

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ CENTRO DE EDUCAÇÃO,
LETRAS E SAÚDE PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIEDADE,
CULTURA E FRONTEIRAS – NÍVEL DOUTORADO ÁREA DE CONCENTRAÇÃO
SOCIEDADE, CULTURA E FRONTEIRAS**

ARIANA REGINA STORER BRUNIERI

**A GENEALOGIA DO CONCEITO DE PESSOA HUMANA NO CÓDIGO CIVIL DE
2002: UMA HISTÓRIA DE SUJEITOS E RELAÇÕES DE PODER**

**FOZ DO IGUAÇU - PR
2019**

ARIANA REGINA STORER BRUNIERI

**A GENEALOGIA DO CONCEITO DE PESSOA HUMANA NO CÓDIGO CIVIL DE
2002: UMA HISTÓRIA DE SUJEITOS E RELAÇÕES DE PODER**

Tese apresentada à Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – para a obtenção do título de Doutora em Sociedade, Cultura e Fronteiras junto ao Programa Interdisciplinar de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras, nível de Doutorado. Área de concentração: Sociedade, Cultura e Fronteiras. Linha de Pesquisa: Território, História e Memória. Orientador: Prof. Dr. José Carlos dos Santos.

FOZ DO IGUAÇU - PR
2019

ARIANA REGINA STORER BRUNIERI

**A GENEALOGIA DO CONCEITO DE PESSOA HUMANA NO CÓDIGO CIVIL DE
2002: UMA HISTÓRIA DE SUJEITOS E RELAÇÕES DE PODER**

Esta tese foi julgada adequada para a obtenção do Título de Doutor em Sociedade, Cultura e Fronteiras e aprovada em sua forma final pelo Programa de Sociedade, Cultura e Fronteiras, área de concentração em Sociedade, Cultura e Fronteiras, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Oscar Kenji Nihei Orientador (UNIOESTE)

Prof. Dr. Samuel Klauck (UNIOESTE)

Prof. Dr.^a Márcia Regina Ristow (UNIOESTE)

Prof. Dr.^a Tereza Rodrigues Vieira (UNIPAR)

Prof. Dr.^a Valéria Silva Galdino Cardin (UEM)

Às pessoas mais importantes da minha vida:
Pai, Filho e Espírito Santo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha amada família: Wendel, Marcelo, Benício e Pipoca (*in memoriam*), pelo apoio, pelo amor, pela paciência, por sonharem comigo.

Aos meus pais, pela vida, pelo amor, principalmente, amor aos estudos e ao trabalho (respectivamente, mãe e pai), pelas “minhas moedas, era tudo que eu precisava, tudo que eu merecia”.

Aos meus irmãos que, apesar da distância física, vivem dentro de mim.

À minha avó materna, Andreлина, que não mediu esforços, orações, conselhos e ligações nos dias em que me sentia só, quando não me sentia capaz... Quando pensava em desistir, ela sempre dizia: faça uma coisa de cada vez.

Ao meu tio, José de Arimathéia, por me ouvir, me animar, aconselhar, partilhar, exigir, corrigir, ensinar, mas sobretudo por me amar. Não conseguiria chegar aqui sem sua ajuda.

À minha tia Graça, mesmo que distante fisicamente, vive em meu coração.

Aos meus amigos, agradeço pela compreensão nos momentos de ausência, pelos assuntos enfiados e teóricos, pelas faltas nos cafés e aniversários, mas pelo abraço apertado nos reencontros.

Manifesto também meus agradecimentos a todos os professores, funcionários e amigos do Programa Sociedade Cultura e Fronteiras – UNIOESTE Foz do Iguaçu, em particular à minha ex-orientadora, Prof. Dra. Regina Coeli Machado, que percorreu longos dois anos e oito meses, auxiliando-me, doando-se à pesquisa e me incentivando neste percurso. De igual maneira, ao Prof. José Carlos dos Santos, meu atual orientador que, com generosidade, paciência e sensibilidade ajudou-me a nortear minha pesquisa, levando-me à percepções e reflexões que não seriam possíveis sem sua sabedoria e amizade.

Não deixo de agradecer também ao imprescindível apoio da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), que durante longos quatro anos, oportunizou integralmente dedicação exclusiva à pesquisa.

Meus respeitosos agradecimentos à banca do Exame de Qualificação pelas contribuições e pela participação dos membros da banca examinadora da defesa, pelas considerações e ponderações pontuais e precisas que muito me auxiliaram para que eu pudesse concluir meu trabalho.

Aos funcionários e funcionárias da UNIOESTE Campus Foz do Iguaçu, a todos do Programa de Doutorado Sociedade Cultura e Fronteira, por tornarem minha vida mais fácil, mais iluminada.

Agradeço aos meus colegas de profissão, principalmente aos da Lunardi Advogados, que, no dia-a-dia, ajudaram-me nos afazeres, que me deram suporte nas pequenas e grandes tarefas, que compreenderam minhas ausências nos compromissos importantes, nos eventos profissionais, nos momentos de confraternização... Obrigada.

Agradeço, ainda, às instituições de ensino superior nas quais sou docente e precisei me afastar temporariamente, pela compreensão e incentivo, permitindo que eu pudesse me capacitar, produzir conhecimento e retornar tão logo me sentisse pronta, sendo recebida com carinho. Minha eterna Admiração à Unifoz – Faculdades Unificadas Foz do Iguaçu e Cesufoz – Centro de Ensino Superior Foz do Iguaçu, por primar pela qualificação de seus docentes e uma educação de qualidade.

Por fim, agradeço aos meus alunos, e expresso o desejo de compartilhar as muitas dúvidas que hoje tenho, as muitas reflexões que levo, as muitas experiências que vivi, mas, acima de tudo, o incentivo de que todo conhecimento, todo esforço para buscá-lo, valeram cada momento, cada lágrima, cada minuto de solidude e, ao final desta jornada, ainda há muito o que aprender...

BRUNIERI, Ariana Regina Storer. **A genealogia do conceito de pessoa humana no código civil de 2002**: uma história de sujeitos e relações de poder. 2019. 254 f. Tese (Doutorado em Sociedade, Cultura e Fronteiras) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, Foz do Iguaçu, 2019.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo ir além do que está normatizado – da letra da lei – e realizar uma ontologia do dispositivo, do contexto histórico, dos sujeitos, da linguagem e de seus discursos. O propósito investigativo deste trabalho sustenta-se nas seguintes indagações: o que diz o Direito? Para quem o Direito diz? A partir destas questões, busca-se identificar o discurso erigido pelas diversas vozes do Estado, ou da sociedade para conceituar a pessoa humana no ordenamento jurídico pátrio. Nesta perspectiva, tornou-se imperativo analisar o panorama em que o Código Civil de 2002 foi construído, os dispositivos, os jogos de força, as muitas vozes e sentidos que contribuíram para a regulação das relações privadas e da vida cotidiana das pessoas, de forma que fosse possível vislumbrar os processos históricos e sociais mais amplos e, ao mesmo tempo, realizar uma microanálise dos estados mistos das tensões, das tendências, dos elementos heterogêneos que compõem o sentido dado à pessoa humana. Para tanto, a pesquisa teve como fundamento metodológico, a análise do discurso de linha francesa e os dispositivos de Michel Foucault, utilizando-se da arqueogenealogia para vislumbrar os valores fundantes da pessoa humana, buscando pistas, escavando marcas linguísticas deixadas pelos enunciadores (legisladores) e por todos aqueles que participaram do processo legislativo, tendo como premissa que o conceito de pessoa humana no código civil de 2002 pudesse ser recontado, revisitado, como uma história de sujeitos e de relações de poder.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa humana, genealogia, poder, Código Civil de 2002.

BRUNIERI, Ariana Regina Storer. **The genealogy of the concept of human person in the civil code of 2002: the history of subjects and power relations.** 2019. 254 f. Thesis (Doctorate in Society, Culture and Frontiers – State University of Western Paraná – UNIOESTE, Foz do Iguaçu, 2019).

ABSTRACT

The present work aims to go beyond what is normalized— from the letter of the law literalness - is essential to perform a device's ontology, to understand the historical context, the subjects, language and their discourses. The paper's investigative purpose is reply the following questions: What does the law say? Whom does the law tell? From these questions, sought to identify the discourse erected by the various voices of the state or society to conceptualize the human person in the homeland legal system. So, to analyze the outlook of the construction 2002 Civil Code became imperative to study the contributions of the devices, the games of force, the many voices and meanings to the private relations and people's lives daily regulation. That it was possible when observing the broader historical and social processes and at the same time make a microanalysis of the mixed states of tensions, trends and heterogeneous elements that make up the meaning given to the human person. Therefore, the methodological research was based on the French line discourse analysis and on the Michel Foucault devices, was used the genealogy to examine the human person founding values, searching for clues, excavating the linguistic marks left by enunciators (legislators) and all those who participated in the legislative process. The premise is to retell and to revisit the human person concept in the 2002 Civil Code, as a history of subjects and power relations.

KEYWORDS: Human person, genealogy, power, 2002 Civil Code.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 Quadro comparativo – Introdução e primeiros artigos	150
Tabela 2 Quadro comparativo – Instituto da doação ao nascituro	155
Tabela 3 Quadro Comparativo – Das Incapacidades e da maioridade civil	156
Tabela 4 Quadro comparativo – Do instituto da morte.....	159
Tabela 5 Quadro comparativo – Da tutela da integridade física	160
Tabela 6 Quadro comparativo – Direito ao nome	161
Tabela 7 Quadro comparativo – Da liberdade de contratar	162
Tabela 8 Quadro comparativo – Da resolução do contrato por onerosidade excessiva	165
Tabela 9 Quadro comparativo – Dos atos ilícitos.....	167
Tabela 10 Quadro comparativo – Do pátrio poder para o poder familiar	170
Tabela 11 Quadro comparativo – Da curadoria do nascituro.....	172

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O UNIVERSO DE MICHEL FOUCAULT E A ANALÍTICA DO PODER	18
1.1 A METODOLOGIA EM FOUCAULT.....	23
1.2 A QUESTÃO DO PODER EM FOUCAULT	29
2 ANÁLISE FOUCAULTIANA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002	39
2.1 O CÓDIGO CIVIL NA MODERNIDADE JURÍDICA.	39
2.2 O CÓDIGO CIVIL COMO PRODUTO DO DISCURSO.	51
2.2.1 A Análise do Discurso e as possibilidades de estudos no Direito	52
2.3. A GENEALOGIA DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	62
2.3.1 O Esboço Teixeira de Freitas, o fim do Brasil Império e o Código Civil de 1916	68
2.3.2 A Constituição de 1988 e a elaboração do Código Civil de 2002	98
3 A CONSTITUIÇÃO DA PESSOA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	112
3.1 INDIVÍDUO, SUJEITO E PESSOA	112
3.1.1 Pessoa e sociedade: outro aspecto do discurso sobre o ser humano ...	119
3.1.2 Pessoa e governamentalidade	128
3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	131
3.2.1. O direito à vida e a pessoa natural no Código Civil de 2002	174
3.3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....	180
CONSIDERAÇÕES FINAIS	205
REFERÊNCIAS	217

Existe em muita gente, penso eu, um desejo semelhante de não ter de começar, um desejo de se encontrar, logo de entrada, do outro lado do discurso, sem ter de considerar do exterior o que ele poderia ter de singular, de terrível, talvez de maléfico. [...] O desejo diz: “Eu não queria ter de entrar nesta ordem arriscada do discurso; não queria ter de me haver com o que tem de categórico e decisivo; gostaria que fosse ao meu redor com uma transparência calma, profunda, indefinidamente aberta, em que outros respondessem à minha expectativa, e de onde as verdades se elevassem uma a uma; eu não teria senão de me levar, nela e por ela, como um destroço feliz”. E a instituição responde: “Você não tem por que temer começar; estamos todos aí para lhe mostrar que o discurso está nas ordens das leis; que há muito tempo se cuida da sua aparição; que lhe foi preparado um lugar que o honra mas o desarma; e que, se lhe ocorre ter algum poder, é nós, só de nós, que ele lhe advém”. (FOUCAULT, 1996, p. 6-7)

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se compreender o conceito de Pessoa Humana, a partir do significado jurídico de pessoa expresso no Código Civil Brasileiro de 2002, analisando os artigos que apresentam, definem e regulam a vida desta pessoa no ordenamento civil pátrio.

Para tanto, será necessário percorrer o processo sócio-histórico-filosófico de construção, utilizando-se da arqueogenealogia foucaultiana como método para trazer à luz o alicerce interdisciplinar e refletir sobre as bases axiológicas da pessoa humana.

O direito, na modernidade, é definido como uma espécie de nível, ou dimensão da sociedade. Conforme o método arqueológico, o Direito precisa ter suas leis estudadas e repensadas para que, sendo uma das representações de um povo, possa ser conhecido e manuseado da maneira mais equânime e justa possível. Este é um parâmetro para compreender o sentido atribuído à dignidade humana, por exemplo.

Esta pesquisa pretende redimensionar tal percepção, oferecendo elementos de reflexão sobre um tratamento normativo que seja a compreensão do direito como fato ou consequência social, mas de entendimento de sua genealogia e da interação de diversos dispositivos que estão na base de sua geração.

Adequando-se à Constituição Federal, o Código Civil brasileiro mais recente (2002) procurou exprimir as máximas do Estado democrático de direito e dos fundamentos constitucionais, elencando a dignidade da pessoa humana como uma das principais.

Representou, assim, uma atualização, na esfera jurídica, de alguns princípios basilares da sociedade, tais como da pessoa, da família, da propriedade, do casamento, das relações contratuais, dos bens de diversas naturezas e da própria capacidade de cada sujeito de exercer sua plena cidadania. Ou seja, no âmago do sentido do termo, houve uma arqueologia de conceitos, normas, decisões judiciais, etc. que tomaram forma e, conseqüentemente, modificaram a aparência da própria República brasileira.

Sob a jurisdição da Carta Magna e dos Direitos Humanos, se verificará, no decorrer do presente trabalho, que o Código empregou uma perspectiva agora humana à pessoa, que deixa de ser entendida somente como sujeito de direito.

Como produto histórico-social, manifesto por meio da linguagem (texto), evidentemente, o Código Civil traz marcas de várias vozes que concorreram para sua produção.

Pretende-se percorrer a trajetória do Código Civil desde seu projeto, identificando as marcas linguísticas que o compuseram a fim de que se possa vislumbrar o sentido que os legisladores e interlocutores buscaram imprimir na lei, pois, como perceptível nas considerações finais, a análise do discurso decorre de diferentes áreas de conhecimento, como a Psicanálise, a História, a Sociologia e a Linguística. Realiza-se, portanto, uma releitura de forma a interrogar e dialogar com alguns de seus pontos de dissonância.

Tomando como ponto de partida que o objeto de pesquisa deste trabalho é a lei, ou seja, a manifestação escrita do discurso jurídico, tem-se como escopo primordial verificar – mediante uma desconstrução histórica-filosófica-social – o discurso que orienta o conceito de Pessoa Humana.

Para tanto, tem-se como propósito realizar uma leitura, uma interpretação social, histórica, política e ideológica, utilizando-se da análise do discurso como ferramenta de estudo a partir de uma análise do imaginário social em torno da criação e compilação do Código Civil. Serão observados não apenas aspectos formais ou literais, mas também aqueles ideológicos, alicerçados em princípios mais profundos.

Embora sejam abundantes os comentários e análises do Código Civil do ponto de vista jurídico, ético, filosófico e sociológico, é o momento oportuno para apreciar esse mesmo objeto sob outro prisma, sem, contudo, deixar de rever essas observações precedentes.

O aludido prisma que se pretende analisar é o nível discursivo, a partir da perspectiva da genealogia do poder e da análise do discurso, que se vale da História, da Sociologia, da Filosofia e, até mesmo, da Psicologia oportunamente; repousando sobre os dispositivos da Genealogia Foucaultina e da análise das condições de produção (contexto) e da presença de várias marcas discursivas (interdiscursividade).

O Código Civil Brasileiro é um campo aberto e convidativo para pesquisa de conceitos da pessoa humana, demonstrando como a sociedade, mediante suas normas de convivência civil (ou seja, de um modelo de civilização) vê, conceitua e considera a si mesma em sua unidade de composição mais elementar; assim, a

linguagem e a sociologia oferecem instrumentos para investigar os discursos deste conjunto sistematizado de leis que regem a vida civil dos brasileiros.

Se os enfoques linguísticos e sociológicos podem não parecer novos, no mínimo o objeto em questão o é. O presente estudo busca uma construção conceitual nova, haja vista que, para as Ciências Jurídicas, o conceito muitas vezes já está posto, mas o caminho percorrido e suas bases não jurídicas não são sabidas e nem conhecidas. Percorrer o caminho inverso é ressignificar a história conceitual de Pessoa Humana, como o Estado brasileiro a vê.

Cabe ressaltar a importância de pesquisas interdisciplinares, no âmbito jurídico, para a colaboração de uma visão da pessoa humana como ser em constante mudanças e que interage entre si, em sociedade, pela linguagem e que necessita perceber qual olhar o ordenamento jurídico civil tem do conceito de “Pessoa Humana”.

Objetiva-se, desta maneira, descrever e analisar os caminhos percorridos para a definição do conceito de pessoa humana no Código Civil brasileiro de 2002, refletindo sobre suas bases principiológicas, expondo as concepções subjacentes ao texto do Código Civil Brasileiro, comparando-os sob os enfoques histórico-cultural e ideológico, tendo como ponto de partida a abordagem da Análise do Discurso e dos Dispositivos de Michel Foucault.

Com o fim de cumprir os desígnios a que se propôs, o presente trabalho se estruturará de forma a exordialmente tratar do universo de Michel Foucault, conhecendo um pouco de sua biografia, expondo sua metodologia e entendendo a sua visão acerca das dinâmicas do poder, tanto disciplinar, quanto biopolítico.

Se fará uso, portanto, das premissas metodológicas de Michel Foucault e da Análise do Discurso. O primeiro capítulo fornece subsídios para a análise do discurso mediante a Arqueologia e a Geneologia do Saber.

O segundo aborda, entre outros pontos, a abrangência dos estudos da linguagem do discurso; condições de produção e interdiscurso; sujeito; marcas discursivas e a análise propriamente dita.

Autores como Orlandi, Brandão, Joas, Grossi, Wolkmer e De Cicco também serão imprescindíveis nessa empreitada.

Ainda no segundo capítulo, será demonstrado o caminho percorrido para chegar-se ao Código Civil brasileiro contemporâneo. Primeiramente, se analisará os conceitos de estababilidade/governantabilidade elencados por Foucault e que

culminaram na modernidade jurídica. Em seguida, neste mesmo capítulo, verificam-se os dispositivos de Foucault e se realiza uma abordagem do Código Civil enquanto fruto, não apenas do que se conhece por Modernidade, mas também como proveniente de um discurso. Tem-se como intuito perceber as vozes que deram origem a essa verdade instituída como Código.

A premissa, aqui, é analisar as conexões, os jogos de força e bloqueios, que em algum momento da história formaram o que se constitui como universalidade/verdade. Em outras palavras, pretende-se avaliar o contexto genealógico/histórico/sociológico/político entorno do Código Civil e do próprio sentido que este pretende atribuir à pessoa humana.

Isto porque, ao fazer uso da arqueogeneologia foucaultiana é imprescindível ir além do conhecimento superficial ou do senso comum. Se faz necessário estudar as relações de forma mais aprofundada, verificar a documentação que fundamenta o Código e a constituição do sujeito e, ainda, dar enfoque às relações históricas e políticas em que o texto de lei está inserido.

No terceiro capítulo, aborda-se a pessoa humana, percorrendo desde as primeiras menções e perpassando a trajetória em que ela foi construída. Examina-se também questões atinentes às categorias de indivíduo, sujeito e pessoa, diferenciando-as e conceituando-as sob o prisma de diversas ciências humanas: a linguística, filosofia, teologia, sociologia, antropologia, história, psicologia, direito, biologia, entre outras.

Serão identificados no texto do Código Civil vigente os elementos que ele traz, buscando subsídios nos dispositivos de Foucault e, subsidiariamente, na Análise do Discurso da escola francesa.

Ainda no terceiro capítulo, se retomará a discussão acerca do Código Civil de 2002, tendo em conta o panorama constitucional em que ele está instituído e verificando as repercussões dessa perspectiva para pessoa humana, abordando como, nessas relações de jogos de poder, de dominação e sujeição, a pessoa está inserida.

Também serão abordados aspectos referentes ao direito à vida, relacionados à pessoa natural, conforme descrita no Código de 2002 e, para encerrar, a pessoa humana será apreciada no contexto dos direitos humanos, realizando apontamentos acerca da construção de sua dignidade.

Em seu conjunto, os capítulos que compõem a tese, pretendem demonstrar uma trajetória social da história republicana e normativa que vieram, ao longo do tempo, em diálogo intrínseco com dispositivos de poder, discursos e exercícios efetivos, definindo e normatizando sentidos a pessoa humana.

