso Especial, o Recurso Extraordinário foi negado pela Terceira Vice-Presidência do TJSC (STJ, 2013, fl. 286). Apesar de reconhecer a chamada “Repercussão Geral”, o TJSC entendeu que, por ser a ofensa denunciada pela recorrente “mera ofensa reflexa ao texto constitucional” (STJ, 2013, fl. 385), a decisão de admissão ou de não admissão do recurso dependeria de exame de legislação infraconstitucional; nesse sentido, segundo orientação jurisprudencial do STF¹⁸, “Tal hipótese não viabiliza[ria] a ascensão do recurso extraordinário (...)” (STJ, 2013, fl. 385). Além disso, o desembargador do TJSC lançou mão da Súmula 279¹⁹ para não admitir o recurso extraordinário, uma vez que julgou tratar o caso de uma tentativa de reexame de prova.

¹⁶ Ama completa: “Seja pelas razões que for, o Tribunal não pode fechar os olhos a uma pessoa, e negar a esta, a proteção aos seus direitos”.

¹⁷ “(...) evidenciada a condição de consumidor daquele que transita em shopping center (...)” (fl. 5 do acórdão originário).

¹⁸ “A alegada ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma reflexa ou indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária.” (STF, AI-AgR n. 587.991/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/9/2006).

¹⁹ Súmula 279 STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”,

Contudo, os advogados de Ama também interpelaram Agravo de Decisão Denegatória de Seguimento do RE da apelação cível em tela, com fulcro no art. 544 do CPC/1976. Argumentaram no sentido de ratificar a fl. 16 do recurso, reforçando violação aos arts. 5º e 93 da CF/1988, afastando a Súmula 279 e a tese de “Inocorrência de mera ofensa reflexa aos dispositivos constitucionais”, haja vista que se trataria, respectivamente, não de uma tentativa de reavaliar os fatos, mas sim de discutir matéria de direito por haver violação de dispositivos constitucionais, e também de justificar o requerimento da matéria constitucional levada a juízo para apreciação do STF²⁰. Em 21 de outubro de 2014, o min. Luís Roberto Barroso determinou “conversão do (...) agravo em recurso extraordinário”.

1.2.2.2. Debate no STF.

A chegada do RE 845.779 ao plenário do STF, à luz da breve retrospectiva processual que foi até agora apresentada, foi marcada não somente pelas disputas jurídicas das partes litigantes; ela foi marcada, sobretudo, pela grande discussão social intrínseca ao caso, independentemente das suas discussões técnico-jurídicas. Nesses termos, pode-se resumir o caso e se debruçar sobre ele a partir de duas indagações: mulheres transgênero podem ou não podem usar banheiros femininos? Proibi-las de fazê-lo atenta contra sua dignidade humana e contra seus direitos da personalidade?

1.2.2.2.1 Verificação de violação de matéria constitucional

A avaliação de violação de matéria constitucional é naturalmente a primeira avaliação a que o Supremo se atenta quando da admissibilidade ou não de um processo, de modo a legitimar ou não a tutela jurisdicional da Suprema Corte. Assim, os ministros assumem a responsabilidade de declarar se há violação de

²⁰ Nas suas contrarrazões, o recorrido estabelecimento reagiu; acusou a autora de pretender “(...) o reexame de provas e reforma[r] (d)o julgado com base na Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor.”. (fl. 447) e destacou que a matéria relativa à inversão do ônus da prova estaria “(...) preclusa (art. 183, CPC/1973) para o Recorrente, sendo vedado discuti-la nesse momento processual (art. 473, CPC/1973)” (STJ, 2013, fl. 449).

dispositivos da CF/1988. O STF posicionou-se de modo favorável à tese de violação de matéria constitucional, seguindo o relator, min. Barroso, vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia²¹.

1.2.2.2.2 Verificação de repercussão geral

O art. 102, § 3º da CF/1988 definiu que, para que um caso seja julgado mediante Recurso Extraordinário na Suprema Corte brasileira, ele deve ser dotado de um caráter transcendental para a resolução de insurgência; isto é, ele deve ultrapassar o caso concreto em questão e expressar, por isso, uma “repercussão geral” para toda a sociedade. Isso significa que, além de o caso violar dispositivos da Carta Magna, ele deve incidir sobre outros de mesma natureza, em grande proporção. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia²².

Dessa prévia manifestação do Supremo, extrai-se o retrato da sociedade brasileira que muito se vê representada fielmente no mais importante tribunal brasileiro. Ao afastarem de si a responsabilidade de se manifestar sobre a repercussão geral, bem como sobre a violação de matéria constitucional do RE 845.779, os ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia se afastam de assumir as rédeas da efetivação de direitos fundamentais de cidadãos brasileiros e associam-se aos ministros Marco Aurélio e ao memorável ministro Teori Zavascki, que injustificadamente

21 Em sua manifestação, o relator destacou que o caso “Envolve a projeção social da identidade sexual do indivíduo, aspecto diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e a diversos direitos da personalidade (CRFB/1988, arts. 1º, III, e 5º, V e X)”, e que “Constitui, portanto, questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente.” (BARROSO, 2014, p. 10).

22 Defendeu o relator que: A subsistência do acórdão recorrido – que traz interpretação flagrantemente contrária aos dispositivos supracitados – seria uma regressão a todas as conquistas efetivadas por esta egrégia Corte, no sentido de proteger os direitos fundamentais e humanos das minorias sociais. E, não bastasse, a manutenção da decisão recorrida abriria um arriscado precedente jurisprudencial, autorizando o Poder Judiciário a ignorar uma gama de direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional pátria, pilares básicos do Estado Social e Democrático de Direito. (BARROSO, 2014, p. 7).

negaram as teses de repercussão geral e de violação de matéria constitucional. O Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo²³, de acordo com relatório da ONG “Transgender Europe”, que publica revistas com relatórios de dados sobre a população trans no mundo (TGEU)²⁴, e, além disso, contém no mínimo 770 processos semelhantes ao de Ama segundo dados do próprio STF, justamente pela falta de posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto. Negar a esses sujeitos a possibilidade de efetivar seus direitos constitucionais e, mais que isso, de protegê-los contra as violências transfóbicas latentes na sociedade brasileira é igualmente decepcionante quanto posicionar-se contrariamente a essa possibilidade.

Em plenário, manifestaram-se o relator e o min. Edson Fachin, favoravelmente ao RE 845.779. Em 19/11/2015, o min. Luís Fux pediu vista dos autos, alegando necessidade de ouvir a sociedade sobre a questão. Desde então, o processo encontra-se estagnado na Suprema Corte, enquanto os casos de expulsão de mulheres trans de banheiros femininos tornam-se cada vez mais frequentes.

2. O PROCESSO E SUAS RELAÇÕES PRÁTICAS: EXPOSIÇÃO TEÓRICA SOBRE SEXO E GÊNERO, EFICIÊNCIA DA DISCUSSÃO PROCESSUAL NO CENÁRIO EMPÍRICO E DEVIDA REPRESENTAÇÃO DO PROCESSO.

2.1 Dos gêneros.

2.1.1 Construção social dos corpos: Princípio da Divisão Social, sexo e gênero.

Quando se fala de seres humanos, fala-se invariavelmente de corpos específicos que se socializam de maneiras distintamente determinadas. Assim, à luz do que determinou Bourdieu,

²³ De acordo com a ONG Transgender Europe, entre 1º de outubro de 2017 e 30 de outubro de 2018, 167 transexuais foram assassinadas no Brasil. (Disponível em: <http://paradasp.org.br/segundo-relatorio-tgeu-brasil-segue-no-1o-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2020).

²⁴ In. Transgender Europe. “2,190 murders are only the tip of the iceberg – An introduction to the Trans Murder Monitoring Project”. TvT Publication, vol.14, 2016.

podemos definir os corpos humanos como o conjunto de quatro elementos: a parte da frente (local de diferenciação sexual), a parte de trás (“sexualmente indiferenciadas e potencialmente femininas”) (BOURDIEU, 2012[1998], p. 26), a face (parte relacionada massivamente à identidade social do indivíduo) e, por último, as partes privadas (que seriam os “pontos de honra”; as partes cobertas do corpo, as “vergonhas”). Nesse sentido, naturalmente se deduz que as diferenças biológicas dos corpos das fêmeas humanas e dos machos humanos sejam fatores suficientemente determinantes para designar como esses quatro elementos dispor-se-ão. Em outras palavras: as diferenças anatômicas entre os órgãos sexuais em si seriam justificativas naturalmente inquestionáveis para a definição do modo como o sujeito deveria ser socializado.

Esse princípio “naturalizante” Pierre Bourdieu denominou de “Princípio de Divisão Social”. Nessa linha de raciocínio, entende-se que a natureza nada cria de significações ao modo como o corpo humano é instituído; é o referido princípio que “constrói a diferença anatômica [enquanto] (...) esta diferença socialmente construída (...) se torna o fundamento e a caução aparentemente natural da visão social que a alicerça” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 26). Assim, “a definição social dos órgãos sexuais (...) é produto de uma construção efetuada (...) através da acentuação de certas diferenças, ou do obscurecimento de certas semelhanças” entre os corpos, não tendo a natureza responsabilidade alguma sobre isso.

Estando inscrito numa sociedade, o indivíduo passa, desde a sua concepção e até sua morte, por um massivo, denso e irreversível processo de “socialização”. Isso significa, básica e essencialmente, que ele será apresentado às disposições de gênero da sociedade, ou seja, ao binarismo antitético homem/mulher, que, a partir de então, submeterá seu corpo a essas disposições e às expectativas dos moldes que elas lhe designarão em virtude da sua genitália. As disposições biológicas dos corpos inferem em estruturas de dominação sociais cujo único critério determinante é o sexo biológico.

Há uma dicotomia sexual fundamental para a estruturação da sociedade: o paradigma antitético entre homem e mulher,

masculino e feminino, o qual se associa em última instância às determinações “homem-pênis” e “mulher-vagina”. Segundo Bourdieu (1998), o que se entende por “masculino” refere-se à negação do que se entende por “feminino”. Como pares antitéticos clássicos de uma experiência dialética, “homem” e “mulher” se desdobram, respectivamente, em quente e frio, duro e mole, seco e úmido, público e privado, sagrado e profano, fora e dentro, aberto e fechado, sólido e líquido etc. Nesse momento, criam-se dois polos, ativo e passivo, que são responsáveis pela socialização dos seres humanos, cada qual referente a seu paradigma essencial “homem-pênis” e “mulher-vagina”, por meio de padrões comportamentais e construções simbólicas exclusivas de cada um desses polos.

Dessa explicitação, depreendem-se duas premissas básicas: o modo como o sujeito se apresenta biologicamente diante da sociedade nada tem de natural – sequer sua anatomia como a compreende socialmente o tem –; e, além disso, o modo como esse sujeito associa-se às representações próprias de cada polo sequer se relaciona a uma autonomia de suas vontades, uma vez que se encontra inscrito “na ordem social das coisas”. A essa primeira premissa, atribui-se o termo “sexo”. Já à segunda, atribui-se o termo “gênero”.

2.1.2 Relações de interação entre os corpos e identidades sociais: cisgênero, transgênero, transexual e travesti.

Simbolicamente, o chamado “discurso mítico” e os chamados “ritos de instituição”²⁵ envolvem o sujeito no polo comportamental referente a seu sexo, instituindo o que se denomina “identidade social”. Assim, “os princípios antagonônicos da identidade masculina e da identidade feminina se inscrevem (...) sob forma de maneiras permanentes de se servir do corpo, ou de manter a postura, que são como que a (...) naturalização de uma ética” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 20) e de uma estética. Contudo, esse processo de socialização por meio do qual os corpos

25 “Eventos” que inferem verdadeira instituição do padrão comportamental dos gêneros e de suas construções simbólicas.

humanos passam pode ser pacífico ou não. Isso significa que há casos nos quais o sujeito atende passiva e indiferentemente às designações as quais lhe foram determinadas pelo seu respectivo polo – ou seja, sua “identidade de gênero”²⁶ converge com sua disposição biológica –, e casos nos quais esse atendimento é, no mínimo, desconfortável.

Àqueles sujeitos cujo processo de socialização desempenhado pela instituição de uma identidade social típica do polo previamente designado ao seu sexo é pacífico, isto é, não despondo incongruência entre o sexo do indivíduo e o gênero a ele atribuído, dá-se o nome de sujeitos cisgênero²⁷. Essa seria a “regra geral” para a operabilidade clássica entre os polos “masculino” e “feminino”. Tido esse fenômeno de subsunção do sexo ao gênero como natural, seria essa a “ordem natural das coisas”. Entretanto, como já pontuado, um grande marco da contemporaneidade são as reivindicações políticas e jurídicas dos “novos sujeitos de direitos”, ou seja, dos indivíduos que transgridem os polos “homem-pênis” e “mulher-vagina” de modo a questionar a relação entre os gêneros culturais e simbolicamente instituídos e o sexo biológico. Para esses indivíduos, o processo de socialização pelo qual lhes foram instituídos seus gêneros não condiz com seus próprios anseios em relação ao que projetam para si nem com a forma como eles se percebem perante o restante de sua coletividade. A esses indivíduos determina-se o prefixo “trans”. Nesse momento, as disposições tidas como “naturais” e “imutáveis” dos gêneros confundem-se: os sujeitos “trans” mostram, através da sua própria existência, que “ser mulher” e “ser homem” não é tão simples quanto à subsunção do “pênis” e da “vagina” aos polos “homem” e “mulher”.

A expressão “transgênero” seria, como comumente é empregada, uma “expressão guarda-chuva”. Isso porque ela designa vários casos de pessoas cujo gênero assumido não correspon-

26 O conceito “Identidade de gênero” pode ser definido como: “reconhecimento que o indivíduo possui de si mesmo, diante de padrões de gênero instituídos pelas normas sociais estabelecidas”. (SILVA, B., CERQUEIRA-SANTOS, 2014, p. 32).

27 O prefixo “cis” significa “deste lado” ou “aquém”, enquanto o prefixo “trans” significa “do outro lado” ou “além”. Assim, a palavra “cisgênero” é usada como antônimo da palavra “transgênero”.

de àquele designado ao seu sexo biológico. A grande discussão, e deveras a maior problemática acerca dessas definições, dentro do termo “transgênero”, é aquela referente às distinções entre os termos “transexual” e “travesti”. Comumente lança-se mão da realização ou não da cirurgia de redesignação sexual (ou de transgenitalização) para diferenciar ambas as nomenclaturas e/ou do grau de desconforto do sujeito com o pênis. Contudo, há uma evidente problemática nesse primeiro argumento: se se admite que a cirurgia de transgenitalização seja a responsável por tornar um sujeito “transexual” – e, assim, capaz de aproximá-lo às mulheres cisgênero –, admite-se que haja seu afastamento de uma “travesti”²⁸. Assim, inevitavelmente, reforçar-se-iam duas ideias equivocadas em se tratando de gênero e sexo: a ideia de que o gênero é determinado pelo sexo biológico – naturalmente instituído ou cirurgicamente determinado – e a de que, por isso, as travestis seriam “menos mulheres” que as transexuais que realizassem a cirurgia de transgenitalização, invalidando, assim, toda a discussão levantada até aqui. Além disso, muito se discute justamente sobre o termo “travesti”. Algumas das pessoas que assim se identificam, além de ressignificar o tom pejorativo do termo o assumindo para si como forma de demonstração de orgulho, advogam no sentido de que a categoria “travesti” seria como um terceiro gênero, ou um não gênero. Em função dessas problemáticas distinções, adotar-se-á aqui, a fim de expandir a abrangência da categoria “mulher” jurídica e tecnicamente abordada de modo a não excluir nenhum sujeito de direitos e garantias, a expressão “transgênero” em associação à orientação da ativista brasileira Jaqueline Gomes de Jesus, que destaca: o que determina a condição transexual é como a pessoa se identifica, e não um procedimento cirúrgico (JESUS, 2012).

2.1.3 Da prévia separação entre os gêneros.

Desde a infância humana, os sujeitos nascidos com a genitália referente ao sexo masculino subordinam-se inconscientemente

²⁸ Nesse sentido, não se pode ignorar o tom pejorativo que essa segunda nomenclatura carrega – que será abordado adiante.

a um processo de desligamento do universo feminino. Segundo o terceiro capítulo de “A dominação masculina”, seja através das representações familiares²⁹, das referências culturais³⁰ ou da instituição escolar, categorias estigmatizantes³¹ se encarregam de designar como cada indivíduo, através do seu gênero, deve se comportar, se perceber e ser percebido enquanto membro da coletividade humana. Assim estabelece-se uma prévia separação entre os gêneros através de linhas muito bem demarcadas sobre as características fundamentais e intrínsecas de cada um deles. Os processos de “masculinização” e de “feminilização” dos corpos se apresenta como produto de sucessivas e progressivas (re)modelagens aplicadas pelas relações de dominação da estrutura masculina, de modo a distanciá-la do universo feminino e de suas representações.

2.2 Dos banheiros.

O banheiro, enquanto espaço, é o local específico para realização de necessidades fisiológicas inerentes aos seres humanos. Contudo, tal definição não abarca a sucessão de interações entre os indivíduos de uma mesma sociedade que se estabelecem a partir e em função da arquitetura dos banheiros. Homens e mulheres, como genericamente se estabelece, são separados em banheiros distintos. Danieli Siqueira (2014), em seu periódico “O banheiro: um prisma para reflexões sobre relações de gênero a partir da perspectiva simmeliana”, a partir da obra “A Ponte e a Porta”, de Simmel, lança mão de uma metáfora de Simmel, para elucidar o que ocorre entre os banheiros: “Tal como Simmel retrata este processo relacional a partir da separação das margens do rio pela ponte, o mesmo ocorre com o banheiro, que separa os elementos que a priori estão unidos, o ‘feminino’ e o ‘masculino’”³².

29 Na qual a divisão sexual do trabalho designa às mulheres as relações privadas e aos homens as atividades públicas ligadas, sobretudo, ao sustento da família.

30 A moral patriarcal é o maior exemplo de como “mulher” e “homem” se distanciam.

31 A palavra “estigma” e suas variáveis serão amplamente abordadas no artigo. Isso porque ela é uma palavra fundamental que reúne em si a ideia de qualquer característica que não se coaduna com as expectativas sociais que se tem de um determinado sujeito. Refere-se, basicamente, ao processo de generalizar um sujeito em virtude de características específicas dele, de modo a esvaziar sua individualidade.

32 A autora continua: “(...) O banheiro, (...) pode ser ponte e pode ser porta. Ponte no momento em que

Assim, a separação entre os banheiros se dá também a partir do próprio paradoxo fundamental: sujo e limpo, coletivo e individual, rápido e lento, malcheiroso e cheiroso configuram polos opostos que se estendem até a mais íntima manifestação da individualidade humana (utilizar um banheiro para aliviar-se)³³. A separação dos banheiros em sua máxima expressão da dicotomia entre os gêneros pauta-se, essencialmente, num critério biológico, naturalizando-o como necessariamente interligado à expressão de gênero coincidente à do gênero a que se designa o espaço. À categoria “mulher-vagina” é reservado o banheiro “feminino”; enquanto à categoria “homem-pênis” é reservado o banheiro “masculino”.

2.2.1 Da prévia separação entre os banheiros masculino e feminino.

Embora a ideia de banheiro exista há milhares de anos, os banheiros privados, segregados por gênero, foram uma invenção moderna da Europa Ocidental, no período marcado pela urbanização, pela reforma sanitária no século XIX, pela privatização das funções do corpo e pela ideologia de separação das esferas de cada gênero (PENNER, GERSHENSON, 2009, p. 5). Houve, a partir de então, uma evolução nas formas de se entender o banheiro: de local para poupar “as vergonhas” à ideia de higiene. O padrão civilizatório que se alastrava pela Europa pregava como uma de suas bandeiras comportamentais justamente essa ideia de “privacidade” dos atos fisiológicos, expressando-se, em última instância, no fato de sequer entrar em contato com o corpo humano do sexo oposto³⁴.

separa, demarcando e criando diferenças, colocando em extremidades, a partir de um desejo que podemos chamar de relacional, elementos que podem e estão relacionados com a natureza e a cultura ao mesmo tempo, sexo e gênero, feminino e masculino”. (SIQUEIRA, 2014, p. 358).

33 Para ilustrar, basta que se analise as características comportamentais dos homens ao urinar em comparação às das mulheres: homens urinam em pé, e, quanto pior a sua pontaria no vaso, mais eles “demarcam território” e, assim, mais se mostram viris. As mulheres, por sua vez, urinam discretamente: sentadas, silenciosas, sozinhas e, ainda, necessariamente, limpam-se no final do ato sob pena de serem chamadas de “porcas”.

34 Para ilustrar isso, podemos citar o seguinte extrato, retirado da obra de Jean-Baptiste de La Salle, “*Les Règles de la bienséance et de la civilité chrétienne*”, comentado por Nobeit Elias em sua obra “O Processo Civilizatório”: “É muito contrário à decência e à propriedade tocar ou ver em outra pessoa, principalmente do sexo oposto, aquilo que os Céus proibem que você olhe em si mesmo. Quando precisar urinar, deve sempre

À luz desse momento histórico, entende-se o papel fundamental da medicina higienista da época nas suas ferozes implicações na maneira como as casas burguesas se organizavam, sobretudo quanto sua limpeza. Até então, o interior das casas estava designado às mulheres, ou seja, ao ambiente escuro, insalubre, úmido; em contraposição, aos homens estava designado o espaço público: claro, saudável, seco. Quando as mulheres começaram a ocupar as ruas, ensejou necessariamente a necessidade de se criar banheiros também para elas. Antes, os banheiros públicos eram exclusivamente masculinos, ratificando a ideia de que as mulheres sequer frequentavam o ambiente público. Criar banheiros públicos também para as mulheres significaria trazê-las para esse espaço, definitivamente; seria como convidá-las a sair de suas casas e de sua rotina privada, o que contrariava frontalmente toda a própria estrutura de violência e de dominação simbólicas.

Assim, a separação dos banheiros entre os sexos mostra-se uma herança direta do movimento higienista europeu do século XIX. Noutro prisma, ainda mais aprofundado, podemos tê-la, também, como consequência, prova e ilustração clara da manifestação da estruturação paradoxal entre os gêneros: se a dominação masculina se encarregava de manter o espaço público exclusivamente destinado aos homens, os banheiros desses espaços, naturalmente, seriam projetados de tal maneira apenas a contemplá-los; a partir do momento em que se democratiza o espaço público de modo a contemplar também as mulheres, enseja a necessidade de lhes garantir também banheiros próprios, porém distintos dos masculinos.

Destarte, evidencia-se pacífica a estipulação de que os homens devam utilizar os banheiros masculinos, e as mulheres, os femininos. Contudo, essa dicotomia homem/masculino e mulher/feminino não se conservaria imutável ao longo do tempo. A grande questão sobre o uso de banheiros por mulheres transgênero, nesse sentido, desperta a partir de uma discussão mais profunda e mais controversa do que essa. Contemporaneamente,

retirar-se para um local não frequentado. E é correto (mesmo no caso de crianças) cumprir outras funções naturais em locais onde não possam ser vistas." (LA SALLE apud ELIAS, 1994, p. 138).

atravessa-se uma onda massiva de ressignificações de conceitos e ideários tidos, há muito, como naturalizados. Assim, a discussão sobre os banheiros em si encontra-se permeada pela discussão do que se entende pelo conceito de “mulher” e quem ele pretende abarcar especificamente.

2.2.2 Performance de feminilidade: ser mulher como ser percebido pelo outro.

A discussão que orbita a definição do que se entende por “mulher” é, hoje, uma das problemáticas que mais se encontra em pauta tanto nos movimentos feministas quanto no movimento LGBTQ+. O objetivo do presente artigo não é se debruçar especificamente sobre esse tema e sobre essa discussão teórica; aqui, tendo em vista os paradigmas jurídicos que têm se estabelecido de modo a garantir e promover a dignidade de todos, buscar-se-á extrair as problemáticas dessa definição na esfera de debate sobre indivíduos que, independentemente de seu sexo, se percebem e se expõem perante a sociedade como contemplados pelo polo passivo do paradoxo sexual fundamental que fora tomado como marco teórico.

Para a sociedade como um todo³⁵, “ser mulher” se resume, basicamente, a dois elementos: ter uma vagina e “se comportar/ parecer mulher”. Isso significa que, genericamente, para um sujeito poder gozar de reconhecimento social e de aprovação geral dele enquanto mulher, ele deve reunir em si o órgão sexual humano que se refere à feminilidade, invariavelmente, junto da ornamentação clássica do polo passivo, ou seja, daquilo que se entende por “feminino”. Em síntese: o indivíduo deve conjugar em si o sexo feminino e o gênero feminino.