Sonhar
Mais um sonho impossível
Lutar
Quando é fácil ceder
Vencer
O inimigo invencível
[...]
Tocar
O inacessível chão
É minha lei, é minha questão
Virar esse mundo
Cravar esse chão
Não me importa saber
Se é terrível demais
Quantas guerras terei que vencer
Por um pouco de paz
E amanhã, se esse chão que eu beijei
For meu leito e perdão.
Vou saber que valeu delirar
E morrer de paixão
E assim, seja lá como for
Vai ter fim a infinita aflição
E o mundo vai ver uma flor
Brotar do impossível chão

(Sonho Impossível – Chico Buarque e Ruy Guerra)

1 O UNIVERSO DE MICHEL FOUCAULT E A ANALÍTICA DO PODER

“Muitas coisas sabe a raposa; mas o ouriço uma grande”. (ARENDRT apud LAFER, 1988, p. 13). Seguindo a proposta de Isaiah Berlin, já no início de seu livro “A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, Celso Lafer elenca um critério de classificação para escritores e pensadores, distinguindo-os por características singulares de suas obras:

Existem, observa ele, os que relacionam tudo a uma visão unitária e coerente, que funcionam como um princípio organizador básico do que pensam e percebem. São os ouriços, que assim articulam uma perspectiva centrípeta e monista da realidade. Outros, ao contrário, se interessam por várias coisas, perseguem vários fins e objetivos – por vezes não-relacionados ou até mesmo contraditórios – cuja interconexão não é nem óbvia nem explícita. São as raposas, que dessa maneira exprimem uma perspectiva centrífuga e pluralista da realidade. Dante, por exemplo, é centrípeta; Shakespeare é centrífugo. Platão, Hegel e Marx, por serem mais centrípetos, são mais ouriços do que Aristóteles, Montesquieu, Tocqueville ou Max Weber, que por força de uma visão mais centrífuga da realidade podem ser qualificados como raposas. (LAFER, 1988, p. 13)

Michel Foucault era conhecido por amigos pelo apelido de “raposa”, por entenderem que ele era muito inteligente e perspicaz. Se considerada a classificação raposa/ouriço, indicada por Isaiah Berlin, o filósofo pode ser identificado rapidamente não apenas por seu próprio apelido, como também pela extensão de suas obras e pesquisas sua forma pluralista de compreender a realidade. Por outro lado, uma classificação simplista e dicotômica pode nos obrigar, muitas vezes, a reduzir, limitar o sujeito de análise. Apesar de muitos verem a obra de Foucault desconecta, de certo modo ela se comunica, se completa e há, sim, um diálogo entre si; talvez o legado que o autor tenha deixado possa descrevê-lo como um pesquisador não apenas raposa, como também ouriço.

Nos anos 1960 e 1970, pessoas de todo o mundo questionavam os limites do poder e discutiam sobre as liberdades individuais. Nesse clima de mudanças culturais, o historiador de ideias, filósofo, teórico social, crítico literário, Michel Foucault revoluciona os estudos sobre a sociedade.

Teve como professores Jean Hyppolite e Althusser. Quando Hyppolite faleceu, fez-se necessário indicar alguém para ocupar o seu lugar no *Collège de France*, assim escolheram Foucault para assumir a cátedra. É nesse contexto que

ele começa a construir sua obra e apresentar as singularidades de seus estudos (FOUCAULT, 1999a, p. IX).

Foi um filósofo da ciência preocupado com as relações existentes entre os discursos, as práticas do poder e seus efeitos. Ele analisou o funcionamento de manicômios, prisões, hospitais e asilos para idosos. Estruturas que o levam a redefinir os sistemas de poder instaurados e aceitos socialmente (poder-saber; confinamento; sociedade disciplinadora; microfísica do poder).

A partir de Foucault é impossível olhar o mundo da mesma maneira – ele foi um digno expoente da modernidade. Seus estudos sobre o sistema de poder partem da análise dos cárceres. Foucault toma esse modelo de disciplinamento social e o amplia a todos os aspectos dos estudos sociais.

Entre seus múltiplos interesses, ele enfatiza a relação entre poder e saber. A partir dos tópicos de saber e poder se pergunta: como atua o saber para articular o poder? Um grupo de poder estabelece o que é a verdade. Porém, não existe uma verdade absoluta. Então o que significa saber? Para o filósofo, saber é o que um grupo de pessoas compartilha e decide que é a verdade. Assim, a verdade define o que é correto e incorreto, a bondade e a maldade, o normal e o patológico. Mediante essa verdade, o poder disciplinar controla a vontade e o pensamento em um processo que ele chama de Normalização (observar, seguir, qualificar, medir, classificar).

Normalizar implica em numerar e controlar os sujeitos para que cumpram seu papel dentro do corpo social. Mas, como se normatiza (ou normaliza) um corpo social? Por meio da linguagem. Neste trabalho, utiliza-se principalmente o texto de lei, uma das manifestações do direito por meio da linguagem. Estas reflexões foucaultianas estão incluídas na obra “Arqueologia do Saber”, escrita em 1969, onde afirma que embora nos pareça naturais e evidentes, os saberes e discursos são frutos de determinadas condições.

As práticas sociais criam uma linguagem que se apoia em definir algo pelo seu oposto (bom/mal; bonito/feio; sábio/ignorante). Essa linguagem define o discurso, que pode ser entendido como qualquer coisa escrita ou dita. Foucault lhe atribui um sentido mais específico, que pode ser resumido em: Discursos são os escritos pertencentes a uma área de saber técnico e fornecido por um saber específico, como da biologia, economia, antropologia, sociologia, psicologia, psiquiatria, engenharia, etc.

Esses temas foram ampliados em uma de suas grandes contribuições teóricas, sua obra de 1966, “As palavras e as coisas”. O discurso sobre a loucura produzido por psiquiatras, psicólogos, sociólogos e outros especialistas definem a loucura como anormal. Assim, quando se afirma que a loucura é anormal, define-se a normalidade. Que os anormais sejam excluídos não significa que não sejam importantes. As pessoas ditas “normais” se ocupam em estudar a anormalidade de maneira incessante e obsessiva. Por meio da “anormalidade”, se estabelece as relações de poder em uma sociedade: a pessoa normal tem poder sobre a anormal.

Os psicólogos definem o louco; os médicos, os pacientes e os advogados são o oposto dos delinquentes. Foucault tem essas reflexões a partir de seu exílio voluntário na Suécia em 1950, mas somente em 1967 publica seu livro a “História da Loucura na Época Clássica”. Para ele, a loucura implica na exclusão de certas pessoas, mediante confinamento e internação.

Em “Vigiar e Punir”, Foucault detalha a tortura e o esquartejamento de um condenado em 1757, em Paris. Esse espetáculo horroroso se transforma na modernidade democrática por uma solução mais civilizada, a prisão (FOUCAULT, 2014, p. 09).

Foucault estudou as prisões do século XVIII e XIX, tal qual o projeto panóptico-prisional de Jeremy Bentham, para mostrar como as formas de exercer o poder foram se transformando no decorrer desses séculos. Ao invés de se punir os criminosos em praças públicas mediante torturas horrendas para valer a supremacia monárquica, foi-se optando por punir mediante vigilância contínua em uma instituição prisional, que também servia para produzir relatórios, exames e inquéritos dos presos.

Ressalta-se que panóptico é um modelo de prisão circular, em que as celas ficam dispostas ao redor de uma torre central da qual vigia-se constantemente sem ser visto, exprimindo a lógica da vigilância constante: ver sem ser visto, ser visto sem ver. Traduz-se, em consequência, em uma forma de poder que apesar de sutil, educa e adentra os sujeitos.

Essa modalidade de confinamento foi denominada por Foucault como *poder disciplinar*, o qual não se encontra somente em aparatos prisionais, mas também nas escolas, hospitais, fábricas, enfim toda a rede de instituições que perpassam a vida dos seres humanos e produzem arquivos, relatórios, produções de verdades,

de forma a individualizar sua existência de maneira material com o fim de controle pelos órgãos estatais.

Foucault acreditava que as prisões fascinavam porque cidadãos irrepreensíveis poderiam exercer, ou permitir ao internado, o castigo e confinamento “todas as violências são possíveis na prisão” – denominado como “mal sem limites”. A sociedade não só tolera, como exige que o delinquente deva sofrer. O formato das prisões logo se expande para os asilos, hospitais e, finalmente, para a instituição escolar.

Em 1978, em sua obra “Microfísica do Poder”, Foucault afirma que o capitalismo perpetua-se graças ao exercício de poderes presentes em todo corpo social (superestrutura): micropoderes. Para ele, o poder não passa no enfrentamento entre dominantes e dominados, a contrassenso do que afirmava Marx, o poder está presente em cada parte do quadro social. O Estado e os grupos sociais fazem uso do poder. Contudo, esse poder é exercido de maneira sutil, em instituições, espaços produtivos, organizações políticas, vínculos familiares e laços íntimos.

Esta reflexão conduz Foucault ao conceito de sociedade disciplinar. Para ele apenas as mentes e os corpos disciplinados podem garantir a produtividade, aceitação das normas e pensamento metódico necessário ao capitalismo ocidental. Nessa linha de pensamento, surge o esboço de o que seria o programa de uma crítica da sociedade de normatização: na sua forma moderna, o domínio no qual se exerce o poder não é somente a lei, mas sim, a norma, que produz condutas, gestos e o próprio sujeito moderno.

Salienta-se que norma e lei não são expressões equivalentes, pois a primeira determina uma regra de conduta imposta e admitida pelo ordenamento jurídico. Já a lei, apesar de carregar em seu teor uma norma, passa por um processo legislativo para que tenha validade jurídica.

Um poder tem por alvo a regulação dos indivíduos (poder disciplinar) e outro foca na regulação da vida das populações (poder biopolítico). É preciso apontar que o poder está nas relações sociais, ele está ligado à força; no entanto, essa força não precisa ser fisicamente coercitiva. Destarte, a regulação tem forma dinâmica na sociedade e o poder não se estabelece apenas como um mecanismo de força de uma macroestrutura para uma microestrutura, ou seja, não vem de cima pra baixo.

Poder é relação; microrrelações de poder que permeiam toda a sociedade, desde a família, a igreja, a escola...

Esse modelo das sociedades de controle foi se transformando com o advento da pós-modernidade e do uso de biotecnologias. A biotecnologia dinamiza a sedução, o hedonismo e o consumo. Para definir esse complexo sistema de relações entre poder e vida cotidiana, Foucault cunhou o termo biopolítica: são as relações de poder que produzem sujeitos, subjetividades e tecnologia – ele ressalta que a ideologia exige o controle do corpo do sujeito, dando um passo à frente da teoria do controle social – o poder se sustenta porque produz coisas e induz prazer; o poder forma saber e produz discursos (FOUCAULT, 1979, p. 77-78).

Para a sociedade capitalista, o que importa antes de tudo é o biopolítico. A função da Biopolítica é fazer com que os cérebros se autorregulem e, por conseguinte, se autocontrolem. Pode-se caracterizar a Biopolítica como a implementação de ações políticas de vida, tanto em corpos individuais como em populações.

O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera somente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade bio-política. (FOUCAULT, 1979, p. 80)

Os Estados e as teorias econômicas se ocuparam em potencializar o discurso de poder sobre as ditas capacidades biológicas e intelectuais dos sujeitos. A família tradicional e o controle de natalidade se adequam ao conceito de produção capitalista. O objetivo do biopoder, portanto, é a gestão total da vida.

A biopolítica em sua expressão mais polida no capitalismo se traduz no Neoliberalismo – o mercado é o verdadeiro regulador da sociedade. Se tomado como princípio o discurso da economia clássica de Adam Smith, o mercado assume decisões desmembradas de toda autoridade: ajuste de preços e tarifas, transferências de dinheiro, distribuições caprichosas – essa é a “mão invisível do mercado” (SMITH, 2013).

A biopolítica, assim, é a maior expressão da sedução do poder: ter, no sentido de riqueza e controlar, no sentido de poder. O saber acumulado de uma sociedade se direciona a construir critérios de verdade, produzir os seus efeitos sobre si e os outros, e apenas fluir, como fluem as verdades. A normalização da verdade seria um

nível de existência que englobaria a todos e de forma desigual. Talvez, aqui, se possa situar Marx quando denunciava a exclusão progressiva de massas de indigentes, a quem a identidade, muitas vezes, é negada.

1.1 A METODOLOGIA EM FOUCAULT

A construção de uma abordagem analítica sobre o problema objeto de pesquisa, que considere o método foucaultiano como paradigma, deve, primeiramente, estabelecer algumas distinções e matizes a respeito da metodologia de Foucault a ser utilizada.

A respeito de método e teoria, o filósofo defendia que, a contrassenso do pensamento científico-racional presente no seu tempo, deve-se deslocar o eixo da pesquisa para abranger – além do geral e universal – o específico e o regional. Significando que a busca por soluções metodológicas unitaristas epistemológicas deve criar espaço para soluções metodológicas mais amplas, transitáveis e, eventualmente, inacabadas.

Destaca-se que a episteme abordada por Foucault (2002, p. 217-218) “é o conjunto das relações que podem ser descobertas para uma época dada, entre as ciências, quando estas são analisadas no nível das regularidades discursivas”; não resumindo-se, portanto, a uma forma de conhecimento ou uma espécie de racionalidade que, atravessando as ciências mais diversas, manifestaria a unidade soberana de um sujeito, de um espírito ou de uma época. Disse Foucault:

Não que essas teorias envolventes e globais não tenham fornecido e não forneçam ainda, de uma maneira bastante constante, instrumentos localmente utilizáveis: o marxismo, a psicanálise estão precisamente aí para prová-lo. Mas elas só forneceram, acho eu, esses instrumentos localmente utilizáveis com a condição, justamente, de que a unidade teórica do discurso fique como que suspensa, em todo caso recortada, cindida, picada, remexida, deslocada, caricaturada, representada, teatralizada, etc. (FOUCAULT, 1999a, 10)

Há um afastamento de Foucault das chamadas “últimas verdades”. O caminho do chamado método foucaultiano não está predefinido, não é estabelecido *a priori* ou traçado sobre um projeto alicerçado e robusto; ao contrário, é construído no próprio ato de caminhar com desapego ao formalismo da técnica e do

procedimento e se baseia na construção eventual do próprio caminho, remontando ao ato próprio de caminhar a estrutura do solo sobre o qual andar o caminho a ser construído (VEIGA-NETO, 2009, p. 83-94). Como dito acima pelo próprio autor, o ato do sujeito, e não a teoria, é que cria os efeitos de verdade.

Em síntese, Foucault pretendeu retirar de seu discurso os preceitos vigentes da história da epistemologia, com fulcro na ideia central de investigação da produção da verdade da ciência. Ele afasta a ideia de ciência como único saber racional capaz de transformar o homem em ser pensante e aproxima-se à ideia do saber, conceito mais amplo e significativo, capaz de abarcar, além da própria ciência, todos os discursos sistematizados que, de alguma forma, se comunicam e entrelaçam o visível e o enunciável.

Segundo o pensador, a pesquisa parte de um campo empírico localizado, em que as questões cruciais são levantadas, para num segundo momento elaborar generalizações e conceitos mais amplos. Sua formulação prescrevia que “as articulações teóricas são elaboradas a partir de um certo campo empírico”, o que chamava de “problematização” (FOUCAULT, 2004, p. 242).

Ao se analisar algumas de suas principais formulações metodológicas presentes em seus Cursos, evidencia-se que alguns eixos de trabalho são centrais em sua obra.

No curso “Em defesa da sociedade”, Foucault (1999a, p. 32-36) discorre sobre o que ele denomina quatro “precauções de método”: apreender o poder “nas suas formas e instituições mais regionais e locais”; analisá-lo em “suas práticas efetivas e reais”; observar seu funcionamento reticular e não homogêneo; e realizar uma análise ascendente e indutiva, não dedutiva do poder.

Em “Segurança, território e população”, o autor aborda cinco proposições – não princípios ou regras – sobre a análise dos mecanismos de biopoder, quais sejam: “não se busca uma teoria geral”, simplesmente, procura-se saber por onde, como, por quem, quais procedimentos e com que efeitos; “as relações de poder não são fundadas em si mesmas”, e, sim, inerentes ao conjunto das relações sociais; sua análise pode ser ampliada para uma análise global da sociedade; não há um discurso teórico ou imperativo, mas indicadores táticos; e, por fim, se há uma relação desgastada entre luta e verdade, resta um imperativo: “nunca fazer política” (FOUCAULT, 2010a, p. 3-5).

Em “O Nascimento da biopolítica”, apresenta a opção de método de sua pesquisa naquele momento: em vez de partir dos universais (soberanos, Estado, sociedade civil) para deles deduzir fenômenos concretos, partir das práticas concretas e, num segundo momento, “passar os universais pela grade dessas práticas”. Por conseguinte, sua principal decisão teórica e metodológica era: “suponhamos que os universais não existem” (FOUCAULT, 2008a, p. 5).

Já em “O governo de si e dos outros”, retoma o projeto geral de sua pesquisa em torno de “matrizes de experiências”, tendo como direção de trabalho os três eixos que as compõem: formação dos saberes; “atrizes normativas de comportamento e constituição do modo de ser do sujeito (FOUCAULT, 2008b, p. 41).

Desses trabalhos, pode-se retirar que há um movimento explícito de reordenar a trajetória de suas pesquisas em uma dimensão tripartite: nos eixos do saber, do poder e da subjetivação.

Nesse sentido, a partir de análises de práticas concretas regionais, de maneira indutiva (do particular para o geral), Foucault constrói certo arcabouço teórico conceitual amplo, mantendo a advertência que o este não deveria ser entendido como sistema circunscrito, mas como caixa de ferramentas a serem utilizadas em outros estudos e pesquisas.

Foucault sempre construía seus instrumentos analíticos na relação com o objeto histórico que ele concretamente estudava, sem fornecer uma teoria geral. Ele associava experiência e transformação e acreditava que a pesquisa deve transformar o pesquisador levando-o a tornar-se outro e “não mais pensar na mesma coisa de antes” (FOUCAULT, 2010a, p. 260).

Retomando o curso “O governo de si e dos outros”, pode-se afirmar que a experiência, no contexto da pesquisa, é um processo que atravessa e transforma o sujeito (dito pesquisador) e objeto (o problema de pesquisa), “um campo de experiências em que sujeito e objeto são ambos constituídos apenas em certas condições simultâneas, mas que não param de se modificar” (FOUCAULT, 2008b, p. 238).

A antropologia é um elemento que vincula o trabalho de Foucault e estratégias convencionais de pesquisa. Em seu livro “As palavras e as coisas”, publicado em 1966, Foucault faz repetidas menções à etnologia, considerando-a como sendo um dos saberes privilegiados da modernidade, por desenvolver um

perpétuo princípio de crítica e inquietude face ao conhecimento estabelecido, ou seja, a desvalorização dos saberes chamados universais em função do que os antropólogos chamam de “saber local”, fundamento das pesquisas etnográficas (FOUCAULT, 1999b).

Para esse tipo de pesquisa adquirir um caráter válido, no entanto, é preciso que seus dados qualitativos sejam considerados em sua complexidade, levando em conta sua multiplicidade e variação (seja no campo empírico ou documental).

Ferreira Neto (2015) considera que “essa singularidade bem circunstanciada constitui-se uma firme ancoragem para a pesquisa”, ele salienta ainda que Foucault não se referia a um “âmbito empírico geográfico”, mas ao que ele denomina “histórico-geográfico”, mediante séries históricas específicas, localizadas geograficamente na Europa, acessadas mediante um conjunto diverso de documentos, como escritos da época, obras de arte, textos filosóficos, regulamentos e legislação, documentos oficiais ou pessoais, entre outros.

É o que Foucault descrevia como “acontecimentalização”, uma recuperação e análise do objeto de pesquisa utilizado como uma “experiência histórica singular”. Em um debate acerca da obra “Vigiar e punir”, em 1978, o filósofo discursou que o primeiro sentido de acontecimentalizar é trazer à tona uma singularidade onde se imaginava existir uma constância histórica (FOUCAULT, 2003, p. 339).

Para tanto, primeiro se faz necessário localizar as conexões, os jogos de força e os bloqueios que, em algum momento, formaram o que se constitui uma universalidade, uma necessidade, construindo uma multiplicação causal, que consiste em uma análise do acontecimento “segundo os processos múltiplos que os constituem”; depois, compreender que acontecimentalizar é um procedimento que, em última análise, busca construir um “poliedro de inteligibilidade cujo número de faces não é previamente definido e nunca se pode considerar como legitimamente concluído”. Foucault ainda acrescenta que, analiticamente, se processa “por saturação progressiva e forçosamente inacabada” (FOUCAULT, 2003, p. 339-340).

Nessa perspectiva, é imperioso afirmar que o objeto de pesquisa deve ser analisado e vinculado a processos sociais mais amplos. Somente assim será garantida uma perspectiva de inteligibilidade externa ao estudo de um objeto que, ao mesmo tempo, é contingente e pluralizado em sua constituição.

Consoante Ferreira Neto (2015, p. 411-420), deve-se superar uma “leitura dualista de cunho maniqueísta” ao desenvolver essa microanálise de estados mistos

e entender que a realidade comporta estados híbridos é primordial, posto que uma análise real deve contemplar o escrutínio das tensões e tendências misturadas, de modo a permitir intervenções com alguma precisão.

Em Foucault, compreende-se que estados mistos é o mesmo que dispositivos e se encontra uma definição tríplice. Em primeiro lugar, é um conjunto de elementos heterogêneos, tais como

[...] discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados administrativos, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. (FOUCAULT, 1979, p. 244)

Em segundo lugar, existe uma relação dinâmica entre esses elementos, um jogo estratégico envolvendo mudança de posições e funções. Em terceiro, Foucault entende dispositivo como uma formação constituída em um momento histórico determinado, com o propósito de responder a uma urgência (FOUCAULT, 1979, p. 244).

Nessa construção complexa, a análise de um dispositivo envolve a construção do “poliedro de inteligibilidade”, composto por elementos internos e externos, que tende ao inacabamento.

No entendimento de Ferreira Neto (2015), quando o ilustre filósofo propôs seu poliedro de inteligibilidade, sua microanálise de estados mistos e sua análise de dispositivos concretos como estratégia investigativa face ao acontecimento estudado, não tinha a intenção de construir uma totalidade sistemática. Para ele, Foucault buscava sustentar certo inacabamento do processo investigativo – valorizando as diferenças em detrimento das semelhanças – e, igualmente, denunciar a dimensão política de intervenção associada à pesquisa.

Em contraposição à interpretação de sua época de que “o poder não é o mal”, Foucault considerava que “o poder são jogos estratégicos” e não existiriam sociedades sem relações de poder. Considerando sua investigação dos “estados mistos”, híbridos compostos por elementos heterogêneos, é preciso salientar que avaliação do que é bom ou ruim é sempre perigosa e nunca definitiva (FOUCAULT, 2003, p. 339-340).