Quando se pede a alguém que caracterize uma mulher, certamente o sujeito descreverá, em maior ou menor quantidade de detalhes: “cabelos longos, estatura média ou baixa, corpo coberto com roupas claras, talvez os pés apoiados num salto, com um

³⁵ Aqui é importante que se deixe claro que não se trata de ignorância ou de preconceitos, mas sim, na maioria das vezes, de uma concepção de mundo fixada a partir da estrutura sexual positivada nos corpos e nas mentes humanas, social e imperceptivelmente, de modo a ratificar o paradoxo sexual fundamental.

rosto sem traços muito fortes e marcantes, geralmente coberto por maquiagem e acompanhado de um par de brincos nas orelhas, anéis nos dedos, pulseiras nos punhos etc”. À apropriação desse conjunto de características internalizadas nos indivíduos por meio do próprio papel da dominação masculina e da divisão social e às quais se associam os ideais de feminilidade, a essa ornamentação clássica que é associada ao polo passivo do paradoxo sexual fundamental dá-se o nome de “performance de feminilidade”. Performar feminilidade significa, em síntese, expressar-se estética e habitualmente de acordo com o modelo idealizado a que se associa o conceito de “feminino”.

Diante disso, conclui-se que, para a sociedade em geral, legitimar um indivíduo enquanto mulher passa, além de julgar sua genitália, por validar ou não a maneira como ele está se expressando perante si próprio e perante a sociedade em que está inserido.

Bourdieu defende a tese de “ser feminino como ser-percebido”. Para o autor, a relação do sujeito com o próprio corpo depende de uma representação subjetiva (*seelf-steem* do sujeito) e de uma representação objetiva (*feedback* enviado pelos outros)³⁶. Nesse sentido, explicita-se que, no imaginário do senso comum, para que o indivíduo seja reconhecido e legitimado enquanto mulher, ele deve invariavelmente performar feminilidade. A grande problemática dessa questão é: tal concepção é cisnormativa, como haveria de ser em virtude do modo como as disposições de gênero naturalizaram o paradigma “mulher-vagina” e “homem-pênis”. A partir do momento em que se estabelece que os sujeitos que nascerem com vagina devem ter “cabelos longos, estatura média ou baixa, corpo coberto com roupas claras, talvez os pés apoiados num salto, com um rosto sem traços muito fortes e marcantes, geralmente coberto por maquiagem e acompanhado de um par de brincos nas orelhas, anéis nos dedos, pulseiras

36 O autor destaca, ainda, que não é somente isso. Ainda segundo ele: “O corpo percebido é duplamente determinado socialmente. Por um lado, ele é (...) um produto social, que depende de suas condições sociais de produção, através de diversas mediações, tais como as condições de trabalho (...) e os hábitos alimentares (...). Por outro lado, essas propriedades corporais são aprendidas através de esquemas de percepção cujo uso nos atos de avaliação depende da posição ocupada no espaço social”. (BOURDIEU, 2012[1998], p. 80).

nos punhos etc”, invisibiliza-se outras tantas possibilidades que podem despontar dos anseios de tantos outros sujeitos.³⁷

Nessa esteira, ressalta-se um dos eixos centrais deste artigo, que pode ser extraído a partir da reflexão sobre as seguintes indagações: apropriar-se de símbolos tidos como “femininos” e ornamentar-se de acordo com tal estereótipo é uma condicionante justa e teoricamente eficaz para determinar, portanto, quem é uma mulher? Não se estaria reforçando os padrões estético-comportamentais impostos pela dominação masculina quando os moldes tidos como “femininos” fossem legitimados como fonte de validação de feminilidade?

Como já exposto, há indivíduos que transgridem o paradoxo sexual fundamental ao distanciarem-se das categorias estigmatizantes dos gêneros impostos em virtude do sexo. Além disso, há aqueles que se distanciam, também, do seu próprio sexo, ou seja, da genitália biológica. Essas distanciamentos se devem em razão dos mais variados motivos, cabendo à psicologia aprofundar-se nesse quesito. À comunidade jurídica interessa a compreensão de como os direitos dos “novos sujeitos de direitos” devem ser efetivamente tutelados.

Num primeiro prisma, já que novas possibilidades de ressignificações dos próprios sexos e dos gêneros vêm constantemente emergindo, deve-se trazer à luz a composição dos corpos

³⁷ Aqui é importante que se suscite um ponto o qual não será exposto mais adiante de forma tão cautelosa, necessária e detalhada. A partir da definição que fora estabelecida acima, lança-se mão de enfatizar que as problemáticas sobre “ser mulher” não se resumem às pessoas transgênero. Há casos de mulheres cisgênero cuja percepção de si enquanto sujeito desvincula-se dos padrões estético-comportamentais que se espera de sua performance. Nesse sentido, mulheres cisgênero cujas características sejam dissociadas das redigidas e exemplificadas acima serão chamadas de “masculinas”, “esquisitas”, “desleixadas”, “porcas”, “estranhas” etc. Além disso, é de suma importância destacar que a sexualidade dessas mulheres também será posta à prova. À medida que se estabeleceu que o paradigma “mulher-vagina” e “homem-pênis” fosse complementado pela palavra “heterossexual”, inseriu-se nas discussões de gênero e sexo a sexualidade, exigindo que os indivíduos não somente se comportassem como se esperava que se comportassem em virtude da genitália, mas que, ainda, se relacionassem amorosa e sexualmente com o sexo/gênero oposto àqueles aos quais pertenciam. A sexualidade é entendida como a manifestação sexual do sujeito; isto é, o modo como ele se relaciona com outros sujeitos de sua comunidade. Ela nada tem a ver com o gênero do sujeito nem com o seu sexo. São institutos completamente dissociados no que se refere à sua manifestação no indivíduo em si. Contudo, muito se confunde os três, associando-os intrinsecamente muito em virtude da visão cis-hetero-normativa na qual nossa sociedade se inscreveu. A título de esclarecimento e de ilustração, cite-se, aqui, um exemplo de mulher trans, ressaltando sua respectiva sexualidade. Duda Salabert é uma professora mineira e primeira pessoa transexual a se candidatar ao Senado Federal; casada com uma mulher e mãe de uma filha – nota-se como o gênero de Duda nada tem a ver com sua orientação sexual (mulher trans lésbica).

femininos através de sujeitos que não foram socialmente designados para tal processo. Nesse sentido, Bourdieu explicitou que:

O trabalho de construção simbólica [do gênero] não se reduz a uma operação estritamente performativa de nomeação que oriente e estructure as representações. (...) Ele se completa e se realiza numa transformação profunda e duradoura dos corpos (e dos cérebros), (...) e tende a excluir do universo do pensável e do factível tudo que caracteriza pertencer ao outro gênero.

(BOURDIEU, 2012[1998], p. 32).

Isso significa que os sujeitos que se identificam com o gênero feminino, mas que não foram biológica e socialmente designados para ele, dependem de um trabalho duplo para assumir a identidade social feminina: performar os padrões e as representações femininas, e afastar-se de todas as maneiras do universo do gênero masculino. Contudo, isso não significa que haja uma espécie de “transgênero ideal”. O que Bourdieu tenta explicitar é que não basta uma “reforma externa” do indivíduo; há uma psicologia interna e subjetiva que se distancia dos símbolos masculinos. Assim, por mais que os gêneros sejam objetivamente designados aos sujeitos desde o momento da descoberta de seus sexos biológicos, é subjetivo do indivíduo perceber-se enquanto “homem” ou enquanto “mulher”, desvinculando-se ou não daquela performance social que lhe fora designada.

“Ser homem”, socialmente, implica necessariamente num “dever ser”. Assim, a “honra” se estabelece como uma “força superior” que dirige os pensamentos e as atitudes do homem sem obrigá-lo automaticamente e sem se impor como regra racional, mas afirmando a virilidade como dogma central da performance de masculinidade. A virilidade tem por princípio o medo de qualquer associação ao feminino. Ela é uma carga que, por sua vez, impõe ao homem o “dever ser” de afirmar, perante outros homens, em toda e qualquer circunstância, sua masculinidade, associada, diretamente, à força, à bruteza, e nunca à fraqueza e à

fragilidade, sob pena de remissão pelo grupo às categorias tipicamente femininas dos “fracos”, dos “delicados” dos “mulherzinhas”, dos “veados” (BOURDIEU, 2012[1998], p. 66).³⁸

As mulheres transgênero são aquelas mulheres que, nascendo com o sexo biológico “macho” e, em função do paradoxo sexual fundamental, tendo sido designadas ao gênero masculino e a esse “dever ser” narrado, não se sentindo como pertencentes à performance masculina e à sua categorização, transgridem o polo ativo e “tornam-se mulheres”³⁹.

Nesse cenário, as cortes constitucionais têm sido constantemente postas à prova pelos “novos sujeitos de direitos”. As mulheres transgênero têm se organizado perante o Estado de forma a reivindicar sua dignidade e seus direitos enquanto cidadãs. É nesse contexto que a reinvidicação pela possibilidade de uso dos banheiros femininos se insere.

2.2.2.1 A gradação de performance de feminilidade: parâmetro para uso de banheiros femininos?

Se os banheiros são divididos entre “homens” e “mulheres”, deve-se identificar o parâmetro que se adota como filtro para segregar a entrada nesses espaços. Hoje, entendemos que esse parâmetro é a aproximação do sujeito em si dos padrões comportamentais e estéticos que se espera de cada um dos respectivos gêneros. Logo, quanto mais distante desse padrão o sujeito estiver, menos legítimo ele será considerado para utilizar o banheiro determinado a seu gênero. Em outras palavras, nos casos das mulheres, é como se o critério objetivo para permitir ou negar a uma mulher o uso de um banheiro em função do seu gênero seja exclusivamente o quão próxima ela está do padrão que se exige de uma mulher (tradicionalmente instituído a partir

³⁸ É por isso que transgredir o polo ativo é tão difícil. A associação dos homens a qualquer símbolo estabelecido como feminino corrói, em certa medida, a “dignidade” do sujeito, no olhar dos outros homens.

³⁹ Nota-se que a expressão “tornar-se mulher” encontra-se, taxativamente, entre aspas. Isso porque ela não é empregada num sentido literário ou metafórico, ou até mesmo dramático, como ocorre por exemplo na tese de Simone de Beauvoir “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”. Aqui, a expressão quer dizer apropriar-se dos símbolos característicos do polo passivo do paradoxo sexual fundamental e/ou do sexo feminino de modo que tal sujeito inserido nesse processo assuma no seio da sociedade, legitimamente, a figura do que essa própria sociedade entende por “mulher”.

do padrão de uma mulher cisgênero-hetero-normativa). Assim, estabelece-se uma espécie de “escala de gradação” do que se considera “feminino” para legitimar o uso dos banheiros femininos pelas mulheres.

É justamente a consagração dessa escala como critério objetivo que tem justificado tantos casos de expulsão de mulheres transgênero de banheiros femininos. Exige-se que o sujeito tenha um padrão comportamental específico e uma ornamentação tal qual para que não seja constrangido e retirado do banheiro. Limita-se o “ser mulher” ao tom de voz, à roupa e aos trejeitos do sujeito⁴⁰.

Contudo, em se tratando de uma mulher cisgênero, entra em cheque a questão da genitália: para muitos, bastava que a mulher trans realizasse a cirurgia de transgenitalização para utilizar o banheiro feminino. Ora, se assim se argumenta, novamente ratifica-se a tese que tanto se relutou para afastar até aqui de que o sexo biológico não define a forma como o indivíduo opta por se expressar na sociedade no tocante a seu gênero.

Além disso, nos casos das mulheres transgênero cuja genitália é a referente ao sexo masculino, a situação se complica: são essas mulheres trans rebaixadas às adjetivações pejorativas, como “traveco”, tendo sua identidade social de mulher totalmente diminuída e, quando não, retirada por pessoas cisgênero. Fora tal como se sucedeu a humilhação dos seguranças do shopping Beiramar no caso de Ama.

Exposto isso, entendemos que a referida “escala de gradação de performance de feminilidade” é, no mínimo, simplista demais para atender aos “novos sujeitos de direitos”, além de ter padrões valorativos. Ademais, a simples verificação da genitália feminina também como critério objetivo legitimaria a violação da

⁴⁰ Tal fato é, inclusive, precipitadamente verificado nos autos processuais da própria defesa de Ama, no caso do RE 845.779. Em uma das justificativas da autora para que ela fosse possibilitada de usar o banheiro, sua defesa argumentou: “A fisionomia, timbre vocal, a postura etc, evidenciam a sua aparência feminina [da autora]” (STJ, 2013, fl. 100) (Vide fl. 94 e-AREsp 405509/SC com a foto de Ama). Por mais que se trate de uma tentativa da defesa de comprovar que, sendo a performance de feminilidade o critério para adentrar o banheiro a autora deveria ter podido fazê-lo, a utilização desse argumento fomenta a tese de que somente mulheres transgênero – e cisgênero também – que se ornamentem com adereços e símbolos tidos socialmente como femininos podem entrar no banheiro. A partir desse argumento, nega-se a dignidade e os direitos das mulheres trans que não necessariamente “usam vestidos, cabelos longos, acessórios e maquiagens”. Ademais, renega-os, ainda, às próprias mulheres cisgênero que não o fazem.

dignidade, da honra e da privacidade das mulheres transgênero que não realizam a cirurgia de transgenitalização. É por isso que urge tanto uma resposta do Judiciário sobre como resolver essa questão a fim de evitar que esse conflito se transforme em mais e mais lides, sem respostas unificadas.

2.2.3 Afinal, banheiros são espaços públicos ou privados?

Definir se uma mulher transgênero pode ou não pode utilizar um banheiro feminino enseja necessariamente em discutir se banheiros são espaço público ou espaço privado. Sendo espaço público, não é cabível qualquer tipo de restrição quanto ao seu acesso. Por outro lado, sendo privado, cabe à entidade que o gerencia determinar as regras para a utilização. Em verdade, acertou o shopping Beiramar, recorrido do Recurso Extraordinário 845.779, ao dizer em seu Recurso de Apelação que “não há no ordenamento pátrio, qualquer norma que discipline sobre a utilização de sanitários” (STJ, 2013, fl. 130). Apesar de o ordenamento jurídico não disciplinar sobre o assunto, ele disciplina que as regras internas de um estabelecimento não podem violar a legislação positiva do ordenamento jurídico nacional⁴¹. Portanto, nesse sentido, entende-se que as regras de utilização ou não de banheiros não podem violar a honra, a imagem, a privacidade e, acima de tudo, a dignidade humana, por serem esses institutos jurídicos os ditames legais que o próprio apelado evidenciou no RE 845.779.

Assim, como evidenciou o STF, “constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta socialmente”. Assim, resta infundada a alegação do shopping de que “não configura ato ilícito impedir uma mulher transgênero de utilizar o banheiro feminino”.

É importante destacar que há divergência jurisprudencial sobre a licitude de vedar a utilização de banheiros⁴². No REsp

⁴¹ Como bem salientou o apelado no mesmo documento anteriormente citado, “o Beiramar Shopping [é] um empreendimento privado, de forma que a sua administração cabe disciplinar a utilização de suas dependências, respeitando os ditames legais” (STJ, 2013, fl. 130).

⁴² Como destacou a recorrente, o Acórdão de Relatoria do Des. Luís Francisco Aguillar Cortez, da Nona Câmara de Direito Privado do TJSP, reconheceu o dever de um Shopping Center de indenizar por furto

279273/SP, que versa sobre a trágica explosão no shopping de Osasco-SP, a min. Nancy Andrichi se pronunciou favoravelmente à equiparação dos transeuntes de shoppings centers a consumidores, ainda que não haja a intenção de comprar bens, nos termos dos arts. 2º e 17 do CDC. Assim, deve haver uma associação direta à feliz tese da defesa da autora, que destaca que:

O mero impedimento à utilização do banheiro é passível de gerar o dever de indenizar, porquanto de tratar de um serviço, em que todo e qualquer transeunte espera poder fazer normalmente o uso deste, uma vez que se encontra disponível à coletividade.

(STJ, 2013, fl. 259)

Além desse ponto, estabelecer a natureza pública ou privada dos banheiros importa para estabelecer os limites entre a privacidade das mulheres transgênero e das mulheres cisgênero num mesmo banheiro. O estabelecimento apelado alegou que “não se pode impor às mulheres que utilize [sic] o toailete feminino, uma vez que seu gênero é masculino na concepção biológica e certamente [isso] causará constrangimento no local” (STJ, 2013, fl. 111). Em suma, defende que o simples fato de haver uma genitália masculina no banheiro feminino seria potencialmente constrangedor para as mulheres cisgênero; entretanto não explica como e em que medida isso aconteceria. Válido lembrar que os banheiros femininos são separados por cabines individuais, nas quais, privadamente, cada sujeito se alivia sozinho, isolado dos demais – diferentemente dos mictórios dos banheiros masculinos. Nesse sentido, proferiu o juiz de primeira instância do caso: “Inconsistente o argumento trazido pelo demandado, eis que lavabos localizados dentro do banheiro feminino são individuais e fechados”. Se sequer a genitália das mulheres transgênero pode ser vista nos lavabos dos banheiros femininos, como elas poderiam constranger as mulheres cisgênero? Há outro ar-

sofrido dentro do referido estabelecimento. Destaca-se o fato de aplicabilidade de indenizar mesmo se tratando de serviço gratuito (como no caso dos banheiros, por analogia)

gumento para justificar o absurdo de negar às mulheres transgênero a possibilidade de elas utilizarem os banheiros femininos que não a transfobia velada?

2.2.3.1 Por que mulheres transgênero incomodam tanto em banheiros femininos.

O modo como as mulheres cisgênero lidam com as mulheres transgênero quando compartilhado o espaço do banheiro reflete naturalmente o modo como as relações entre pessoas cisgênero e transgênero se dá na própria sociedade. Se é fato que o mundo tem avançado significativamente no que se refere às discussões de ressignificação dos padrões de gênero, de sexo e de sexualidade, é fato também que forças conservadoras se reorganizem de modo a tentar restabelecer o paradoxo sexual fundamental e, assim, os limites para quem nasce com um pênis e para quem nasce com uma vagina.

No Brasil, despontam ao mesmo tempo os movimentos sociais progressistas e identitários, bem como as forças conservadoras de estruturas arcaicas e pouco flexíveis. Essas duas forças postas em uma mesma sociedade inevitavelmente acarretam num debate aguçado entre suas visões de mundo. Como o Brasil se estruturou, a partir daqueles três prismas pontuados no ponto 3.1.3⁴³, entende-se que as mulheres trans serão necessariamente marginalizadas. Elas transgridem as estruturas familiares ao inverter a lógica representativa de “pai” a “mãe”; elas vão contra os valores e as representações instituídas culturalmente pelo cristianismo segundo o qual “deus criou o homem e a mulher”, os quais legitimam argumentos criacionistas que carecem de análises sociológicas, como “Se deus o criou homem, você não pode se sentir mulher, pois, fazendo-o, estaria admitindo que deus errou na sua criação, e deus jamais erra”; e, por fim, elas, no ambiente escolar, não se enquadram ao processo de socialização que se espera delas enquanto “meninos”, fazendo com que as demais

43 Quais sejam: as representações familiares segundo a qual a divisão sexual do trabalho designa às mulheres as tarefas domésticas e aos homens as atividades públicas; as referências culturais de uma moral cristã, hetero-cis-normativa patriarcal e as instituições escolares, as quais contribuem para traçar não só os destinos sociais dos sujeitos como modos de pensar.

crianças, baseadas no modo de pensar culturalmente instituído o qual já pontuamos, excluam-nas dos ciclos de convívio por pura e simples “aversão” àquela “anomalia” do que se entende por natural segundo os ditames de gênero.

Nesse cenário, muitos argumentam que às mulheres transgênero estaria renegado o direito a utilizar o banheiro feminino em função da “segurança” das mulheres cisgênero. Essa falácia nada mais é que um argumento transfóbico revestido de certa solenidade para mascarar um preconceito latente em relação às mulheres transgênero: a associação delas à figura masculinizada da “travesti predadora”. Esse estigma está muito mais associado às mulheres transgênero que não realizaram a cirurgia de transgenitalização. Argumentam pessoas cisgênero no sentido de estigmatizar as mulheres transgênero que não realizaram a cirurgia como seres “agressivos”, “predatórios”, “de baixo nível” e “ligados à perversidade sexual”. Essa estigmatização logo emerge em argumentos do tipo: “Eu não gostaria que minha filha estivesse num banheiro com um homem [sic] com pênis”, de modo a associar as referidas mulheres a comportamentos masculinos típicos das disposições do polo ativo dos gêneros e que ratificam a dominação masculina nos próprios homens cisgênero.

Falar em segurança nos banheiros femininos não é falar de violência contra as mulheres cisgênero. Muito pelo contrário. Falar sobre isso é falar em violações de direitos das mulheres transgênero que, se não são moralmente violentadas ao fazer uso de um banheiro feminino, são fisicamente retiradas ou escaçadas à força. Não há dados ou levantamentos sobre atos discriminatórios ou de violações sexuais de mulheres transgênero a mulheres cisgênero. Em compensação, todos os dias há manchetes de jornais que mostram atos transfóbicos e violação de direitos da população transgênero em banheiros femininos. Em 8/8/2012, foi Ama; em 26/12/2015, foi Hanna (NASSER, 2020); em 24/08/2019, foi Danielle (MARTINS, 2020); e em 4/01/2020, foi Lanna (BARDELLA, 2020). Esses casos são apenas alguns exemplos retirados de uma rápida pesquisa sobre o assunto em um site online de buscas. Segundo pesquisa publicada pela re-

vista “Gênero e Número”, realizada a partir de dados do Ministério da Saúde, 11 pessoas trans são agredidas por dia no Brasil (SILVA, V., 2020). Esses sim são fatos e dados os quais não se pode ignorar.

Caso o STF decida por impedir que mulheres transgênero utilizem banheiros femininos, desencadear-se-ão uma série de reações para essas cidadãs brasileiras que, em verdade, potencialmente põem em risco direitos e garantias desses “novos sujeitos de direitos”. Objetiva e categoricamente, depreende-se, a partir de uma cadeia lógica de reflexão consequencial, que se o ordenamento jurídico negar que mulheres transgênero utilizem o banheiro feminino, elas terão de utilizar o masculino. Utilizando o banheiro masculino, oras, estariam essas mulheres expostas não somente às arbitrariedades do machismo, mas também à da transfobia. Destaca-se, nesse sentido, o que aconteceria caso uma mulher trans, que performe feminilidade em sua máxima potência, fosse coagida pelo ordenamento a entrar num banheiro masculino. Já no ato de adentrar o recinto, subjetivamente, aquela mulher teria sua honra violada, pois não há como se respeitar a honra de um indivíduo se não se respeita a imagem através da qual ele se apresenta. Ademais, o Estado estaria rebaixando aquele sujeito a uma categoria inferior à de “mulher legítima” – essa categoria a qual se restringiria a mulheres cisgênero que performam feminilidade – e retirando-a sua autonomia de exercer seus direitos como tal, violando, assim, sua dignidade humana. Estar-se-ia ratificando que elas não são “tão mulheres quanto as mulheres cis” e, mais ainda, validar-se-ia que os banheiros sejam separados por sexo, e não por gênero. Nesse sentido ainda, deve-se antecipar como essa mulher seria recepcionada pelos homens cisgênero nesses banheiros. Piadas morais, ofensas pessoais, violência física, violações e estupro são, corriqueiramente, elementos que acompanham as manchetes de jornais em se tratando da população transgênero feminina nas próprias ruas; imagine-se, assim, como seriam em banheiros (esses os quais, apesar de serem públicos, são delimitados por paredes as quais cercam homens num ambiente na qual a virilidade se aflora e a

performance de masculinidade se aguça, pois deve ser legitimada pelo “bando” de outros homens que ali se encontram).

Em contrapartida, caso a Suprema Corte decida por legalizar e, assim, legitimar que mulheres transgênero utilizem banheiros femininos, estar-se-ia, à luz de tudo o que fora suscitado ao longo do ponto 3 do artigo, diante de uma efetivação direta dos direitos fundamentais e civis daquelas mulheres. Isso porque se tornaria ilegal constranger os “novos sujeitos de direitos”, de modo a violar suas respectivas dignidades humanas. Num primeiro momento, se reconheceria, definitivamente, que para o Estado brasileiro mulheres transgênero são “tão mulheres quanto” mulheres cisgênero⁴⁴. Além disso, às mulheres cisgênero não haverá nenhum prejuízo, uma vez que, como já fora apontado, as cabines femininas são individuais, nada interferindo na ordem das coisas se a genitália da mulher que ali está corresponde ou não corresponde ao paradigma “mulher-vagina”. Nesse sentido, a performance de feminilidade não mais seria o critério objetivo para legitimar ou não o uso dos banheiros femininos pelas mulheres transgênero.