Em Foucault, o mais relevante do saber é o fato de ele ser fundado a partir de uma relação de poder - sendo ele próprio uma relação de poder. O saber como

relação de poder é a hipótese que servirá de base para toda a produção teórica subsequente do pensador, fundamentando não só objetos de suas pesquisas, mas também da sua metodologia (JÚNIOR, 2017, P. 137-157).

Genealógicamente, o que interessa a Foucault (2014) é o poder como mecanismo capaz de explicar e determinar como se produzem os saberes, a articulação entre saber e poder e a construção do homem e das interações sociais a partir dessa articulação, estando saber e poder numa relação de mútua determinação de sentidos.

Considerar o método genealógico, necessariamente, é perparssar por Nietzsche, que, por sua vez, o descreve do ponto de vista da moral. Em sua perspectiva, nenhum pesquisador, de fato, tinha inquerido sobre a moral em si, procurando seus fundamentos, suas verdades:

Como sucede então que eu nunca tenha encontrado ninguém, nem nos livros, que comprometa assim a sua própria pessoa no estudo da moral, que tenha feito dessa moral um problema e desse problema, miséria pessoal, suplício, volúpia e paixão? (NIETZSCHE, 2009, p. 185)

Foucault apropriou-se desse método genealógico para analisar o poder como elemento capaz de explicar como se produzem os saberes e como o homem pós-moderno se constitui na articulação entre poder e saber. Em “Vigiar e Punir”, Foucault (2014) enfatiza na busca do entendimento sobre os processos pelos quais os indivíduos se tornam sujeitos como resultado de um intrincado processo de objetivação que se dá no interior de redes de poderes, que os capturam, dividem, classificam.

Salienta-se que origem e genealogia são conceitos diversos. Para Foucault (1979, p. 17), origem seria a busca pela essência primeira das coisas, sua possibilidade primeira, seu modelo inteligível, seu anterior a tudo: “procurar uma tal origem é tentar reencontrar ‘o que era imediatamente’, o ‘aquilo mesmo’ de uma imagem exatamente adequada de si”.

A genealogia foucaultiana se inscreve, nesse contexto, como um questionamento radical não só dos limites da significação e do conceito, lançados à análise como partes de um processo histórico, mas também de nossa postura diante desses conceitos e de nossa visão de mundo em geral.

1.2 A QUESTÃO DO PODER EM FOUCAULT

Da análise das obras de Foucault retira-se que a questão do poder nem sempre foi o foco precípua de seu trabalho. Contudo, em sua construção teórica, ele acabou por complementar uma arqueologia do saber pelo projeto de uma genealogia do poder, desvendando e entendendo as técnicas, os mecanismos e as estruturas do poder.

Como referido anteriormente, a década de 1960 foi a fase em que ficaram estabelecidas peças fundamentais no pensamento de Foucault acerca da genealogia do saber e, em seu livro “A palavra e as coisas”, o pensador iniciou uma espécie de “inventário” dos saberes da dominação.

Para Foucault, o saber da dominação se caracteriza, especialmente, pela administração da loucura e a constituição da normalidade sexual. Mediante observação desses fenômenos, revela-se mecanismos de segregação, de hierarquização, a partir dos quais é possível a rotulação do normal (saudável) e do anormal (que deve ser reprimido). Nessa perspectiva, consegue-se analisar que o autor, mediante este inventário, esteja realizando uma classificação horizontal dos saberes (MASCARO, 2016, p. 376).

Já na década de 1970, Foucault dedica-se a investigar a genealogia do poder. Em “Vigiar e Punir”, busca compreender as estruturas do poder: seus mecanismos, técnicas e modos de dominação que se coadunam em redes de hierarquização. É uma empreitada para assimilar a verticalidade dos poderes (MASCARO, 2016, p. 376). Diferenciando genealogia de arqueologia, Foucault pontua que:

A genealogia seria, pois, relativamente ao projeto de uma inserção dos saberes na hierarquia do poder próprio da ciência, uma espécie de empreendimento para dessujeitar os saberes históricos e torná-los livres, isto é, capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico. [...] a arqueologia seria o método próprio da análise das discursividades locais, e a genealogia, a tática que faz intervir, a partir dessas discursividades locais assim descritas, os saberes dessujeitados que daí se desprendem. (FOUCAULT, 1999a, p. 16)

Para Foucault, os saberes dessujeitados se originam do cruzamento dos conhecimentos eruditos (conhecimento histórico metódico, técnico, exato) e das memórias locais (“saber das pessoas” – descontínuo, desqualificados, não

legitimados), permitindo, dessa forma, a constituição de um saber histórico das lutas (FOUCAULT, 1999, p. 13).

Para ele, as genealogias são anticiências. É a partir delas que se propõe uma insurreição dos saberes contra os “efeitos centralizadores de poder que são vinculados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade” (FOUCAULT, 1999, p. 12).

O objetivo analítico de Foucault é estabelecer relações entre esses saberes – pois, independentemente de hierarquia, cada um possui uma positividade específica – com o intuito de apreciar possíveis regularidades que permitam individualizar formações discursivas.

Nas análises históricas acerca das ciências, Foucault não busca invalidar o passado, ao contrário, ele busca esquadriñar como os saberes apareciam e se transformavam. E, mais que isso, ele investiga o “porquê” desse aparecimento. Ou seja, seu objetivo é explicar o surgimento desses saberes, situando-os como peça nas relações de poder, ou incluindo-os em dispositivos políticos.

Necessário esclarecer igualmente que genealogia e história não são conceitos opostos, pelo contrário, à luz de Nietzsche, Foucault descreve:

A genealogia não se opõe à história como a visão altiva e profunda do filósofo ao olhar de toupeira do cientista; ela se opõe, ao contrário, ao desdobramento meta-histórico das significações ideais e das indefinidas teleologias. Ela se opõe à pesquisa da “origem”. (FOUCAULT, 1979, p. 16)

A origem, nesse contexto, exprime certo sentido metafísico. Pois, para Foucault, a busca da origem perscrutaria um caminho que teria como objetivo recolher “a essência exata da coisa [...] sua forma imóvel e anterior a tudo o que é externo, acidental, sucessivo”. O que não acontece quando o pesquisador escuta a história, já que nela é possível desvelar que “atrás das coisas há ‘algo inteiramente diferente’: não seu segredo essencial e sem data, mas o segredo que elas são sem essência, ou que sua essência foi construída peça por peça [...]” (FOUCAULT, 1979, p. 17-18).

Ademais, contrapondo origem e história, Foucault ainda ensina que, a contrassenso do que se gosta de acreditar, as coisas precipuamente não se “encontravam em estado de perfeição” – elas não saíram “brilhantes das mãos do

criador” – para a história, as coisas no seu início, são uma careta do que virão a ser (FOUCAULT, 1979, p. 18).

Ainda sobre a origem, cumpre estabelecer que ela está ligada à ideia do lugar da verdade, que seria um ponto “totalmente recuado e anterior a todo conhecimento positivo” no qual se tenta possibilitar um saber que acaba recobrimdo-a: “estaria nesta articulação inevitavelmente perdida onde a verdade das coisas se liga a uma verdade do discurso que logo a obscurece, e a perde” (FOUCAULT, 1979, p. 18-19).

Dessa forma, no entender de Foucault – alicerçado no pensamento nietzschiano – realizar uma genealogia das coisas (como valores, moral, conhecimento) não é o mesmo que buscar sua origem, outrossim é:

[...] se demorar nas meticulosidades e nos acasos dos começos; prestar uma atenção escrupulosa à sua derrisória maldade; esperar vê-los surgir, máscaras enfim retiradas, com o rosto do outro; não ter pudor de ir procurá-las lá onde elas estão [...]. É preciso saber reconhecer os acontecimentos da história, seus abalos, suas surpresas, as vacilantes vitórias, as derrotas mal digeridas, que dão conta de atavismos e das hereditariedades. (FOUCAULT, 1979, p. 19)

Consoantemente, Machado¹ afirma não existe uma “teoria geral do poder”, isto porque, a partir da análise de suas obras não se pode considerar o poder como uma realidade que possua uma natureza. Em suas palavras, “não existe algo unitário e global chamado poder, mas, unicamente, formas díspares, heterogêneas, em constante transformação”. Nesse sentido, o poder não é natural, mas sim “uma prática social e, como tal, constituída historicamente” (MACHADO *in* FOUCAULT, 1979, p. X).

Isto porque não é dessa maneira que Foucault tematiza qualquer dos seus objetos de pesquisa, vez que como já analisamos, sua metodologia é voltada para verificar fragmentos, que são transformáveis de acordo com novos dados trabalhados.

Resta evidente das análises genealógicas do poder realizadas por Foucault que Estado e poder não são sinônimos, já que ele revela formas de exercício de

¹ Machado é um dos principais responsáveis pela tradução e elaboração dos prefácios de algumas edições brasileiras das obras de Foucault.

poder diferentes do Estado, contudo, a ele articuladas como forma de manter sua própria subsistência:

A teoria geral do Estado, a análise tradicional dos aparelhos de Estado sem dúvida não esgotam o campo do exercício e de funcionamento do poder. [...] seria necessário saber até onde se exerce o poder, através de que revezamentos e até que instância se exerce o poder. (FOUCAULT, 1979, p. 75)

Com intuito de responder essa questão, Foucault estabeleceu uma dicotomia (ou distinção) entre uma situação central ou periférica e um nível macro ou micro, o que permitiu visualizar as transformações nos sistemas estatais, as mudanças de regimes políticos, os efeitos de conjunto e a mecânica do poder que se espalha por toda a sociedade, intervindo materialmente no sujeito de forma a atingir, inclusive, seu corpo, caracterizando-se como micro poder.

Para ilustrar, pode-se observar o surgimento de um novo tipo de exercício de poder entre o fim do século XVIII e o início do século XIX:

Mas quando penso na mecânica do poder, penso em sua forma capilar de existir, no ponto em que o poder encontra o nível dos indivíduos, atinge seus corpos, vem se inserir em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua vida quotidiana. O século XVIII encontrou um regime por assim dizer sináptico de poder, de seu exercício **no** corpo social, e não *sobre* o corpo social. A mudança do poder oficial esteve ligada a este processo, mas através de decalagens. Trata-se de uma mudança de estrutura fundamental que permitiu a realização, com uma certa coerência, desta modificação dos pequenos exercícios do poder. Também é verdade que foi a constituição deste novo poder microscópico, capilar, que levou o corpo social a expulsar elementos como a corte e o personagem do rei. A mitologia do soberano não era mais possível a partir do momento em que uma certa forma de poder se exercia no corpo social. (FOUCAULT, 1979, p.131, grifo do autor)

O deslocamento do espaço da análise e do nível em que ela se efetua é o que Foucault denominou de microfísica do poder. Intimamente ligados estão dois aspectos, pois a partir da consideração do poder em suas extremidades, consegue-se voltar a atenção para suas formas locais e os procedimentos técnicos de poder que realizam um controle minucioso do corpo (seus gestos, atitudes, comportamentos, hábitos, discursos).

Com realidades distintas e mecanismos heterogêneos, dois tipos de poder se articulam em níveis variados e se subordinam a um sistema (micro e macro poder). Importante salientar que os micropoderes não são confiscados ou absorvidos pelo aparelho estatal, muitas vezes nem são criados pelo Estado, contudo, não nasceram fora dele.

Há uma relativa independência ou autonomia dos poderes periféricos em relação aos poderes centrais. Assim, transformações ocorridas em níveis menores nem sempre atingem o centro, a recíproca também é verdadeira.

Pode-se considerar, inclusive, que o aparelho do Estado é um instrumento de um sistema de poderes que não se encontra localizado unicamente nele, mas o ultrapassa e o complementa. Existe, portanto, uma rede de poderes imperando em toda a sociedade.

Salienta-se que análise realizada por Foucault é “ascendente”, vez que ele buscou verificar o poder partindo de níveis mais baixos da sociedade (micro) prolongando-se até o Estado (macro).

A partir de suas obras, observa-se que a genealogia concretizada por ele é a dos mecanismos e técnicas infinitesimais de poderes que estão ligadas com a produção de saberes sobre diferentes assuntos (criminoso, sexualidade, doença, loucura) que possuem técnicas e histórias específicas. Seu estudo ainda foi além, pois analisou como esses micropoderes se relacionam com o nível de poder mais geral que se constitui no aparelho estatal.

De acordo com Foucault, o poder não se exprime na forma de uma dominação global e centralizada que se difunde homoganeamente em todos os setores da vida social. O poder tem existência própria e formas específicas em um nível mais elementar.

É fora do Estado que, muitas vezes, relações de poder são instituídas. Todavia, é sempre dentro dele que elas são exercidas. Não há um ponto específico em que os poderes ficam localizadas na estrutura social; no entanto, essas relações de poder funcionam como uma rede de dispositivos (ou mecanismos) da qual nada escapa.

Machado é rigoroso ao afirmar que “o poder não existe”. Ele avalia que, a partir de Foucault, o que existem são práticas ou relações de poder: “o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona [...] como uma máquina social que não

está localizada em um lugar privilegiado ou exclusivo, mas se dissemina por toda a estrutura social” (MACHADO *in* FOUCAULT, 1979, p. XIV).

Sobre o caráter relacional do poder ele ainda prescreve que as lutas dentro dessa estrutura são realizadas internamente, nunca de fora:

Qualquer luta é sempre resistência dentro da própria rede de poder, teia que se alastra por toda a sociedade e a que ninguém pode escapar: ele está sempre presente e se exerce como uma multiplicidade de relações de forças. E como onde há poder há resistência, não existe propriamente o lugar da resistência, mas pontos móveis e transitórios que também se distribuem por toda a estrutura social. (MACHADO *in* FOUCAULT, 1979, p. XIV)

Evidencia-se, também no trabalho de Foucault, a dissociação entre os termos dominação e repressão; o filósofo enuncia que as relações de poder não se caracterizam por fundamentarem-se somente no direito ou na violência, até porque a dominação capitalista não sobreviveria caso seu único ponto de apoio fosse a repressão.

Quando se desconsidera o aspecto negativo do poder (que talvez nem seja seu ponto fundamental) percebe-se que ele, de certa forma, produz: “o poder possui uma eficácia produtiva, uma riqueza estratégica, uma positividade” (MACHADO *in* FOUCAULT, 1979, p. XVI). O corpo é objeto desse aspecto positivo do poder, mas não para mutilá-lo e sim para aprimorá-lo, adestrá-lo.

Dessa forma, é possível gerir a vida do ser humano, controlando suas ações, para que seja viável um aproveitamento maior de suas capacidades, mediante seu aprimoramento gradual e contínuo com um objetivo concomitante econômico e político. Isto porque, quando aumenta sua força de trabalho, eleva-se sua utilidade econômica (afeta a força econômica), ao mesmo tempo que diminui sua capacidade de resistência (afeta a força política).

Entretanto, considerando Foucault, deve-se ser menos geral e englobante, vez que seu estudo acerca das relações de poder é realizado mediante investigações delimitadas, não podendo ser aplicada sem critério, embora seu tom muitas vezes seja provocativo, a questão do poder foi levantada especificamente em sua análise das prisões em “Vigiar e Punir”.

O foco de sua pesquisa era a relação específica de poder que incidia sobre os sujeitos encarcerados e a tecnologia própria utilizada. Como já referido outrora, essa

técnica não é utilizada somente na prisão, pois estendeu-se para outras instituições (hospital, fábrica, escolas, exército).

Essa relação específica de poder é denominada de disciplina, ou poder disciplinar. Foucault descreve que:

A disciplina é uma técnica de exercício de poder que foi, não inteiramente inventada, mas elaborada em seus princípios fundamentais durante o século XVIII. [...] quando o poder disciplinar foi aperfeiçoado como uma nova técnica de gestão dos homens. Fala-se, frequentemente, das invenções técnicas do século XVIII – as tecnologias químicas, metalúrgicas, etc. – mas, erroneamente, nada se diz da invenção técnica dessa nova maneira de gerir os homens, controlar suas multiplicidades, utilizá-las ao máximo e majorar o efeito útil de seu trabalho e sua atividade, graças a um sistema de poder suscetível de controlá-los. (FOUCAULT, 1979, p. 105)

Com certa similitude ao pensamento marxista, Foucault disserta que disciplina possui técnicas específicas para sua aplicação. Em primeiro lugar, faz-se necessário uma “arte de distribuição espacial dos indivíduos”, analisa-se o espaço para distribuir o sujeito de forma individualizada, classificatória e combinatória (FOUCAULT, 1979, p. 105-106).

A disciplina é um controle do tempo. Mediante mecanismos de gestão disciplinar dos corpos, a disciplina exerce seu controle, não sobre o resultado de uma ação e sim sobre seu desenvolvimento. Ou seja, observa-se como os gestos são feitos e dentre eles escolhe-se o mais eficaz, rápido e ajustado (FOUCAULT, 1979, p. 106).

A disciplina implica uma vigilância constante dos sujeitos. Para não haver descuidos, faz-se imprescindível uma observação permanente mediante uma pirâmide de olhares (FOUCAULT, 1979, p. 106).

Esses olhares sobrevêm do olhar invisível – semelhante ao Panóptico de Bentham, que permite ver tudo permanentemente, contudo, sem ser visto – e têm por função impregnar quem é vigiado a ponto que este adquira de si mesmo a visão de quem o olha.

Finalmente, a disciplina necessita de um registro contínuo (exame). Anotam-se informações acerca do sujeito e perpassam-nas de baixo para cima, de forma que, nenhum detalhe, acontecimento ou elemento disciplinar seja descartado da atenção de quem ocupa o topo da pirâmide disciplinar (FOUCAULT, 1979, p. 106).

Nessa perspectiva, pode-se perceber que, diferente do sistema clássico de controle (em que o exercício do poder era confuso, global e descontínuo) – poder do soberano sobre grupos constituídos por famílias, cidades e paróquias – a partir da vigilância constante, é possível individualizar os seres, na expectativa de utilizar a sua máxima capacidade.

De forma simplificada, Foucault (1979, p. 107) revela que “a disciplina é o conjunto de técnicas pelas quais os sistemas de poder vão ter por alvo e resultado os indivíduos em sua singularidade”.

Essas técnicas são inter-relacionadas – uma serve de apoio para outra – e também se adaptam às necessidades específicas de variadas instituições. Contudo, cada uma à sua maneira, realiza um objetivo similar, se consideradas de um ponto de vista político.

Em linhas gerais, Foucault apresenta que seus antecessores buscavam examinar mais as pessoas que detinham o poder do que os mecanismos de poder em si.

Em sua visão, era mais comum encontrar pesquisas acerca de pessoas que detiveram o poder; igualmente, o liame entre poder e saber também não se constituía um assunto recorrente nos debates teóricos:

Ora, o poder em suas estratégias, ao mesmo tempo gerais e sutis, em seus mecanismos, nunca foi muito estudado. Um assunto que foi ainda menos estudado é a relação entre o poder e o saber, as incidências de um sobre o outro. [...] tenho a impressão de que existe, e tentei fazê-la aparecer uma perpétua articulação do poder com o saber e do saber com o poder. Não podemos nos contentar em dizer que o poder tem necessidade de tal ou tal descoberta, desta ou daquela forma de saber, mas que exercer o poder cria objetos de saber, os faz emergir, acumula informações e as utiliza. (FOUCAULT, 1979, p. 141-142)

O exercício do poder cria perpetuamente saber e, inversamente, o saber acarreta efeitos de poder.

Genealogicamente considerando, é possível estabelecer o saber (aqui compreendido como materialidade, como prática ou acontecimento) como peça de um dispositivo político que, enquanto dispositivo, se articula com a estrutura econômica. Busca-se esclarecer como se formaram os domínios de saber – atualmente conhecidos como ciências humanas – a partir de práticas disciplinares.

Diante do exposto, cumpre elucidar que os conceitos até aqui levantados serão retomados no decorrer do trabalho, seja por motivo de reapreciação ou para concatenar com questões que ainda serão explanadas.

[...]

Existe um povo que a bandeira empresta
P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!
E deixa-a transformar-se nessa festa
Em manto impuro de bacante fria!
Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é esta,
Que impudente na gávea tripudia?
Silêncio. Musa... chora, e chora tanto
Que o pavilhão se lave no teu pranto!

Auriverde pendão de minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra
E as promessas divinas da esperança...
Tu que, da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!

Fatalidade atroz que a mente esmaga!
Extingue nesta hora o brigue imundo
O trilho que Colombo abriu nas vagas,
Como um íris no pélago profundo!
Mas é infâmia demais! ... Da etérea plaga
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo!
Andrada! arranca esse pendão dos ares!
Colombo! fecha a porta dos teus mares!
(Castro Alves – Navio Negreiro)

2 ANÁLISE FOUCAULTIANA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

2.1 O CÓDIGO CIVIL NA MODERNIDADE JURÍDICA

Com o fim de restringir-se à proposta da presente tese, a modernidade é aqui considerada em seu sentido filosófico: o conjunto de sinais que indicam o surgimento de um pensamento antropocentrista fundamentado na liberdade e no individualismo e sua ruptura com o Mundo Antigo e Medieval, fundado sobre um pensamento cosmologista/teologista que se legitimava pela autoridade (GROSSI, 2004. p.13-14).

O léxico modernidade é usado frequentemente para cobrir o período entre os séculos XVII e XVIII, conhecido pelas inovações nas ciências, na filosofia e na política; caracterizado pelo Iluminismo, que tentou desenvolver a razão científica, a moralidade baseada em princípios universais e a autonomia do sujeito (BRUNS, 2016, p. 414).

Foi observando a relação entre segurança, população e governo na história que Foucault (2015, p. 407) identificou o problema do governo – seja de si mesmo; seja do governo das almas e das condutas; seja do governo das crianças; e o mais interessante à pesquisa, o governo dos Estados (o governo em sua forma política).

Mediante a governamentalidade, Foucault busca exteriorizar a gênese do Estado a partir das práticas de governo que têm a população como finalidade, a economia como saber imprescindível e os dispositivos de segurança como mecanismo básico.