2.2.3.2 Porque a criação de um terceiro banheiro não é válida.

Poder-se-ia supor válida a ideia de se criar um terceiro banheiro. Ela, pelo mesmo motivo elencado anteriormente, mostra-se uma proposta fraca. Se esse terceiro banheiro fosse dirigido às pessoas transgênero, estar-se-ia, novamente, negando às pessoas trans a possibilidade de serem reconhecidas enquanto mulheres/homens perante a sociedade, sendo renegadas, simplesmente, ao prefixo “trans” e, conseqüentemente, a uma “terceira categoria de gêneros”, que não gozaria de reconhecimento e de status tal qual “feminino” e “masculino”, sendo os banheiros, portanto, divididos entre “pessoas cis” e “pessoas trans”. Por outro lado, se o terceiro banheiro fosse um banheiro que se pretendesse “neutro”, no qual entraria qualquer pessoa, estaríamos validando que mulheres cis não entrassem em banheiros femininos “por medo

44 A intimidade de um indivíduo em sua máxima manifestação pode se associar a sua liberdade de se expressar como se sente à vontade e de se expressar em sua mais perfeita forma no uso íntimo de um banheiro.

de encontrarem uma mulher transgênero lá dentro”. Isso também não parece aceitável.

3. POSICIONAMENTO DO STF: A FORÇA DA ADI 4.275 E DA RESOLUÇÃO 73/2018 DO CNJ.

Diante dos embates apresentados e da evidente necessidade de uma resposta por parte do Judiciário para a problemática em questão, o STF deverá, assumindo seu papel decisivo de guardião da Constituição Federal, admitir o RE 845.779 ou negá-lo. Ou seja, ou o STF permitirá que mulheres transgênero acessem banheiros femininos, ou não permitirá. A tomada de um desses dois caminhos deve observar impreterivelmente duas forças vinculantes advindas uma da própria Suprema Corte, outra advinda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.274 e a Resolução nº 73/2018 do CNJ, respectivamente.

A ADI 4.275 é uma ação movida pela Procuradoria Geral da República (PGR) que visa, em síntese, a uma reinterpretação do art. 58 da Lei de Registros Públicos – LRP⁴⁵, o qual determina que “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Nesse sentido, argumentou a PGR que a expressão “apelidos públicos notórios” deveria ser reinterpretada de modo a contemplar também o nome social dos sujeitos transgênero, viabilizando, assim, a mudança do prenome no Registro Civil (RG) das pessoas trans, garantindo-lhes consonância entre a forma como se expressam perante a sociedade e o modo como o Estado as reconhece. Além disso, tal ADI foi a responsável por positivar que, para a mudança do nome social e do sexo no Registro Civil da pessoa transgênero, a cirurgia de transgenitalização, o tratamento hormonal ou laudos técnicos de médicos ou psiquiatras não são imprescindíveis⁴⁶.

⁴⁵ Lei nº 6.015 de 1973.

⁴⁶ Como argumentou o relator min. Marco Aurélio em seu voto: “Impossível, juridicamente, é impor a mutilação àqueles que, tão somente, buscam a plena fruição de direitos fundamentais, a integral proteção assegurada pela dignidade da pessoa humana”. No mesmo sentido, fixou como premissa de seu voto o min. Edson Fachin que “A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental”.

O raciocínio basilar para positivação de tal interpretação fixa-se sobre a seguinte tese:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer (...) dispõe do direito fundamental **subjetivo** à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil (...), independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

(BRASIL, 2018. Grifo nosso)

Determinando que a possibilidade de o indivíduo verificar uma disfunção entre seu gênero instituído pela sua genitália e aquele gênero com o qual ele realmente se identifica garante ao sujeito a possibilidade de mudar seus documentos oficiais, o STF positivou que o gênero dos cidadãos é uma construção social através da qual os sujeitos, subjetivamente, se autoidentificam com um ou com o outro dos gêneros instituídos. Nesse sentido, extraem-se dois posicionamentos fundamentais do STF frente à temática de garantia e proteção dos direitos das pessoas transgênero que servem como premissa para orientar o RE 845.779: repeliu-se a tese de que o gênero é eterno e imutável e, acima de tudo, objetivamente fixado a partir do sexo biológico dos cidadãos; e, além disso, consagrou apenas a manifestação de vontade do sujeito transgênero como condição para a alteração dos dados (nome e sexo)⁴⁷.

A segunda força vinculante que deve orientar a decisão do RE 845.779 trata-se, como adiantado, da Resolução nº 73/2018, do CNJ. Essa resolução determinou, a partir do entendimento positivado pela ADI 4.275 e da nova interpretação dada ao art. 58 da LRP, as disposições procedimentais para alteração do prenome e do gênero nos assentos documentais de Registro Civil

⁴⁷ Dessa maneira, a Suprema Corte manifestou sua associação à tese socioantropológica da instituição dos gêneros – ou seja, àquela que não condiciona a identificação de um sujeito com um gênero a nenhum fator hormonal ou corporal, mas apenas à psicologia e à autonomia de vontade.

das pessoas transgênero⁴⁸. O art. 4º do documento estabelece a autonomia do requerente como critério para possibilidade de alteração dos documentos, e elenca os documentos necessários para o procedimento⁴⁹.

Ora, se a autoidentificação do indivíduo é o único critério para haver a mudança do sexo e do gênero do sujeito perante o próprio ordenamento legal brasileiro por força das próprias disposições vinculantes tanto do STF quanto do CNJ, a partir do momento em que essa mudança é realizada, a mulher transgênero passa, perante o Estado, a ser reconhecida enquanto pertencente àquele gênero com o qual se identifica. Assim, perante esse mesmo Estado, ela passa a ser tão sujeito de direitos quanto uma mulher cisgênero. Não há, assim, como negar àqueles primeiras os direitos conferidos às mulheres, cis, uma vez que essa distinção deixa de existir aos olhos do ordenamento, tornando todos os sujeitos que estão legalmente registrados como “mulheres”, apenas mulheres, sem nenhum sufixo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que não há como se adotar critérios objetivos que permitam ou não a entrada dos indivíduos em banheiros de acordo com seu gênero, haja vista que o gênero de um sujeito em si é subjetivamente apropriado por ele mesmo. Argumentou-se, ao longo de toda Parte 3 deste artigo, sobre como o paradoxo fundamental da separação dos gêneros é uma verdadeira característica estruturante das relações em sociedade; além disso, expôs-se as relações de dominação que se estabelecem a partir da vinculação desse paradoxo e de seus dois consequentes

48 É válido destacar, aqui, como é feliz o documento em, sempre, referir-se aos sujeitos trans como “transgênero”.

49 Hoje, para realizar a inclusão do nome social no CPF, basta que o sujeito preencha um formulário (<http://www.guiadareceitafederal.com.br/downloads/requerimento-inclusao-exclusao-nome-social-cpf-anexo1-norma-execucao-cocad-02-2017.pdf>) e o leve a uma unidade de atendimento da Receita Federal, juntamente com um documento de identidade original com foto. Já para solicitação da inclusão do nome social e do gênero com o qual a pessoa trans se identifica na certidão de nascimento ou de casamento, o indivíduo deve comparecer a um cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), com o RG, CPF e certidão de nascimento ou casamento (originais), dentre outros documentos previstos nos incisos do art. 4º da Resolução nº 73/2018 do CNJ, preencher um formulário, assinar uma declaração exclusiva do cartório e aguardar análise. Após aprovação, o documento oficial é emitido em até cinco dias úteis com alteração do prenome e sexo.

polos ativo e passivo, quais sejam “masculino-homem-pênis” e “feminino-mulher-pênis”. A partir deles, a relação entre o gênero socialmente construído a partir do que se considera naturalmente advindo do sexo biológico foi esmiuçada de modo a clarear o papel dos “novos sujeitos de direitos” como verdadeiros agentes transcendentais dos polos estigmatizantes citados.

Assim, o que cabe é a fixação de critérios objetivos para a permanência, e não para a entrada, das mulheres transgênero nos banheiros femininos. É a adoção dos ditos critérios a partir da previsão de conflitos em potencial que emergem se um sujeito, estranho às mulheres cisgênero, entra no banheiro feminino. Dado o apreço que nossa sociedade tem pela legalidade e pelos documentos oficiais, bem como o momento em que a mulher transgênero surge enquanto tal para o próprio Estado, os documentos com nome social feminino e a alteração desse dado e do sexo do sujeito, independentemente de cirurgia de transgenitalização, em suas certidões, comporiam os parâmetros capazes de assegurar às mulheres trans a legitimidade e, mais do que isso, a legalidade de frequentarem banheiros femininos. Assim, a partir do momento em que essa mulher trans é reconhecida pelo próprio Estado como mulher, ela ganha indiscutivelmente o direito de todas as mulheres de utilizarem um banheiro feminino⁵⁰. Se houver constrangimento na abordagem dessas mulheres nessa situação ou em qualquer outra situação similar, o ordenamento jurídico já assume para si a forma clássica de indenizar isso na figura dos “danos morais”. A questão passaria a ser de outra ordem e natureza; às mulheres trans, o direito de utilizar um banheiro feminino estaria finalmente assegurado. Assim, seguindo a máxima do brocardo jurídico *in eo quod plus est semper inest et minus*, ou seja, “quem pode o mais pode o menos”, é natural que se deduza, objetiva e racionalmente, que, se há a possibilidade de “se fazer o mais”, ou seja, de se alterar em to-

50 Importante citar, aqui, a fl. 34 do processo da AREsp 405509/SC. Nela, a defesa do shopping Beiramar, para legitimar a retirada de Ama do banheiro feminino, argumenta que “pois sendo o autor do sexo masculino, é forçoso reconhecer [que o] sanitário a ser utilizado por ele deve ser o destinado aos homens e não o das mulheres” porque “a Carteira de Identidade (...) dá conta de que não houve alteração do registro civil do autor para constar nome feminino”.

dos os documentos oficiais do Estado brasileiro o nome e o sexo do indivíduo, seria no mínimo controverso não permitir que “se faça o menos”, ou seja, que a mulher trans utilize o banheiro determinado ao gênero feminino.

REFERÊNCIAS

BAGAGLI, Beatriz Pagliarini. A diferença trans no gênero para além da patologização. **Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades**. Publicação periódica vinculada ao Grupo de Pesquisa CUS, da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador, n. 5, v. 1, maio-out.2016.

BARDELLA, Ana. Impedida de usar banheiro, mulher trans denuncia shopping de Maceió. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/04/impedida-de-usar-banheiro-mulher-trans-denuncia-shopping-de-maceio.htm>. Acesso em 23/01/2020.

BARROSO, Luis Roberto, STF. TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. Recurso Extraordinário 845.779. Manifestação da existência de Repercussão Geral. Recorrente André dos Santos Fialho, recorrido Beiramar Shopping. Relator min. Luís Roberto Barroso, 13 de novembro de 2014.

BOURDIEU, Pierre [1998]. **A dominação masculina**, Bertrand Brasil, 11^a edição, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 8.727, de 28 de abril de 2016. Institui o nome social para pessoas trans na administração pública.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

FREITAS, Cláudia Regina Miranda de. O cárcere feminino: do surgimento às recentes modificações introduzidas pela lei de execução penal. **Revista Fac Arnaldo Janssen Direito**. 2014;4(4):125-45.

GREENAWAY, Peter. Ladies and Gents: Public Toilets and Gender. Edited by Olga Gershenson and Barbara Penner, **Temple University Press**, 2009. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ct-t14btdn9. Acessado em 2001/2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, 2012.

STJ. RECURSO ESPECIAL : AREsp 405509/SC. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Agravante: André Dos Santos Fialho. Agravado: BEIRAMAR EMPRESA DE SHOPPING CENTER LTDA. Autuado em 19/09/2013.

LA SALLE apud ELIAS. **O Processo Civilizatório**, 1994

MARTINS, Felipe. Mulher trans é impedida de usar banheiro feminino por policiais. 2019. Disponível em: <https://riogaylife.com.br/mulher-trans-e-impedida-de-usar-banheiro-feminino-por-policiais/>. Acesso em 23/01/2020.

NASSER, Júlio. Transexual diz que está sem chão após ser impedida de usar banheiro feminino. 2015. Disponível em: <https://www.dm.jor.br/cotidiano/2015/12/transexual-diz-que-esta-sem-chao-apos-ser-impedida-de-usar-banheiro-feminino/>. Acesso em 23/01/2020.

SILVA, B. B., & CERQUEIRA-SANTOS, E. (2014). Apoio e suporte social na identidade social de travestis, transexuais e transgêneros. **Revista da SPAGESP**, 15(2), 27-44, 2014.

SILVA, Vitória Régia da. Transfobia: 11 pessoas trans são agredidas a cada dia no Brasil. 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/transfobia-11-pessoas-trans-sao-agredidas-a-cada-dia-no-brasil-2/>. Acesso em 23/01/2020.

SIQUEIRA, D. (2014). O banheiro: um prisma para reflexões sobre relações de gênero a partir da perspectiva simmeliana. **Revista de ciências sociais – política e trabalho**, 1(40), p. 358. Recuperado de <https://periodicos.ufpb.br/index.php/politicaetrabalho/article/view/13426>.

STF, AI-AgR n. 587.991/RS, rel. Min. Carlos Britto, j. 15/9/2006

SUIAMA, Sérgio Gardenghi. Um modelo autodeterminativo para o direito de transgênero. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 11 – n. 37, p. 101-139 – Edição Especial 2012.

VIANA, Fabrício. Segundo relatório TGEU, Brasil segue no 1º lugar do ranking do assassinato de transexuais. 2018. Disponível em: <http://paradsp.org.br/segundo-relatorio-tgeu-brasil-segue-no-1o-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais/>. Acesso em 01/02/2020.

O Princípio da Imutabilidade do Nome Civil e suas Principais Flexibilizações

Luisa Chaloub

LL.M. em Direito Privado pela Charles University (CUNI) - em curso. Membro da European Law Student Association - ELSA (Praga). Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), instituição pela qual foi bolsista de iniciação científica do CNPq e obteve o Diploma Magna cum Laude.

RESUMO

O presente artigo científico aborda como se dá a evolução do nome civil e a flexibilização do princípio da imutabilidade na legislação e sobretudo na jurisprudência atual, destacando quais são os desafios enfrentados pelos aplicadores de direito nesse processo. Por meio da análise da lei, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores, buscou-se a elaboração deste trabalho, que discorre inicialmente sobre o nome civil, seu conceito e principalmente natureza jurídica para posteriormente adentrar no princípio da imutabilidade e suas possíveis flexibilizações legislativas e jurisprudenciais na sociedade contemporânea. Destaca-se quais fatores vêm sendo levados em consideração pelos tribunais superiores e também os desafios encarados por eles referentes à temática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Nome Civil. Princípio da Imutabilidade. Flexibilizações.

ABSTRACT

This academic paper analyses the evolution of the civil name and the flexibility of the principle of immutability in Brazilian legislation and, most specifically, in the existing jurisprudence, addressing the challenges currently faced by law operators. Through the analysis of the law, doctrine and jurisprudence of the higher courts, this work aims at firstly discuss the civil name, its concept and mainly its legal nature, to lay the theoretical groundwork for the further discussion of the principle of immutability and its possible legislative and jurisprudential flexibilities in contemporary society. Lastly, it then tackles the factors taken into account by the higher courts as well as the challenges faced by them when dealing with the subject.

KEYWORDS: Civil Law. Civil Name. Principle of Immutability. Flexibilities.

SUMÁRIO

Introdução. 1 O nome civil. 1.1 *Conceito e natureza jurídica*. 1.2 *Breve análise dos dispositivos sobre o nome no CC/2002*. 1.3 *Aquisição do nome*. 1.3.1 *Aquisição pelo registro de nascimento*. 1.3.2 *Aquisição do nome pela adoção*. 1.4 *Regra geral em relação ao nome adquirido: o princípio da imutabilidade do nome civil*. 2 O princípio da imutabilidade do nome e suas flexibilizações. 2.1 *Flexibilizações legais*. 2.2 *Flexibilizações da jurisprudência*. 2.2.1. *União estável*. 2.2.2. *Morte do cônjuge*. 2.2.3. *Inclusão e exclusão de sobrenomes nos diversos casos de parentesco*. 2.2.4. *O caso dos transsexuais*. 2.2.5. *Dupla cidadania*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como escopo analisar o nome civil, um de seus principais princípios aplicáveis e possíveis flexibilizações. Por meio da análise do tema, se pretende discutir e recomendar instrumentos que garantirão o exercício em sua plenitude deste que é um dos mais importantes direitos da personalidade. Serão analisados os critérios que devem ser le-

vados em conta para que, ao mesmo tempo em que seja garantida a segurança jurídica, não sejam criados óbices desarrazoados e intransponíveis para o alcance da função social desse direito.

Dotado de imensa expressão e objeto de grande evolução, sobretudo no pós-Constituição de 1988, o direito ao nome ganhou destaque recente na jurisprudência dos tribunais superiores. Será visto, portanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sobretudo no que diz respeito à flexibilização do princípio da imutabilidade relativa do nome civil.

Iniciando a análise do tema, será tratado o direito ao nome civil propriamente dito. A partir daí, diversos pontos serão enfrentados, como seu conceito, sua natureza jurídica, seu tratamento dentro do Código Civil de 2002, forma de aquisição e seus princípios nodais.

Prosseguindo, chega-se ao segundo capítulo, que abarca o princípio da imutabilidade relativa do nome civil na legislação e jurisprudência, analisando as principais possibilidades de alteração ou não. Indispensável, portanto, a análise da legislação, dos acórdãos e leitura das ementas para que o estudo seja feito de forma completa.

Dessa forma, fica claro que o presente trabalho partirá de uma análise macro para micro. Começando pelo tema do nome, para ao fim chegarmos à flexibilização de um dos seus mais destacáveis princípios, qual seja, a imutabilidade. Indispensável notar que o foco deste estudo se dá em analisar o tema e criar parâmetros baseados na legislação, doutrina e sobretudo nas inovações da jurisprudência para o aplicador do direito quando do momento de suas operações relacionadas ao exercício do direito ao nome.

1. O NOME CIVIL

1.1. Conceito e natureza jurídica

O nome pode ser conceituado pela doutrina civilista como “o sinal (elemento de identificação) que individualiza a pessoa, fazendo com que ela seja diferenciada dos demais membros da

família e da sociedade” (FILHO; GAGLIANO, 2018, p. 127). A pessoa, ao praticar os atos da vida civil, identifica-se por meio do nome que lhe foi atribuído no registro de nascimento. Desse modo, toda pessoa tem que ter, obrigatoriamente, um nome.

No mesmo sentido vai a doutrina registral, por todos Luiz Guilherme Loureiro:

O nome, juntamente com outros atributos, tem por missão assegurar a identificação e individuação das pessoas e, por isso, é como se fosse uma etiqueta colocada sobre cada um de nós. Cada indivíduo representa uma soma de direitos e de obrigações, um valor jurídico, moral, econômico e social e, por isso, é importante que tais valores apareçam como o simples enunciado do nome de seu titular, sem equívoco e sem confusão possível. (LOUREIRO, 2019, p. 213)

Dessa forma, o nome se apresenta como sinal distintivo que contribui para a identificação e individuação das pessoas, tratando-se de verdadeiro direito-dever, nesse sentido:

O nome é um elemento presente na vida de todas as pessoas, não podendo nenhuma delas se abster de seu uso. Constitui-se o nome num dos mais importantes atributos da personalidade, ao lado da capacidade e do estado civil. Tal importância passa tão despercebida pela sociedade que nem se questiona não o ter. Ninguém deixa de ter e usar o nome. (EL DEBS; JÚNIOR, 2020, p. 66)

É por meio do nome que o particular se identifica, exerce seu direito, e também é a forma como ele pode ser individualizado na sociedade, garantindo não apenas direitos próprios, mas também de terceiros e do próprio Estado.

No que tange à sua natureza jurídica, temos quatro principais teorias: teoria da propriedade, teoria negativista, teoria do estado e teoria do direito da personalidade. A primeira entende o nome como integrante do patrimônio da pessoa. Já a segunda diz que o nome não seria um direito, mas apenas uma forma de identificação. A terceira entende que o nome é um elemento do estado da pessoa natural. E, por fim, a quarta e última teoria

entende que “o nome consiste em um direito da personalidade” (TARTUCE, 2018, p. 129).

É esta última a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 ao incluir o direito ao nome dentro do capítulo que trata dos direitos da personalidade, que vão do art. 11 ao 21. Deve-se ressaltar que é tendo em vista essa natureza jurídica que o jurista deve aplicar o direito ao nome, ou seja, ele deve garantir que aquele direito exerça em sua plenitude sua função social baseada nos ditames legais que serão examinados no próximo item.

Importante aprofundar brevemente a ideia do que seriam, então, os direitos da personalidade. Para Flávio Tartuce, os direitos da personalidade podem ser definidos como “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TARTUCE, 2018, p. 129).

Ganharam notoriedade no pós-Segunda Guerra Mundial, quando, após as atrocidades cometidas pelo Regime Nazista, percebeu-se a necessidade de uma proteção mais eficiente do que seria chamado de dignidade da pessoa humana, sendo encampado pelo nosso texto constitucional no art. 1, III.

Cabe destacar, no entanto, que embora os direitos da personalidade estejam contidos dentro da dignidade da pessoa humana, esses não são sinônimos. Alguns valores são protegidos pela norma do art. 1, III da CRFB/1988, mas não pelos dispositivos do art. 11 ao 21 do CC/2002, como por exemplo a liberdade.

Além da sua proteção no capítulo concernente aos direitos da personalidade dentro do Código Civil, o direito ao nome também é protegido por diversos outros diplomas, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 18) e a Convenção dos Direitos da Criança (art. 7º).

1.2 Breve análise dos dispositivos sobre o nome no CC/2002

Antes de prosseguir na análise do tema, mostra-se indispensável o conhecimento legal, motivo pelo qual passa-se ao estudo dos dispositivos sobre o nome no Código Civil de 2002. Importante destacar que o tratamento dos direitos da personali-

dade no CC/2002 deixou a desejar em alguns sentidos. Ele trata de um rol exemplificativo e curto de direitos, deixando de lado diversos temas relevantes.

Apesar disso, mesmo tendo pouco mais de dez dispositivos sobre o tema, no que diz respeito ao direito ao nome especificamente dedicou-se em quatro dispositivos inteiros, o que demonstra importância exarada pelo legislador e motivo pelo qual passa-se à análise.

Inicialmente tratado no artigo 16 do CC/2002, houve, por parte do legislador, uma abordagem generalista, abrangendo toda a coletividade, ao dizer que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome (BRASIL, 2002)”.

O nome é direito e forma de identificação social, constitui atributo do ser humano, e por isso a todos é garantido ter um nome. O artigo 16 trata também dos termos prenome e sobrenome. O prenome seria o primeiro nome ou conhecido vulgarmente apenas como “nome”, escolhido para identificação daquele sujeito específico. Enquanto isso, o sobrenome seria o “nome da família”, a forma de identificação do grupo de pessoas que compõe aquele núcleo familiar.

Prosseguindo na análise dos dispositivos referentes ao nome no Código Civil de 2002, chegamos à tutela do direito ao nome, estampada nos artigos 17 e 18 do referido diploma, desta forma:

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. (BRASIL, 2002)

Como direito da personalidade, que é intransmissível, inalienável e indisponível, o nome não pode ser empregado para fins negativos ou comerciais sem autorização. É bem verdade que em alguns casos o nome é empregado em sátiras que tangem-

ciam uma conotação negativa, mas a ponderação entre liberdade de expressão e o direito ao nome será avaliada no caso concreto para verificação de qual deve prevalecer.

Por fim, passa-se à análise do derradeiro dispositivo sobre o nome dentro do capítulo dos direitos da personalidade do Código Civil de 2002, o artigo 19, que trata do pseudônimo. Sua redação se dá da seguinte forma: “o pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome” (TARTUCE, 2018, p. 133).

O pseudônimo pode ser conceituado como um nome fictício usado por um indivíduo como alternativa ao seu nome real. “Sempre que utilizado para fins lícitos, terá direito à mesma proteção que se dá ao nome” (GONÇALVES, 2018, p.125).

1.3 Aquisição do nome

Inicialmente, importante destacar que o que consiste em objeto de grande celeuma não é a obtenção do nome em si, e sim a sua modificação, e por esse motivo dedicaremos um capítulo inteiro para a análise desse tema.

Assim, o próximo capítulo deste artigo será inteiramente dedicado às flexibilizações do princípio da imutabilidade do nome. Mas, para que sejam entendidas as exceções, torna-se indispensável que a regra seja conhecida, motivo pelo qual encerramos o estudo dos aspectos gerais do nome no momento de sua consagração, que seria a sua aquisição pelo indivíduo.

O nome pode ser adquirido basicamente de duas formas diferentes, que são o nascimento e a adoção. Alguns autores, como Luiz Guilherme Loureiro, trabalham neste momento também com o casamento como forma de aquisição do nome, mas esta será melhor empregada quando do estudo de sua modificação, motivo pelo qual sua análise será resguardada para o capítulo a seguir.