Segundo a dialética foucaultiana, entre os séculos XVI e XVIII, a obra “O Príncipe” de Maquiavel foi inegavelmente marcante para a definição de governo. Não somente por sua importância para a Ciência Política, como também pela extensa literatura antimachiavélica que dela se originou.

Em linhas gerais, a crítica ao Príncipe fundamentava-se na arte de governar estabelecida por Maquiavel. Afirmava-se que o príncipe que recebia seu principado (por herança, aquisição ou conquista) lhe era exterior, vez que a relação entre os dois dava-se por tradição ou por violência, sendo dessa maneira sempre sintética e frágil, passível de sofrer ameaças tanto internas (eventuais súditos insatisfeitos), quanto externas (inimigos querendo conquistar ou retomar seu território) (FOUCAULT, 2015, p. 410).

Nessa perspectiva, a arte de governar e o exercício do poder seriam voltados, principalmente, para a manutenção, reforço e proteção do principado – entendido aqui como o que o príncipe possui e não o conjunto constituído por súditos e território. Nas palavras de Foucault:

O **Príncipe** de Maquiavel é essencialmente um tratado de habilidade do príncipe em conservar seu principado e é isso que literatura anti-Maquiavel quer substituir por uma arte de governar. Ser hábil em conservar seu principado não é de modo algum possuir a arte de governar. (FOUCAULT, 2015, p. 211, grifo do autor)

Dentre a literatura anti-Maquiavel, Foucault (2015) destaca os textos de Guillaume de La Perrière, os quais exprimiam diferentes formas de governar. De acordo com eles, existem variados governos que podem ser exercidos por variadas pessoas; contudo, todos estão alocados dentro do Estado, ou da sociedade, como: o governo de si mesmo (diz respeito à moral), o governo da família (diz respeito à economia) e a ciência de bem governar o Estado (diz respeito à política).

Nessa concepção, a arte de governar deve estabelecer uma continuidade tanto ascendente como descendente. Ascendente no sentido de que, para governar o Estado, deve-se, primeiro, saber se auto governar e governar sua família/bens. Descendente, porque, em um Estado bem governado, os pais de família geram bem seu patrimônio.

Governar um Estado significará portanto estabelecer a economia no nível geral do Estado, isto é, ter em relação aos habitantes, às riquezas, aos comportamentos individuais e coletivos, uma forma de vigilância, de controle tão atenta quanto a do pai de família. (FOUCAULT, 2015, p. 413)

La Perrière, citado por Foucault (2015, p. 414), acrescenta que “governo é uma correta disposição das coisas de que se assume o encargo para conduzi-las a um fim conveniente”. Foucault explica que a palavra *coisas*, aqui, significa um conjunto de homens e coisas. Em outras palavras, quem desejar se encarregar do Estado deverá saber manejar não somente os homens, mas também a sua relação com as coisas (riquezas, recursos, meios de subsistência, território, fronteiras, clima, costumes, formas de agir e pensar, e, ainda, as desgraças, como a fome, epidemias e a morte).

Da afirmação de La Perrière, retira-se também uma importante ruptura quanto à finalidade do governo do Estado, pois, até então, tinha-se que o fim do Estado era a manutenção de sua própria soberania mediante obediência às leis. Já para esta arte de governar, a finalidade do governo está nas coisas que ele governa, na intensificação dos processos que ele dirige e os instrumentos do governo, em vez de serem constituídos por leis, se constituem de variadas outras táticas (LA PERRIÈRE apud FOUCAULT, 2015).

Contudo, enquanto as instituições de soberania foram consideradas as instituições fundamentais e o exercício de poder foi sinônimo de exercício da soberania, a arte de governar não teve espaço para desenvolver-se.

Ao abordar a racionalidade estatal, Foucault (2015) afirma que o Estado tem uma razão de ser que lhe é própria e, somente com o surgimento do mercantilismo, o exercício do poder deu seus primeiros passos para instituir-se como prática de governo. Em suas palavras, “é com ele [o mercantilismo] que se começa a constituir um saber sobre o Estado que pôde ser utilizável como tática de governo” (FOUCAULT, 2015, p. 420-421).

A arte de governar encontrou seu espaço deveras somente a partir do século XVII. Em meio à expansão demográfica, abundância monetária e aumento da produção agrícola, havia o problema da população. Conforme Foucault (2015), esse processo ocorreu sutilmente e, quando reconstituído no detalhe, mostra que a ciência do governo, a centralização da economia em outra coisa que não a família e o problema da população estão conectados.

A partir deste processo, foi possível vislumbrar que a população tinha regularidade, características e fomentava efeitos econômicos próprios. Assim, a população passou a ser o objetivo final do governo e era sua responsabilidade melhorar a sorte da população, aumentar sua riqueza, sua duração de vida, sua saúde etc. (FOUCAULT, 2015).

O Estado começa, então, a dispor de instrumentos para gerir a população e cumprir a sua nova finalidade; como campanhas (que agem diretamente sobre a população) e técnicas (que agem indiretamente); mediante estes instrumentos passou a ser possível – às vezes sem que as pessoas notassem – aumentar a taxa de natalidade, direcionar a população para uma determinada área ou região, gerir os fluxos de pessoas, entre outras (FOUCAULT, 2015).

Foucault destaca que não é apenas o surgimento de uma arte de governar, mas também de táticas e técnicas de manipulações novas.

A população aparece, portanto, mais como fim e instrumento do governo que como força do soberano; a população aparece como sujeito de necessidades, de aspirações, mas também como objeto nas mãos do governo; como consciente, ante o governo, daquilo que ela quer e inconsciente em relação àquilo que se quer que ela faça. O interesse individual – como consciência de cada indivíduo constituinte da população, quaisquer que sejam os interesses e as aspirações individuais daqueles que a compõem – constituem o alvo e o instrumento fundamental do governo da população. (FOUCAULT, 2015, p. 426)

Nesse ínterim, contudo, a soberania não é eliminada, ao revés, ela é amplificada, assim como a disciplina. Isto porque é preciso gerir a população profunda e minuciosamente para a preservação do que Foucault (2015) denomina de triângulo soberania-disciplina-gestão governamental, que tem por alvo a população e os dispositivos de segurança como seu método de operação.

Há, portanto, uma relação histórica profunda entre:

[...] o movimento que abala a constante da soberania colocando o problema, que se tornou central, do governo; o movimento que faz aparecer a população como um dado, como um campo de intervenção, como o objeto da técnica de governo; e o movimento que isola a economia como setor específico da realidade e a economia política como ciência e como técnica de intervenção do governo no campo da realidade. (FOUCAULT 2015, p. 428-429)

Esses três movimentos revelados por Foucault (2015) (governo, população e economia política) se integraram no século XVIII e sobreviveram até os dias atuais, principalmente, nos países do Ocidente; fazendo parte do fenômeno chamado de governamentalização que, segundo o filósofo, forma uma biopolítica da população a qual possibilita a existência do Estado moderno.

Mediante essa biopolítica, o Estado exerce o poder sobre toda uma rede de micropoderes, produzindo condutas, gestos e, até mesmo, o próprio sujeito. É uma gestão total da vida. Mas e o direito? Como aloca-se nessa perspectiva? Pode-se afirmar que o direito se constitui uma das principais ferramentas de exercício desse poder, pois, ele é utilizado não apenas pelo Estado e seus agentes, mas também por todo aquele que é, ao mesmo tempo, sujeito e detentor do direito.

Uma nova visão de mundo emerge junto ao que se considera a modernidade. Fundada na racionalização ético-filosófica e técnico-produtiva, essa nova forma de observar o mundo produz valores, crenças e interesses próprios de camadas da sociedade que estão surgindo e enfrentando o até então onipresente feudalismo aristocrático-fundiário.

Fatores como o renascimento, a reforma, o processo de secularização, as transformações econômico-mercantis, progresso científico, advento do sistema comercial capitalista e a organização social da burguesia, favoreceram o discurso de uma cultura liberal-individualista e seus princípios norteadores (WOLKMER, 2003).

Nessa nova ordem social, o liberalismo-individualismo, encontra condições materiais propícias para a sua instauração, tornando-se a proposta ideológica adequada às necessidades da burguesia emergente ao mesmo tempo em que se constituía ferramenta de legitimação das novas formas de produção da riqueza e à justificação racionalista da era que surgia (WOLKMER, 2003).

Este individualismo expressava a moralidade social burguesa e construía o homem como centro autônomo de suas escolhas, sejam elas econômicas, políticas ou de pensamento. Fazia do ser individual um valor absoluto. Conforme Wolkmer (2003, p. 27), nessa dinâmica histórica, “a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais”.

Ainda segundo o autor, é imprescindível distinguir-se a velha e a nova ordem jurídica. O Direito, no período Medieval reconhecia a desigualdade social e tratava de maneira desigual os desiguais. É, portanto, um Direito que concedia proteção aos privilegiados, que de certa forma gerava um modo de produção injusto. Entretanto, os seus efeitos minimizavam-se ante o próprio reconhecimento da desigualdade – motivo pelo qual constituía-se um direito mais vivo e real (WOLKMER, 2003).

Em contrapartida, o Direito dito moderno, o liberal-individualista, se assenta em uma abstração que oculta as condições sociais concretas. Sob a pretensão de ser um direito igual – supondo a igualdade dos homens sem considerar os condicionamentos sociais concretos – acaba por produzir uma legislação abstrata, geral e muitas vezes impessoal (WOLKMER, 2003).

Grossi (2004), ao contrapor as ordens jurídicas Medieval e Moderna, adiciona importantes considerações ao tema em comento. Acerca do direito Medieval, o autor assinala que naquele universo inexistia um poder político totalizante. As

combinações corporativas (o Estado, a Igreja, a rudimentar economia, as famílias, as classes) se desenvolviam quase que livremente. Em suas palavras:

O direito é um fenômeno primordial e radical da sociedade; para subsistir, não espera os coágulos históricos ligados ao desenvolvimento humano e representados pelas diferentes formas de regulamentação pública. Ao contrário, para ele é terreno necessário e suficiente as flexíveis organizações comunitárias em que o social se ordena e que ainda não se fundamentam na **polis** mas sim no sangue, na fé religiosa, na profissão, na solidariedade cooperativa, na colaboração econômica. Resumindo: **antes existia o direito**; o poder político vem depois. (GROSSI, 2004, p. 31, grifo do autor)

Sobre o direito medieval, Grossi (2004, p. 33-34) ainda afirma que este é por excelência a “razão civil chamada a regulamentar a vida cotidiana dos homens” e está profundamente interligado ao corpo social. Assim, o direito não está nos projetos de um Príncipe; ele é concebido como interpretação de juristas que, tendo por base textos respeitáveis (romanos e canônicos), constroem-no autenticamente medieval.

De forma concatenada, surge um novo Príncipe e também uma nova conexão entre ele e o direito. De acordo com Grossi (2004), a normatização direta realizada pelo Príncipe ganhará, nos anos finais do período medieval, cada vez mais espaço, tendendo já a substituir-se monocraticamente em detrimento do velho pluralismo de fontes. Isso se deve à uma ascendente burguesia que, para ver seus planos realizados, acaba agraciando o Príncipe com o poder de legislar.

Na verdade, tal concepção de legalidade vai constituindo-se em fins da Idade Média com o crescimento e a influência dos mercadores que, gradativamente, vão lutando contra a velha estrutura feudal, “primeiro para sobreviver e depois para converter-se em classe hegemônica”. Por sua vez, é natural a emergência de juristas identificados com os interesses dos estratos burgueses, desempenhando uma função significativa de desenterrar “as normas jurídicas romanas as adaptando às necessidades dos mercadores, pondo especial ênfase em uma reinterpretação do Direito de Propriedade e do Direito Contratual”. (WOLKMER, 2003, p. 27)

Conseqüentemente, a lei assume papel de protagonista e passa a não ser mais entendida na vaga acepção da *lex* de Tomás de Aquino, para quem a lei constituiria um “ordenamento da razão voltado ao bem comum, proclamado por

aquele que possui o governo de uma comunidade” (GROSSI, 2004). Mas, sim, no significado estreito da *loy*, lei em sentido moderno. A primeira era marcada por finalidades bem estabelecidas (como a razoabilidade e o bem comum), a segunda propõe-se como realidade que não encontra nem seu significado nem sua legitimação social

O Estado único detentor do poder de coagir, e fonte única do direito. O direito pode, em meu entender, definir-se exatamente — o conjunto de normas em virtude das quais, em um Estado, se exerce a coação. Esta definição: encerra dois elementos, a saber, a norma, e a realização desta pela coação. Os estatutos sociais sancionados pela coação pública são os únicos que constituem o direito. Ora, como já vimos, o Estado é o soberano detentor desta coação. Portanto só as prescrições revestidas por ele desta sanção constituem normas jurídicas. Em outros termos: O Estado é a única fonte do direito. (JHERING, 1950, p. 220)

É o nascimento da mística da lei. Em tempos passados, havia uma integração de fontes (leis, costumes, doutrina, prática, sentença – pluralismo), a partir de então surge uma fonte única (a vontade do Príncipe – único sujeito capaz de transcrever a natureza na norma).

Nesse sentido, Michel de Montaigne, citado por Grossi, expressou a seguinte afirmação:

[...] as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis. [...] quem as obedece por serem justas, não dá a obediência devida a elas. (MONTAIGNE apud GROSSI, 2004, p. 42-43)

O Estado, já ordenado em um cada vez mais robusto organismo político, necessita de um instrumento normativo com a capacidade de conter o fenômeno jurídico. Sob o ponto de vista da ordem jurídica moderna, o Estado Moderno detém a exclusividade das instituições capazes de emitir leis, não dando margem sequer ao pluralismo jurídico que considerava o direito como fruto de costumes e tradições. Nesse aspecto, Grossi (2004, p. 13-14) afirma o seguinte:

O direito moderno está intimamente vinculado ao poder político como comando de um superior a um inferior – de cima para baixo –, visão imperativista que o identifica em uma norma, ou seja, em uma regra respeitável e autoritária; [...] uma visão desse tipo somente pode se

concretizar em um sistema legislativo que tenha apenas uma fonte plenamente expressiva da juridicidade, ou seja, a lei. Uma lei – essa dos modernos – que se concretiza mais em um ato de vontade do que em um ato de conhecimento.

Ou seja, para o autor, o direito mostra-se como comando autoritário que vem do alto, contudo, nem sempre atento à realidade. A justiça, muitas vezes, permanece como um objetivo inalcançável, e os cidadãos, nessa perspectiva, somente podem esperar que os produtores de leis – que são, pois, os detentores do poder político – ajustem a lei aos moldes da justiça (salienta-se, porém, que os legisladores também estarão submetidos a referida lei).

Ressalta-se, entretanto, que a transição do período medieval para o moderno deu-se de forma lenta e gradual. A transfiguração do direito na lei, também foi aos poucos. Bodin, citado por Grossi (2004, p. 47-48), ao buscar a genealogia da soberania revela que “existe muita diferença entre o direito e a lei, o primeiro registra fielmente equidade; a lei, ao contrário, é somente comando de um soberano que exercita seu poder”.

Nas últimas décadas do século XVI, a monarquia francesa, tomada por Grossi (2004) como exemplo da política moderna, já havia legislado acerca de variados assuntos; por outro lado, teve um espaço em que o Príncipe não quis ou não pôde legislar. Este espaço caracteriza-se por ser território das relações cotidianas entre privados – é o espaço que o autor chama de direito civil – que, até aquele momento, ainda regulamentava-se pelas práticas consuetudinárias.

Nesse período conviviam, na França, portanto, dois níveis de experiência jurídica: em um primeiro nível encontrava-se as leis (ainda em crescimento) e no outro, mais profundo, enraizado na sociedade, encontrava-se o direito. O primeiro tinha como predicado intrínseco sua subsunção à vontade do soberano, sem um conteúdo que de fato o legitimasse. Enquanto que o direito propriamente dito encontrava sua fonte nas experiências vividas pela comunidade. Por esta razão, as soluções dos conflitos eram revestidas de maior equidade (GROSSI, 2004).

A questão que se enfrentou no período moderno consistia em encontrar maneiras de absorver o direito na lei, pois, de certo modo, houve uma ruptura entre o direito formal/legal e a sociedade como organismo em movimento. É a crise do direito:

O direito, tecido ordenante do corpo social, que deve harmonicamente revesti-lo no seu contínuo crescimento, poderia somente vir a passar por uma crise profunda, entendendo aqui por crise a incapacidade de corresponder a sua própria natureza. (GROSSI, 2004, p. 50)

Sobre a modernidade e as mitologias, Grossi (2004) revela que a sociedade moderna, orgulhosa de suas práticas agora fundadas no ponto de vista científico não religioso, desponta-se como a maior construtora de mitos. Ao analisar genealogicamente as grandes ideias formuladas nos séculos XVII e XVIII (estado de natureza, contrato social, representação política, igualdade jurídica, vontade geral, entre outras) verifica-se um arcabouço que busca uma fundamentação mítica.

[...] as novas conquistas político-jurídicas pensavam na sua própria fragilidade sabendo não ter o tenaz apoio das metafísicas religiosas, pediam, por sua vez, para não serem apoiadas sobre as areias movediças da história. [...] a isso serve o mito, no seu significado essencial de transposição de planos, de processo que obriga uma realidade a cumprir um vistoso salto de níveis transformando-se em uma meta-realidade. (GROSSI, 2004, p. 58)

O mito é imprescindível para o Iluminismo do século XVIII, vez que não pode dispensar um absoluto no qual se fundamentar; o mito, nessa perspectiva, encobre uma carência, preenche um vazio, que, na hipótese de ser revelado, pode representar um risco para a estabilidade da nova estrutura da sociedade civil. O mito é um suporte que garante a inalterabilidade das novas formas políticas, econômicas e jurídicas (GROSSI, 2004).

Há que se observar, assim, como essas diferentes estruturas causais compatibilizaram-se na constituição teórica e instrumental do moderno paradigma jurídico, marcado por determinadas características (geral, abstrato, coercível e impessoal) principais institutos (propriedade privada, liberdade de contratar e autonomia da vontade, direitos subjetivos) e cosmovisões jusfilosóficas hegemônicas (jusnaturalismo e positivismo jurídico). (WOLKMER, 2003, p. 26)

Essa nova ordem tem por característica ser democrática, exprimindo a vontade geral da sociedade, que tem como seu único instrumento de expressão a representação política (representação da vontade). Ao Parlamento, é creditada essa vontade geral; a voz, em nível normativo, é a lei. A consonância entre a

manifestação jurídica e a representação da vontade (silogismo) transfigura-se na regra fundamental de toda democracia moderna (princípio da legalidade) (GROSSI, 2004).

Na retaguarda de tudo isso, conforme Grossi (2004), fica escondido um Estado monoclássista, do qual o historiador do direito deve desconfiar. É ingenuidade crer que somente a lei seria capaz de exprimir a vontade geral da sociedade e, dessa forma, produzir e condicionar toda proposta de juridicidade. Evidencia-se, em uma análise mais profunda, a construção de uma pseudoverdade que objetiva, em realidade, tutelar os interesses particulares dos detentores do poder.

Já no final de século XVIII, vincula-se quase indissolúvelmente o direito e o poder. O direito, que no transcorrer da civilização medieval foi dimensão da sociedade, torna-se dimensão do poder. Grossi descreve esta como a maior tragédia do direito continental moderno, pois a fisiologia do jurídico não é o palco para a realização das peças do soberano ou abstrações do doutrinador, até pode ser, mas, antes, pertence a uma sociedade (entendida como atores, não como plateia).

Em suma, consoante De La Torre Rangel, citado por Wolkmer (2003), três fatores contribuíram para a formação do discurso que efetiva o direito moderno liberal-individualista, sendo eles:

- a) A igualdade formal de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o Direito romano;
- b) A codificação do Direito em normas gerais, abstratas e impessoais, ditadas pelo Estado legislador que chegará a identificar - como no positivismo do século XIX - o Direito com a Lei, esvaziando o Direito de toda a ideia de justiça;
- c) A criação do Direito Público paralelo ao Direito Privado, como forma de garantir os direitos subjetivos e a igualdade formal, proclamados do Direito Natural. (WOLKMER, 2003, p. 28)

Mediante esses fatores teóricos e operacionais se pode caracterizar o Direito Moderno como direito estatal, centralizado, escrito, previsível (segurança e certeza jurídicas) e também normativo. De acordo com Grossi, referenciar o direito à norma significa concebê-lo de modo potestativo, ou seja, ligá-lo intimamente ao poder (GROSSI, 2004).

Em uma estrutura técnico-formal, o Direito, na modernidade jurídica, traduz-se em um complexo de normas de teor geral, abstrato, coercível e impessoal denominado Código. As normas tem caráter geral, porque implicam que a regra jurídica seja o mais abrangente possível, obrigando que as pessoas estejam em situação de igualdade jurídica. “A lei é para todos e não apenas para algumas pessoas” (WOLKMER, 2003, p. 28). São abstratas, porque objetivam alcançar o maior número possível de ações e acontecimentos. A disposição legal é indeterminada, já que o legislador nem sempre consegue antecipar-se aos fatos a fim de produzir leis e códigos completos e acabados, isto é, ele não tem condições de prever todos os casos concretos frente ao fluxo constante de mudanças no organismo social (WOLKMER, 2003).

Já a coercibilidade das normas se manifesta na possibilidade do uso da coação psicológica e material garantida pelo poder político estatal. Trata-se do poder disciplinar descrito por Foucault, ou seja, a utilização da força e da coação, acionado pelo aparato estatal para constringer ou induzir à obediência de condutas a serviço das instituições em geral (WOLKMER, 2003).

Enquanto que a impessoalidade refere-se à situação de neutralidade diante da particularidade individual, vez que a aplicação da norma pretende abranger uma quantidade indefinida de pessoas, de forma aleatória e não particularizada (WOLKMER, 2003, p. 28).

O Código, em seu sentido moderno, se delineia com traços nitidamente franceses dos primeiros anos do século XIX, com características jusnaturalista, iluminista e reducional. Tende a ser uma fonte completa, unitária e exclusiva para alguma determinada matéria de direito. Mediante a redução de toda a experiência em um sistema articuladíssimo e minuciosíssimo de regras escritas, tem a prepotência de contemplar todos os institutos possíveis e disciplinar todas as aplicações ante previstas pelos redatores (GROSSI, 2004).

No cenário do desenvolvimento da cultura social burguesa e da produção capitalista, surge o primeiro grande instituto da juridicidade moderna, o direito de propriedade. Ele aparece representando uma forma de poder qualificada como absoluta, exclusiva e perpétua. Ao contrário do que ocorria na estrutura econômica feudal – na qual a propriedade assumia um caráter fragmentário (instrumento de servilismo), a mesma porção de terra dividia-se entre vários proprietários,

subordinados uns aos outros (contraprestação) – na ordem socioeconômica capitalista, o regime adquire um aspecto unitário e exclusivo (WOLKMER, 2003).

A propriedade ganhou destaque em grandes textos burgueses-individualistas, como o Código Civil Francês, quando rompeu-se com o sistema de exploração e privilégios feudais e deu-se destaque à propriedade privada, expressada enquanto domínio absoluto e inviolável. A legislação napoleônica tutelou os interesses individualistas e os avanços revolucionários dos segmentos sociais que passaram a exercer poder sobre determinada porção da terra (WOLKMER, 2003).

Importante ressaltar que o direito à propriedade exclui de seu uso e gozo qualquer outro que não seja o proprietário, que dispõe um direito pleno e ilimitado. Não se pode olvidar, como assinala Gustav Radbruch, citado por Wolkmer (2003) que, para o liberalismo “o direito privado é o coração de toda a vida jurídica, e o direito público, pelo contrário, apenas uma, leve moldura que deve servir de proteção ao primeiro e, particularmente, a direito da propriedade”.

O autor salienta ainda que

[A conceituação] individualista do direito real de propriedade (a relação entre os sujeitos e os bens) dá-nos uma visão estática desse Direito subjetivo como poder direto, imediato e exclusivo sobre os bens, escondendo o aspecto dinâmico de sua inserção na produção e, portanto, a irradiação de interesses centrados no mesmo bem, quando objecto de relações sociais. (WOLKMER, 2003, p. 28)

O contrato é outro instrumento do poder da vontade individual dentro da estrutura socioeconômica capitalista. Os princípios da livre contratação e da autonomia da vontade constituem por meio do negócio jurídico, um “instrumento de autorregulamentação dos interesses dos particulares”, o que não deixa de ocultar uma desigualdade real (WOLKMER, 2003).

O Código fala ao coração dos proprietários, é sobretudo a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo “ter”. [...] É por isso que, ao lado da lei do Estado, única concessão pluralista, mas, ao contrário, bem fechada no interior de um surdo monismo ideológico, é admitida como única lei concorrente o instrumento princípio da autonomia dos indivíduos, ou seja, o contrato. (GROSSI, 2004, p. 130)

O discurso da teoria individualista impõe a construção de uma ordem que possa atender às exigências de um novo modo de produção, de forma a equilibrar

interesses e mediar as relações socioeconômicas. Esse ajuste construído conforme a declaração de vontade das partes intervenientes foi arquitetado para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade formal – realidade específica dos proprietários burgueses (WOLKMER, 2003).

A mística desse discurso, no entanto, revela-se quando percebe-se que a liberdade de contratar somente é liberdade para quem possui esse poder. Pois, “para aquele contra quem se insurge é, ao contrário, impotência. Não tem liberdade, não pode tê-la, quem possui como bem único a sua força-trabalho” (WOLKMER, 2003, p. 30).

Ao analisar o direito moderno, ainda há a construção de duas figuras importantes à estrutura mercantilista, quais sejam, o sujeito de direito e o direito subjetivo. Contudo, estas serão tratadas somente em seguida, na discussão acerca da pessoa natural no Código Civil de 2002.

2.2 O CÓDIGO CIVIL COMO PRODUTO DO DISCURSO

Retomando Foucault, pode-se considerar o direito como produto de um discurso determinado pela formação de domínios do saber a partir de práticas sociais.

Um saber é aquilo de que podemos falar em uma prática discursiva que se encontra assim especificada: o domínio constituído pelos diferentes objetos que irão adquirir ou não um status científico; [...] um saber é, também, o espaço em que o sujeito pode tomar posição para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso; [...] um saber é também o campo de coordenação e de subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, se definem, se aplicam e se transformam; [...] finalmente, um saber se define por possibilidades de utilização e de apropriação oferecidas pelo discurso. (FOUCAULT, 2013, p. 220)

Foucault (2002) entende que o próprio sujeito de conhecimento tem uma história calcada em sua relação com as objetividades dadas pelo discurso; o filósofo identifica que o discurso, muitas vezes, tem mais compromisso com características internas do campo de onde emana (literatura, ciência e direito, por exemplo) do que com uma verdade objetiva e incontestável. Aqui, também se aproxima Foucault de Grossi: a modernidade, como uma mitologia, aproximou direito e norma e fez desta um princípio potestativo da igualdade também, igualmente objetiva e incontestável.

Nesse diapasão, o autor sugere que não se deve analisar o discurso apenas em seu aspecto linguístico, mas sim como jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como luta (FOUCAULT, 2002). Assim, o discurso pode ser compreendido como um conjunto regulador de fatos linguísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos, em outro. Fundamentando-se no conjunto de práticas judiciárias, Foucault (2002) apresenta as formas pelas quais a sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre os humanos e a verdade.

Tentar compreender a subjetividade inerente ao ser humano (sua identidade no tempo presente) é buscar na descontinuidade da história o que os discursos produziam. Esse diagnóstico do presente não quer só descrever, ele quer pensar, entender, quer também dizer como poderia transformar e esse discurso seria uma forma de pensar diferente, seria a ontologia crítica do presente.

Para se refletir sobre o Código Civil vigente como um discurso, pode-se valer da Análise do Discurso, campo da linguística e da comunicação, especializado em analisar construções ideológicas inscritas no discurso. Esta análise é utilizada para observar o discurso como produto das ideologias.

Imperioso ressaltar que o termo ideologia, aqui, é utilizado no sentido foucaultiano, apesar de o filósofo recusar e, muitas vezes criticar, a utilização do termo, de suas obras, é possível exprimir que a ideologia aparece como um dispositivo de subjetivação, que conduz as condutas anulando as singularidades em benefício de uma redução da pessoa à necessidade do sistema capitalista.

Para produzir um efeito de realidade, um encantamento eficaz sobre as pessoas, a ideologia apresenta o capitalismo como a única forma possível de vida. É dessa maneira que as pessoas se submetem a um mecanismo de dominação que é adaptado às engrenagens do sistema de governmentabilidade neoliberal.

2.2.1 A Análise do Discurso e as possibilidades de estudos no Direito

A análise do discurso é proposta a partir da filosofia materialista, que põe em questão a prática das ciências humanas e a divisão do trabalho intelectual. A Análise de Discurso é uma área do conhecimento que levanta questões sobre os efeitos de sentido do funcionamento da linguagem. Sua função é problematizar as maneiras de ler e levar o sujeito falante ou o leitor a colocarem questões sobre o que produzem e

o que ouvem nas diferentes manifestações da linguagem. Em outras palavras, a análise do discurso permite que as pessoas sejam capacitadas a ser menos ingênuas em relação à linguagem (ORLANDI, 2009).

Etimologicamente, conforme Orlandi (2009, p. 15), a palavra discurso representa “a ideia de curso, de percurso, de correr por, de movimento. O discurso é, assim, palavra em movimento, prática de linguagem: com o estudo do discurso, observa-se o homem falando”.

Mediante a Análise de Discurso, busca-se compreender os modos e as dinâmicas que texto e discurso utilizam para produzir sentido em uma continuidade histórica. Há dois conceitos principais: discurso e texto. O primeiro é a prática social de produção de textos; enquanto o segundo, é o produto da atividade discursiva, o objeto empírico, a construção sobre a qual se debruça o analista para buscar, em sua superfície, as marcas que guiam a investigação científica (ORLANDI, 2009).

Ainda sobre discurso, ou nível discursivo do texto, importante acrescentar a lição de Gregolin:

Esses recursos do nível discursivo têm como objetivo estabelecer a relação entre o enunciador do texto e o enunciatário, permitindo a interpretação por meio de marcas espalhadas no texto. Essas marcas conduzem o leitor a perceber a orientação argumentativa e as relações entre o texto e o contexto em que foi produzido. Entendemos, portanto, discurso como um dos patamares do percurso de geração de sentido de um texto, o lugar onde se manifesta o sujeito da enunciação e onde se pode recuperar as relações entre o texto e o contexto sócio-histórico que o produziu. (GREGOLIN, 1995, p. 17)

Consoante a autora, pode-se conceituar discurso como um alicerce abstrato que sustenta os textos que circulam em uma sociedade, sendo ele o responsável pela concretização de estruturas narradas no interior do texto. Assim, pela Análise do Discurso, pode-se realizar um exame interno do texto (o que ele diz? como ele diz?) e também um exame externo (qual o motivo do texto dizer o que está dizendo?) (GREGOLIN, 1995).

Quando se analisa o discurso, se problematiza a maneira como ele se relaciona com a situação que o criou. De acordo com Gregolin (1995), a análise vai procurar colocar em relação ao campo da língua (suscetível de ser estudada pela Linguística) e o campo da sociedade (apreendida pela história e pela ideologia).

A ideologia, nesse contexto, assume o caráter de um conjunto de representações dominantes em uma determinada classe dentro da sociedade. Ela se caracteriza, assim, como a visão de mundo de determinada classe, a maneira como ela representa a ordem social. Dessa forma, a linguagem é determinada em última instância pela ideologia, pois não há uma relação direta entre as representações e a língua (GREGOLIN, 1995).

Para a Análise do Discurso, todo discurso é uma construção social, que reflete uma visão de mundo vinculada a de seus autores e à sociedade em que vivem. Ao mesmo tempo, ele só pode ser analisado se considerado seu contexto histórico-social e suas condições de produção. Orlandi (2009) salienta que, quando instados a interpretar, os sentidos dos sujeitos não estão soltos, pelo contrário são sempre administrados, pois:

Paralelamente, se, **de um lado, há imprevisibilidade na relação do sujeito com o sentido**, da linguagem com o mundo, toda formação social, **no entanto, tem formas de controle da interpretação**, que são historicamente determinadas: há modos de se interpretar, não é todo mundo que pode interpretar de acordo com sua vontade, há especialistas, há um corpo social a quem se delegam poderes de interpretar (logo “atribuir” sentidos), tais como o juiz, o professor, o advogado, o padre, etc. (ORLANDI, 2009, p. 10, grifo nosso)

Nessa perspectiva, quando o sujeito produz sentidos, esses são construídos em outro lugar, em período anterior e externo a ele. Os sentidos somente são possíveis após sua materialização na linguagem: aquilo que se considera como real da língua não é da mesma ordem do real da história. Consequentemente, o discurso nasce no momento em que a língua e a história se transpassam, produzindo “a forma material (não abstrata como a da linguística) que é a forma encarnada na história para produzir sentidos” (ORLANDI, 2009, p. 19).

Para a análise do discurso, a língua é compreendida não apenas como estrutura, mas também como acontecimento. Conjugando-se estrutura e acontecimento, verifica-se a forma material como acontecimento do significante (língua) em um sujeito afetado pela história; igualmente, permite-se que a Psicanálise contribua nesses estudos, deslocando a noção do homem para o sujeito (ORLANDI, 2009).

Dessa maneira, a Análise do Discurso parte das seguintes premissas:

a) a língua tem sua própria ordem; b) a história tem seu real afetado pelo simbólico e c) o sujeito da linguagem é descentrado pois [...] funciona pelo inconsciente e pela ideologia. As quais confrontam diretamente as premissas da teoria da comunicação – que se fundamentam no esquema de cinco elementos: emissor, receptor, mensagem, referente e código – visto que denunciam a não evidência dos sentidos, a opacidade da linguagem e o papel do inconsciente e da ideologia na produção de efeitos de sentidos, mostrando que a linguagem serve para comunicar e para não comunicar. (ORLANDI, 2009, p. 19-21)

A língua, o discurso, são compreendidos, portanto, inseridos em uma dinâmica de jogos de poderes dentro da sociedade em que são produzidos. Dessa maneira, é interessante problematizar as noções basilares da Análise de Discurso, que aqui se misturam e encontram, em algum momento, claro que com outra roupagem, com a Genealogia Foucaultiana.

Na Análise de Discurso levam-se em consideração alguns pressupostos para uma análise: os sujeitos, as condições de produção (contexto imediato da enunciação; pensadas em sentido amplo, incluem o contexto sócio histórico e ideológico), formações imaginárias (lugar e posição dos sujeitos), formação discursiva (ideológica), entre outros.

Estes pressupostos aparecem na segunda fase da Genealogia do poder foucaultiana, iniciando a tematização do poder com análise dos dispositivos estratégicos e dos dispositivos de poder. Importante sublinhar que é na passagem da arqueologia do saber para a genealogia do poder que surgem, em sua narrativa, os dispositivos. Há um motivo teórico, epistemológico para esse aparecimento, pois, no momento em que Foucault trabalhava a arqueologia, ele discorria sobre práticas discursivas, a subjetividade do sujeito e as suas representações.

Na genealogia do poder, a noção de dispositivo é elaborada e aprofundada na genealogia da ética, mas permitindo aquilo que os homens dizem e aquilo que os homens fazem.

Em todas as fases do pensamento foucaultiano, fez-se recorrente em suas obras a ideia de práticas discursivas e também não discursivas. O conceito de dispositivo era algo formulado continuamente, uma hipótese, um tipo de necessidade que o próprio autor vinha sentindo de trazer para sua obra, enunciando não somente aquilo que os sujeitos dizem, mas também as suas práticas cotidianas. Uma tentativa, portanto, de trazer a agência humana e suas implicações nas relações de poder dentro dos grupos sociais estudados.

Os conceitos de dispositivos, segundo Foucault, tomam por base o texto de Deleuze intitulado “Os dispositivos”. Isso pois, é evidente que em nenhum dos livros de Michel Foucault tal conceito seja desenvolvido; fato que leva ao entendimento de que tais percepções não cabem nos formatos dos grandes livros, vez que são desenvolvidos mais frequentemente durante entrevistas com o filósofo. Contemplar a obra foucaultiana com fins de garimpar tais conceitos é trabalho a ser realizado às margens, mediante análise de entrevistas e de práticas não discursivas. Uma tentativa, portanto, de vislumbrar como a subjetividade é produzida.

No vocabulário de Foucault, em linhas gerais, o dispositivo é caracterizado pelas seguintes premissas: constitui uma rede de relações que podem ser estabelecidas entre elementos heterogêneos; estabelece a natureza do nexo que pode existir entre elementos heterogêneos; tem uma função estratégica; define-se por sua gênese; permanece como tal na medida em que tem lugar um processo de sobredeterminação funcional. (CASTRO, 2009)

O conceito de dispositivo é formado, em certo momento, na história (entrevista) da sexualidade. Textualmente, o dispositivo é um conjunto heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas, enunciados científicos, proporções filosóficas, morais, filantrópicas – quer dizer, o dispositivo engloba o dito e o não dito, o dizer e o fazer e o mais importante, ele é a rede que liga todos esses elementos. Logo, dispositivo seria um conjunto de ações, instrumentos, sujeitos e narrativas que viabilizam acontecimentos.

O discurso, em certo momento histórico, constitui uma rede de leis, instituições e enunciados profundamente relacionados ao poder que, conseqüentemente, produz o saber. A ideia conceitual de um dispositivo é uma estratégia que compreende certas necessidades históricas, de um certo momento histórico.

O dispositivo funciona em rede. Determinado momento histórico está relacionado ao poder e produz o saber. Foucault elabora uma função principal para o dispositivo, que é responder a certa urgência de um imperativo histórico, sendo, portanto, toda vida dependente de fatores e causalidades históricas. Para se instituir, exemplificando em uma de suas entrevistas, ele dá exemplo da genealogia da ética.

A exemplo da genealogia da ética, o filósofo exprime como se constitui o dispositivo da sexualidade, definindo-a, primeiramente como não extintiva, não

biológica, diferente do que se compreende modernamente. Ela é, nesse sentido, um dispositivo que se instalou a partir do século XVIII, por uma necessidade da burguesia de se consolidar diante da nobreza (um lugar social). Nesse jogo de poderes, a burguesia instala alguns dispositivos – escolas, regulamentos, etc. um conjunto de princípios, comportamentos, leis, instituições que vão regular a vida da população. É o advento de percepções tais quais o sangue azul nobre e sua relação com a saúde, de longevidade que se constitui movimentos heterogêneos (medicamentos de sexualidade), enquanto a preocupação com a sexualidade infantil se classifica como um elemento heterogêneo.

Pode-se compreender que o conceito de dispositivo de Foucault é composto por quatro dimensões: as curvas de visibilidade; curvas (ou regime) de enunciabilidade; linhas de força; e linhas de subjetividade. Essa percepção multifacetada de dispositivo lhe atribui uma natureza heurística, que se vê, muitas vezes, maleável e contribui, portanto, para uma análise mais consistente e pertinente dos objetos estudados.

Percebe-se, assim, que todos os dispositivos têm suas curvas de visibilidade – que produzem formas de falar e de ver o sujeito, permitindo que ele ganhe formas, cores e nuances. As curvas de visibilidade, assim como o regime de enunciabilidade, são fixadas pelo próprio dispositivo que as sustentam e agem como uma fonte de luz que ilumina, se difunde e lhe dá visibilidade, fazendo com que se produza o sujeito com toda a sua subjetividade.

Se constitui uma luz que incide sobre esse sujeito, cuja existência não poderia manifestar-se sem ser iluminada por ela. Importante salientar que não se trata de uma configuração de um sujeito pré-existente (uma realidade pré-discursiva), mas sim de um sistema aberto, constituído por um jogo de forças criado e operacionalizado por tais curvas e regimes, em conjunto com as demais linhas do dispositivo.

As curvas de visibilidade não podem ser confundidas com formas palpáveis, com figuras, ou com imagens veiculadas, do mesmo modo que os regime de enunciabilidade não se referem ao imediatamente dito, às falas proferidas ou mesmo escritas; são, conforme Deleuze (1991, p. 62), “relâmpagos, reverberações, cintilações”.

Tanto o visível, quanto o enunciável, talvez, possam significar trovões que subsistem somente após condições específicas de luminosidade e sonoridade,

trazidas pelas relações de força e outras formas de saber correlatas, que apenas têm existência mediante uma combinação de palavras, frases e proposições, ou ainda, a partir de um entrecruzar dessas combinações.

Segundo Deleuze (1991), para apreender essas curvas e regimes, é necessário rachá-las, abri-las, dilacerá-las, ou ainda, talhar as próprias palavras, frases e proposições de forma a extrair os enunciados que lhe são correspondentes.

O autor afirma que os domínios do visível e do enunciável estão mais próximos da articulação e da complementaridade do que da dependência e da obviedade de seu possível encadeamento. Para ele, “há disjunção entre falar e ver, entre o visível e o enunciável” e, além dessa disjunção, há igualmente certa independência, vez que o enunciável tem um objeto específico “que não é uma proposição a designar um estado de coisas ou objeto visível” e o visível, por sua vez, “não é tampouco um sentido mudo, um significado de força que se atualiza na linguagem” (DELEUZE, 1991, p. 73).

Por curvas de enunciação – ou regimes de enunciabilidade – não se designa somente aquilo que se fala sobre o sujeito, mas também aquilo se torna possível e justificável falar sobre o sujeito. As enunciações são múltiplas, difundidas e encontram contradições ao entrar na ordem do discurso, podendo ser ultrapassadas ou até mesmo barradas por leis de interdição que, às vezes, definem os limites do discurso.

O enunciável está ligado intimamente à vontade de verdade, que se caracteriza por ser um dos procedimentos externos dos princípios de controle anunciados por Foucault (1996, p. 9), que junto à interdição e à segregação controlam a produção do discurso, seja por exclusão, sujeição ou rarefação.

Consoante Foucault (1996, p. 9), a vontade de verdade decorre do procedimento da interdição: “não se tem o direito de dizer tudo, [...] não se pode falar tudo em qualquer circunstância, [...] qualquer um não pode falar qualquer coisa”; e do procedimento da segregação (silenciamento determinado pelas cesuras entre o normal e patológico, a razão e o irracional, o certo e errado) que toda sociedade carrega e que opõe o verdadeiro ao falso.

Na narrativa construída pelo filósofo, não há uma verdade, mas sim vontades de verdade que acompanham e se transformam conforme às necessidades que a história impõe. Com o suporte e distribuição das instituições, a vontade de verdade exerce sobre os discursos uma espécie de pressão, um poder de coerção que “não

cessa de se reforçar, de se tornar mais profunda e mais incontrolável e é dela, sem dúvida, que menos se fala” (FOUCAULT, 1996, p. 19).

Nesse sentido, as curvas de enunciabilidade representam o que o discurso diz excessivamente e o que ele apaga excessivamente. Trata-se desse do jogo do dizer e o não dizer. Por exemplo, em *Vigiar e Punir*, o sentido de visibilidade se estende ao que é e ao que não é visto, uma vez que, enquanto o preso se torna invisível para a sociedade, existe uma excessiva visibilidade (foi enclausurado) e, ainda, percebe-se excessiva visibilidade no interior do dispositivo prisional, o tempo todo, configurando o jogo de visibilidade X invisibilidade.

Segundo Deleuze (1991), existem os regimes de luz e seus regimes de visibilidade, de tornar algo muito visível e ocultar outras questões. As curvas de visibilidade não se referem à maneira específica de se ver um sujeito, pois “o próprio sujeito que vê é um lugar na visibilidade, uma função derivada da visibilidade” (DELEUZE, 1991, p. 66). Assim, pode-se alegar que as formas de ver são anteriores à vontade do sujeito, que aqui é considerado como o objeto, como uma variável da própria visibilidade e também dependente de suas condições.