1.3.1 Aquisição pelo registro de nascimento

O nome consiste em elemento essencial para o registro de nascimento pelo registrador, importando em verdadeira condi-

ção *sine qua non*, ou seja, não há registro sem que haja um nome. É nesse sentido o entendimento de Loureiro:

O nome é inicialmente atribuído por ocasião do nascimento. No registro de nascimento da criança deverão necessariamente constar o prenome e o sobrenome escolhidos pelos pais (art. 54, § 4.0, da Lei 6.015/1973). Caso o declarante não indique o nome completo, o registrador lançará os sobrenomes paternos adiante do prenome escolhido. No caso de registro de criança abandonada, caberá ao Juiz da Infância e da Juventude providenciar o registro e escolher o nome (art. 62 da Lei 6.015/1973). O prenome, simples ou composto, é livremente escolhido ou inventado pelos pais, podendo ter origem nacional ou estrangeira. Ao contrário do sobrenome, o prenome não indica, por si só, a origem familiar do indivíduo. Embora seja livre a escolha do nome do recém-nascido pelos pais, a lei veda a opção por prenome capaz de expor o filho ao ridículo. De acordo com o art. 55, parágrafo único, da Lei 6.015/1973, os oficiais de registro não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo seus portadores. (LOUREIRO, 2019, p. 140.)

Dessa forma, além de o nome consistir em elemento indispensável para o registro, não basta que qualquer nome seja atribuído àquela criança. É necessário, também, que esse nome não exponha ao ridículo o seu titular, pois estar-se-ia diante de um abuso do direito dos pais de escolher o nome do filho.

1.3.2 Aquisição do nome pela adoção

Por meio da adoção, também se adquire nome, anulando-se o registro anterior e sendo lavrado novo. O adotado passará a contar agora com o nome escolhido pelos seus adotantes, valendo todas as regras vistas acima no que diz respeito ao registro. Nesse sentido, segue posicionamento de Loureiro sobre o tema:

A sentença judicial conferirá ao adotado o sobrenome dos adotantes, observadas as mesmas regras acima examinadas. Além do sobrenome, os adotantes (ou adotante) poderão pedir ao juiz a alteração do prenome do adotado (art. 47, § 5.0, da Lei 8.069/1990). Nesse caso, o registro de nascimento original do adotado é cancelado, por força de mandado judicial,

e outro assento é lavrado, em que constará o novo nome escolhido pelos adotantes. (LOUREIRO, 2019, p. 145)

1.4 Regra geral em relação ao nome adquirido: o princípio da imutabilidade relativa do nome civil

Em regra, o nome é imutável. É o chamado princípio da imutabilidade relativa do nome civil. A regra da inalterabilidade relativa do nome civil estabelece que o nome, estabelecido por ocasião do nascimento ou adoção, reveste-se de definitividade, admitindo-se sua modificação, apenas excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (art. 57 da Lei nº 6.015/73), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros.

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no julgado abaixo, que entendeu que, embora seja o nome civil um direito da personalidade, por se tratar de elemento que designa o indivíduo e o identifica perante a sociedade, revela-se possível sua modificação apenas excepcionalmente. Para que haja, portanto, a retificação de registro civil, é necessário que exista uma circunstância excepcional apta a justificar a alteração do prenome, não é suficiente mero desejo do indivíduo. Dessa forma:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO PRENOME DE TATIANE PARA TATIANA. ARGUMENTO DE QUE A AUTORA É ASSIM RECONHECIDA NA SOCIEDADE, BEM COMO DE QUE HOVE ERRO NA GRAFIA DO NOME PELO OFICIAL DO CARTÓRIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, BEM COMO DE FUNDAMENTO RAZOÁVEL PARA SE AFASTAR O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO PRENOME, PREVISTO NO ART. 58 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do que proclama o art. 58 da Lei de Registros Públicos, a regra no ordenamento jurídico é a imutabilidade do prenome. Todavia, sendo o nome civil um direito da

personalidade, por se tratar de elemento que designa o indivíduo e o identifica perante a sociedade, revela-se possível, nas hipóteses previstas em lei, bem como em determinados casos admitidos pela jurisprudência, a modificação do prenome. 2. Na hipótese, analisando-se a causa de pedir da ação de retificação de registro civil, não é possível verificar nenhuma circunstância excepcional apta a justificar a alteração do prenome da recorrente, porquanto não há que se falar em erro de grafia do nome, tampouco é possível reconhecer que o mesmo cause qualquer tipo de constrangimento à autora perante a sociedade. 3. A mera alegação de que a recorrente é conhecida “popularmente” como Tatiana, e não Tatiane, desacompanhada de outros elementos, não é suficiente para afastar o princípio da imutabilidade do prenome, sob pena de se transformar a exceção em regra. 4. Recurso especial desprovido. (STJ, 2018.)

Importante destacar que tal princípio possui eficácia relativa, como seu próprio nome já leva a crer. Assim, para que o nome seja modificado, devem ser seguidos certos requisitos como, por exemplo, a segurança jurídica.

Conforme dito anteriormente neste capítulo, o nome é um direito do indivíduo, mas também um dever, pois reflete como aquela pessoa será identificada na sociedade, trazendo garantia de direitos próprios, de terceiros e do próprio Estado. Nesse sentido:

Com efeito, o direito das pessoas de garantir a sua dignidade por meio da alteração do nome deve ser ponderado frente ao princípio da imutabilidade do nome e ao princípio da segurança jurídica. Tais princípios são de ordem pública, pois é de interesse da sociedade que o nome seja definitivo, isto é, permaneça imutável, para a segurança das relações jurídicas. Entretanto, em que pese a relevância jurídica e social de tais princípios, tem-se que a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e fundamento da República Federativa do Brasil, deve prevalecer sobre todos os demais princípios, permitindo, em determinadas hipóteses, a alteração do nome da pessoa natural. (EL DEBS; JÚNIOR, 2019, p. 50)

Para evitar pretensão ilegítima ou fraudulenta, “é preciso que estejam presentes razões de utilidade e conveniência para que o nome possa ser alterado” (EL DEBS; JÚNIOR, 2019, p. 28). Dessa forma, encerra-se o presente capítulo tendo em vista essa regra geral. No próximo, dá-se início, portanto, às exceções.

2. O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE RELATIVA DO NOME E SUAS FLEXIBILIZAÇÕES

O nome como direito da personalidade possui expressão de forte relevância e que deve sempre refletir, em sua exatidão, aquele indivíduo. É por esse motivo que se permitem alterações em sua composição, para que possa se adequar em perfeição à realidade por ele representada. Sobre a importância do nome, segue posicionamento da doutrina mais respaldada:

A pessoa natural, desde seu nascimento até a morte, é dotada de personalidade. Os direitos da personalidade são atributos inerentes à própria condição da pessoa. Não há como se separar os direitos da personalidade da pessoa. Estes são o mínimo imprescindível para a pessoa natural desenvolver-se dignamente, compondo o “patrimônio mínimo” da pessoa. O nome é o primeiro direito da personalidade do ser humano. Toda pessoa o tem. Toda pessoa o titulariza. O nome está, em importância, ao lado do direito à liberdade. (EL DEBS; JÚNIOR, 2019, p. 24)

As flexibilizações, portanto, a esse princípio podem ser feitas basicamente de duas formas. Por meio das opções legislativas e por meio das disposições jurisprudenciais que passam a serem estudadas.

2.1 Flexibilizações legais

Inicia-se o estudo das flexibilizações legais ao princípio da imutabilidade relativa do nome com a que é permitida no primeiro ano após atingir a maioridade civil prevista no art. 56 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73):

Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. (BRASIL, 1973)

Essa alteração será feita mediante processo administrativo e deverá haver um requerimento, de forma pessoal ou por procuração, por parte do interessado. Não é necessário que tal formulação seja feita por meio de advogado e também não precisa ser declarado nenhum motivo (trata-se de possibilidade de troca imotivada).

É importante destacar, no entanto, que essa alteração não é desmedida, não podendo prejudicar os apelidos de família (patronímicos) e deverá ser averbada a alteração no registro de nascimento e publicada pela imprensa para que tal alteração seja dotada de publicidade, garantindo conseqüentemente a segurança jurídica da ordem pública em geral.

O segundo caso a ser analisado trata da retificação em caso de erros, hipótese prevista no art. 110 da Lei de Registros Públicos:

Art. 110. O oficial retificará o registro, a averbação ou a anotação, de ofício ou a requerimento do interessado, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador, independentemente de prévia autorização judicial ou manifestação do Ministério Público, nos casos de:

I - erros que não exijam qualquer indagação para a constatação imediata de necessidade de sua correção;

II - erro na transposição dos elementos constantes em ordens e mandados judiciais, termos ou requerimentos, bem como outros títulos a serem registrados, averbados ou anotados, e o documento utilizado para a referida averbação e/ou retificação ficará arquivado no registro no cartório;

III - inexatidão da ordem cronológica e sucessiva referente à numeração do livro, da folha, da página, do termo, bem como da data do registro;

IV - ausência de indicação do Município relativo ao nascimento ou naturalidade do registrado, nas hipóteses em que existir descrição precisa do endereço do local do nascimento;

V - elevação de Distrito a Município ou alteração de suas nomenclaturas por força de lei.

(...)

§ 5º Nos casos em que a retificação decorra de erro imputável ao oficial, por si ou por seus prepostos, não será devido pelos interessados o pagamento de selos e taxas. (BRASIL, 1973)

Importante destacar que essa é outra alteração feita mediante processo administrativo e que os erros a serem corrigidos são aqueles facilmente perceptíveis, ou seja, que não exigem qualquer indagação para a sua constatação imediata. Tais erros poderão ser corrigidos de ofício pelo Oficial no próprio cartório, mediante petição assinada pelo interessado, representante legal ou procurador.

Esses erros consistem em meras falhas materiais como, por exemplo, a grafia errada do nome de um dos pais daquela criança. Por esse motivo, o interessado não precisa de advogado nem pagará selos ou taxas, sendo também desnecessária a prévia manifestação do Ministério Público.

Como terceira hipótese de flexibilização, tem-se o acréscimo ou substituição por apelidos públicos notórios, previsto no art. 58 da Lei de Registros Públicos, que diz que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios” (BRASIL, 1973). Importante ressaltar que essa alteração deve ser feita por meio de ação judicial.

A lei de Registros Públicos traz, ainda, a possibilidade de averbação do nome abreviado, usado como firma comercial ou em atividade profissional. Tal previsão está no seu art. 57, §1º, que diz: “poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional” (BRASIL, 1973).

Outra possibilidade legal é de o enteado adotar o sobrenome do padrasto, conforme previsto no § 8º do art. 57 da LRP:

Art. 57 (...)

§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família. (BRASIL, 1973)

Ressalte-se que, nesse caso, deve haver motivo ponderável. O requerimento deverá ser feito ao juiz e averbará o nome de família do padrasto ou madrasta desde que haja a concordância expressa do padrasto ou madrasta, não havendo prejuízo aos apelidos de família do(a) enteado(a).

A Lei de Registros Públicos traz também interessante flexibilização a esse princípio que diz respeito às pessoas incluídas no programa de proteção a vítimas testemunhas, prevista no § 7º do art. 57 da LRP e no art. 9º da Lei nº 9.807/99:

Art. 57 (...)

§ 7º Quando a alteração de nome for concedida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente de colaboração com a apuração de crime, o juiz competente determinará que haja a averbação no registro de origem de menção da existência de sentença concessiva da alteração, sem a averbação do nome alterado, que somente poderá ser procedida mediante determinação posterior, que levará em consideração a cessação da coação ou ameaça que deu causa à alteração. (BRASIL, 1973)

O Código Civil de 2002, por sua vez, também traz duas possibilidades de modificação do nome da pessoa natural: pelo casamento e pela separação ou divórcio. Iniciando a análise pelo casamento, o código prevê que um cônjuge pode acrescentar o sobrenome do outro. Tanto a mulher pode adicionar o do ma-

rido, quanto o marido o da mulher. Dessa forma, consta do art. 1.565, § 1º: “qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro” (BRASIL, 2002).

Em regra, o sobrenome do marido/esposa é acrescido no momento do matrimônio, sendo essa providência requerida já no processo de habilitação para o casamento. Mas também aos cônjuges é permitido incluir ao seu nome o sobrenome do outro, ainda que após a data da celebração do casamento.

Vale ressaltar, no entanto, que esse acréscimo terá que ser feito por intermédio da ação de retificação de registros públicos, nos termos dos arts. 57 e 109 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973). Assim, não será possível a alteração pela via administrativa, mas somente em juízo, conforme dispõe o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. REGISTRO PÚBLICO. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO NOME. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE. ACRÉSCIMO DE SOBRENOME DE UM DOS CÔNJUGES POSTERIORMENTE À DATA DE CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO E DA LAVRATURA DO RESPECTIVO REGISTRO CIVIL. VIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 1.565, § 1º, do Código Civil de 2002 autoriza a inclusão do sobrenome de um dos nubentes no nome do outro, o que se dá mediante solicitação durante o processo de habilitação, e, após a celebração do casamento, com a lavratura do respectivo registro. Nessa hipótese, a alteração do nome de um ou de ambos os noivos é realizada pelo oficial de registro civil de pessoas naturais, sem a necessidade de intervenção judicial.

2. Dada a multiplicidade de circunstâncias da vida humana, a opção conferida pela legislação de inclusão do sobrenome do outro cônjuge não pode ser limitada, de forma peremptória, à data da celebração do casamento. Podem surgir situações em que a mudança se faça conveniente ou necessária em período posterior, enquanto perdura o vínculo conjugal. Nesses casos, já não poderá a alteração de nome ser procedida diretamente pelo oficial de registro de pessoas naturais, que atua sempre limitado aos termos das autorizações legais, devendo ser mo-

tivada e requerida perante o Judiciário, com o ajuizamento da ação de retificação de registro civil prevista nos arts. 57 e 109 da Lei 6.015/73. Trata-se de procedimento judicial de jurisdição voluntária, com participação obrigatória do Ministério Público. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 2013.)

No que tange à separação e ao divórcio, a regra é que o nome é mantido, salvo se a pessoa que acrescentou o sobrenome de seu cônjuge desejar retirá-lo. Assim, somente haverá a perda do sobrenome contra a vontade da pessoa que o acrescentou se preenchidos alguns requisitos, que são: pedido expresso do cônjuge que “forneceu” o sobrenome, a perda não puder causar prejuízo à identificação do cônjuge nem puder causar prejuízo à identificação dos filhos e, por fim, restar provada culpa grave por parte do cônjuge.

Tal possibilidade vem prevista no art. 1.571, § 2º do Código Civil, que diz que “dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial (BRASIL, 2002)”.

Ressalte-se que o STJ já entendeu que se a genitora, ao se divorciar, volta a usar seu nome de solteira, é possível que o registro de nascimento dos filhos seja retificado para constar na filiação o nome atual da mãe. Isso ocorre pois “é direito subjetivo da pessoa retificar seu patronímico no registro de nascimento de seus filhos após divórcio (STJ, 2015)”.

2.2 Flexibilizações da jurisprudência

A própria Lei de Registros Públicos traz uma espécie de “cláusula geral” de hipóteses de modificação do nome, desde que se dê por via judicial, com motivo declarado, por sentença, após oitiva do Ministério Público, conforme previsto no *caput* do art. 57 da referida lei:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o

registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei. (BRASIL, 1973)

O termo “posterior” presente em tal dispositivo diz respeito à possibilidade de modificação do nome “imotivada”, desde que dentro dos requisitos legais acima vistos, na janela que se dá dos 18 aos 19 anos de idade e previsto no art. 56 da Lei de Registros Públicos.

Importante destacar que trata-se de hipótese de processo judicial de jurisdição voluntária, sendo obrigatória a oitiva do Ministério Público, e o pedido será decidido pelo juiz por sentença, sendo competente o juiz a que estiver sujeito o registro e arquivando-se o mandado no Registro Civil de Pessoas Naturais.

Vista essa autorização legislativa no sentido de serem analisadas no caso concreto modificações ao nome, serão esmiuçadas agora algumas das possibilidades já autorizadas pelo Poder Judiciário. Sem pretensão de esgotar o tema, os julgados selecionados dizem respeito aos casos mais relevantes enfrentados recentemente pelos tribunais superiores.

2.2.1. União estável

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que se duas pessoas vivem em união estável, é possível incluir o patronímico de um deles no nome do outro, aplicando, por analogia, o art. 1.565, § 1º do CC, visto acima, que trata sobre o casamento. Como a união estável e o casamento são institutos semelhantes, é possível aplicar a regra de um para o outro, pois “onde impera a mesma razão, deve prevalecer a mesma decisão” (*ubiadem legis ratio ibiadem dispositio*). Dessa forma:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. ALTERAÇÃO DO ASSENTO REGISTRAL DE NASCIMENTO. INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DO COMPANHEIRO. POSSIBILIDADE.

Pedido de alteração do registro de nascimento para a adoção, pela companheira, do sobrenome de companheiro, com quem

mantém união estável há mais de 30 anos. A redação do art. 57, § 2º, da Lei 6.015/73 outorgava, nas situações de concubinato, tão somente à mulher, a possibilidade de averbação do patronímico do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, situação explicada pela indissolubilidade do casamento, então vigente. A imprestabilidade desse dispositivo legal para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para qual foi destinada a referida norma, reclama a aplicação analógica das disposições específicas do Código Civil relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos e a parêntese *ratio legis* relativa à união estável, com aquela que orientou o legislador na fixação, dentro do casamento, da possibilidade de acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges, pelo outro. Assim, possível o pleito de adoção do sobrenome dentro de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1º, do CC-02, devendo-se, contudo, em atenção às peculiaridades dessa relação familiar, ser feita sua prova documental, por instrumento público, com anuência do companheiro cujo nome será adotado. Recurso especial provido. (STJ, 2012)

Segundo decidiu o STJ, são feitas duas exigências para que a pessoa possa adotar o patronímico de seu companheiro, que são a existência de prova documental da relação, feita por instrumento público, e a anuência do companheiro cujo nome será adotado.

2.2.2. Morte do cônjuge

Embora não haja previsão legal para a retomada do nome de solteira em caso de morte do marido, o STJ se posicionou no sentido de permissão. Para a Corte, a viuvez e o divórcio são hipóteses muito parecidas e envolvem uma mesma razão de ser: a dissolução do vínculo conjugal. Logo, não há justificativa plausível para que se trate de modo diferenciado as referidas situações. Assim, o dispositivo que apenas autoriza a retomada do nome de solteiro na hipótese de divórcio deverá ser estendido também às hipóteses de dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges. Dessa forma:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE NOME DE SOLTEIRO. DIREITO AO NOME. ATRIBUTO DA PERSONALIDADE E VETOR DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RETORNO AO NOME DE SOLTEIRO APÓS O FALECIMENTO DO CÔNJUGE. POSSIBILIDADE. QUESTÃO SOCIALMENTE MENOS RELEVANTE NA ATUALIDADE. AUTONOMIA DA VONTADE E DA LIBERDADE. PROTEÇÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE DE ABALOS EMOCIONAIS, PSICOLÓGICOS OU PROFISSIONAIS. PLAUSIBILIDADE DA JUSTIFICATIVA APRESENTADA. REPARO DE DÍVIDA MORAL COM O PATRIARCA CUJO PATRONÍMICO FOI SUBSTITUÍDO POR OCASIÃO DO CASAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

1- Ação distribuída em 10/07/2012. Recurso especial interposto em 22/07/2013 e atribuídos à Relatora em 25/08/2016. 2- O propósito recursal é definir se o restabelecimento do nome de solteiro apenas é admissível na hipótese de dissolução do vínculo conjugal por divórcio ou se também seria admissível o restabelecimento na hipótese de dissolução do vínculo conjugal pelo falecimento do cônjuge. 3- O direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à propriedade identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade. 4- Impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria em grave violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis. 5- Na hipótese, a justificativa apresentada pela parte - reparação de uma dívida moral com o genitor, que foi contrário à assunção do patronímico do cônjuge, e com isso atingir a sua paz interior - é mais do que suficiente para autorizar a retomada

do nome de solteiro pelo cônjuge sobrevivente. 6- Não se conhece do recurso especial interposto ao fundamento de dissídio jurisprudencial se ausente o cotejo analítico dos julgados supostamente divergentes. 7- Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (STJ, 2018.)

Para a Ministra Relatora Nancy Andrighi, impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria em grave violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis.

2.2.3. Inclusão e exclusão de sobrenomes nos diversos casos de parentesco

Após a Constituição de 1988, o conceito de família sofreu drástica modificação, passando de uma família matrimonial, baseada na ideia unicamente de casamento, para uma família plural, reestruturando todas as relações de parentesco. Atualmente, é possível se falar, portanto, não apenas em parentesco estabelecido pelo vínculo biológico, matrimonial ou por afinidade como se tinha anteriormente, mas principalmente numa ideia de parentesco socioafetivo, calcada numa relação de vínculo afetivo estabelecida entre os sujeitos.

Dessa forma, a jurisprudência, se adaptando a essa nova ideia, passa a aceitar, por exemplo, a inclusão do sobrenome do pai ou mãe socioafetivos no registro da criança, inclusive para fazer constar mais de um pai ou mais de uma mãe.

Pode ser deferido também pedido formulado por filho que, no primeiro ano após atingir a maioridade, pretende excluir completamente de seu nome civil os sobrenomes de seu pai, que

o abandonou em tenra idade. A mudança foi autorizada com base na interpretação conjugada dos arts. 56 e 57 da LRP.

Assim, em termos de família, o STJ tem adotado posicionamento mais flexível acerca da imutabilidade ou definitividade do nome civil. Alega a corte que o direito da pessoa de portar um nome que não lhe remeta às angústias decorrentes do abandono paterno e, especialmente, corresponda à sua realidade familiar, sobrepõe-se ao interesse público de imutabilidade do nome, já excepcionado pela própria Lei de Registros Públicos. Dessa forma:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTROS PÚBLICOS. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. NACIONALIDADE PORTUGUESA. NOVO PEDIDO. RETORNO AO STATU QUO ANTE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 54; 56 E 57 DA LEI 6.015/73.

1. Ação de retificação de registro civil, ajuizada em 04.12.2008. Recurso especial concluso ao Gabinete em 24.06.2013. 2. Discussão relativa à possibilidade de alteração de registro civil de nascimento para restabelecimento no nome original das partes, já alterado por meio de outra ação judicial de retificação. 3. A regra geral, no direito brasileiro, é a da imutabilidade ou definitividade do nome civil, mas são admitidas exceções. Nesse sentido, a Lei de Registros Públicos prevê, (i) no art. 56, a alteração do prenome, pelo interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, desde que não haja prejuízo aos apelidos de família, e (ii) no art. 57, a alteração do nome, excepcional e motivadamente, mediante apreciação judicial, e após oitiva do MP. 4. O respeito aos apelidos de família e a preservação da segurança jurídica são sempre considerados antes de se deferir qualquer pedido de alteração de nome. 5. O registro público é de extrema importância para as relações sociais. Aliás, o que motiva a existência de registros públicos é exatamente a necessidade de conferir aos terceiros a segurança jurídica quanto às relações neles refletidas. 6. Uma vez que foram os próprios recorrentes, na ação anterior, que pediram a alteração de seus nomes, com o objetivo de obter a nacionalidade portuguesa e tiveram seu pedido atendido na integralidade,

não podem, agora, simplesmente pretender o restabelecimento do statu quo ante, alegando que houve equívoco no pedido e que os custos de alteração de todos os seus documentos são muito elevados. 7. Ainda que a ação de retificação de registro civil se trate de um procedimento de jurisdição voluntária, em que não há lide, partes e formação da coisa julgada material, permitir sucessivas alterações nos registros públicos, de acordo com a conveniência das partes implica grave insegurança. 8. Se naquele primeiro momento, a alteração do nome dos recorrentes - leia-se: a supressão da partícula “DE” e inclusão da partícula “DOS” - não representou qualquer ameaça ou mácula aos seus direitos de personalidade, ou prejuízo à sua individualidade e autodeterminação, tanto que o requereram expressamente, agora, também não se vislumbra esse risco. 9. Recurso especial desprovido. (STJ, 2014)

Sendo assim, nos moldes preconizados pelo STJ, considerando que o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar, conclui-se que o abandono pelo genitor caracteriza o justo motivo de o interessado requerer a alteração de seu nome civil, com a respectiva exclusão completa dos sobrenomes paternos, servindo também para acrescentar o sobrenome no caso de paternidade ou maternidade socioafetivas.

2.2.4. O caso dos transsexuais

O STF já se manifestou no sentido de que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa, da seguinte forma:

DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. TRANSEXUAL. IDENTIDADE DE GÊNERO. DIREITO SUBJETIVO À ALTERAÇÃO DO NOME E DA CLASSIFICAÇÃO DE GÊNERO NO ASSENTO DE NASCIMENTO. POSSIBILIDADE INDEPENDENTEMENTE DE CIRURGIA DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE REDESIGNAÇÃO. PRINCÍPIOS DA DIG-

NIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PERSONALIDADE, DA INTIMIDADE, DA ISONOMIA, DA SAÚDE E DA FELICIDADE. CONVIVÊNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA INFORMAÇÃO PÚBLICA, DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA VERACIDADE DOS REGISTROS PÚBLICOS E DA CONFIANÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. A ordem constitucional vigente guia-se pelo propósito de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, voltada para a promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, de modo a assegurar o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade. Dado que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos se apresentam como elementos centrais para o desenvolvimento da sociedade, é imperativo o reconhecimento do direito do indivíduo ao desenvolvimento pleno de sua personalidade, tutelando-se os conteúdos mínimos que compõem a dignidade do ser humano, a saber, a autonomia e a liberdade do indivíduo, sua conformação interior e sua capacidade de interação social e comunitária. 2. É mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente restrição ou limitação ilegítima, ainda que meramente potencial, à liberdade do ser humano para exercer sua identidade de gênero e se orientar sexualmente, pois essas faculdades constituem inarredáveis pressupostos para o desenvolvimento da personalidade humana. 3. O sistema há de avançar para além da tradicional identificação de sexos para abarcar também o registro daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento. Nessa seara, ao Estado incumbe apenas o reconhecimento da identidade de gênero; a alteração dos assentos no registro público, por sua vez, pauta-se unicamente pela livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero. 4. Saliente-se que a alteração do prenome e da classificação de sexo do indivíduo, independente de dar-se pela via judicial ou administrativa, deverá ser coberta pelo sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que sigilosa, do termo “transsexual” ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Dessa forma, atende-se

o desejo do transgênero de ter reconhecida sua identidade de gênero e, simultaneamente, asseguram-se os princípios da segurança jurídica e da confiança, que regem o sistema registral. 5. Assentadas as seguintes teses de repercussão geral: i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. ii) Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo 'transexual'. iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. 6. Recurso extraordinário provido. (STF, 2018)

O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la, motivo pelo qual tais alterações devem ser realizadas sem qualquer embaraço estatal.

2.2.5. Dupla cidadania

Por fim, cabe análise sobre caso julgado no STJ acerca da possibilidade de modificação do nome em virtude da dupla cidadania. Entende a Corte Cidadã que o brasileiro que adquiriu dupla cidadania pode ter seu nome retificado no registro civil do Brasil, desde que isso não cause prejuízo a terceiros, quando vier a sofrer transtornos no exercício da cidadania por força da apresentação de documentos estrangeiros com sobrenome imposto por lei estrangeira e diferente do que consta em seus documentos brasileiros. Da seguinte forma:

RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. NOME CIVIL. RETIFICAÇÃO. DUPLA CIDADANIA. ADEQUAÇÃO DO NOME BRASILEIRO AO ITALIANO. ALTERAÇÃO DO SOBRENOME INTERMEDIÁRIO. JUSTA CAUSA. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. RAZOABILIDADE DO REQUERIMENTO.

1. Pedido de retificação de registro civil, em decorrência da obtenção da nacionalidade italiana (dupla cidadania), ensejando a existência de sobrenomes intermediários diferentes (Tristão ou Rodrigues) nos documentos brasileiros e italianos.
2. Reconhecimento da ocorrência de justa causa, em face dos princípios da verdade real, da simetria e da segurança jurídica, inexistindo prejuízo a terceiros.
3. Precedentes do STJ.
4. Recurso especial provido. (STJ, 2016)

Importante destacar que o STJ já entendeu que “é possível a retificação de nome para possibilitar a obtenção de outra nacionalidade” (STJ, 2011), concordando com o pedido e considerando haver justo motivo. Assim, se pode alterar o nome para a pessoa obter a nacionalidade, com mais razão pode-se alterar depois que a pessoa adquiriu dupla nacionalidade, prestigiando o princípio da simetria, da uniformidade, da verdade real e da segurança jurídica, que norteiam o sistema registral brasileiro.

CONCLUSÃO

Tendo em vista o tema trabalhado neste artigo, resta nítido o cuidado que o operador do direito deve ter a respeito do direito ao nome da pessoa natural para garantir de forma incontestada o exercício pleno de sua função social.

Há que destacar que a aquisição do nome, em sua acepção ampla, incluindo prenome e sobrenome, se dá tradicionalmente de duas formas, que são pelo nascimento e pela adoção. E, a partir desse ponto, passa a valer o princípio da imutabilidade relativa do nome civil. No entanto, a sua modificação pode se dar de diversas formas, que devem ser conhecidas por todos que atuam na área.

Por diversas circunstâncias, esse princípio pode e deve ser relativizado, e para tanto, lei e jurisprudência o flexibilizam. É só assim, acreditando na possibilidade dessa relativização que o nome exercerá em sua plenitude a sua função social, qual seja, não apenas de uma identificação do indivíduo frente à coletividade (terceiros e Estado), mas principalmente de uma identificação do indivíduo consigo mesmo.

Não é por outro motivo que passa a ser possível por expressa previsão legal, por exemplo, a modificação do prenome ao realizar dezoito anos ou a modificação para que os cônjuges obtenham o sobrenome um do outro. Mais que refletir a realidade que está no papel estampada, seja pelo alcance da maioridade, seja pelo casamento, o que o nome civil deve buscar é a verdadeira reflexão do sujeito em sua integralidade.

A par das possibilidades legislativas vistas, a jurisprudência alarga ainda mais o rol de flexibilizações desse princípio. Foram trabalhadas diversas modalidades como possibilidade de alteração do nome também no caso de união estável e no caso de morte do cônjuge, em interpretação analógica aos dispositivos legais que permitem alteração em casamento e divórcio.

Os tribunais superiores ainda vão além e permitem essas flexibilizações não apenas em caso de analogia, mas também realizando a ponderação de valiosos princípios constitucionais. É o caso, por exemplo, do direito à modificação do nome dos transexuais, baseado no princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana e busca pela felicidade.

É tendo em vista todo esse arcabouço legislativo e principiológico que o aplicador deve basear sua análise do registro ou da modificação do nome civil da pessoa natural. Só assim evitará a criação de preconceitos odiosos ou óbices desarrazoados e intransponíveis para a sua realização maior, que é o exercício da função social do nome por meio da identificação do indivíduo e da proteção dos demais valores constitucionais correlatos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manuel de Arruda. *Lei De Registros Públicos Comentada*. 2ª edição. São Paulo: Forense, 2020.

BRASIL. Código Civil. Publicada em 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL. Estatuto dos Notários e Registradores. Publicado em 18 de novembro de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm> Acesso em: 19 de março de 2020.

BRASIL. Lei de Registros Públicos. Publicada em 31 de dezembro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm> Acesso em: 19 de março de 2020.

EL DEBS, Martha; JÚNIOR, Izaías Gomes Ferrero e SCHWARZER, Márcia Rosália. *O Registro Civil das Pessoas Naturais: temas aprofundados*. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

FILHO, Rodolfo Pamplona e GAGLIANO, Pablo Stolze. *Manual De Direito Civil*. Vol. Único. 2ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro - Parte Geral*. Vol. 1. 16ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos - Teoria e Prática*. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

STF. Plenário. ADI 2602, MC Relator(a): Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 06-06-2003 PP-00034 EMENT VOL-021113-02 PP-00303.

STF. Plenário. ADI 5855, MC-REF/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 10/4/2019 (Info 937).

STF. Plenário. RE 670422, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Julgado Em 15/08/2018, Processo Eletrônico Dje-051 Divulg 09-03-2020 Public 10-03-2020

STF. Plenário. RE 842846, Relator(a): Min. Luiz Fux, Julgado Em 27/02/2019, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-175 Divulg 12-08-2019 Public 13-08-2019.

STJ. Quarta Turma. REsp 910.094/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 04/09/2012, DJe 19/06/2013

STJ. Quarta Turma. REsp 1138103/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 06/09/2011, DJe 16/09/2011.

STJ. Terceira Turma. REsp 1206656/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16/10/2012, DJe 11/12/2012

STJ. Terceira Turma. REsp 1279952-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015.

STJ. Terceira Turma. REsp 1310088/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. P/ Acórdão Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 17/05/2016, DJe 19/08/2016

STJ. Terceira Turma. REsp 1412260/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014

STJ. Terceira Turma. REsp 1724718/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/05/2018, dje 29/05/2018

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil - Volume Único*. 9ª edição. São Paulo: Método, 2018.

Condo-hotéis, Assimetrias Informativas e o Papel da Comissão de Valores Mobiliários

Marcelo Machado Costa Lima

Pós-doutorando em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.DAnnunzio" Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Doutor (2016) e Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999). Graduado em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1990). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. É professor nos cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá e do Ibmecc-RJ.

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios; 2. Contornos estruturais do sistema financeiro nacional e o mercado de capitais; 3. A competência da CVM e os condo-hotéis como valores mobiliários; 4. A regulamentação da CVM para os condo-hotéis; 4.1. A Deliberação CVM nº 734/2015; 4.2. A Instrução CVM nº 602/2018; 5. As assimetrias informativas e os condo-hotéis; 6. O direito de retratação assegurado pela CVM na aquisição de frações dos condo-hotéis e a garantia do ato jurídico perfeito; 7. O Código de Defesa do Consumidor e a oferta pública dos condo-hotéis; Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: Apesar de estarmos diante de valores mobiliários sujeitos a registro ou a dispensa perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), diversos "condo-hotéis" foram irregularmente oferecidos à coletividade sem a prévia análise da au-

tarquia. Além disso, as normas regulamentares a respeito dessa temática têm sido solenemente ignoradas, inclusive em relação ao direito de retratação assegurado aos adquirentes que adquiriram frações ideais de empreendimentos não registrados ou com registro não dispensado, ou mesmo vítimas de assimetria informacional, falha de mercado de singular gravidade. O objetivo de nossas breves reflexões é contribuir para a compreensão dos contornos estruturais dos condo-hotéis, das normas da CVM que disciplinam a sua oferta pública e dos direitos dos adquirentes. O presente artigo é fruto de investigação que pode ser classificada, quanto à finalidade, como pesquisa aplicada; quanto aos objetivos, tem pretensões exploratória e explicativa; quanto à abordagem, trata-se de pesquisa qualitativa; quanto aos procedimentos referentes à coleta de dados, foram realizadas pesquisas bibliográfica e documental (jurisprudenciais e legislativas).

ABSTRACT: Although we are dealing with financial values subjected to registration or waiver before the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM), several Brazilian “condo-hotels” were irregularly offered to the community without the prior analysis of the Commission. In addition, the regulatory norms regarding this issue have been solemnly ignored, including in relation to the right of withdrawal assured to purchasers who have acquired ideal fractions of unregistered ventures, or even victims of information asymmetry, market failure of singular gravity. The purpose of our brief reflections is to contribute to the understanding of the structural contours of condo-hotels, the CVM rules that govern their public offer and the rights of purchasers. This article is the result of investigation that can be classified, as to the purpose, as applied research; as for the objectives, it has exploratory and explanatory claims; as for the approach, it is a qualitative research; as for the procedures related to data collection, bibliographic and documentary research (jurisprudential and legislative) were carried out.

PALAVRAS-CHAVES: *disclosure*; falhas de mercado; informação; nulidade; e anulabilidade.

KEYWORDS: disclosure; market failures; information; nullity; and annulability.

INTRODUÇÃO

Os condo-hotéis foram largamente disseminados no território nacional a partir do final da primeira década do século XXI. Trata-se de forma de captação de recursos junto à coletividade, de modo a viabilizar a construção de hotéis e a aumentar o número de unidades disponíveis. Essa medida foi adotada com o objetivo de suprir a carência de vagas hoteleiras, o que se mostrava preocupante em razão dos grandes eventos que seriam realizados no período, com destaque para a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

Esses empreendimentos, em sua expressão mais simples, são realizados por um construtor ou incorporador, que realiza a oferta pública do hotel ainda na planta, sob o compromisso de que ele será explorado por determinada bandeira, cujo reconhecimento no mercado tende a influenciar no número de adquirentes.

Entre os diversos modelos existentes, o mais comum é aquele no qual os adquirentes obtêm uma fração ideal da integralidade do terreno e do empreendimento. Com isso, passam a integrar, *ipso iure*, uma sociedade em conta de participação que irá assegurar a partilha dos resultados do empreendimento, quer positivos, com a distribuição de lucros, quer negativos, com a necessidade de aportes para fazer face aos prejuízos verificados.

Os adquirentes, por não serem donos de uma unidade em particular do hotel, detendo apenas uma fração da totalidade do empreendimento, não exercem o *ius utendi et fruendi*, típicos do direito de propriedade, tal qual consagrados no art. 1.228 do Código Civil. Assim ocorre por não terem a posse. Não podem usar as unidades como se donos fossem ou permitir que terceiros o façam, já que todas devem integrar o *pool* hoteleiro, a ser administrado por uma bandeira específica. O que têm, em verdade, é o direito de participação nos resultados do empreendimento, sendo-lhes ainda assegurado o *ius abutendi*, vale dizer, o direito de alienar a fração a terceiros.

Esse quadro não sofre alterações substanciais mesmo no modelo em que cada unidade do hotel seja alienada *de per si*.

Apesar de o adquirente ser proprietário de uma unidade em particular e condômino das áreas comuns, não titular de uma fração ideal, continua sem poder utilizar a sua unidade, que deve ser necessariamente administrada pelo hoteleiro, o que é da essência dos condo-hotéis. Nesse modelo, o custo de manutenção da unidade pode vir a ser suportado pelo respectivo proprietário, o qual será eventualmente afastado dos lucros do empreendimento caso a unidade, por falta de condições de uso, seja momentaneamente retirada do *pool*.

Os condo-hotéis não se confundem com figuras afins, a exemplo dos apart-hotéis e dos fundos de investimento imobiliário. Nos apart-hotéis, ocorre a aquisição de uma unidade imobiliária em particular, sendo dado ao seu proprietário utilizá-la, permitir que terceiro o faça ou inseri-la no *pool* de locação, devendo ainda arcar com a sua cota de condomínio, considerando a existência de áreas comuns. A capacidade de autogestão assegurada ao proprietário reflete distinção substancial em relação aos condo-hotéis.

Nos fundos de investimento imobiliário, por sua vez, uma instituição financeira administra recursos de terceiros, os quais adquirem cotas desses fundos, que os aplicarão em ativos de natureza imobiliária, a exemplo de imóveis em geral, *shopping centers*, hotéis, títulos que ofereçam imóveis em garantia etc. A rentabilidade desses fundos decorre do direcionamento dado aos recursos, com destaque para o recebimento de aluguéis e o lucro auferido com a alienação de imóveis por valor superior ao da aquisição. Na medida em que a participação nos fundos de investimento imobiliário não vincula o cotista a uma unidade imobiliária em particular, quer concebida em sua individualidade, quer sob o prisma de sua divisão em frações ideais, tem-se uma distinção substancial em relação aos condo-hotéis. O proprietário dos imóveis, quando for o caso, será o fundo, não o seu cotista, que somente possui direitos em relação à participação nos resultados.

A partir dessa visão propedêutica sobre os contornos estruturais dos condo-hotéis e os direitos que possuem os adquirentes de frações ideais do empreendimento, passaremos à análise de

aspectos específicos subjacentes às relações jurídicas estabelecidas. Esses aspectos serão perquiridos à luz da ordem econômico-financeira, na qual os condo-hotéis podem ser vistos como *cases* de indiscutível relevância para o pesquisador. Afinal, ensejam reflexões sobre as assimetrias informacionais, falhas de mercado cuja lesividade ainda não foi compreendida em toda a sua intensidade por muitos operadores do direito, e sobre o papel a ser desempenhado pelo Estado enquanto agente regulador e fiscal necessário das rupturas sistêmicas verificadas nas relações estabelecidas em um regime de livre iniciativa como o nosso (Cf. AGUILLAR, 2016, p. 235 e ss.).

Com o referido objetivo, analisaremos, em primeiro lugar, as consequências do enquadramento dos condo-hotéis sob a epígrafe dos contratos de investimento coletivo e o papel desempenhado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) à luz da Lei nº 6.385/1976. A partir daí, avançaremos na identificação dos efeitos da oferta pública desses empreendimentos com inobservância das normas legais e regulamentares, com destaque para as fraturas informacionais que têm causado imensos prejuízos aos adquirentes de frações desses empreendimentos.

Esse último aspecto, aliás, será visto à luz do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, considerando a cláusula de irretratabilidade normalmente inserida pelos incorporadores nos contratos de adesão e a garantia constitucional do ato jurídico perfeito. Além disso, incursionaremos nas razões que têm embasado a tese de que a oferta pública das frações ideais do empreendimento e a sua correlata aquisição pelos investidores não seriam alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Para o desenvolvimento do presente artigo, resultado de pesquisa aplicada que possui objetivos exploratórios e explicativos, foi adotada abordagem qualitativa. Para a coleta de dados que sustenta as conclusões apresentadas, foram utilizados os procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, sendo nesse último caso fundamentalmente aquelas relacionadas aos âmbitos jurisprudencial e legislativo.

1 CONTORNOS ESTRUTURAIS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E O MERCADO DE CAPITAIS

Um dos aspectos mais relevantes da ordem econômico-financeira é o sistema financeiro nacional, previsto no art. 192 da Constituição de 1988, preceito cuja amplitude foi sensivelmente comprimida com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 40/2003.

O art. 192, em sua redação original, foi objeto de amplas polêmicas em razão do teor do seu § 3º, que limitava a taxa de juros a 12% ao ano, comando ontologicamente incompatível com o referencial de livre iniciativa, por mais compromissória que seja a nossa ordem constitucional. Ao interpretar o preceito, entendeu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1991) não ser possível visualizá-lo como uma espécie de “ilha”, indiferente aos demais aspectos afetos ao sistema no qual estava integrado. Daí o reconhecimento de sua natureza programática, acrescentando-se que todo o sistema financeiro deveria ser disciplinado em uma única lei complementar. Esse diploma normativo não chegou a ser editado, o que era previsível, considerando o potencial lesivo da medida para o fluxo de capitais, principalmente para aqueles oriundos do exterior, o que tornou inevitável a reforma constitucional de 2003.

O sistema financeiro nacional, de acordo com as diretrizes estabelecidas na atual redação do art. 192, é estruturado, em todas as partes que o compõem, para a realização de dois fins específicos: promover o desenvolvimento equilibrado do país, no que se ajusta aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (art. 3º, II e III), e servir aos interesses da coletividade, no que se aproxima de outro objetivo de singular relevância, a promoção do bem de todos (art. 3º, IV). Diversamente ao que se verificava na redação original desse preceito, o sistema não mais será estruturado em uma única lei complementar, mas em uma pluralidade de leis complementares, previsão mais que salutar ao constataremos as diversas nuances que apresenta.

Mas o que seria o sistema financeiro nacional? De modo simples e objetivo, é assim considerado o conjunto de estruturas estatais que o disciplinam e de operadores privados que atuam nos mercados monetário, de capitais, de crédito e cambial, mercados esses que integram o conceito mais amplo de mercado financeiro, tornando possível o fluxo de capitais. A funcionalidade básica do mercado financeiro, que engloba o médio e o longo prazo (Cf. SANTOS, GONÇALVES e MARQUES, 2016, p. 429), é a de viabilizar as atividades de financiamento e de distribuição de risco, estabelecendo as condições necessárias para o diálogo e a interação entre agentes superavitários e deficitários (Cf. BENSOUSSAN e GOUVÊA, 2019, p. 423).

A regulamentação estatal dessas atividades baseia-se em um “*modelo de vigilância*”, que se desenvolve em distintas faixas de controle, estruturadas conforme o “*o nível potencial de risco implícito na atividade exercida pelos diversos operadores*” (PELLEGRINI e TROISI, 2016, p. 387). A concepção de “*vigilância*” reflete um controle publicístico que ocupa o segundo nível, enquanto o primeiro nível é da alçada da autorregulação, que nem sempre é suficiente para evitar o surgimento das falhas de mercado (Cf. SEPE, 2016, p. 483).

No plano infraconstitucional, merecem destaque, na sua estruturação, as Leis nº 4.595/1964 e 6.385/1976, que dispõem, respectivamente, sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, e sobre o mercado de valores mobiliários, tendo sido recepcionadas com o *status* de lei complementar naquilo que se relaciona à estrutura do sistema. De acordo com esses diplomas normativos, o sistema financeiro nacional foi subdividido em dois subsistemas, o de supervisão e o operativo.

O subsistema de supervisão é integrado (I) pelo Conselho Monetário Nacional, que delinea a política monetária e de crédito; (II) pelo Banco Central, responsável pela execução da política monetária, pela supervisão do sistema e pela emissão de moeda; e (III) pela CVM, responsável pela disciplina e fiscalização do mercado mobiliário.

O subsistema operativo é conduzido por diversas pessoas jurídicas de direito privado. É o caso das (I') instituições financeiras bancárias, que estão autorizadas a criar moeda escritural, sendo divididas em bancos comerciais, bancos múltiplos e cooperativas de crédito; (II') das instituições financeiras não bancárias, que não podem captar depósitos à vista, absorvendo os bancos de desenvolvimento, os bancos de investimento, as sociedades de arrendamento mercantil etc.; e (III') das instituições que atuam na distribuição e na oferta de títulos e valores mobiliários, a exemplo das bolsas de mercadorias e futuros e das pessoas jurídicas que atuam na área de consórcios e seguros privados.

A CVM, portanto, integra o subsistema de supervisão do sistema financeiro nacional, sendo responsável pela disciplina e pela fiscalização do mercado de capitais. Já as instituições que atuam na distribuição e oferta de títulos e valores mobiliários integram o subsistema operativo.

2 A COMPETÊNCIA DA CVM E OS CONDO-HOTÉIS

A CVM é uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Economia, que foi criada pelo art. 5º da Lei nº 6.385/1976. A forma como foi estruturada buscou blindá-la de influências exógenas, de modo a assegurar o livre exercício de suas relevantes atividades. Não é por outra razão que a vinculação ao referido Ministério não apresenta qualquer correlação com subordinação hierárquica; seus dirigentes são nomeados para mandato fixo de cinco anos, não podendo ser exonados *ad libitum* da autoridade nomeante (*rectius*: o Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal), sendo ainda vedada a recondução. Vale ressaltar que ainda lhe foi atribuída autonomia financeira e orçamentária, com o que se busca evitar que o estrangulamento financeiro possa gerar reflexos em sua atuação. Aliás, sobre a necessidade de que a regulação dos mercados se dê por meio de autoridades independentes, há manifestação nessa direção de importante doutrina (BANI e MONTEDORO, 2016, p. 243 e ss.).

As atribuições da CVM estão descritas na Lei nº 6.385/976, assumindo contornos de regulamentação, administração, fiscalização e proposição em relação às atividades alcançadas pela disciplina traçada no referido diploma normativo, com destaque para a “*emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado*” (art. 1º, I). No que diz respeito aos valores mobiliários sujeitos à disciplina legal, será observado o rol do art. 2º, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001.

I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Como se constata, o inciso IX do referido art. 2º consubstancia uma norma de fechamento de considerável amplitude, alcançando, à perfeição, a figura dos condo-hotéis. Assim ocorre porque há uma oferta pública do empreendimento, de modo a captar recursos junto à coletividade, o que conferirá aos adquirentes das frações ideais ou das unidades o direito de participar do resultado dos serviços de hotelaria a serem oferecidos pela bandeira hoteleira contratada. Trata-se de contrato de investimento coletivo, na medida em que todos os adquirentes passam a participar conjuntamente do empreendimento, na proporção do respectivo investimento, tendo os seus interesses geridos pela sociedade em conta de participação que passaram a integrar, a qual atuará como fator de ligação entre os investidores e a bandeira responsável por gerir o hotel.

Ao se enquadrarem no conceito de valor mobiliário descrito no inciso IX do art. 2º, os condo-hotéis passam a estar sujeitos ao disposto no § 3º, com destaque para o seu inciso IV, que autoriza a CVM a *“estabelecer padrões de cláusulas e condições que devam ser adotadas nos títulos ou contratos de investimento, destinados à negociação em bolsa ou balcão, organizado ou não, e recusar a admissão ao mercado da emissão que não satisfaça a esses padrões”*.

Nos termos do art. 16 da Lei nº 6.385/1976:

Depende de prévia autorização da Comissão de Valores Mobiliários o exercício das seguintes atividades: I – distribuição de emissão no mercado (art. 15, I)”. Este último preceito, por sua vez, dispõe que “o sistema de distribuição de valores mobiliários compreende: I - as instituições financeiras e demais sociedades que tenham por objeto distribuir emissão de valores mobiliários: a) como agentes da companhia emissora; b) por conta própria, subcrevendo ou comprando a emissão para a colocar no mercado.

Como se percebe, os construtores ou incorporadores que pretendem lançar os condo-hotéis, ofertando no mercado os respectivos valores mobiliários, somente podem fazê-lo após autorização da CVM.

A atuação da CVM no processo de emissão dos valores mobiliários ainda é objeto de maior detalhamento no art. 18 da Lei nº 6.385/1976. De acordo com o inciso I desse preceito, a CVM deve editar normas gerais sobre:

a) condições para obter autorização ou registro necessário ao exercício das atividades indicadas no art. 16, e respectivos procedimentos administrativos; b) requisitos de idoneidade, habilitação técnica e capacidade financeira a que deverão satisfazer os administradores de sociedades e demais pessoas que atuem no mercado de valores mobiliários.