Determinados enunciados são repetidos várias vezes e outros são obtidos obsessivamente. A mídia, nessa perspectiva, apresenta-se como um espaço de visibilidade, pois, além de permitir ver, também se ocupa de uma repetição discursiva incessante que cria condições para a produção de novos discursos, por meio de reduplicação ou de reorganização de discursos já existentes.

Dois são as constatações que se pode aplicar à mídia como meio de difusão da visibilidade dos discursos: primeiro, a edição de cenários e a criação de personagens produzidos por uma linguagem específica; segundo, a capacidade de abrangência massiva que a mídia alcança, o que confere aos seus discursos uma nova vitalidade e uma materialidade distinta.

Ilusão, meio digital que se pode mostrar tudo e ver tudo. O dispositivo, aquilo que se vê e aquilo que se mostra é controlado pelos poderes. Uma rede social pertence a uma corporação e esta controla a visibilidade e a terceira dimensão (poderes vão controlar aquilo que se pode ou não dizer).

As linhas de força a que Deleuze (1999) se refere são como flechas que não cessam de penetrar nas coisas e nas palavras, tudo aquilo que se mostra e tudo aquilo que se diz são atravessados por esses jogos. Essas linhas de força são relacionadas com a dimensão do poder, atingindo os espaços do dispositivo onde se

estabelecem as complexas e estratégicas relações entre os diversos pontos de um dispositivo.

Mediante uma relação de mútua dependência – de articulação recíproca – entre os saberes e os poderes, as linhas de força fixam os jogos de poder e as configurações de saber das quais nascem os dispositivos, que os condicionam e sustentam os modos do saber, ao mesmo tempo que são condicionadas por ele.

Se a pessoa pode ser vista como um domínio a ser conhecido e diferenciado, isto se deve a práticas e relações cada vez mais perspicazes de poder que, ao torna-la alvo, lança sobre ela técnicas de saber e procedimentos discursivos progressivamente mais abrangentes.

O Código Civil é a expressão deste comando de dever a que o homem livre, sujeito de direitos e deveres, efetivamente é sujeitado. Fazer desses enunciados algo visível, conhecer as diferenças, as interdições, as segregações traduzidas na vontade de verdade, é observar os procedimentos concretos de objetivação discursiva, de apreensão e de investimento tático do poder sobre os corpos e sobre a forma mesmo de se constituir a pessoa.

A autonomia de vontade, o livre agir do homem é o que determina a própria existência destes comandos normativos. As normas assentadas nos Códigos são atos que expressam poder, cuja essência reside na possibilidade do sujeito livre oferecer resistência a suas imposições. A problemática que se encontra e que merece destaque no enfoque aqui delineado, é a impressão de que as normas confeccionam mais que situações impositivas, e sim um verdadeiro regramento recheado de discurso de verdades.

A normatividade teve como função definir os rumos, apontar a direção numa convivência social definida a partir de certos dispositivos produtores de verdade. Rudolf von Jhering – jurista que inspirou civilistas da Escola do Recife, berço de Clóvis Beviláqua, grande expoente do Código Civil de 1916 – por volta do início do século XIX, já apontava a força vital criada pelo discurso jurídico:

Cumpri a minha promessa: regulei as contas do indivíduo, como anunciei. Aqui está o seu balanço: nada possuis só para ti; a sociedade, ou a lei, que representa os seus interesses, ergue-se em toda a parte ao teu lado; a sociedade é o teu eterno parceiro, que exige a sua parte sobre tudo o que tens — sobre ti mesmo, sobre o teu trabalho, sobre o teu corpo, sobre os teus filhos, sobre o teu património—. O direito faz de ti, indivíduo, e da sociedade dois

verdadeiros sócios. Representante invisível, mas sempre presente, dessa associação em toda a parte onde estejas, aonde quer que vás, é semelhante ao ar atmosférico, cerca-te o poder da lei. Em qualquer ponto da terra te envolve a atmosfera; pois, assim também, não há um só ponto da sociedade aonde a lei te não siga. O hábito é que faz com que tu não sintas na maioria dos casos o peso com que ela carrega sobre ti. Tu marchas por costume, e sem d'isso ter consciência, pelo caminho que a lei te traça; e só darás conta das barreiras que se te opõem quando fores arrastado por um erro, por uma leviandade ou pela paixão. (JHERING, 1950, p. 352)

Por ser o direito o discurso da verdade, e a verdade criadora do direito, Foucault busca demonstrar que o direito, em sua capilaridade, fomenta relações de sujeição. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. “Para mim, o problema é evitar a questão da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição” (FOUCAULT, 1979, p. 28).

A preocupação dos regramentos de poder, ao que parece, está calcada em se preocupar não com o homem em sua essência, e sim com o próprio organismo a que se predispõe participar. Esta, aliás, era a ideia defendida por Foucault.

Tudo aqui exposto repercute no que se pretende enfrentar buscando um conceito de Pessoa humana com uma conceitualização filosófica-social que possa demonstrar quem preenche este espaço que é jurídico, mas também precisa ser construído pelas ciências afins, para se ter um conceito mais real, já que o ponto de partida e de chegada é o sujeito que nasce e se sujeita a organismos de controle, de poder, estruturalmente delineados para o convívio social.

Ressalta-se mais uma vez, que para alguns estudiosos, o simples uso do termo sujeito evidencia obstáculos para interlocuções no presente trabalho e sua principal base teórica – Foucault. Todavia, após as leituras e as palavras de Goldman, a discussão não só tornou-se possível, como acompanhará toda caminhada para a confecção da tese. Percebe-se, portanto, que a condução de uma análise dessa natureza depende de um alargamento do que se costuma denominar noção de pessoa.

Seria preciso reconhecer que situar-se sobre o plano puramente representacional é insuficiente e que este plano constitui apenas parte do fenômeno, sendo necessária a inclusão das múltiplas esferas relativas às práticas institucionais e individuais.

Assim, falar de sujeito para Foucault parte-se inegavelmente da premissa de pessoa humana, na visão que se pretende atribuir ao trabalho em curso, utilizando-se do sujeito para visualizar a pessoa num plano estrutural social.

[...] não mais tratar os discursos como conjunto de signos (elementos significantes que remetem a conteúdos ou a representações), mas como práticas que formam sistematicamente os objetos de que falam. Certamente os discursos são feitos de signos; mas o que fazem é mais que utilizar esses signos para designar coisas. É esse mais que os tornam irredutíveis à língua e ao ato da fala. É esse mais que é preciso fazer aparecer e que é preciso descrever. (FOUCAULT, 2013, p. 220)

A percepção e compreensão – no sentido de abandonar uma hipótese, ir de encontro com o que se faz necessário explicar, olhar, sentir e deixar os sujeitos falarem – acerca das terminologias condicionantes e determinantes utilizadas desde pessoa a sujeito são tarefas a serem desenvolvidas no percorrer da tese proposta.

O convite de Foucault é que, através da investigação dos discursos seja possível defrontar-se com a história ou o passado, aceitando pensar de outra forma o agora que é tão evidente. Assim, libertar-se do presente e instalar-se quase num futuro, numa perspectiva de transformação pessoal.

2.3. A GENEALOGIA DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Pretende-se, nesse capítulo, estabelecer um panorama de como o pensamento jurídico-político nacional evoluiu e quais heranças lusitanas foram absorvidas a partir do processo de colonização. Para tanto, se realizará uma abordagem sintetizada da estrutura social em construção no Brasil, perpassando por variados setores, como o econômico (modo de produção), o social (formação dos sujeitos), o ideológico (concepção de mundo) e o político (estrutura de poder).

À luz de Wolkmer (2003, p. 36):

[...] as raízes e a evolução das instituições jurídicas só poderão realmente ser compreendidas na dinâmica das contradições e do processo de relações recíprocas, quer sob o reflexo de um passado colonial, patrimonialista e escravocrata, quer sob o impacto presente da dominação social de uma elite agrária, da hegemonia ideológica de um liberalismo conservador e da submissão econômica aos Estados centrais do capitalismo avançado. Ao analisar o processo de formação de nossas instituições e de seus atores sociais, verifica-se

que a herança colonial (patrimonialismo e mentalidade conservadora) marcou profundamente o desenvolvimento posterior da sociedade brasileira – tanto no Império quanto na República.

Assim, pode-se dizer que o pensamento jurídico brasileiro passou por três períodos ditos principais entre os séculos XVI e XX, quais sejam, o período colonial (Direito submetido e determinado por Portugal), o período imperial (ainda muita influência alienígena no sistema jurídico nacional) e período republicano (tradição formal-positiva e liberal-conservadora).

A partir da análise do Brasil colonial verifica-se que este período deixou uma herança cultural muito forte nos subsequentes: a tradição conservadora e o patrimonialismo próprios dessa época vigoraram tanto no Império quanto na República. Por tradição conservadora compreende-se, a atitude, condição ou forma de ser, consciente ou não, envolvendo procedimentos, estratégias e práticas que compartilham uma visão do mundo, cuja dinâmica se processa por evolução natural da ordem social, engendrada no contexto de uma historicidade assentada na tradição, experiência, hierarquia, centralização, formalidade legal, propriedade patrimonial e diferenciação social (WOLKMER, 2003).

Já o patrimonialismo, no Brasil, é manifestado quando se utiliza do poder público em favor – como se fosse exclusividade – de uma parte social composta por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras. Raymundo Faoro, citado por Wolkmer (2003, p. 35), afirma que “não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos, ou são basicamente governantes, ou são governados”.

Em seus primeiros séculos, o Brasil articulou-se de forma a refletir os interesses econômicos de Portugal – produzia-se em *terrae brasilis* apenas o que os portugueses poderiam vender no mercado europeu – de forma que, por esse processo de exploração, a principal atividade econômica praticada pela colônia era o cultivo de suas terras (WOLKMER, 2003).

A exemplo da Europa, que transitava do regime feudal (século XV) para o sistema capitalista (século XVIII), em que a forma de trabalho obrigatória do feudalismo (servidão) trasladava-se para uma nova forma de escravidão, no Brasil também se beneficiava da exploração do trabalho escravo (WOLKMER, 2003).

Desse modo, conseguia-se atender a demanda portuguesa que vendia os produtos primários produzidos pela colônia no mercado europeu. Isso se dava

mediante um sistema monopolista, o qual restringia a comercialização dos produtos brasileiros somente à Portugal, sistema esse que era fundamental para a manutenção da burguesia mercantil lusitana (WOLKMER, 2003).

Como nessa época não havia um governo central forte no Brasil, a estrutura social era marcada pelo patriarcado, no qual o chefe de família detinha autoridade máxima – não somente sobre seus familiares e escravos – mas que se estendia a seus colonos, agregados, dependentes e escravos. Os patriarcas possuíam grandes fazendas (sesmarias) e sobre elas exerciam autoridade política e administrativa (DE CICCIO, 2013).

Assim, a formação social dessa época foi determinada pela concentração de terras aos latifundiários e a utilização da mão de obra escravocrata. De modo que, a organização social definiu-se pela contraposição entre essas elites rurais e pequenos proprietários, índios, mestiços e negros, sendo que, quando classificados socialmente, havia pouca diferença entre esses últimos (WOLKMER, 2003).

Darcy Ribeiro, citado por Wolkmer (2003, p. 38), explica que o Brasil originou-se como “um proletariado externo das sociedades europeias, destinado a contribuir para o preenchimento das condições de sobrevivência de conforto e de riqueza destas e não das suas próprias” (sic). Deveras, na colônia, aplicava-se um sistema alicerçado no feudalismo, mas com a junção da economia de exportação baseada na produção escravista.

Quanto à estrutura política, Wolkmer (2003) estima que ela se consolidou a partir de um aparato burocrático da administração portuguesa, sem qualquer identidade nacional e desvinculada dos objetivos dos nacionais, aliás, interessava exclusivamente aos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras.

No entender de Mendes (1992), havia um cenário contraditório de domínio político e jurídico, pois:

[...] de um lado, a pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes, seja pelo vulto da extensão territorial; de outra parte, o esforço centralizador que a Coroa impunha, através dos governadores-gerais e da administração regalista. A ordem jurídica vigente, no domínio privado ou público, marchará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando uma estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal. (MENDES, 1992, p. 20)

Esse liame entre a Coroa portuguesa e as elites agrárias locais acarretou na formação de um modelo de Estado que permitiria, mesmo após a Independência, a realização dos interesses desses latifundiários. A contrassenso do que se espera, tal Estado não foi fruto da união social voltada para tanto, e sim imposição da vontade de Portugal. Consequentemente, instaurou-se uma tradição de intervencionismo estatal nas instituições sociais e na dinâmica do desenvolvimento econômico.

Na compreensão de Wolkmer (2003), desse referencial de Estado se pode constatar por um viés a “herança colonial burocrática e patrimonialista; de outro, uma estrutura socioeconômica que serviu e sempre foi utilizada, não em função de toda sociedade ou da maioria de sua população, mas no interesse exclusivo dos ‘donos do poder’.”

Nesse período, a religião dominante era o Catolicismo Romano e a cultura era fundamentada no Barroco (foi um movimento que pretendeu, sob a égide dos jesuítas, conciliar a cultura humanista do Renascimento com a concepção de vida cristã herdada na Idade Média). A palavra se constituía no principal meio de comunicação, era utilizada em sermões, aulas e peças de teatro religioso-educativo. De forma subsidiária, utilizava-se leitura de textos latinos e, alguns privilegiados, conseguiam deslocar-se a Coimbra para estudar Direito Civil ou Canônico.

Sobre a legislação colonizadora e o direito nativo:

Na sua globalidade, a compreensão, quer da cultura brasileira, quer do próprio Direito, não foi produto da evolução linear e gradual de uma experiência comunitária como ocorreu com a legislação de outros povos mais antigos. Na verdade, o processo colonizador, que representava o projeto da Metrópole, instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade “avançada” sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal. (WOLKMER 2003, p. 42)

Nessa perspectiva, das três principais raízes culturais brasileiras, somente a colonizadora destaca-se na formação jurídica pátria, vez que os nativos (índios) não conseguiram impor a sua lei, participando humildemente somente como objeto de proteção jurídica e os negros – pela sua condição inicial servil e pela sua imigração forçada a que foram sujeitados – também não lograram competir com os portugueses na formação do Direito nacional (WOLKMER, 2003).

No Século XVIII, em Portugal, assim como em grande parte do continente europeu, o movimento Iluminista estava em ebulição, o que acarretou na

substituição do jusnaturalismo católico pelo jusnaturalismo deísta com pretensões racionalistas. Ou seja, mesmo com tal movimento, a base das Ordenações do Reino era o direito divino que legitimava e reforçava a autoridade real e estatal (DE CICCIO, 2013)

As Ordenações do Reino de Portugal compilaram o direito positivo lusitano e foram a legislação vigente naquele país e no Brasil por vários séculos. Estruturavam-se em Afonsinas, Manuelinas e Filipinas (POVEDA VELASCO, 1994).

Com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil, vieram também tais ideais e houve significativos progressos quanto à cultura e educação. Com o advento da imprensa, nasceram as primeiras editoras; também nessa época, foram criadas as primeiras escolas de arte e ofício e academias artísticas e científicas, bem como fundou-se as Faculdades de Direito em São Paulo e Olinda (DE CICCIO, 2013).

A partir do retorno de Dom João VI a Portugal e assunção de Dom Pedro no comando do Brasil-colônia, iniciou-se o movimento pela Independência, que convinha aos interesses da população e aristocracia latifundiária (pois acreditavam que assim se reforçaria uma estrutura social hierárquica), vez que era necessária a implantação de um governo central influente, sob pena de desmembramento do território por causa do poderio crescente dos senhores de engenho e donos de fazendas (DE CICCIO, 2013).

Nesse período, diversos advogados, médicos, mineralogistas e jornais começavam a se destacar com ideias nacionalistas inspiradas nas doutrinas europeias modernas, de forma que o bacharel alcançou certo papel de liderança social (DE CICCIO, 2013). Nascia, aqui, a metáfora de uma sociedade civil, vinculando-se o direito e o poder. O direito que, até decorrer da civilização medieval, se constituía uma dimensão da sociedade, passa a compor uma dimensão do poder. A lei, que até então representava a vontade do príncipe, inicia seu percurso no sentido de manifestar a vontade geral do povo (GROSSI, 2004).

Assim seguiu-se e, dois anos após a Independência do Brasil, foi outorgada a Carta Constitucional de 1824 que, em seu preâmbulo, proclamava a investidura de Dom Pedro como Imperador “por graça de Deus” e também “por unânime aclamação do povo” (BRASIL, 1824). Vislumbra-se, portanto, a influência Iluminista europeia que determinava que o supremo detentor da soberania é Deus, contudo, o poder advém do consentimento do povo (DE CICCIO, 2013).

A Constituição de 1824 fora considerada bastante progressista para sua época; conforme De Cicco “era a aplicação das teorias do liberalismo romântico de Benjamim Constant e de Montesquieu, com um pouco de Rousseau e de Kant” (DE CICCO, 2013,). Ainda, por meio da Análise do Discurso, pode-se afirmar que há nela uma formação discursiva da busca por fundar a razão local na teoria, pois percebe-se uma importação de ideias em função da necessidade de normatizar uma vida social e criar princípios de verdade. Observa-se, ainda, certa inspiração na República Francesa, vez que os três poderes tradicionais são estabelecidos: Executivo, Legislativo (dividido em Câmara e Senado) e o Judiciário.

Ademais, foi dado um grande passo no sentido de regular os direitos políticos, já que ela definia quem poderia votar e ser votado; o voto era obrigatório para todos os homens maiores de 25 anos que tivessem renda mínima de 100 mil-réis. Mulheres e escravos não podiam votar (CARVALHO, 2018). Pode-se dizer que se iniciava a construção de uma cidadania no Brasil, compreendida, aqui, aos olhos de Carvalho (2018), que combina elementos como a liberdade, a participação e a igualdade, de forma que o cidadão pleno se caracterizaria pela combinação dos três direitos: civis, políticos e sociais.

Contudo, esta construção esbarrava na questão da escravidão. Ao revés do que ocorria na América do Norte e na agora moderna Europa, a liberdade individual, fundamental aos direitos civis, não tinha grande relevância no Brasil. Em *terrae brasilis*, a exemplo da interpretação tradicional católica sobrevinda de Portugal, acreditava-se que a escravidão a ser evitada era a da alma, aquela causada pelo pecado (verdadeira escravidão).

Ressalta-se que, contrariamente, o pensamento abolicionista anglo-saxão baseou-se em interpretação do Cristianismo e na Declaração dos Direitos do Homem (1789) e considerou como valor primordial da religião a liberdade também do corpo, portanto, incompatível com a escravidão. Assim, se a liberdade era um direito inalienável de todos, não havia sentido negá-la a uma parte da população, salvo se negasse-lhe também a condição humana (CARVALHO, 2018).

Em seu artigo 179, a Constituição garantiu a inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos cidadãos brasileiros, fundamentando-os na liberdade, na segurança individual e na propriedade; em sua alínea XVIII ficou estabelecido que em breve prazo seriam elaborados Códigos Civil e Penal amparados em bases sólidas de Justiça e Equidade (BRASIL, 1824, art. 179).

Ressalta-se que este cidadão brasileiro sujeito de direito desse arcabouço constitucional era aquele ingênuo² ou liberto, nascido no Brasil, ou filho de pai brasileiro que tenha nascido em outro lugar por conta de serviço que este prestava ao Império e, ainda, portugueses que já residiam ou tinham posses no Brasil quando da Proclamação da Independência, seguindo os estrangeiros naturalizados (BRASIL, 1824, art. 6, incisos I a V).

Todavia, havia restrições quanto ao gozo de direitos, especialmente os políticos, visto que o sufrágio, como meio efetivo da participação da sociedade na vida política do país, se apresentava de forma elitizada, portanto excludente e antidemocrática, uma vez que limitava-se por renda (ao cidadão que percebesse uma renda anual líquida inferior à cem mil réis não lhe era permitido votar nem nas eleições para as Assembléas Paroquiais)³, pela idade (25 anos, com excludentes, como o casamento ou ser Oficial Militar) e, ainda, não ter a condição de escravo liberto.

Verifica-se, desta forma, que a organização social do Brasil Império a partir da Carta Imperial de 1824, foi, na verdade, uma continuidade de uma realidade persistente em solo imperial: desigualdade social, centralização de poder, conflitos de interesse e relação escravocrata. Foi um momento em que se declarou direitos à população, mas, ao mesmo tempo, se definiram delimitações e não houve fornecimento de garantias reais de exercício desses direitos de maneira equânime.

Nos anos subsequentes, foram instituídos um Código Penal (1830), um Processo Criminal (1832) e um Comercial (1850). Todavia, o Código Civil, de fato, foi sancionado apenas em 1916. A década de 1830 seria a das Revoltas Regenciais, muitas delas separatistas e marcadas por certa instabilidade, daí a necessidade de instrumentos legais capazes de reprimir os descontentes e manter o regime pós-Independência.

Sobrevindo da Constituição de 1824, certo ar de humanismo permeava a Legislação Penal de 1830; contudo, não foi suficiente para evitar que a pena de morte e de trabalhos forçados fossem instituídos nos diplomas sob a justificativa de que a pena capital seria uma questão de ordem interna, que poderia ser abalada

² Aquele nascido de mãe escrava após a promulgação da Lei do Ventre Livre.

³ O processo de eleição dos representantes do parlamento era bifásico, iniciando-se com a eleição, pela população, dos chamados “eleitores de paróquia” que, após eleitos, tinham a atribuição de eleger os eleitores de província e estes, por fim, elegiam os deputados e senadores.

pela escravaria a qualquer momento, tida por ameaça constante ao poder senhorial, e tendo, somente a morte, segundo as elites, poder de demovê-la da prática de crimes (MACHADO NETO, 1977).

Já na metade do século XIX, a economia brasileira girava em torno do setor agrário e pastoril. A base da riqueza era a cultura do café produzido por latifundiários, que, por consequência, detinham o poder político. As posições sociais eram determinadas pelo nascimento e descendentes de famílias tradicionais falidas que ocupavam o serviço público. O comércio e a atividade industrial ainda eram desprezados (DE CICCICO, 2013).

Sob influência da Revolução Industrial inglesa, a partir de 1850, a sociedade brasileira começou a modernizar-se. A possibilidade de formação técnica na Europa favoreceu o surgimento de novas profissões urbanas como o engenheiro, o empresário comercial e o industrial. Nesse contexto, Dom Pedro II iniciou a implantação de estradas de ferro, estaleiros, refinarias e fábricas de tecelagens em parceria com empresas inglesas (DE CICCICO, 2013).

Conforme Graham, citado por De Cicco (2013), a chegada dos ingleses trouxe o maquinismo, o capitalismo moderno e o espírito competitivo europeu às terras brasileiras. Inaugurou-se, em 1851, uma rota regular de navios entre o Brasil e Inglaterra, o que fez elevar a soma das exportações de produtos brasileiros para o mercado europeu. Perecebe-se que diferentes ações contribuíram para a criação de um discurso sobre a identidade do Brasil, mas que, ainda assim, teve como berço a perspectiva da família real e do desenvolvimento econômico para si.

O Código Comercial também foi de grande valia para o comércio brasileiro, já que, a partir dele, foi possível a uniformização dos contratos, solução de casos de falência e concordatas. Graham, citado por De Cicco (2013, p. 272), revela que “em 1851 já doze empresas desse tipo [sociedades anônimas] passaram a funcionar, e até 1859, mais cento e trinta e cinco receberam autorização para funcionamento”.

A estatística e os números foram, ao lado da teoria, grandes elementos racionais para a representação de Estado Nacional, neste caso, ainda, monárquico.

A construção da estrada de ferro São Paulo-Santos foi de suma importância para a modernização da agricultura, pois, com a comercialização do café em Santos, surgiram fazendeiros que eram deveras empresários agrícolas e aplicavam as novas técnicas e maquinários importados da Europa de forma a maximizar a produção e o lucro (DE CICCICO, 2013).

Ainda nesta perspectiva, o autor indica que, para a consolidação deste discurso de identidade do poder português, as vias férreas foram verdadeiros eixos de integração.

Por conseguinte, o novo centro cultural deixou de ser Portugal e passou a ser Londres. Circunscreveu-se a influência da cultura francesa – que há séculos inspirava a sociedade brasileira – aos aspectos artísticos e literários (cultura clássica e neoclássica). Em contrapartida, o pensamento inglês monopolizou setores como o industrial, o comercial, o político e até mesmo do direito (liberalismo).

A monarquia sustentou-se porque contava com o apoio dos patriarcas rurais, dos militares que juraram fidelidade a Dom Pedro II e também da Igreja Católica, já que a estas estavam asseguradas vantagens na Constituição de 1824 (o casamento religioso tinha a mesma validade do casamento civil e o atestado de batismo valia como registro de pessoa física) (DE CICCIO, 2013).

Outros saberes, sujeitos e instituições ao se firmarem como sujeitos de um discurso, influem na produção do conceito de verdade. O termo cidadania, por exemplo, permitirá que outros atores entrem em cena, como os militares, os religiosos e os arquitetos da libertação dos escravos.

O fortalecimento da Questão Militar e da Questão Religiosa abalou o Império de maneira significativa; todavia, foi a Questão Abolicionista que o derrubou. De um lado, havia a pressão da Inglaterra com a política antiescravagista e, de outro, os latifundiários que defendiam a manutenção dos escravos, já que lhes era interessante a mão de obra gratuita. Assim, quando Dom Pedro II cedeu aos ingleses, perdeu o apoio do último pilar que sustentava a monarquia (DE CICCIO, 2013).

Com o fim da Guerra do Paraguai, o Exército brasileiro elevou seu prestígio no cenário nacional. Os militares, sujeitos novos, com novas teorias e imbuídos por ideais positivistas e republicanos, contribuem para redimensionar a verdade com a ambição de terem uma participação mais ativa na política brasileira, mas o regime monárquico não abria espaço para esta participação. Alguns conflitos entre estes dois poderes ocorreram na década de 1880, causando prejuízos políticos para D. Pedro II. O ponto culminante ocorreu em 1887 com a criação do Clube Militar que, presidido por Marechal Deodoro da Fonseca, aumentou as pressões sobre o regime monárquico e, conseqüentemente, acelerou o seu enfraquecimento político (DA COSTA, 1998).

A intromissão do Imperador em assuntos da Igreja Católica não agradava alguns religiosos que reclamavam do número de poderes do império sobre a Igreja – como o de indicar membros de cargos eclesiásticos e até vetar decisões do Vaticano. A insatisfação do clero católico brasileiro fez este apoiar a instauração da República no Brasil (DA COSTA, 1998). Seria uma forma de livrarem-se da monarquia e de suas influências.

2.3.1 O Esboço Teixeira de Freitas, o fim do Brasil Império e o Código Civil de 1916

A partir da derrocada do Império, em 1889, duas fórmulas culturais restaram no Brasil, o Positivismo (apoiado pelos militares) e o Liberalismo (amparado pelos empresários). Do Positivismo, duas correntes herdadas pelo pensamento inglês incidiram sobre o direito brasileiro, quais sejam, o Positivismo comteano e o Positivismo spenceriano.

Relacionada à ideia de progresso, a matriz do Positivismo de Augusto Comte era que o progresso sobreviria com ordem estabelecida pela direção de uma elite (que no Brasil se traduziu nas Forças Armadas). Já Herbert Spencer, aproximando-se do Darwinismo, exprimia que o progresso se daria a partir da seleção das espécies ou da sobrevivência dos mais aptos. Em linhas gerais, pode-se dizer que o primeiro conduz a uma estrutura de poder autoritária, enquanto a segunda, a uma forma de governo quase anárquica, mas evolutiva (DE CICCICO, 2013).

De acordo com De Cicco:

O Liberalismo brasileiro teria imensas simpatias pela modalidade spenceriana, como é óbvio, principalmente porque nele haveria uma virtual justificação da escravidão dos negros, admitindo a estrita desigualdade dos indivíduos, como das raças. (2013, p. 275-276)

Ocorre que essas teorias evolucionistas eram ensinadas apenas para uma pequena elite universitária e a maior parte da população continuava tradicional, com uma concepção de vida influenciada pelo catolicismo e datada do período colonial. Ou seja, a sociedade brasileira, em sua esmagadora maioria ainda era constituída

por famílias em um regime de pátrio poder rigidamente respeitado (DE CICCO, 2013).

A modernização trazida pelas tecnologias da industrialização e as novas orientações intelectuais nas Universidades não foram suficientes para a promulgação de um Código Civil como positivação do direito na esfera da vida pessoal e familiar. Isto porque ainda sobreviveram as barreiras erguidas pelo próprio processo de emancipação: a forma religiosa do poder monárquico, a constituição patriarcal e escravista das elites rurais. Não se podia dispensá-las sem comprometer a própria independência, vez que o Brasil era jovem se comparado às velhas potências do continente europeu (DE CICCO, 2013).

No Brasil Império o poder estatal era tripartide como outrora estudado, entre eles destaca-se o governo que possui a função executiva de um Estado e como tal se ocupa em gerir as necessidades e os interesses sociais e econômicos de uma sociedade, estabelecendo níveis maiores ou menores de intervenção, a depender das forças dominantes no contexto em que está inserido, já as leis são emanentes da função legislativa do um Estado, tendo como principal fim constituir direitos e deveres na sociedade, bem como organiza-la, estabelecendo comportamentos, ações e regulando as relações entre as pessoas.

Em 1855, houve um acordo entre o Governo Imperial e o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas e este ficou no encargo de reunir e classificar a legislação civil esparsa vigente (inclusive das Ordenações), conhecida como a Consolidação das Leis Civis (DE CICCO, 2013).

Teixeira de Freitas é considerado por autores como Fabio Ulhoa Coelho e Antonio Carlos Wolkmer como o maior civilista brasileiro do século XIX. Segundo eles, Teixeira contribuiu para cinco vertentes essenciais do Direito, quais sejam: a) a unificação do Direito Privado Brasileiro; b) a análise crítica do direito português, francês e alemão para a elaboração do Esboço do Código Civil; c) a apresentação de posicionamentos originais e vanguardistas nesta seara; d) a influência nos sistemas jurídicos de demais países; e) a contribuição para o Direito Internacional Privado e outros ramos jurídicos (SILVA, 2017)

Nos anos subsequentes, ao invés de nomear uma comissão composta por vários juristas para redigir um Código Civil, o Governo novamente entregou unicamente a Teixeira a responsabilidade de elaborar um projeto. Denominado de

Esboço, este não foi considerado satisfatório; destarte, seu trabalho anterior – as Consolidações – vigoraram até 1917 (DE CICCIO, 2013).

Evidenciou-se uma nova condição de enunciação em que novos dispositivos são visibilizados nas vertentes supracitadas. Conforme Pontes de Miranda, houve uma tentativa de afastar-se do modelo francês, o que revela os princípios de uma nova verdade, de um fundamento de pessoa humana disposto à abandonar o discurso francês, no entanto, isto circunscreveu-se somente na retórica, pois teóricos se mantiveram discorrendo com base nas ações e codificações:

Os que não vivem atentos à história dos diferentes sistemas jurídicos dificilmente podem apreciar, com profundidade, a grande vantagem, que teve o Brasil, em receber o direito português e a doutrina jurídica dos séculos XV em diante, sem que direito estrangeiro fosse imposto por invasores ou em imitações apressadas, como aconteceu a muitos dos povos hispano-americanos, em relação ao Código Civil francês. O *Esboço* de Teixeira de Freitas, que nos teria dado o melhor Código Civil do século XIX, prestou-nos, não se transformando em Código Civil, o serviço de pôr-nos em dia com o que êle genialmente entrevia e permitiu-nos sorrir dos imitadores do Código Civil francês, enquanto Portugal, imitando-o, deixou que a sua história jurídica se fizesse mais nossa do que dele. O Código Civil brasileiro é bem, como disse L. Enneccerus, a mais independente das codificações latino-americanas. (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 26)

Um dos principais críticos desse Esboço foi José de Alencar. Jornalista, formado em Direito, foi ministro da Justiça e literato. Inaugurou um romantismo à brasileira, onde tematizava valores regionais. Escreveu obras referenciais como o *Guarani*, sobre os indígenas. Em 1865, sob um pseudônimo, Alencar publicou “*Cartas de Erasmo*”, dirigidas ao imperador onde pintava a situação do país. Defendia um governo forte e propunha uma abolição gradativa da escravatura, percebe-se aqui certa natureza interdisciplinar em suas obras, pois trazia o direito, a literatura e a história, como instrumentos criados para pensar essa pessoa humana e determinar modos de regulação de sua vida.

Alencar era adepto da Escola Histórica e entendia que o direito não podia ser sistematizado em um Código; a exemplo de Savigny na Alemanha, acreditava na continuidade dos usos e costumes em matéria civil e que o Código Comercial já era suficiente para regular os atos e fatos do comércio (DE CICCIO, 2013).

Ademais, na época, havia uma dicotomia a ser compreendida, pois a regulação da vida privada, em especial da família, confrontava-se com as instituições do casamento, da filiação e do pátrio poder que ainda se legitimavam nas Ordenações. A regulação da propriedade introduziria conceitos próprios do industrialismo, a ponto de mudar o eixo da economia brasileira, vez que se desvalorizaria a terra em prol do capital de giro e das ações na Bolsa de Valores (DE CICCIO, 2013).

Um longo processo que, aos poucos, foi sendo construído por muitos elementos, jogos de força e bloqueios, para responder a urgência histórica da necessidade de uma nova forma de governo escolhida pelo povo chegou ao ápice em 15 de novembro de 1889, quando a República Federativa do Brasil foi inaugurada.

O período republicano tinha como fundamento a evolução e o progresso, mediante a liderança de uma elite, no caso, a militar. Nesse momento, a ideia de autoridade já não se manifestava na hereditariedade, sua justificação era a vontade popular. A soberania estabeleceu-se nas mãos do povo, nos moldes que lecionava Rousseau (DE CICCIO, 2013).

Para Streck e Moraes, a proclamação da República resultou em poucas mudanças no Brasil. Em suas palavras:

O imperador saiu de cena e em seu lugar surgiu o regime presidencialista, numa imitação mal feita do sistema construído pelos Estados Unidos no século XVIII. Ao mesmo tempo, dando continuidade à maneira incoerente de incorporar as inovações do constitucionalismo estadunidense, o Brasil criou o Supremo Tribunal Federal (STF) e o controle difuso de constitucionalidade, colocando os velhos ministros do *ancien régime*, membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, para operar as inovações constitucionais que desconheciam completamente. E foi assim que o estamento deu início a nossa trágica jurisdição constitucional, deixando-a sempre enfraquecida diante das pressões exercidas pelos donos do poder. (STRECK; MORAIS, 2014, p. 172)

Consoante Bonavides, não houve propaganda extenuando os prós e os contras do Presidencialismo. Anteriormente à sua instituição, ninguém o discutiu, era modalidade de governo relativamente nova e importada dos Estados Unidos. Ele simplesmente apareceu no projeto da Constituição e decretado pelo Governo

Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca. Nem a elite conhecia essa forma de governo, quanto mais as camadas populares (BONAVIDES, 2000).

Assim, pode-se dizer que não houve uma evolução linear para a democracia no Brasil, foi pura imitação do modelo norte-americano. Ao contrário do sistema federativo, que já se impunha no Império, o presidencialismo em *terrae brasilis* não foi fruto de uma educação democrática e tradições liberais (BONAVIDES, 2000). Em outras palavras, pode-se afirmar que recusou-se um modelo europeu em detrimento de um modelo estadunidense.

O grande responsável pelo federalismo republicano foi Rui Barbosa, a partir do projeto da Primeira Constituição da República, elaborada por um grupo de juristas, mas revisado (ou reescrito) exclusivamente por ele. Com o projeto, alterou-se a forma de Estado unitário para federal, ou seja, as antigas províncias tornaram-se Estados-membros relativamente autônomos.

Nascido em Salvador, em 5 de novembro de 1849, Rui Barbosa de Oliveira ingressou na Faculdade de Direito do Recife aos 17 anos tendo como colega Castro Alves; dois anos depois, a dupla transferiu-se para Faculdade de São Paulo, onde as ideias liberais e revolucionárias apregoadas por personalidades como Afonso Pena, Rodrigues Alves e Joaquim Nabuco levariam Rui a ser um grande orador em campanhas pela abolição dos escravos e pela proclamação da República, celebrando-o como um inveterado republicano civil e liberal (SÃO PAULO, 2003).

Comforme De Cicco (2013, p. 358-359), o federalismo de Rui Barbosa revelava “uma visão objetiva de nossos problemas, somente solúveis mediante a autonomia das províncias”. Isto se justifica pela diversidade presente no Brasil, seja de clima, constituição geológica, cultura ou de costumes. Somente uma administração mais regionalizada conseguiria se adaptar a tantas dicotomias.

Bonavides (2000) ainda insere que este não foi um período calmo – com exceção dos governos de Wenceslau Braz e de Eurico Gaspar Dutra, que se utilizavam exorbitantemente da força – os outros governos foram marcados por violentas comoções políticas:

[...] abrangendo levantes militares, revoluções, conspirações, intencionalidades, intervenções federais, estados de sítio, infrações da Constituição e outras mazelas que emprestam ao sistema presidencial latino-americano sua velha e mórbida fisionomia. (BONAVIDES, 2000, p. 413)

Com a Proclamação da República, o pensamento em voga até o primeiro período do governo republicano era individualista, evolucionista, racionalista nos termos do Positivismo Comteano e Spenceriano. Entretanto, ao mesmo tempo era conservador. Ainda, houve a separação entre o Estado e a Igreja, o que acarretou na utilização do direito canônico apenas para aqueles que professavam a fé católica (que até hodiernamente ainda se utilizam do casamento religioso, do batismo e seu registro paroquial), contudo, sem qualquer efeito na ordem civil e jurídica (DE CICCIO, 2013).

Nos primeiros anos do período republicano, a estrutura social sofreu diversas transformações a partir da decadência do trabalho escravo e da ascensão de uma, ainda pequena, burguesia urbana que crescia junto à uma economia agroexportadora.

A Constituição da República de 1891, a exemplo da Monárquica de 1824, era imbuída pela particularidade e por um individualismo liberal-conservador, mas sem expressar a vontade e a participação popular ainda. Parafraseando Luiz Roberto Lopez, Wolkmer afirma:

Na verdade, os fundamentos da prática constitucional incidiam, basicamente, nas formas clientelísticas de representação política, na conservação rigorosa da grande propriedade, na defesa desenfreada de um liberalismo econômico, bem como na introdução “aparente” e “formalista” de direitos civis. A ausência de uma política mais democratizante do Estatuto Republicano de 1891 demonstra que ainda prevalecia a tradicional economia de pseudofeudo agrário, e que, conseqüentemente, no campo, “... o latifundiário ainda podia contar com os processos habituais de controle para assegurar a continuidade de sua dominação”. (WOLKMER, 2003, p. 90)

Há que se ressaltar que o projeto da Constituição de 1891 somente foi aprovado depois de ser revisada por Rui Barbosa, o qual nela imprimira sua marca, ao atribuir ao recém-criado Supremo Tribunal Federal o controle sobre a constitucionalidade de leis e atos do Legislativo e Executivo, transformando a Corte em guardião da Constituição e dos direitos e liberdades individuais (SÃO PAULO, 2003).

Rui Barbosa, pessoa à frente de seu tempo, ainda defendia a aplicação do *habeas corpus* à qualquer cerceamento de liberdade, seja de locomoção, manifestação de pensamento ou de reunião e ainda à proteção de qualquer pessoa (física ou jurídica, pública ou privada). No entanto, até 1926 prevaleceu-se o

entendimento de que o *habeas corpus* seria cabível apenas em caso de restrição de liberdade de ir e vir imposta por uma autoridade pública (SÃO PAULO, 2003).

Sobre a liberdade individual, Rui Barbosa prescrevia

Eis, srs. Juizes, de onde resulta a suprema importância do *habeas-corpus* entre as nações livres. As outras garantias individuais contra a prepotência são faculdades do ofendido. Esta é o dever de todos pela defesa comum. Ninguém pode advogar essa exceção singular às leis do processo. Ninguém pode advogar sem procuração a causa de outrem. Para valer, porém, à liberdade sequestrada, não há instrumento de poderes que exhibir: o mandato é universal; todos o recebem da lei; para exercer validamente, basta estar no país. Os próprios juizes são obrigados a mandá-la restituir ex-officio, se no curso de qualquer processo lhes contar, por testemunho fidedigno, caso de constrangimento ilegal. O paciente pode não requerer a liberdade; pode, resignado, ou indignado, desprezá-la; pode até, por um desvario, rejeitá-la. É indiferente. A liberdade não entra no patrimônio particular, como as coisas que estão no comércio, que se dão, trocam, vendem, ou compram: é um verdadeiro condomínio social; todos o desfrutam, sem que ninguém o possa alienar; e, se o indivíduo, degenerado, a repudia, a comunhão, vigilante, a reivindica. Solicitando, pois, este *habeas-corpus*, eu propugno, na liberdade dos ofendidos, a minha própria liberdade; não patrocino um interesse privado, a sorte de clientes; advogo a minha própria causa, a causa da sociedade, lesada no seu tesouro coletivo, a causa impessoal do direito supremo, representada na impessoalidade deste remédio judicial. (BARBOSA apud HOLANDA; LINS, 1966, p. 201)

Desse modo, Barbosa defendia que a aplicação do *habeas corpus* constituía um esteio da ordem democrática que possibilitava ao cidadão gozar de seus direitos políticos de modo pleno. Para ele, a liberdade constitucional significava alguma coisa mais do que a simples liberdade ordinária, ao revés, ela consistia nos direitos civis e políticos, que deveriam ser absolutamente garantidos, assegurados e preservados nas liberdades dos indivíduos como homens e cidadãos, nos seus direitos de voto e nos seus direitos de ocuparem os cargos que exercerem.

A aplicação do *habeas corpus*, como sugeriu Rui Barbosa pode ser apontada como um dos discursos fundantes da pessoa humana tal qual é estabelecida na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, vez que não há dignidade sem liberdade e esta não integra o patrimônio da pessoa, mas constitui o seu próprio *ser pessoa*.

Alguns anos depois, no curso da campanha à presidência de 1919, o tema das liberdades civis e públicas e sua relação com a democracia voltava a ser objeto de apreciação de Rui. Em uma conferência pronunciada em abril daquele ano,

intitulada “A corrupção política”, ele insistia na legalidade dos atos públicos que possibilitassem ao povo contestar os governos instituídos. O direito de criticar os governos, deveria ser

[...] comum a todos os cidadãos. Qualquer proletário, o mais humilde homem do povo poderia exercitar, no jornal ou na praça. Nem é um direito de limitações regionais. Todo o cidadão, em qualquer estado, o pode usar com relação a esse ou a qualquer outro e, combatendo a política dos estados, combater, com o mesmo desassombro de quem não sai do logradouro de sua individualidade legal, a política da União (BARBOSA, 1919, p. 6).

O autor consignava, ainda, que direitos como o de expressão e de reunião constituíam pilares da democracia em todas as nações livres e, para que fossem de fato efetivados, era necessário que o Poder Judiciário decidisse, em última instância, os atos dos governos que colocassem em risco tais direitos. Ele não se referia apenas à pessoa humana liberta, mas defendia, também, a noção de “estadania”, atual cidadania.

A respeito da igualdade, Barbosa (2003, p. 19) proferiu a célebre lição:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Na Era Republicana, fora implantado um Estado mais burocrático, segundo o qual regulava-se, racionalmente, a vida social. Esse processo culminou com a racionalização do direito weberiana – Weber, teórico do Estado, da burocracia e da gestão de pessoas, entendia a sistematização racional como imperativa para o funcionamento do Estado. Por isso, justificava o sacrifício do interesse social ao rigor lógico, a “consideração do direito como fenômeno destacadamente urbano, como regulador das atividades sobretudo mercantis, para proveito de uma classe em ascensão constante, isto é, a burguesia” (DE CICCIO, 2013, p. 300-301).