Portanto, tanto as condições para a obtenção de autorização ou registro como os requisitos a serem preenchidos pelo emissor devem ser definidos pela CVM. Aliás, acrescenta-se que como desdobramento da exigência anterior, dispõe o *caput* do art. 19 da Lei nº 6.368/1976 que:

“nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão”. O § 1º desse preceito acresceu que “são atos de distribuição, sujeitos à norma deste artigo, a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, assim como a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, quando os pratiquem a companhia emissora, seus fundadores ou as pessoas a ela equiparadas”.

A emissão pública, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 19, somente pode ser colocada no mercado por meio do sistema de distribuição de valores mobiliários a que se refere o art. 15, sendo considerada como tal aquela em que há utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público; procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores; negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação. A oferta pública é invariavelmente a técnica utilizada pelo construtor ou incorporador para a oferta das frações ideais dos condo-hotéis.

A CVM, de acordo com o § 5º do art. 19, tem competência para expedir normas definindo outras situações que configurem emissão pública para fins de registro, assim como os casos em que possa ser dispensado, tendo em vista o interesse do público investidor. A dispensa de registro tende a ocorrer nas situações em que, conforme o juízo de valor da CVM, a só observância das normas regulamentares seja suficiente ao atendimento dos interesses dos investidores, conferindo-lhes as informações necessárias à avaliação dos riscos existentes.

Além disso, a CVM, ainda de acordo com o referido § 5º do art. 19, deve fixar o procedimento de registro e especificar as informações que instruirão o pedido. Com isso, será possível a negociação dos valores mobiliários representativos dos condo-hotéis por parte do construtor ou incorporador, que passa a integrar o denominado “mercado de balcão não organizado”. Esse último se distingue da bolsa de valores, marcada pela rigidez das regras de estruturação e atuação e pela necessidade de registro

das operações, também não se confundindo com o mercado de balcão organizado, no qual o rigor é inferior ao da bolsa, mas as operações precisam ser registradas.

Vale lembrar que, nos termos do art. 22, é considerada companhia aberta aquela cujos valores mobiliários estejam admitidos à negociação na bolsa ou no mercado de balcão. Apesar disso, o § 2º do art. 2º equiparou a essas companhias os emissores de todos os valores mobiliários referidos nesse preceito, incluindo os contratos de investimento coletivo dos condo-hotéis (art. 2º, IX), o que permite concluir que o respectivo construtor ou incorporador está enquadrado na equiparação.

3 A REGULAMENTAÇÃO DA CVM PARA OS CONDO-HOTÉIS

Com a promulgação da Lei nº 10.303/2001, que promoveu amplas alterações na concepção de valores mobiliários até então adotada pelo art. 2º da Lei nº 6.385/1976, alcançando igualmente os contratos de investimento coletivo que caracterizam os condo-hotéis, era necessário que a CVM veiculasse as normas regulamentares necessárias ao seu cumprimento.

Foi o que ocorreu com a edição da Instrução CVM nº 400/2003. O seu objetivo, verdadeira síntese da *ratio essendi* da regulação estatal nessa seara, foi declinado em seu art. 1º. De acordo com esse preceito, o fim da instrução é o de “assegurar a proteção dos interesses do público investidor e do mercado em geral”. Nesses termos, complementa o referido dispositivo que isso se dará por intermédio “do tratamento equitativo aos ofertados e de requisitos de ampla, transparente e adequada divulgação de informações sobre a oferta, os valores mobiliários ofertados, a companhia emissora, o ofertante e demais pessoas envolvidas”.

Vê-se, assim, que evitar a assimetria informacional é o ponto nodal da regulação estatal no mercado de capitais. É justamente esse tratamento equitativo, com pleno e irrestrito acesso às informações relevantes por todos os *players* do mercado, que

permitirá o seu regular desenvolvimento e evitará que a coletividade seja lesada por operadores inescrupulosos.

A simetria informacional não se identifica com fatores subjetivos afetos à capacidade de discernimento dos investidores em geral. Trata-se de requisito objetivo, a ser cumprido considerando a natureza dos valores mobiliários oferecidos ao público e as distintas variáveis de ordem circunstancial presentes quando da sua emissão. Esses requisitos objetivos, para que se tornem transparentes, como exigido pela norma regulamentar, e cumpram a sua função informacional, devem ser organizados e apresentados de modo compreensível ao *homo medius*, que normalmente não é um profissional experimentado do setor financeiro.

Se o art. 2º condicionou a oferta pública de distribuição dos valores mobiliários, qualquer que seja o destinatário, ao prévio registro na CVM, o art. 3º, por sua vez, detalhou de modo pormenorizado a distribuição pública (*v.g.*: anúncios destinados ao público, procura de adquirentes indeterminados, publicidade nos meios de comunicação de massa etc.).

O art. 4º permitiu que fosse dispensado o registro ou alguns dos requisitos exigidos com o comando de que, *“considerando as características da oferta pública de distribuição de valores mobiliários, a CVM poderá, a seu critério e sempre observados o interesse público, a adequada informação e a proteção ao investidor, dispensar o registro ou alguns dos requisitos previstos, inclusive divulgações, prazos e procedimentos”*. Para tanto, a CVM deveria considerar o valor unitário da oferta; o seu plano de distribuição; o fato de se estender por mais de uma jurisdição ou não; as características da oferta de permuta; o público destinatário, inclusive quanto à sua localidade geográfica ou quantidade; e, principalmente, o fato de *“ser dirigida a investidores qualificados”*.

A exigência, para a dispensa do registro, de que a oferta é direcionada a investidores qualificados, explica a razão de ser do § 4º do art. 4º. De acordo com os incisos I e II desse preceito, deverá ser observado o abaixo informado:

I - o ofertante apresentará à CVM, juntamente com o pedido fundamentado mencionado no § 2º deste artigo, modelo de declaração a ser firmado pelos subscritores ou adquirentes, conforme o caso, da qual deverá constar, obrigatoriamente, que:

a) têm conhecimento e experiência em finanças e negócios suficientes para avaliar os riscos e o conteúdo da oferta e que são capazes de assumir tais riscos;

b) tiveram amplo acesso às informações que julgaram necessárias e suficientes para a decisão de investimento, notadamente aquelas normalmente fornecidas no Prospecto; e

c) têm conhecimento de que se trata de hipótese de dispensa de registro ou de requisitos, conforme o caso;

II - todos os subscritores ou adquirentes dos valores mobiliários ofertados firmarão as declarações indicadas no inciso I deste parágrafo, as quais deverão ser inseridas nos boletins de subscrição ou recibos de aquisição, ou no termo de adesão e ciência de risco, no caso de oferta de cotas de emissão de fundos de investimento.

A declaração a que se refere o §4º do art. 4º abrange o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos por parte do adquirente: entre os primeiros, está o conhecimento de todas as informações necessárias e suficientes à avaliação dos riscos existentes; entre os últimos, a autodeclaração do adquirente de que tem conhecimento e experiência em finanças e negócios. Exigências dessa natureza, por certo, não se compatibilizam com fórmulas telegráficas, no sentido de que o “empreendimento oferece riscos”. É necessário um *plus*. A autodeclaração, ademais, não tem o efeito de tornar a má-fé do ofertante dos valores mobiliários um indiferente jurídico, o qual não pode se omitir na colheita das informações necessárias e em sua ampla e irrestrita disponibilização ao público, de modo a atender ao requisito da transparência preconizado pelo art. 1º.

Outro comando da Instrução CVM nº 400/2003 a ser considerado, além dos aspectos procedimentais que permeiam todo o texto, é o art. 32 que trata do estudo de viabilidade. De acordo com esse preceito, o pedido de registro de oferta pública de distribuição de valores mobiliários deve ser instruído com estudo de viabilidade econômico-financeira quando: “I - a oferta tenha por objeto a constituição da emissora; II - a emissora esteja em fase pré-operacional; ou III - os recursos captados na oferta sejam preponderantemente destinados a investimentos em atividades ainda não desenvolvidas pela emissora”. Ao lembrarmos que o lançamento de condo-hotéis somente se intensificou a partir do fim da primeira década do século XX, atraindo os olhares de construtores e incorporadores que vislumbravam uma possibilidade de ganhos elevados, ainda que já fosse possível antecipar a derrocada do modelo a curto prazo, é inevitável a conclusão de que grande parte desses operadores serão enquadrados no inciso III do art. 32.

O art. 38, por sua vez, dispõe sobre um documento obrigatório nas ofertas públicas de que trata a Instrução CVM nº 400/2003. Trata-se do prospecto, que deve conter informação completa, precisa, verdadeira, atual, clara, objetiva e necessária, em linguagem acessível, de modo que os investidores possam formar criteriosamente a sua decisão de investimento. Infelizmente, o prospecto, na visão distorcida de diversos construtores e incorporadores, terminou por ser utilizado como um instrumento de convencimento coletivo, não de informação, e muito menos de transparência. Esse tipo de embuste, à evidência, não se confunde com o prospecto exigido pela CVM.

O prospecto, nos termos do art. 40, deve observar o conteúdo mínimo referido no Anexo III da Instrução CVM nº 400/2003, sem prejuízo de outros conteúdos que venham a ser exigidos em norma própria, “conforme as características da operação, em razão do tipo de valor mobiliário ofertado ou do público investidor”.

A relevância do prospecto é tamanha, que, mesmo após a obtenção do registro, caso se verifique qualquer imprecisão ou mudança significativa das informações já divulgadas, ou mesmo fato novo ou anterior não considerado, deverá ser suspensa a

distribuição dos valores mobiliários até que se proceda à divulgação ao público da complementação do prospecto e dessa nova informação. É o que dispõe o art. 41. O prospecto definitivo deve estar disponível ao investidor na data de início da distribuição, nos termos do art. 42.

O art. 48 estabelece as normas de conduta para a emissora, o ofertante e as instituições intermediárias, merecendo destaque aquela referida no inciso V, segundo o qual, *“a partir do momento em que a oferta se torne pública, ao divulgar informação relacionada à emissora ou à oferta”,* devem *“a) observar os princípios relativos à qualidade, transparência e igualdade de acesso à informação; e b) esclarecer as suas ligações com a emissora ou o seu interesse na oferta, nas suas manifestações em assuntos que envolvam a oferta, a emissora ou os valores mobiliários”*. Devem, igualmente, nos termos do art. 49, *“assegurar a precisão e conformidade de toda e qualquer informação fornecida a quaisquer investidores, seja qual for o meio utilizado, com as informações contidas no prospecto, devendo encaminhar tais documentos e informações à CVM, na forma do art. 50”*. O descumprimento desses deveres, de acordo com o art. 59, VII, configurará a infração grave a que se refere o § 3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, acarretando a aplicação da multa cominada no § 1º desse preceito.

Em razão da necessidade de se estabelecer uma simetria informacional e assegurar a transparência do empreendimento, de modo a evitar que os investidores realizem juízos de valor equivocados, dispõe o art. 50 que *“a utilização de qualquer texto publicitário para oferta, anúncio ou promoção da distribuição, por qualquer forma ou meio veiculados, inclusive audiovisual, dependerá de prévia aprovação da CVM e somente poderá ser feita após a apresentação do Prospecto Preliminar à CVM”*. Para que o material publicitário possa ser utilizado antes da apresentação do prospecto preliminar, é necessário que se destine à campanha educativa do público alvo, em distribuições a investidores não familiarizados com o mercado de valores mobiliários, e que seja aprovado, de modo expresso ou tácito, pela CVM.

O art. 56 dispõe que *“o ofertante é o responsável pela veracidade, consistência, qualidade e suficiência das informações prestadas*

por ocasião do registro e fornecidas ao mercado durante a distribuição". Trata-se de comando mais que justificável, pois aquele que detém a informação deve ser responsável pela sua higidez. A exigência de que a informação tenha consistência e qualidade evidencia que o construtor ou incorporador, no caso dos condo-hotéis, não se eximirá do seu *munus* com a disponibilização de "qualquer informação". A não ser assim, a má-fé em não colher informações de qualidade poderia ser facilmente encoberta pela simples ausência da informação.

Além do lançamento de condo-hotéis que simplesmente ignoravam a normatização existente, ampliou-se consideravelmente o quantitativo de ofertas públicas de condo-hotéis que vinham sendo dispensadas de registro pela CVM, desde, como se disse, que não comprometessem os interesses (particularmente informacionais e de assunção de risco) dos investidores. Esse estado de coisas levou à edição da Deliberação CVM nº 734, de 13 de março de 2015, na qual foi concedida a dispensa "*em ofertas públicas de distribuição de contratos de investimento coletivo no âmbito de projetos imobiliários vinculados à participação em resultados de empreendimento hoteleiro, nas hipóteses que especifica*". Trata-se do primeiro ato regulamentar editado pela CVM direcionado especificamente aos contratos de investimento coletivo hoteleiro.

3.1 A DELIBERAÇÃO CVM Nº 734/2015

A Deliberação CVM nº 734/2015 outorgou competência à Superintendência de Registro de Valores Mobiliários para dispensar o registro dos condo-hotéis (item II) e definiu os valores dos empreendimentos que podem ser objeto de dispensa (item III). Além disso, fixou, no item IV, os documentos a serem apresentados nos pedidos de dispensa: (a) prospecto resumido da oferta, contendo, ao menos, as informações previstas no Anexo II; (b) estudo de viabilidade econômica do empreendimento hoteleiro; (c) modelo de declaração do investidor elaborado de acordo com o Anexo I, na qual é realçado o disposto nos incisos I e II do art. 4º da Instrução CVM nº 400/2003, sintetizados no

binômio *acesso à informação x plena aptidão do adquirente em compreendê-la*; (d) modelo de todos os instrumentos contratuais que compõem o negócio; (e) declaração assinada por dirigentes da incorporadora ou construtora no sentido de que as informações fornecidas ao público investidor são verdadeiras, consistentes, completas e suficientes, sendo que esse último aspecto bem ressalta a afronta à *ratio* da norma na conduta de oferecer ao público *alguma* ou *qualquer* informação, ao invés de *toda* a informação necessária; e (f) a certidão de ônus reais do imóvel.

O item IV, em sua alínea *c*, ainda estabelece um requisito indispensável ao deferimento da dispensa: trata-se da concessão do “*direito de retratação*”, que será aplicável nos termos do item I, *c*, da Deliberação [rectius: “*possibilidade de o investidor revogar a sua decisão de adquirir o CIC (“conjunto de instrumentos contratuais ofertados publicamente no âmbito do empreendimento hoteleiro”)* distribuído sem o registro de que trata a Instrução CVM nº 400, de 2003, ou sem a concessão de dispensa nos termos desta Deliberação”]. Pela sua relevância, o direito de retratação será analisado em separado no tópico 6.

O item V ainda exige que, enquanto a oferta estiver em curso, os ofertantes ponham à disposição do público, em página da rede mundial de computadores, os documentos referidos no item IV, que devem instruir o pedido de dispensa do registro. Construtores e incorporadores de má-fé podem vir a disponibilizar esses documentos após o quase exaurimento da oferta pública, com o só objetivo de ludibriar a fiscalização da CVM, o que exige cuidado redobrado da autarquia. Os ofertantes devem ainda obter dos adquirentes, por escrito, a declaração de que trata o Anexo I, cuja ausência irá macular a oferta realizada e a manifestação de vontade emitida.

O item V exige ainda que o material publicitário contenha o endereço preciso das páginas da *web* nas quais as informações úteis estão disponíveis, advirta os investidores dos riscos do investimento e, na hipótese de projeção de rentabilidade, explicita, “*com destaque, que a referida projeção não representa e nem deve ser considerada, sob qualquer hipótese, como promessa, garantia ou sugestão de rentabilidade*”. Além disso, deve conter, em todas as suas páginas, a frase:

A presente oferta foi dispensada de registro pela CVM. A CVM não garante a veracidade das informações prestadas pelo ofertante nem julga a sua qualidade ou a dos valores mobiliários ofertados. Antes de aceitar a oferta, leia com atenção o estudo de viabilidade e o prospecto resumido, em especial a seção fatores de risco disponíveis no site xxx.xxxxxxx.com.br.

Caso sejam direcionados ao público materiais publicitários que não atendam a esses requisitos, ter-se-á uma elevada possibilidade de que os adquirentes incorram em erro ao externarem a sua vontade. Aliás, a depender dos contornos do material publicitário, ter-se-á a caracterização do próprio dolo do construtor ou incorporador.

3.2. A INSTRUÇÃO CVM Nº 602/2018

Em 27 de agosto de 2018, a Comissão aprovou a Instrução CVM nº 602, diploma regulamentar que passou a dispor “*sobre a oferta pública de distribuição de contratos de investimento coletivo hoteleiro*”. Como veremos, esse diploma irá coexistir com a Deliberação CVM nº 734/2015 em relação aos empreendimentos cuja oferta pública já foi iniciada.

O art. 6º da Instrução CVM nº 602/2018 dispôs sobre os documentos e informações que devem ser apresentados no pedido de registro, pouco inovando em relação à sistemática então vigente. O art. 7º fixou o prazo de 20 (vinte) dias para que a Superintendência de Registro de Valores Mobiliários se manifeste sobre o pedido de registro, findo o qual o deferimento será automático. O art. 15 impôs ao ofertante o dever de fiscalizar a atividade dos corretores de imóveis, o que já estava ínsito na relação proponente-preposto.

O art. 18, por seu turno, dispõe que as informações divulgadas durante a oferta devem ser “*verdadeiras, completas, consistentes e não podem induzir o investidor a erro*”, devendo ainda ser úteis à avaliação do empreendimento hoteleiro e aos riscos do investimento. O art. 19 dispõe que o estudo de viabilidade deve ressaltar que as projeções nele contidas “*não representam nem devem ser consideradas, em qualquer hipótese, como promessa, garantia ou sugestão de rentabilidade*”.

Os arts. 20 a 22 preservaram os balizamentos do material publicitário, inclusive exigindo a sua divulgação na *internet*, mas a sua utilização não depende de prévia aprovação da Superintendência de Registro de Valores imobiliários, embora seja facultado ao ofertante apresentá-lo. O art. 25, parágrafo único, assegura o direito de retratação exclusivamente aos investidores que aceitarem a oferta durante o período em que tenha sido divulgado o material publicitário irregular, cessando esse direito no momento de sua retificação. O art. 26 assegura a restituição integral dos valores pagos pelos investidores que exerceram o direito de retratação.

A grande inovação da Instrução CVM nº 602/2018 foi o detalhamento dos requisitos a serem preenchidos para a dispensa automática do registro de distribuição dos valores mobiliários afetos aos empreendimentos hoteleiros. Para tanto, o art. 28 exige, entre outros requisitos, que (a) cada adquirente das frações ideais não adquira mais de 10 (dez) unidades; (b) a oferta pública seja realizada após a auditoria anual da sociedade operadora (*rectius*: bandeira) que irá explorar o empreendimento; (c) sejam alienadas mais de 10 (dez) unidades autônomas no mesmo ano-calendário; e (d) o material publicitário contenha o aviso que se reproduz abaixo:

“A presente oferta de contrato de investimento coletivo hoteleiro foi dispensada de registro pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM. A CVM não analisa previamente tais ofertas. A CVM não garante a veracidade das informações prestadas pelo Ofertante nem julga a sua qualidade ou a dos contratos de investimento coletivo hoteleiro ofertados. A presente oferta trata de investimento em valores mobiliários, e não apenas da aquisição de imóvel. Antes de aceitar uma oferta, leia com atenção o Prospecto, em especial a seção Fatores de Risco, e o Estudo de Viabilidade Econômica e Financeira do empreendimento hoteleiro”.

Os arts. 29 a 32 também trazem relevante inovação. Em primeiro lugar, dispensam do registro de emissor de valores mobiliários *“a sociedade operadora de empreendimento hoteleiro que for exclusivamente emissora de CIC hoteleiro nos termos desta Instrução”*.

Além disso, exigem a publicação das demonstrações financeiras do empreendimento, bem como que sejam objeto de análise por auditor independente, temática na qual não incursionava a Deliberação nº 734/2015.

Apesar de o art. 39 ter revogado a Deliberação CVM nº 734/2015, o *caput* do art. 41 ressaltou que,

“em relação às ofertas que na data de publicação desta Instrução já tenham sido dispensadas de registro, os ofertantes podem, alternativamente, continuar a observar as disposições da Instrução CVM nº 400, de 2003, e da Deliberação CVM nº 734, de 2015, ou seguir o regime estabelecido na presente Instrução, inclusive no que diz respeito ao conteúdo e à atualização do prospecto e do estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento”.

Como se percebe, a observância da nova disciplina por parte dos ofertantes que já tenham tido o registro dispensado com base na sistemática anterior é uma faculdade, não uma obrigação, o que se mostra de todo correto para fins de preservação da segurança jurídica. O § 1º do art. 40 ressalta que a opção a que se refere o *caput* deve ser realizada em até 60 (sessenta) dias úteis da entrada em vigor da Instrução nº 602/2018. O § 2º do art. 40, por sua vez, acresce que, *“terminado o prazo previsto no § 1º sem manifestação dos ofertantes, as ofertas continuam a reger-se pelas disposições da Instrução CVM nº 400, de 2003, e da Deliberação CVM nº 734, de 2015”*.

Por fim, ressalte-se, o § 6º do art. 40 dispõe que, *“ainda que tenham optado por seguir as disposições da Instrução CVM nº 400, de 2003, e da Deliberação CVM nº 734, de 2015, os ofertantes devem observar o prazo de duração da oferta previsto no art. 17, contado a partir da data de entrada em vigor desta Instrução, bem como divulgar anúncio de encerramento de oferta na forma prevista no Anexo 6-X, observado, nesse tocante, o disposto no § 4º deste artigo”*.

A partir dessa sintética visão das normas estabelecidas pela CVM para os condo-hotéis, direcionaremos nossa atenção para três pontos fundamentais para a presente análise: a) a potencial

lesividade das assimetrias informacionais; b) a existência ou não de conflito entre o direito de retratação assegurado pela CVM e a garantia do ato jurídico perfeito; e, por último, c) a incidência ou não das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor na oferta pública das frações ideais dos condo-hotéis.

4 AS ASSIMETRIAS INFORMACIONAIS E OS CONDO-HOTÉIS

No mercado financeiro, é bem conhecida a concepção de *disclosure*, que significa, em vernáculo, divulgação ou, de modo mais específico, a ação de tornar algo conhecido. Como ressaltado por Staking e Schulz (1999, p. 1), trata-se de “pré-requisito” para o seu desenvolvimento. Ainda de acordo com esses autores, os mercados financeiros têm o objetivo de facilitar a alocação de recursos escassos nos “*melhores investimentos*” para economia, considerando-se como tal aquele que oferece o maior retorno. A partir das informações disponíveis e do retorno médio das opções disponíveis no mercado, cada investidor será capaz de decidir entre poupar (e onde poupar) ou consumir (e onde consumir). A promessa de retorno superior à média do mercado irá atrair, invariavelmente, o investimento (*Idem*, p. 3).

A habilidade de separar a decisão de investir da decisão de consumir é crucial para os modelos comuns de investimento, sendo direcionada pela avaliação de risco. Apesar de poucos investimentos serem avessos ao risco, a compreensão do seu alcance e de sua extensão será diretamente influenciada pela quantidade e pela qualidade das informações disponíveis. Mesmo em investimentos com elevada margem de risco, a escassez de informações tende a minimizá-lo e a obnubilar a razão com a expectativa de resultados positivos, algo comum no imaginário coletivo.

É justamente a disponibilidade da completude informacional, dever ético-jurídico do ofertante dos valores mobiliários e direito do adquirente desses valores, que permitirá a plena percepção do risco e a decisão consciente de assumi-lo ou não. Na síntese de Staking e Schulz (*Ibidem*, p. 5), “a fronteira teoricamente eficiente associada ao modelo de precificação de ativos de

capital será, portanto, menor para um mercado com informações de baixa qualidade do que para um mercado com informações de boa qualidade”.

Ainda de acordo com Staking e Schulz (Ibidem, p. 5), “o mercado financeiro, portanto, necessita de informações efetivas e eficientes”, de modo que aqueles que têm acesso à “melhor informação” e são capazes de interpretar a “informação disponível” de modo mais rápido ou mais acurado terão uma vantagem comparativa em sua decisão de investimento. Esse aspecto, como ressaltado pelos autores, bem explica o potencial lesivo da assimetria de informações - *asymmetric information* – (Ibidem, p. 6-7). Assim ocorre porque a informação permitirá o delineamento do risco ou ao menos da percepção de risco, e a sua ausência ou incompletude invariavelmente conduzirá a um desequilíbrio entre os *players* do mercado. Parafraseando Mirella Pellegrini (2016, p. 225), é possível afirmar que se trata de “*aspetto degenerativo di un capitalismo avanzato*”.

Sem informações igualitárias, a própria liberdade na valoração da conveniência ou não de se realizar o investimento é comprometida. Afinal, a liberdade pode ser vista “como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e resultado” (GRAU, 2017, p. 197).

As competências outorgadas à Comissão de Valores Mobiliários decorrem justamente da percepção de que as informações relativas aos valores mobiliários alcançados pela disciplina da Lei nº 6.385/1976 podem afetar os preços e as condições de negociação, “especialmente aquelas que apresentam risco de mercado (risco de flutuação do valor do ativo), não apenas o risco de crédito (risco de o devedor não pagar a dívida)” – (BENSOUSSAN e GOUVÊA, 2019, p. 533). Esse aspecto, aliás, permeou toda a normatização editada pela CVM a respeito da oferta pública dos condo-hotéis. Como valores mobiliários, devem então se ajustar necessariamente à completude informacional que direciona a oferta pública de ativos dessa natureza em todos os quadrantes do mundo.

Assim sendo, as informações não devem ser deduzidas pelos adquirentes dos condo-hotéis; não se pode presumir que conhecem os riscos de um ativo que foi, por construtores e incorporadores, despejado no mercado de maneira aventureira (na ausência de eufemismo ainda mais adequado); é preciso que efetivamente sejam capazes de compreender a conexão lógica entre aspectos circunstanciais e risco, sendo a completude informacional o amálgama que os une. E essa compreensão, na avaliação do órgão competente, a Comissão de Valores Mobiliários, somente será alcançada com o pleno atendimento das exigências contidas na Instrução Normativa CVM nº 400/2003, na Deliberação nº 734/2015 e, posteriormente, na Instrução Normativa CVM nº 602/2018.

Apesar dessa constatação, o que se verificou na realidade brasileira foi a divulgação e a comercialização de condo-hotéis como se fossem meras unidades imobiliárias, não valores mobiliários com potencial de comprometer a esfera jurídica individual durante anos a fio. Nesse sentido, estudos de viabilidade econômica não parecem ter sido, como seria exigível, apresentados aos investidores, que, por isso, não tinham como ter ciência do crescente aumento do quantitativo de hotéis construídos e a inviabilidade de as respectivas vagas serem absorvidas pelo ambiente social.

Os informes publicitários se utilizaram da taxa de ocupação do setor hoteleiro nos anos anteriores, o que certamente tem o (forte) condão de produzir no imaginário dos adquirentes a sua reprodução em anos futuros. Todavia, essa expectativa jamais se formaria se os adquirentes possuísem as informações garantidas pelo sistema normativo que circunstancia a matéria. Ademais, é difícil crer que adquirentes informados de modo transparente de que as bandeiras dos hotéis seriam remuneradas mesmo quando a taxa de ocupação do hotel não alcançasse os patamares mínimos para que isso fosse possível mantivessem intactas suas pretensões de investir.

O resultado prático desse estado de coisas leva a resultados somente agora claros: enquanto os adquirentes direcionavam suas economias a esses empreendimentos sem que obtivessem

qualquer rendimento (inclusive com a obrigação de realizar aportes regulares para que as bandeiras se utilizassem das estruturas que contribuíram para construir), construtores e incorporadores, ao perceberem a inviabilidade do negócio do qual obtiveram lauto benefício, retiram-se, deixando para trás os desinformados adquirentes investidores.

Infelizmente, a assimetria de informações, que tem sido vista como a principal falha de mercado, tem o potencial de produzir resultados desastrosos no âmbito dos condo-hotéis, redundando, em muitas ocasiões, no “efeito manada”. Nesse caso, embora não tenha informações adequadas, um *player* imita o comportamento dos demais, o que conduz a resultados irracionais e amplia consideravelmente o prejuízo no âmbito coletivo.

5 O DIREITO DE RETRATAÇÃO ASSEGURADO PELA CVM E A GARANTIA DO ATO JURÍDICO PERFEITO

Como já anteriormente abordado, a CVM assegurou o direito de retratação aos adquirentes das frações ideais dos condo-hotéis tanto na Deliberação CVM nº 734/2015 (Itens I, c e IV) como na Instrução CVM nº 602/2018 (art. 25). No primeiro caso, a retratação decorreria da realização da oferta pública do empreendimento hoteleiro sem o registro de que trata a Instrução CVM nº 400/2003 ou sem a concessão de dispensa de registro prevista na Deliberação CVM nº 734/2015; no segundo caso, a retratação decorreria da divulgação de material publicitário irregular, sendo assegurado, ainda, o direito à restituição integral dos valores pagos.

À luz desses comandos regulamentares, que produzem efeitos diretos nos contratos celebrados entre, de um lado, o construtor ou incorporador, e do outro, o adquirente da fração ideal, põe-se o problema de saber se estamos perante uma violação à liberdade contratual ou, em se tratando de contratos celebrados em momento anterior à edição do ato normativo, à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (CRFB/9188, art. 5º, XXXVI). A resposta a esse questionamento é singela e não demanda maiores elucubrações de ordem teórica.

A partir do momento em que a Lei nº 10.303/2001 alterou a redação do art. 2º da Lei nº 6.385/1976 e acresceu um inciso ao preceito (no caso, o inciso IX), considerando valores mobiliários, “quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”, foi exigido o seu registro perante a CVM ou, preenchidos os requisitos exigidos, a sua dispensa pelo referido órgão. Com essa constatação, é possível alcançar, com relativa facilidade, a conclusão de que a oferta pública dos condo-hotéis, sem registro ou dispensa de registro, consubstancia ato ilícito. Esse é o ponto.

Nos termos do art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer: “I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. Na medida em que, nos termos da ordem jurídica brasileira, os valores mobiliários elencados no art. 2º da Lei nº 6.385/1976 não podem ser objeto de oferta pública *ad libitum* de quem quer que seja sem a prévia avaliação da CVM, não há dúvida a respeito da nulidade dos contratos que não atenderam esse requisito.

Ao dispor sobre a possibilidade de retratação dos adquirentes em relação às ofertas públicas de condo-hotéis realizadas sem registro ou dispensa de registro, o que fez a CVM foi suavizar o rigor legal. Embora seja mais que duvidoso o seu poder para suprimir vícios de validade reconhecidos pela ordem jurídica, a opção de permitir a retratação foi o meio-termo encontrado para evitar a ruína econômica de construtores ou incorporadores e, ainda, inviabilizar a conclusão dos empreendimentos em curso. Diz-se que é duvidosa a opção de suavizar o rigor legal por uma razão muito simples: lembrando Bevilacqua (1955, p. 245), “essas nulidades são de ordem pública e tiram todo o valor ao ato. Por isso, podem ser alegadas independentemente da prova de prejuízo”.

Tratando-se de empreendimentos que, além de não terem sido registrados ou terem o registro dispensado, ainda omitiram

ou deturparam informações relevantes nos informes publicitários, incidirá a segunda causa de retratação admitida. Ainda aqui o objetivo almejado pela CVM foi o de permitir a viabilidade do empreendimento, já que, na melhor das hipóteses, estaremos perante uma situação de erro do adquirente, o que é causa eficiente para a anulação do negócio jurídico, nos termos do art. 171 do Código Civil. O erro, como ressaltado por Capitant (1927, p. 389), nada mais é “que uma crença não conforme à verdade”, ou, como afirmado por Santiago Dantas (1979, p. 285), é “uma representação errada que se tem da realidade e que influi sobre o ato de vontade”.

Diante do que já foi apresentado, não é de se descartar um possível dolo do construtor ou incorporador na manipulação das informações repassadas ao público, de maneira a criar no imaginário coletivo a ideia de que se trata de um ótimo investimento. Ainda recorrendo a Santiago Dantas (Idem, p. 285), pode-se afirmar que “a manobra dolosa pode conduzir aos dois erros: a uma representação errada da realidade e a uma manifestação errada da vontade”. Nas hipóteses de erro ou dolo, ao não optar pela retratação, o adquirente concorreria para a convalidação do ato anulável. Assim ocorre porque, ainda de acordo com Bevilacqua (Ibidem, p. 246), “os atos anuláveis podem ser ratificados, e a ratificação retroage à data do ato, salvo prejuízo de terceiro”.

Pelas mesmas razões expostas, não haverá que se falar em afronta ao ato jurídico perfeito na aplicação das normas regulamentares da CVM aos negócios jurídicos celebrados em momento anterior.

Observa-se, inicialmente, que ato jurídico perfeito é “o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LINDB, art. 6º, § 1º). Como demonstrado à exaustão, a oferta pública dos condo-hotéis, desde 2003, sem prévio registro ou dispensa de registro na CVM, está em franca colidência com o disposto no art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/1976 e na Instrução CVM nº 400/2003. A oferta assim realizada, portanto, estava em desacordo com a lei vigente ao tempo em que foi efetuada. Acresça-se que são igualmente ilícitos, como ressaltado por Vicente Rao (1994, p. 132), os atos anuláveis, viciados de erro ou dolo, anuláveis portanto. Da ilicitude, como não poderia deixar de ser, não advém

o ato jurídico perfeito. Como ressaltado por Bevilacqua (1931, p. 319), o ato ilícito “*não se destina a criar direitos em favor do agente; gera-lhe, ao contrário, obrigações, pois que o coage a indenizar o dano causado*”. No mesmo sentido: SANTOS, 1944, p. 267.

Ainda convém observar que as próprias normas afetas aos contratos em geral são solenemente afrontadas com a oferta pública dos condo-hotéis sem que haja uma simetria informacional entre ofertantes e adquirentes. O contrato de investimento coletivo deixa de cumprir a sua função social (CC, art. 421, *caput*), considerando os objetivos do sistema financeiro nacional enunciados no art. 192 da Constituição de 1988, que são os de promover o desenvolvimento equilibrado do país e o de servir aos interesses da coletividade; construtores ou incorporadores afrontam diretamente a boa-fé ao não oferecerem as informações adequadas e não atuarem de modo transparente (CC, art. 422); e, nos contratos de adesão, os adquirentes não podem atrair a presunção de que conhecem informações não fornecidas (CC, art. 424).

É relevante observar que, em se tratando de ofertas públicas realizadas ilicitamente em momento anterior à edição da Deliberação CVM nº 734/2015, com registro requerido e dispensado após a sua vigência, sequer há espaço para discussões em torno do ato jurídico perfeito. Afinal, o construtor ou incorporador que o obteve nessas condições automaticamente aderiu à regulamentação da CVM e ao direito de retratação nele previsto. Assim ocorre porque a única forma de distribuição (lícita) de valores mobiliários admitida pela legislação brasileira é aquela que se ajusta aos termos da Lei nº 6.385/1976 e à regulamentação da referida Comissão de Valores Imobiliários.

6 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A OFERTA PÚBLICA DOS CONDO-HOTÉIS

Discussão curiosa diz respeito à sujeição ou não ao Código de Defesa do Consumidor dos negócios jurídicos que caracterizam a realização de um investimento por uma das partes, a ser gerido pela outra. A curiosidade decorre do fato de a tese negativa obter um êxito aparentemente injustificável em diversos

setores da doutrina e da jurisprudência. É como se o *significante investidor* fosse o suficiente para negar de forma veemente a proteção que um sistema minimamente baseado em alicerces de justiça (no sentido mais singelo que o termo possa oferecer) não poderia recusar a conceder. A análise, a nosso ver, tem sido lastreada em premissas equivocadas.

Ao lançarmos os olhos na Deliberação CVM nº 734/2015 e na Instrução CVM nº 602/2018, nítido fica que a CVM visualiza a oferta pública dos condo-hotéis como direcionada aos investidores experientes, com plena compreensão dos aspectos circunstanciais do empreendimento e capazes de realizar a avaliação do risco envolvido a partir das informações que os atos regulamentares exigem que sejam fornecidas.

O adquirente, aliás, deve firmar declaração nesse sentido. A este, por certo, não é direcionado o Código de Defesa do Consumidor. Mas seria razoável que a solução fosse a mesma em se tratando de oferta pública desses valores mobiliários sem registro ou dispensa da CVM e, pior, em total afronta às suas deliberações, com ampla e irrestrita assimetria informacional?

Não vemos como alcançar uma resposta positiva ao questionamento acima apresentado. A oferta irregular de condo-hotéis à generalidade das pessoas, escamoteando informações relevantes, omitindo a viabilidade econômica e construindo perspectivas fantasiosas de rendimentos, deve ser enquadrada nos ditames do Código de Defesa do Consumidor por estarem presentes os requisitos legais exigidos.

Esse enquadramento, aliás, já foi feito pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2006) com as atividades de natureza bancária, excetuadas apenas a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia. Portanto, não há qualquer razão lógica ou argumentativa para a distinção. O cliente de uma instituição financeira que mantém alguns poucos reais em uma caderneta de poupança e é surpreendido com uma elevada tarifa bancária de cuja existência não foi previamente in-

formado é tão investidor quanto os adquirentes de frações ideais nos condo-hotéis.

Os adquirentes das frações ideais são proprietários das cotas e destinatários finais das atividades de administração e gestão desenvolvidas, respectivamente, pela bandeira hoteleira e pela sociedade em conta de participação, à qual estão integrados não por força da *affectio societatis*, mas em razão do contrato de adesão de natureza coletiva que celebraram. São, portanto, destinatários de um serviço (CDC, art. 2º). É importante repetir que estamos tratando de situação em que elevado contingente de pessoas foi irregularmente conduzido a aderir à oferta ilícita de valores mobiliários, cuja “vulnerabilidade econômica” (Cf. FILOMENO, 1999, p. 31) em relação aos ofertantes é manifesta.

Ainda é importante lembrar que o posicionamento contrário à incidência do Código de Defesa do Consumidor nessa espécie de relação jurídica não afasta a aplicação do Código Civil, especialmente, como vimos, na caracterização de sua nulidade, quando a oferta pública ocorrer sem prévio registro ou dispensa, ou anulabilidade, quando presente o erro ou o dolo. Além disso, não pode ser olvidado o instituto da lesão, amparado tanto pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, V) como pelo Código Civil (art. 317), que veda a oneração excessiva de uma das partes, a exemplo do que ocorre com os adquirentes de frações ideais que nada recebem pelo seu investimento e ainda são obrigados a realizar aportes, tudo para custear a administração do empreendimento por uma bandeira hoteleira, que capitaliza os lucros e socializa os prejuízos, nos termos em que bem situa os contornos da lesão consumerista Carvalho Júnior (2005).

CONCLUSÕES

A oferta pública de condo-hotéis sem o registro ou a dispensa de registro perante a CVM, como exigido pela Lei nº 6.385/1976 e pela Instrução Normativa CVM nº 400/2003, consubstancia ato ilícito, dela decorrendo negócios jurídicos nulos de pleno direito, nos termos do art. 104, II, do Código Civil. Além disso, a não observância das normas regulamentares em relação

à realização de estudos de viabilidade financeira e à promoção de publicidade que omita informações e encubra riscos compromete a manifestação de vontade dos adquirentes ao maculá-la pelos vícios do erro ou do dolo, tornando o ato anulável, conforme dispõe o art. 171 do Código Civil.

O direito de retratação assegurado na Deliberação CVM nº 734/2015 (itens I, c e IV) aos adquirentes de frações de condo-hotéis não registrados ou sem dispensa de registro, embora destoe da legislação civil, já que a nulidade de ordem pública é insuscetível de ser convalidada, teve por objetivo evitar o colapso financeiro dos ofertantes e a paralisação dos empreendimentos, não tendo comprometido os direitos dos adquirentes, já que não foi fixado prazo para a sua realização.

No que diz respeito ao direito de retratação assegurado na Instrução CVM nº 602/2018 (art. 25), aos adquirentes das frações ideais em período de veiculação de material publicitário irregular, o que configura uma situação de erro ou dolo, viciando a manifestação de vontade e tornando o ato anulável, tem-se a plena compatibilidade com a legislação civil, que admite a sua convalidação.

Na medida em que a oferta pública dos condo-hotéis sem o registro ou a dispensa de registro configure ato ilícito, a incidência das normas regulamentares da CVM sobre os contratos pretéritos, especialmente aqueles cujo registro foi dispensado em período contemporâneo à sua vigência, não configura afronta à garantia do ato jurídico perfeito.

A oferta pública de condo-hotéis à margem das normas regulamentares da Comissão de Valores Mobiliários, oferecidos à generalidade das pessoas e não apenas àqueles com expertise avançada no mercado financeiro, deve ser necessariamente regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do que se verifica com as relações jurídicas estabelecidas com as instituições financeiras. Assim ocorre porque, nesse caso, os adquirentes são destinatários diretos de serviços prestados por pessoas jurídicas com as quais não mantêm a *affectio societatis*, tendo sido ilicitamente cooptados no mercado.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico. Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BANI, Elisabeta e MONTEDORO, Giancarlo. Le Autorità Amministrative Indipendenti. In PELLEGRINI, Mirella. **Corso di Diritto Pubblico dell'Economia**. Milão: Cedam, 2016, p. 243-272.

BENSOUSSAN, Fábio Guimarães e GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Econômico**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**, v. I. 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1931.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF**. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. 7 de Junho de 2006. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760371/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2591-df>. Acesso em: 12/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4/ DF**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. 7 de Março de 1991. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266153>. Acesso em: 12/10/2020.

CAPITANT, Henri. **Introduction a l'étude du Droit Civil**. 5. ed. Paris: A. Pedone, 1927.

CAPOBIANCO, Ernesto e PERLINGIERI, Giovanni. **Codice del Consumo. Annotato con la dottrina e la giurisprudenza**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. **A Lesão Consumista no Direito Brasileiro de Acordo com o Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

DANTAS, Santiago. **Programa de Direito Civil. Parte Geral**. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

FILOMENO, José Geraldo Britto. Disposições Gerais. *In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 21-51.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

PELLEGRINI, Mirella. Autoregolazione e Controllo. *In: PELLEGRINI, Mirella. Corso di Diritto Pubblico dell'Economia*. Milão: Cedam, 2016., p. 221-242.

PELLEGRINI, Mirella; TROISI, Angela. Gli Operatori del Mercato Finanziario: Regolazione e Supervisione. *In: PELLEGRINI, Mirella. Corso di Diritto Pubblico dell'Economia*. Milão: Cedam, 2016, p. 383-412.

RAO, Vicente. **Ato Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Económico**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.

SEPE, Marco. I Mercati di Strumenti Finanziari. *In: PELLEGRINI, Mirella. In: Corso di Diritto Pubblico dell'Economia*. Milão: Cedam, 2016, p. 465-504.

STAKING, Kim B. e SCHULZ, Alison. Improved Financial Disclosure as a Prerequisite to Financial Market Development. *In: STAKING, Kim B. e SCHULZ, Alison. Financial Disclosure: A First Step to Financial Market*. Washington: IDB, 1999, p. 1-18.

ADI 5.543/DF: Da Inconstitucionalidade da Proibição da Doação de Sangue por Homossexuais

Simone Alvarez Lima

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Internacional pela UNESA. Pós-graduada em Direito Constitucional.

RESUMO: Desde que a epidemia de AIDS chegou ao Brasil, os homossexuais foram considerados como grupo de risco, especialmente porque havia total desconhecimento sobre a doença, testes e remédios que pudessem curá-la. As igrejas, o Estado e a mídia fortaleceram o estigma do “câncer gay”, entretanto a situação atual é completamente diferente, pois além do controle da doença, que pode fazer com que uma pessoa aidética viva décadas, foi revelado que heterossexuais também podem contrair e transmitir a doença. O art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) mostravam-se inconstitucionais diante da nova ordem constitucional, que promove a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Brasil, a igualdade como direito fundamental. A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543 contra os mencionados artigos foi julgada procedente, o que significa que a decisão é vinculante e com eficácia *erga omnes*, não podendo mais os bancos de sangue se negarem a receber o sangue do doador homem homossexual que teve relação sexual no período

do de doze meses. Em virtude da interpretação emancipatória da Constituição Federal, a doação de sangue não passará mais pelo crivo discriminatório e preconceituoso da sociedade heteronormativa que o Brasil ainda contempla. Trata-se de uma pesquisa elaborada sob o método histórico e dedutivo, pois traz uma parte histórica sobre o preconceito sofrido pelos aidéticos e parte para o aspecto específico, ou seja, a vitória do movimento LGBTQ, no sentido de que seu sangue não será mais discriminado.

PALAVRAS-CHAVE: homem homossexual; doação de sangue; discriminação; ação direta de inconstitucionalidade nº 5.543; interpretação emancipatória.

ABSTRACT: Since the AIDS epidemic arrived in Brazil, homosexuals have been considered as risk groups, especially since there was a total lack of knowledge about the disease, tests and remedies that could cure it. Churches, the State and the media have strengthened the stigma of “gay cancer”, however, the current situation is completely different, as in addition to controlling the disease that can cause an AIDS person to live for decades, it has been revealed that heterosexuals can also contract and transmit the disease. Art. 64, IV, of Ordinance No. 158/2016 of the Ministry of Health and art. 25, XXX, “d”, of the Resolution of the RDC Collegiate Board nº 34/2014 of the National Health Surveillance Agency (ANVISA) were unconstitutional in the face of the new constitutional order that promotes the dignity of the human person as one of the foundations of Brazil, equality as a fundamental right. Direct unconstitutionality action no. 5,543 against the aforementioned articles was upheld, which means that the decision is binding and effectively raises omnes, and the blood banks can no longer refuse to receive the blood of the homosexual male donor who has had sex within twelve months. Due to the emancipatory interpretation of the Federal Constitution, blood donation will no longer pass through the discriminatory and prejudiced sieve of heteronormative society that Brazil still contemplates. It is a research carried out under the historical and deductive method, as it brings a historical part about the prejudice suffered by AIDS and part for the specific aspect, that

is, the victory of the LGBTQ movement, in the sense that their blood will no longer be discriminated.

KEYWORDS: homosexual man; blood donation; discrimination; direct unconstitutionality action no. 5,543; emancipatory interpretation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, que julgou inconstitucional a proibição de doação de sangue por homossexuais, e explicar os direitos constitucionais violados em virtude da proibição de doação de sangue ao homem homossexual.

O primeiro item do presente artigo tem como objetivo explicar o contexto histórico da epidemia de AIDS na década de 80, que foi considerado um dos motivos que levaram os homossexuais a serem rotulados como potenciais disseminadores do vírus da AIDS e que teve como consequência a proibição de doação de sangue por parte de homens homossexuais que praticaram sexo nos últimos doze meses, estabelecida pela Agência de Vigilância Sanitária e reforçada pelo Ministério da Saúde.

No segundo item, destacam-se os dispositivos constitucionais violados em virtude da proibição aos homossexuais de doarem sangue, tais como o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade. Neste item, aponta-se que a proibição discriminatória não condiz com uma sociedade justa, livre de preconceitos e que visa a promover o bem de todos.

Por fim, o último item explica a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, promovida pelo Partido Socialista Brasileiro, que requereu a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Serão mencionados os principais pontos da petição inicial, tais como a defasagem dos bancos de sangue brasileiros e os efeitos da sentença de procedência.

Trata-se de uma pesquisa relevante, porque trata de um tema atual e explica o quão o controle de constitucionalidade pode servir para ajudar na emancipação de uma minoria (população LGBTI), que, neste caso, ganhou a permissão legal para doar sangue graças a declaração de inconstitucionalidade dos artigos supracitados.

Foi utilizado o método dedutivo, em virtude de partir dos aspectos gerais do preconceito sofrido pela população LGBTI, para o aspecto específico, que foi a declaração de inconstitucionalidade. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, uma vez que foram utilizados livros, jurisprudências e boletins oficiais no levantamento de dados, os quais foram tratados qualitativamente.

1. DO PRECONCEITO SOCIAL ENFRENTADO PELA POPULAÇÃO LGBTI E O ESTIGMA DA AIDS

A população LGBTI não sofria com o preconceito na Antiguidade. A bissexualidade, por exemplo, era vista como natural e rito de iniciação, uma vez que era comum os rapazes iniciarem suas relações sexuais com homens mais velhos. Entretanto, é verdade que era visto como mais valorizado aquele que escolhia a posição ativa na relação. A homossexualidade era uma espécie de ritual sagrado. (DIAS, 2016, p. 57)

Com o advento do Cristianismo, a situação mudou, pois, nas palavras de Dias (2016, p. 61), “o sexo passou a ser visto como pecado e apenas admitido no âmbito matrimonial e exclusivamente para fins procriativos.” No ano de 1179, o III Concílio de Latrão tornou a homossexualidade crime, e o primeiro código ocidental lhe previu pena de morte.

A partir desse período, o homossexual passou a ser discriminado e alvo de preconceito até os dias atuais. Nas palavras de Castells (2018, p. 324), “o patriarcalismo exige heterossexualidade compulsória. A civilização, conforme reconhecida historicamente, é baseada em tabus e repressão sexual.”

No Brasil, a discriminação institucional é mais evidente no âmbito do Poder Legislativo, o qual, em matéria de Direito Ho-

moafetivo, sempre foi vagaroso e tímido, restando para os juízes o papel de realizar a justiça dentro do caso concreto. Afinal, o art. 140 do Código de Processo Civil Brasileiro estabelece que o juiz não pode deixar de julgar um caso em virtude da inexistência de lei, lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Entretanto, apesar deste artigo ser um permissivo ao ativismo judicial, graças ao qual a população LGBTI+ tem conseguido alcançar os seus direitos, não se pode negar a falha legislativa ao tentar ignorar esse setor que a sociedade torna vulnerável. Negar-lhes direitos é uma forma de exclusão, tal como Pereira leciona, *in fine*:

O direito, além de ser uma sofisticada técnica de controle de pulsões, é também um importante instrumento ideológico de inclusão e exclusão de pessoas e categoria no laço social. Esta exclusão de pessoas é algo atentatório contra a liberdade e autonomia da vontade, utilizando uma dita moral sexual, que continua excluindo formas diferentes de verem a sexualidade e o desejo. (PEREIRA, 2018, p. 30)

Um dos fenômenos que contribuíram ainda mais para a exclusão da população homossexual foi o surgimento da AIDS. O vírus causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida se manifestou pela primeira vez entre os anos de 1977 e 1978 nos Estados Unidos, no Haiti e na África Central.¹

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a qual será explicada no último item do presente artigo, destacou o contexto histórico da proibição da doação de sangue por homossexuais, narrando que a década de 1980 foi caracterizada pela epidemia da AIDS, que ficou conhecida popularmente como o câncer gay, em virtude da plena ignorância que pairava sobre a nova doença.

1 A AIDS surgiu a partir do vírus SIV, encontrado no sistema imunológico de chimpanzés e do macaco-verde africano, que, apesar de não os deixar doentes, é um vírus mutante, que teria dado origem ao HIV. É provável que a transmissão para o ser humano tenha ocorrido em tribos da África central que caçavam chimpanzés e macacos-verdes. Durante os anos 60 e 70, período das guerras da independência, a entrada de mercenários no continente africano começou a espalhar a AIDS pelo mundo. Haitianos levados para trabalhar no Congo também ajudaram a levar a doença para outros países, entretanto a aids só foi identificada em 1981, quando faleceu o chamado "paciente zero" nos Estados Unidos, que era um comissário de bordo que disseminou a AIDS em suas viagens. O nome HIV surgiu apenas em 1986. (SUPER INTERESSANTE, 2011).

Brito e Rosa (2018, p. 757) explicam que, devido ao vazio deixado pelas ciências e pesquisas a respeito da AIDS, permitiram que diversas instituições discursassem sobre o assunto, ainda que de forma equivocada, tais como Estado e Igreja, estabelecendo uma rede de poder sobre o assunto. A mídia reforçava o quão ruim era a doença, uma vez que as notícias de revistas e jornais propagavam os preconceitos em momentos cotidianos, o que foi considerado pelo autor como parte de um modelo abusivo e pejorativo de buscar fazer com que o aidético se acreditasse como alguém anormal.

A medicina contém o saber para autenticar se um sujeito é normal ou não, o saber de definir o que os indivíduos podem comer. E, como detentora da sabedoria, tem o poder de intervir na vida da sociedade e de ditar o que é certo e errado. Isso explica por que a AIDS, nos primeiros discursos produzidos a respeito, havia sido rotulada de “câncer gay”, uma vez que a comunidade homoafetiva constituía seus primeiros portadores. E a Igreja, por sua vez, também detentora do saber religioso, detinha o poder em relação aos seus fiéis, de forma que um grande número de seguidores difundia, naturalizava e autorizava o discurso relativo à AIDS como um castigo de Deus. (ROSA; BRITO, 2018, p. 776)

Na década de 80, pairava a preocupação em torno da janela imunológica, também conhecida como janela silenciosa, que “é o período posterior à infecção, no qual os exames laboratoriais ainda não detectam o vírus no material sanguíneo coletado.” Assim, em nome do desconhecimento científico referente à AIDS, foi proibida a doação de sangue por parte de diversos setores sociais, dentre eles, dos homens homossexuais e, no Brasil, em 1993, por meio da Portaria nº 1366, proibindo, pela primeira vez na história brasileira, a doação de sangue por parte destes homens. (PETIÇÃO INICIAL DA ADI 5.543)

De acordo com a Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas (ABRAFH), a estigmatização que os médicos colocaram sobre os gays fez com que a população heterossexual acreditasse que não fazia parte do grupo de risco, o que possibilitou que a

AIDS se espalhasse de modo mais acelerado, uma vez que os heterossexuais demoraram a se conscientizar da importância do sexo seguro.

Em 1985, a transmissão do vírus da AIDS representava em torno de 70% das notificações de HIV no Brasil, e era inexistente ou muito limitado o controle de qualidade do sangue dos hemocentros e bancos de coleta públicos e privados. Por esse motivo, mesmo não havendo uma portaria do Ministério da Saúde que impedisse a doação de sangue, havia Secretarias Estaduais de Saúde que não aceitavam o sangue dos homossexuais. Reis (2020) explica que mesmo com as denúncias recebidas pelo Grupo Gay da Bahia por parte dos gays que tiveram seu sangue recusado, durante dez anos, por causa do contexto da época, a entidade entendeu que era “razoável essa exclusão, por ser dominante na época, tanto no meio científico quanto nos órgãos de prevenção, a ideia de existência de grupos de risco”. O Grupo Gay da Bahia, então, julgou que, pelo bem-estar geral da população, essa exclusão não feria gravemente os direitos dos cidadãos pertencentes às minorias sexuais.

Castells (2018, p. 338) conta que um dos esforços mais relevantes da comunidade gay foi a batalha cultural para desmistificar a AIDS e convencer o mundo de que a doença não era causada pela homossexualidade. “O contato, inclusive o contato sexual, é que seria o mensageiro da morte, não a homossexualidade.” A batalha em diversos países contra o estigma da AIDS sobre os homossexuais teve como vitória trazer ao mundo a capacidade de ver a epidemia em termos de vírus, não em termos de preconceitos e pesadelos.

Chegamos muito perto, em todo o mundo, de considerar a AIDS como um merecido castigo divino contra a Nova Sodoma, o que nos teria impedido de tomar as medidas necessárias para evitar uma disseminação ainda mais ampla da doença até que fosse tarde demais para controlá-la. O fato de não termos chegado a esse ponto, de as sociedades terem compreendido em tempo que a AIDS não era uma doença homossexual e que toda a sociedade precisava lutar contra suas

fontes e formas de disseminação, deveu-se, em grande parte, ao trabalho do movimento anti-AIDS organizado pelos gays. (CASTELLS, 2018, p. 339)

Em 27 de novembro de 2018, foi publicado o mais recente Manual Técnico para Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças, no qual constam, além dos testes de 4ª geração, que reduzem a janela imunológica para 15 dias, os testes rápidos, que são, também, capazes de detectar o vírus da AIDS. Logo, nada impede que, no mínimo, o laboratório aguarde 15 dias para fazer o exame de detecção do vírus, em vez de, simplesmente, descartar o doador em virtude de sua orientação sexual.

Em 2002, a Resolução da Anvisa RDC nº 343, de 13 de dezembro de 2002, alterou a proibição permanente de doação de sangue para provisória, ou seja, o homossexual poderia doar sangue desde que houvesse um lapso temporal de 12 meses, o que é desproporcional, em virtude de que a janela de imunidade, como verificado, é bem menor do que esse tempo. Além disso, apesar da ilusão legislativa de que houve um avanço, na prática, os homossexuais permaneciam permanentemente afastados da possibilidade de doar sangue, uma vez que a referida Resolução interferia indevidamente em sua vida privada, praticamente impedindo tais homens de terem qualquer atividade sexual, algo que não é exigido para mulheres heterossexuais que se envolvem com homens.

Ressalta-se que a desvalorização, ou melhor, reprovação da prática sexual homossexual equivale a uma degradação valorativa da autorrealização do homem homossexual e lhe retira a sua autoestima a ponto de sentir-se estimado por suas características peculiares. Nesse sentido, seguem as palavras de Honneth:

A degradação valorativa de determinação dos padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior de uma coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de autoestima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser

estimado por suas propriedades e características. (HONNETH, 2017, p. 218)

Soma-se a isso o fato de que, no Brasil, foi noticiado, em dezembro de 2017, no portal do Governo, que o número de casos de AIDS caiu para 18,8 casos por cada 100 mil habitantes. (BRASIL, 2017) Ou seja, não há mais uma epidemia de AIDS no Brasil e o estigma de outrora que deu ao ordenamento jurídico algum direito de impedir que homens homossexuais doem sangue, independentemente de quando foi a sua última relação sexual.

Dito o contexto histórico da preocupação com a doação de sangue do homem homossexual, passar-se-á à explicação dos direitos fundamentais violados com a antiga proibição, presente no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Anvisa.

2. DA VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL ORIUNDA DA DISCRIMINAÇÃO DO SANGUE DO HOMEM HOMOSSEXUAL COM VIDA SEXUAL ATIVA

Em 04 de fevereiro de 2016, adveio a Portaria nº 158 do Ministério da Saúde, que redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos, com o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no Brasil, conforme princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, no tocante à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão de sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, com fins de diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.

O art. 64 da Portaria 158/2016 estabelecia, de modo discriminatório, que homens homossexuais e eventuais parceiras sexuais desses homens não poderiam doar sangue temporariamente. Eis o teor do referido artigo:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

Merece destaque a contradição presente na própria Portaria nº 158/2016, que, expressamente, menciona o princípio da não discriminação por orientação sexual, em seu art. 2º, §3º.

Art. 2º. § 3º. Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor.

Se a própria legislação em questão positiva o princípio da não discriminação, é uma incoerência impedir homossexuais de doarem sangue, tendo em vista as diversas formas de transmissão do vírus, incluindo práticas heterossexuais. Perceba que pessoas em uma relação heterossexual não ficam inabilitadas para doar sangue, mas as que estavam dentro de uma relação homossexual, sim, seja ela monogâmica, seja ela casual, com diferentes pessoas.

Além do art. 64 da Portaria 158/2016, o art. 25, XXX, “d”, da RDC 34/2014 da Anvisa também violava a Constituição Federal vigente por ter o teor praticamente igual ao mencionado da Portaria do Ministério da Saúde, ou seja, a vedação temporária do indivíduo de sexo masculino que manteve relação homossexual no período de doze meses. Segue o teor do artigo, *in fine*:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os

candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;

Impedir que o homossexual doasse sangue era um atentado à dignidade da pessoa humana, que, de acordo com o art. 1º, III, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. O Ministro Relator Fachin, ao mencionar esse artigo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, objeto do último item do presente artigo, expressou que:

Não se pode coadunar, portanto, com um modo de agir que evidencie um amíudar desse princípio maior, tolhendo parcela da população de sua intrínseca humanidade ao negar-lhe, injustificadamente, a possibilidade de exercício de empatia e da alteridade como elementos constitutivos da própria personalidade e de pertencimento ao gênero humano. (STF, ADI 5.543)

Nesse sentido, ainda vale mencionar o direito ao reconhecimento, que está presente dentro da dignidade humana, o qual, de acordo com Sarmiento (2016, p. 256), possui uma faceta negativa, quando veda as práticas que desrespeitam as pessoas em sua identidade, e outra faceta, que é a positiva, a qual se verifica que impõe ao Estado a adoção de medidas voltadas ao combate de práticas discriminatórias e à superação dos estigmas existentes.

Não é possível negar que a vedação aos homens homossexuais, ainda que temporária, de doarem sangue tem relação com o estigma colocado sobre eles na década de 1980, quando a AIDS ainda era um mistério e considerada uma doença praticamente exclusiva dos homossexuais, algo completamente incondizente com a atualidade, o que é (foi) um motivo suficiente para superar o estigma existente e a discriminação presentes tanto na Portaria 158 do Ministério da Saúde quanto na RDC 34/2014 da Anvisa.

De acordo com o art. 3º, IV, é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem discriminações. Nesse sentido, as ações estatais devem ser dirigidas de modo a promover o respeito às diferenças, e Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 300) explicam que “as normas-princípio contidas nos diversos dispositivos do art. 3º cumprem a função de princípios objetivos que instituem programas, fins e tarefas que vinculam os Poderes públicos e que implicam uma atuação voltada à realização dos objetivos constitucionalmente enunciados.”

Sendo assim, a fim de cumprir com o objetivo de promover o bem de todos, sem discriminações, foi necessária a conscientização de que o preconceito poderia estar custando vidas, uma vez que muitos homens homossexuais queriam doar sangue, mas o preconceito institucionalizado pela lei impedia isso, o que prejudicava os bancos de sangue e, conseqüentemente, os pacientes que necessitavam da transfusão.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, o impedimento ao homem homossexual de doar sangue era desproporcional quando se verificava a medida diante do fim almejado. Se o objetivo era impedir que o paciente contraísse alguma doença transmissível por meio da doação de sangue, bastaria fazer o que já é feito: um exame minucioso do sangue antes de colocá-lo à disposição do paciente.

Para verificar se há proporcionalidade entre a medida adotada e o fim almejado, indaga-se, primeiro, de acordo com a ordem estabelecida por Ávila (2011, p. 170), se a medida é adequada e, de fato, a proibição é adequada à disseminação de doenças (tal como seria quanto em relação ao sangue de qualquer pessoa). Posteriormente, a segunda indagação seria se a medida é necessária, e já nessa etapa, percebe-se a desproporcionalidade, uma vez que não é necessária a vedação da doação de sangue por parte do homossexual se a medicina avançou o suficiente para detectar doenças no sangue. Nem se precisaria analisar a proporcionalidade em sentido estrito, que se relaciona com a verificação de um meio menos gravoso para alcançar o fim pretendido.

Nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 396), “desproporções, para mais ou para menos, caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, antijuridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade de uma ação estatal.”

Nesse sentido, o Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, Edson Fachin, asseverou que quando se classificam pessoas como grupos de risco de transmissão de doenças em vez de condutas, há uma interpretação consequencialista desmedida, logo, desproporcional, por praticamente proibir relações sexuais aos homens homossexuais, a fim de garantir que o sangue doado esteja isento de doenças.

O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS. O resultado de tal raciocínio seria, então, o seguinte: se tais pessoas vierem a ser doadores de sangue, devem sofrer uma restrição quase proibitiva do exercício de sua sexualidade para garantir a segurança dos bancos de sangue e de eventuais receptores. (STF, ADI 5.543)

A respeito da igualdade, é importante reforçar que se trata de um direito fundamental estabelecido no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, que prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Em virtude de o conceito de igualdade ser amplo, Rios prefere explicar o princípio da não discriminação da seguinte forma:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício, em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômicos, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública. (RIOS, 2008, p. 20)

Desse modo, impedir que o homem homossexual doe sangue avilta a sua igualdade perante a sociedade porque impede que as pessoas destinatárias da norma sejam tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos por mera questão de orientação sexual e tempo da última relação íntima.

Saindo do âmbito constitucional e indo para o do direito privado, vale ressaltar que a proibição à doação de sangue violava os direitos da personalidade, especialmente a autonomia privada do indivíduo, o qual, mesmo para fazer o bem ao próximo, via-se impedido de fazê-lo.

Essa proibição sobre a disposição de uma parte do corpo humano renovável é uma humilhação. Honneth (2017, 215) alerta que “toda tentativa de se apoderar do corpo de uma pessoa, empreendida contra a sua vontade e com qualquer intenção que seja, provoca um grau de humilhação que interfere destrutivamente na autorrelação prática de um ser humano mais do que outras formas de desrespeito.”

Quando se retira de uma pessoa direitos que outra parte da sociedade detém, injustificadamente, há um desrespeito pessoal.

A particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o status de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade. (HONNETH, 2017, p. 217)

O homem homossexual que manteve relações sexuais nos últimos doze meses não tinha como se sentir um parceiro na sociedade, pois lhe era proibido cooperar, em virtude da heteronormatividade que ainda caracteriza o Brasil, ou seja, a cultura de que o “normal” é ser heterossexual, em virtude de um modelo de valor (GROSS, 2017, p. 57).

Tendo em vista que uma sociedade excludente, preconceituosa e não solidária não condiz com a Constituição Federal vigente, em 07 de junho de 2016, o Partido Socialista Brasileiro, com base na legitimidade ativa que o art. 103, VIII, da Constitui-

ção Federal lhe assegura, ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, cujo Relator foi o Ministro Edson Fachin, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o que será abordado no último item, a seguir.

3. DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.543/DF

O Supremo Tribunal Federal, em 08 de maio de 2020, julgou procedente o pedido formulado pelo Partido Socialista Brasileiro na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF e declarou a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, em virtude da violação aos artigos constitucionais mencionados no item anterior.

Ambos dispositivos legais foram considerados passíveis de serem impugnados por via de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que não são meros regulamentos, mas preceitos autônomos, com destinatários genéricos, tendo característica, por esse motivo, de atos normativos.

Na petição inicial que deu origem à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF, o Partido Socialista Brasileiro destacou que essas normas impediam, permanentemente, homens homossexuais de doarem sangue e, caso quisessem fazê-lo, precisavam não se relacionar por 12 meses. A petição também destacou a defasagem nos bancos de sangue brasileiros, demonstrando que, de acordo com levantamentos, devido aos mencionados artigos, 19 milhões de litros de sangue deixam de ser doados anualmente.

O Poder Público, por questões de tratamento preconceituoso e discriminatório, prejudicava a promoção da saúde pública, um dos bens perseguidos pela Constituição Federal, que,

de acordo com o art. 206, prevê que a saúde é dever do Estado, a qual deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas.

O Ministro Relator Edson Fachin entendeu que o art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Anvisa partem da concepção de que a exposição a um maior contágio de enfermidades é inerente a homens homossexuais e o Direito estava sendo utilitarista por recair em um cálculo de custo e benefício que viola direitos fundamentais de minorias para maximizar os interesses de uma maioria, valendo-se do preconceito e da discriminação.

O resultado dessa ação direta de inconstitucionalidade trouxe igualdade aos homossexuais, uma vez que não há motivo para discriminar a relação homem com homem se não se discrimina a relação entre homem e mulher. Perceba o teor discriminatório: mesmo em um casamento heterossexual e fiel, pode haver a prática de sexo anal, e a lei não impede essa mulher de doar sangue. Em outras palavras, a mesma prática sexual não é condenada ao homem e mulher heterossexual, mas sim ao homossexual, que se via impedido de ajudar alguém por meio do ato solidário da doação de sangue.

Lembrando que doenças sexualmente transmissíveis não são passadas apenas pelo coito anal, uma vez que até mesmo sexo oral desprotegido pode ser uma fonte de doenças venéreas. Logo, o conteúdo da norma era discriminatório. Pereira (2018, p. 32) ensina que “a moral e o Direito mudam quando muda historicamente o conteúdo de sua função social (isto é, quando se opera uma mudança radical no sistema político-social).”

O Relator Ministro Edson Fachin, em seu voto, mencionou a aversão exagerada à alteridade, ainda presente na sociedade brasileira, que leva, muitas vezes, “tristemente bem-sucedidas de sua aniquilação existencial, impedindo-se de ser quem se é.”

Assim, o Ministro Edson Fachin concluiu que era necessário desconstruir o direito posto, a fim de trazer à tona uma justiça que garantisse a dignidade e a igualdade, concretizando uma dogmática constitucional emancipatória. (STF, ADI 5.543)

O Ministro explanou que é o sangue que faz as pessoas inerentemente humanas e quando se nega a oportunidade do homossexual que teve relação dentro de doze meses de doar, a sua dignidade humana é afrontada, uma vez que não reconhece o seu próprio valor moral, idêntico ao das demais pessoas. A imposição de abstinência fere a autonomia individual dessas pessoas. (STF, ADI 5.543)

A procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF se deu pelo quórum de 7 votos a 4. Seguiram o voto do Relator os seguintes Ministros: Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Luis Roberto Barroso e Rosa Weber. Por outro lado, votaram contra a inconstitucionalidade Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos mencionados são retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*) e vinculantes. De acordo com Barroso (2019, p. 267), a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza jurisdicional. Logo, com autoridade de coisa julgada, com conteúdo indiscutível.

De acordo com o art. 25 da Lei nº 9.868/99, uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade, faz-se a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato, e, conforme o art. 28 da mesma lei, dentro de dez dias após o trânsito em julgado, publica-se a parte dispositiva do acórdão.

Assim, em 08 de julho de 2020, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) revogou a determinação que restringia a doação de sangue por homens homossexuais que mantiveram relações sexuais nos últimos doze meses. Trata-se de mais uma vitória alcançada pelos movimentos LGBTI.

A discriminação que essa parcela da sociedade sofre não foi solucionada em todos os aspectos em virtude dessa decisão, que poderia ser considerada ativista para um setor mais conservador. De acordo com Cristóvam e Cipriani (2017), “não se pode jamais olvidar que esse modelo de ativismo judicial denuncia sim uma indesejável falha do sistema de poder e não qualquer parâme-

tro de solução para os seus graves problemas.” Contudo, o que é necessário entender é que o STF nada mais tem feito do que interpretar artigos conforme a Constituição, tem primado pela unidade do ordenamento jurídico e levado a sério a constitucionalização do direito.

Nas palavras de Pereira (2019, p. 30), “o Direito, que sempre fechou os olhos para esta realidade, é convocado agora a legitimar e atribuir dignidade a todas as sexualidades. E isto é fruto de uma luta histórica dos movimentos sociais.” Assim, em virtude da emancipação do homem homossexual por via da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, não haverá mais possibilidade jurídica para discriminá-lo. A consequência disso não poderia ser melhor, uma vez que agora ele poderá exercer seu papel de cidadão e realizar um ato que nem todas as pessoas estão dispostas a fazer: doar o próprio sangue em benefício das pessoas que dele precisam.

CONCLUSÃO

O presente artigo permite concluir o quão importante foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, a fim de garantir uma interpretação constitucional emancipatória de um grupo que se encontrava desamparado pelo Direito, os homens homossexuais que tiveram relações sexuais nos doze meses antes do momento em que desejaram doar sangue.

Foi necessária a impetração dessa ação do controle de constitucionalidade para se discutir abertamente a respeito de preconceito e luta por reconhecimento, pois o estigma imposto aos homossexuais em virtude da epidemia de AIDS na década de 1980 não condiz com a realidade, uma vez que há diversos casos de transmissão da doença entre parceiros heterossexuais e que, a cada ano, o número de contaminados decresce.

Não havia razão de ordem médica para que homens que se relacionassem sexualmente com outros homens não pudessem doar sangue, e as normas jurídicas em questão violavam a dignidade humana e o direito à igualdade dos gays, além de ser uma

medida desproporcional, por afastar aquele homossexual que, imbuído de espírito de solidariedade, quisesse doar seu sangue. A medicina evoluiu o suficiente para fazer testes em todos os tipos de sangue para verificar a presença ou não do vírus.

Devido ao julgamento procedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543, os bancos de sangue serão amplamente abastecidos, pois não haverá uma norma discriminatória e desproporcional que prejudique não apenas quem quer doar, mas também aqueles enfermos que precisam receber sangue.

O Supremo Tribunal Federal acertou ao julgar procedente a mencionada ação, pois o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, a qual traz em seu bojo a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, militante no combate a qualquer preconceito. O ativismo judicial, tão criticado, na realidade, tem sido a única forma encontrada pelo setor LGBTQI+ de ter os seus direitos respeitados, especialmente em um país em que o Poder Legislativo se mostra moroso e conservador.

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal, interpretou a Carta Magna de modo emancipatório, trazendo à tona um novo direito à população LGBTQI+: o direito de exercer a sua solidariedade sem ser discriminado. Tratou-se de um ganho relevante para toda a sociedade, especialmente neste momento em que o Brasil sofre com os efeitos da pandemia de coronavírus e que os estoques de sangue estão cada vez mais baixos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Brasil registra queda no número de casos e de mortes por Aids*. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/brasil-registra-queda-no-numero-de-casos-e-de-mortes-por-aids#:~:text=Segundo%20dados%20do%20Boletim%2C%20registra,100%20mil%20habitant%20es%2C%20em%202016>. Acesso em: 28 de julho de 2020.

BRITO, Fábio Leonardo Castelo Branco; ROSA, Johnny de Moura. Os leprosos dos anos 80, “câncer gay”, “castigo de Deus”: homossexualidade, AIDS e capturas sociais no Brasil dos anos 1980 e 1990. *Revista Observatório*, Palmas. Vol.2 , nº 1, jan-mar.2018, pp. 751-778.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Tradução: Klauss Brandini Gerhardt. 9. Ed. São Paulo: Guerra e Paz, 2018.

COHEN, Jon. Making Headway Under Hellacious Circumstances. *Science* 313. Science Magazine: July, 2006, pp. 470-473.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1467>. Acesso em 13 de setembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e Direitos LGBTI*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GROSS, Jacson. *A construção da cidadania e a sexualidade: uma análise de adoção homoparental masculina*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Manual técnico para o diagnóstico da infecção pelo HIV em adultos e crianças*. Brasília, 2018

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Para além do binarismo: transexualidades, homoafetividades e intersexualidades. In.: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REIS, Toni. *STF, igualdade no sangue e a vitória dos 20 anos de luta*. 09 de maio de 2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/stf-igualdade-no-sangue-e-a-vitoria-dos-20-anos-de-luta/>. Acesso em: 29 de julho de 2020.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta e indireta e ações afirmativas*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUPER INTERESSANTE. *Como surgiu a AIDS?* Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-surgiu-a-aids/>. Acesso em 29 de julho de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543/DF*. Ministro Relator Edson Fachin. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/10/ADI-5543-1.pdf>. Acesso em: 28 de julho de 2020.