Pode-se dizer que há uma conexão entre a obra do legislador e o momento histórico no qual ele vive, nas palavras de De Cicco (2013, p. 301):

Ao analisar, neste desprezioso estudo, a evolução da ideia de pátrio poder e de autoridade no Brasil, como exame histórico mas ainda sociológico do assunto, pudemos ver, com facilidade, inúmeros e intrincados laços entre família e Estado, pai e detentor do poder, os laços de parentesco e de cidadania, de modo que não acreditamos ter fugido ao tema do direito de família e do pátrio poder em nossas incursões, ainda que rápidas, sobre o delicado campo da teoria geral do Estado e da sociologia política, que se refere aos efeitos sobre a vida dos cidadãos da mudança de uma forma de governo, pois existem laços tais que se poderia, sem temeridade, falar em implicação, porque são laços que prendem a uma problemática mais ampla, a do próprio poder.

Ainda segundo o autor:

A verdade é que sem a codificação e o legalismo que se tornaram vitoriosos em nosso direito, acompanhando a evolução do direito europeu continental rumo ao primado da lei escrita e ao chamado “fetichismo da lei”, não se tornaria viável a burocratização do poder, não se teriam condições de nivelamento para aplicar o esquema de dominação burocrática. (DE CICCIO, 2013, p. 301)

Nessa perspectiva, é possível compreender que o Código Civil de 1916 serviu como arremate de um extenso processo com o intuito de municiar o Brasil com instrumentos legais apropriados para enquadrá-lo em um ordenamento único, fundamentado no evolucionismo e no positivismo moderno (no sentido de modernismo) escrito e, assim, absorvido como princípio de verdade.

A codificação do Direito Civil no Brasil foi possível apenas com o aparecimento de novos fatores sociais, como a forma republicana de governo, as grandes aglomerações urbanas, o industrialismo crescente (com consequente formação da classe empresarial) e as primeiras manifestações da massa operária (DE CICCIO, 2013).

Não menos expressivo foi o autor do código civil de 1916. Clóvis Beviláqua foi um grande renovador do Direito brasileiro, autor do projeto do Código Civil de 1916 e um dos mais completos juristas da Escola do Recife: Escola de feição humanista, tinha a aparência de universidade, pois possuía mais uma visão globalizante e transformadora do seu meio, do que a atitude formalista de uma redução ao formalismo da prática forense. Nisto, consistiu a sua grandeza. Formou, sem dúvida, famosos praxistas e advogados, mas foi imenso o número de juristas, filósofos, poetas, economistas, sociólogos, entre outros agitadores de

ideias que abalaram a sociedade, no aceleração do progresso e no bloqueio ou desaceleração da rotina (FERREIRA, 1977).

Há quem diga que Clóvis Beviláqua, apesar de sua visão positivista e humanista contrária à tradição conservadora e religiosa, soube muito bem harmonizar as diferenças da virada dos séculos XIX e XX, vez que na elaboração do Código de 1916 conseguiu conciliar as inovações da ciência do direito com os problemas sociais que começavam a surgir (DE CICCIO, 2013).

Vale ressaltar que o Projeto do Código Civil de 1916 seguiu o modelo do Código Civil francês (de 1804) que, por sua vez, sofreu influência da Revolução Francesa, constituindo um Código com uma estabilidade inédita, decorrente do fato de os cidadãos terem certeza da lei que regia sua vida e sem se vincular às variantes dos governos (DE CICCIO, 2017).

Ainda no governo de Campos Sales (1898 – 1902), Rui Barbosa foi eleito como relator da Comissão Especial do Senado, encarregada de analisar o projeto do Código Civil, oportunidade em que ele elaborou um longo e detalhado parecer, em que critica a linguagem e propõe emendas a quase todos os mais de 1.800 artigos propostos por Beviláqua, estabelecendo uma das maiores polêmicas sobre questões de gramática e estilo no Brasil. A abrangência das contribuições de Rui ao Código Civil acabou adiando por mais de dez anos sua entrada em vigor (DANTAS, 1949). Em janeiro de 1916, o Código Civil Brasileiro era sancionado pelo então presidente Venceslau Brás.

A colisão de concepções contrárias, uma clamando pela conclusão precipitada (Governo), outra pela maturação da obra (Barbosa), representou o primeiro e talvez o maior dos serviços de Rui Barbosa ao Código Civil. Isto porque, a celeridade que o governo queria empregar na aprovação do Código contrapunha-se à consciência de Rui Barbosa sobre a magnitude do empreendimento, conduzindo a opinião pública e o Congresso a assumirem, em toda amplitude, o sentimento da responsabilidade histórica que a elaboração de um código atrai sobre a geração que a empreende (DANTAS, 1949).

Todo esse trabalho da codificação se desenvolveu, para o espectador que hoje percorre os anais do tempo, como um diálogo entre o governo e Rui Barbosa. Na definição do conteúdo da obra legislativa pesam outras vozes: a de Clóvis Beviláqua, sobretudo, que se ergueria ao nível dos primeiros juristas do seu tempo, realizando como legislador uma obra superior a qualquer dos seus trabalhos

doutrinários. Mas na estimativa da codificação em si mesma, o diálogo é entre o governo e Rui Barbosa.

A perspicácia e a capacidade oratória que Rui Barbosa possuía foi revelada quando o ilustre jurista foi proferir seu parecer acerca do Projeto em 1902, decidindo atacar a linguagem, a forma, ao invés do conteúdo jurídico, pois tinha ciência que a maioria dos seus companheiros no Senado não se ateriam tanto à matéria, já a linguagem deveria ser escorreita, vez que a literatura naquela época representava uma forma superior de viver.

Não era a economia brasileira, estacionária e incharacterística, que reclamava o Código Civil; não era tampouco uma transformação estrutural da sociedade, como a que precedera o Código de Napoleão; nem era mesmo a necessidade de unificar a ordem jurídica, como sucedera na Alemanha; era a cultura intelectual do país que pedia o Código Civil, era a *intelligentsia* que reclamava uma suma da ciência social, em substituição à *congérie* de leis e regulamentos, acumulados sobre o fundo de normas quinhentistas, que nos servia de lei civil. Para essa inteligência, o Parecer do Senado, em 1902, constituiu precisamente o sinal de alarme que ela estava mais apta a ouvir. A massa das corrigendas, a autoridade do corretor, e essa indefinida sensação de indecência que se desprende da evidenciação dos erros de linguagem, puderam o que a opinião política não poderia: derrotar o govêrno na última trincheira que teria de atravessar o Código Civil. (DANTAS, 1949, p. 56)

Dessa forma, Rui Barbosa conseguiu parar a célere tramitação do Código pelo Poder Legislativo e imprimir sua marca, ao lado de Beviláqua. Necessário esclarecer que não há, entre o autor do Projeto e o relator do Senado, diversidade essencial de convicções ou de métodos científicos. Dentro de suas respectivas particularidades e temperamentos, ambos podem ser considerados juristas da mesma família e geração (DANTAS, 1949).

Embora o Código de 1916 possa ser reconhecido por seus méritos de rigor metodológico, por sua sistematização técnico-formal e por avanços sobre a obsoleta legislação portuguesa anterior, deve-se atentar que ele era, de certa forma, antagônico às inovações sociais que começavam a adentrar nas legislações de países ocidentais mais avançados.

Isto porque ainda refletia uma mentalidade patriarcal e individualista de uma sociedade agrária predominante que salvaguardava os interesses de grandes cafeeiros, proprietários de terra e de uma crescente burguesia mercantil. Wolkmer

concebe aquilo que Weber (2003) já apontava na formação de uma sociedade burocrática, as classes, o poder, a partilha do poder:

Em verdade, a Codificação Civil enquanto uma das primeiras grandes realizações da jovem República traduzia, em seus avanços relativos, sem muita ousadia, os intentos de uma classe média consciente e receptiva aos ideais liberais, mas igualmente comprometida com o poder oligárquico familiar. (WEBER, 2003, p. 74)

Wolkmer (2003) ainda salienta que nem a legislação privada nem as políticas públicas impostas pelo Estado, na trajetória deste século, foram suficientes para o enfrentamento e solução de questões referentes à estrutura social do Brasil, como a concentração da riqueza e as desigualdades presentes na sociedade.

A fonte mais extensa do direito civil brasileiro é o Código Civil, que teve a data de 1.º de janeiro de 1916 e entrou em vigor um ano depois. “Este Código”, disse o art. 1.º, “regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”. Em termos científicos, evitadas as elipses: o Código Civil regula os fatos de que resultam direitos e obrigações de ordem privada, quer de natureza pessoal, quer de natureza real. Como toda codificação, o Código Civil não foi exaustivo senão por algum tempo (= até a aparição de alguma regra jurídica derogativa, ou a *latere*) e ainda assim não foi perfeita a sua exaustividade: somente onde se regulou alguma matéria foi, excluído o direito anterior (art. 1.807: “Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código”). (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 26)

Na construção histórica da liberdade dos indivíduos no Direito Civil Moderno, imprescindível ressaltar o líame entre liberdade e propriedade, entendendo-se esta como a fonte e o lugar privilegiado daquela. Tal vínculo é característica própria das codificações civis oitocentistas, em especial do Código Civil francês de 1804, e influencia os diplomas legislativos que se seguem em diversos países, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

Essa liberdade na propriedade adquire uma qualificação que pode ser identificada na expressão autonomia privada. Referir-se à liberdade nas relações privadas acaba por ser, a partir do século XIX, versar sobre uma liberdade formal, que se assegura em um espaço de não coerção, no qual os indivíduos podem autorregulamentar seus interesses privados.

O Contrato Social, com inspiração em Hobbes, Locke e Rousseau regula a relação entre as pessoas e o Estado, justificando-se, respectivamente, na prevenção de destruição mútua, na proteção da propriedade (para fazer a pessoa progredir) e na preservação da liberdade civil e dos direitos dos homens. Assim, a pessoa aceita abdicar sua liberdade para se submeter às leis da sociedade e do Estado. Em contrapartida, o Estado se compromete em defender o homem, o bem comum e dar condições para que ele se desenvolva.

O ambiente em que esse enlace entre propriedade e autonomia privada se localiza é o de um Direito de matriz individualista, pautado pelo liberalismo econômico. Nesse universo, encara-se o indivíduo como sujeito de direito abstrato e atomizado, como se ele antecedesse os vínculos sociais. Esse perfil somente irá sofrer modificações ao longo do século XX, por meio das transformações da denominada funcionalização social do Direito Civil e da propriedade.

Em termos de governança do Estado, um primeiro impacto que implicará modificações teve princípio em 1926, quando o Brasil passou a ser governado por Washington Luís, que se esforçou pelo fortalecimento da economia (até criou a moeda Cruzeiro), mas não foi suficiente para escapar ileso pela quebra da Bolsa de Nova York em 1929, que desvalorizou as exportações do café brasileiro e, conseqüentemente, a capacidade do Brasil importar, resultando em piora da condição de vida da população mais carente e a eclosão de greves operárias (DE CICCIO, 2017).

Estes episódios resultariam na então chamada Revolução de 30. Em 03 de outubro daquele ano, Washington foi deposto por um movimento armado dirigido por civis e militares, terminando assim, a Primeira República, a qual restou profundamente marcada por governos de oligarcas regionais, principalmente de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Conforme Carvalho (2018, p. 91), a década de 1930 foi um divisor de águas para a história do país, pois, apesar da instabilidade política – vez que após esse período o Brasil transitou entre ditaduras e regimes democráticos – houve certa aceleração na infraestrutura econômica e no plano dos direitos sociais e políticos.

Desta época, destaca-se Getúlio Vargas, formado em Direito, fundador e membro da Igreja Positivista. Vargas aparece como um dos grandes construtores do moderno Estado brasileiro, novo sujeito na genealogia histórica de um país que

passava por grandes transformações e por novas condições de produção de discurso.

Bastos e Fonseca (2012) salientam que, além de ser o líder da transformação de uma economia agrário exportadora voltada para fora em outra mais industrializada e voltada para dentro, ele foi responsável pela implantação de instituições que muito contribuíram para o desenvolvimento econômico e social do país. A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, ainda é o arcabouço geral de regulação das relações de trabalho e, igualmente: o salário mínimo, a ampliação do crédito agrícola via programas do Governo Federal e de carteiras do Banco do Brasil, a criação do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento), que ainda financia boa parte dos investimentos na indústria e na infraestrutura, a criação das companhias Vale do Rio Doce, Siderúrgica Nacional (ambas em 1942) e da Petrobrás (em 1954) fizeram parte de seu escopo de atuação governamental.

Ademais, a Era Vargas foi caracterizada por duas fases: a dita revolucionária, que correspondeu ao período entre 1930 e 1934, quando a assembleia constituinte votou nova Constituição e elegeu Vargas presidente; e a ditatorial, a partir de 1937, quando ocorreu o golpe de Vargas, apoiado pelos militares e de duração até 1945 (CARVALHO, 2018).

A Constituição de 1934 foi consequência da Revolução de 30 e, refletindo uma época de mudanças socioeconômicas, teve por característica um pacto político híbrido, sem unidade ideológica que introduziu postulados do Constitucionalismo social no país. Sua especificidade não resultou em ser necessária e espontânea, mas em projetar-se como compromisso estratégico; uma manobra política e imposição de um Estado oligárquico-patrimonialista com pretensões de modernização (WOLKMER, 2003).

Novos elementos entram em cena para pensar o poder no Estado brasileiro. As relações de poder com a sociedade, de modo especial com assalariados e industriais, cafeicultores, demonstram a existência de outros dispositivos cujas práticas políticas resultariam em um cenário discursivo ímpar, inigualável até então na história da República.

O Texto de 1934 permitiu a conservação de quadros do federalismo regionalista e elitista. Apesar de presente o bicameralismo, atribuiu-se à Câmara dos Deputados o exercício efetivo do Legislativo, transformando o Senado Federal em simples poder colaborador. Pela primeira vez, a Câmara dos Deputados era

composta não só por representantes do povo – eleitos diretamente – mas surgia a chamada representação profissional, eleita indiretamente e mediante associações profissionais, o que se pode denominar de um modo de criação de cidadania⁴. Introduzia-se igualmente a Justiça Eleitoral no Poder Judiciário, que inovava com o voto feminino. Além dos direitos políticos e da declaração burguesa de direitos individuais, instituíram-se direitos econômicos e sociais, que tinham, na Justiça do Trabalho, base para dirimir, paternalisticamente, conflitos coletivos e para manipular quase toda a atividade sindical. Para Wolkmer (2003), sob a máscara de legislação social, a Constituição de 1934 chegou como instrumento para aparar os choques entre classes.

Já a Constituição de 1937, de acordo com Wolkmer (2003), teve inspiração no Fascismo europeu, pois instituiu o autoritarismo corporativista do Estado Novo e implantou uma ditadura do Executivo (todos os poderes concentrados nas mãos do presidente da República), que se permitia legislar por decretos leis e reduzir arbitrariamente a função do Congresso Nacional, bem como dirigir a economia do país, intervir nas organizações sociais, partidárias e representativas, além de restringir a prática efetiva e plena dos direitos dos cidadãos.

Em 1945, ocorreu uma nova intervenção militar que derrubou Vargas e convocou eleições presidenciais e legislativas, que culminaram na eleição de Eurico Gaspar Dutra e reunião de nova assembleia constituinte. Em virtude do contexto político e de divergências de opinião, aliados ao posicionamento frente aos dispositivos do discurso e da produção da verdade, há quem diga, como Carvalho (2018, p. 91), que se “deu início à primeira experiência que se poderia chamar com alguma propriedade de democrática em toda a história do país”.

Sob a égide do texto político-jurídico de 1946, restabeleceu-se a democracia formal representativa, a independência dos poderes, a autonomia relativa das unidades federativas e a garantia dos direitos civis fundamentais. Essa Constituição do pós-guerra e pós-Vargas polarizou as principais forças políticas da época no sentido de um arranjo burguês nacionalista entre forças conservadoras e grupos liberais reformistas (WOLKMER, 2003).

⁴ Cidadania refere-se a uma prevalência de ações que conferem maior poder ao Estado, como responsável pela estruturação e desenvolvimento da vida social. Pode-se dizer que, no Brasil, prevalece a "cidadania", por conta da ausência, ou presença tímida, de uma cultura cívica atuante nos movimentos de governo, cabendo aos atores não estatais um papel de coadjuvantes nos processos históricos.

Importante ressaltar que os direitos civis, apesar de progredirem lentamente nesse período, não deixaram de figurar nas três constituições supra citadas. O que ocorreu, conforme Carvalho (2018), foi a ineficácia da garantia desses direitos civis na vida real das maiorias das pessoas. Inobstante, o autor afirma que “o período de 1930 a 1945 foi a era dos direitos sociais” (CARVALHO, 2018, p. 127).

Em 1943, quando já se observava o começo do fim do Estado Novo, Alexandre Marcondes Filho, então Ministro do Trabalho, mediante o programa de rádio “Hora do Brasil”, começou a transmitir mensagens ao povo creditando ao governo varguista todas as inovações trabalhistas, como o estabelecimento da dignidade do trabalho e do trabalhador, a construção de casas populares e de oferta de alimentação mais barata. Apresentava, portanto, os que eram excluídos da comunidade nacional como homem novo, um novo cidadão (CARVALHO, 2018).

O regime era apresentado como identificado com o povo, mais democrático. Exaltava-se Vargas como um grande benfeitor, que lutava por seu povo. A inversão da ordem dos direitos – colocar os direitos sociais à frente dos políticos, o sacrifício desses por aqueles – não impediu que a popularidade de Vargas crescesse, pois, mesmo derrubado por seus ministros militares em 1945, sua força popular foi evidenciada quando, ao se candidatar à eleição presidencial em 1950, se elegeu com aproximadamente 49% dos votos (CARVALHO, 2018).

De acordo com Carvalho (2018), a Guerra fria, o petróleo e as políticas sindicais foram as causas dos principais enfrentamentos políticos no segundo governo varguista, polarizando duas posições distintas: os nacionalistas, defensores do monopólio estatal do petróleo e de outros recursos básicos, como a energia elétrica, eram partidários do protecionismo industrial, da política trabalhista e da independência da política externa; de outro lado, estavam os defensores da abertura do mercado ao capital externo, inclusive na área dos recursos naturais, e que condenavam a aproximação governista com os sindicatos, defendendo uma política externa alinhada à posição americana.

Há muitas versões acerca do falecimento de Vargas, algumas afirmam que em 1954, já enfraquecido pela velhice e após um episódio envolvendo a tentativa fracassada de sua guarda pessoal assassinar o líder da oposição Carlos Lacerda, frente ao levante de movimentos envolvendo militares e civis pedindo sua renúncia, o ex-presidente tenha se suicidado.

O povo que identificara nele seu primeiro Presidente deveras popular e preocupado com os problemas da população mais desfavorecida o elevou à figura de herói popular. Nos dizeres de Carvalho (2018):

O antigo ditador, que nunca se salientara pelo amor às instituições democráticas, tornara-se um herói popular por sua política social e trabalhista. [...] O fato de ser preocupação paternalista era irrelevante para os que se sentiram valorizados e beneficiados pelo líder morto. A influência de Vargas projetou-se ainda por vários anos na política nacional.

Os anos após o falecimento de Getúlio Vargas foram marcados pela luta política entre seus herdeiros e a sua antiga oposição. As eleições de 1955 trouxeram ao palanque presidencial o candidato Juscelino Kubitschek (JK). Apoiado pela aliança entre o Partido Social Democrático (PSD) – criado por Vargas ainda durante o Estado Novo e amparado nas velhas oligarquias e nos proprietários rurais – e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB – mais urbano e com forte apoio da classe operária e sistema sindical), representado pelo Vice-Presidente, João Goulart, nacionalista e ex-Ministro de Vargas (CARVALHO, 2018).

Destaque-se que, apesar de uma oposição civil e militar bastante atuante, Juscelino conseguiu, conforme aponta Carvalho (2018, p. 16), “dirigir o governo mais dinâmico e democrático da história republicana”, o que se justifica pelo seu programa de industrialização para atrair o capital privado nacional e estrangeiro, desenvolvimento na infraestrutura, principalmente ligada à energia e à rodovias, além do planejamento e construção de Brasília, que veio a ocupar a posição de capital do Brasil, até então sediada no Rio de Janeiro.

Inobstante não terem desaparecidos os conflitos do governo Vargas, as altas taxas de desenvolvimento econômico (aproximadamente de 7% ao ano) os amorteciam, vez que eram distribuídos benefícios a todos, fossem operários, patrões, ou industriais nacionais e estrangeiros. O setor rural foi o único que permaneceu intocado (CARVALHO, 2018).

Contudo, ao final do mandato de Kubitschek tais conflitos começavam a ganhar força novamente: nacionalistas demonstravam insatisfação com a abertura ao capital estrangeiro e a esquerda incomodava-se com a falta de reformas no setor agrário. Apesar disto, JK logrou êxito em finalizar seu mandato e passar a faixa presidencial ao seu sucessor Jânio Quadros, também presidente civil.

Carvalho (2018, p. 138) aponta que Jânio Quadros (eleito em 1960) “era pessoa imprevisível, que fizera carreira política meteórica e tinha grande capacidade de mobilizar apoio político sobretudo da classe média”. No entanto, em agosto de 1961 (mesmo ano da posse), alegou impossibilidade de governar e renunciou ao mandato, sua justificativa não foi, todavia, satisfatória. Para Carvalho (2018, p. 139):

A explicação mais provável é que ela [a renúncia] teria sido um estratagema para conseguir poderes especiais do Congresso para governar discricionariamente. Para o êxito do plano, Quadros contaria com a incompatibilidade entre os militares e o vice-presidente João Goulart, que, no momento, convenientemente para Jânio, se achava na China comunista em visita de cortesia. O apoio popular a Quadros e o veto militar a Goulart, segundo esta hipótese, fariam com que a renúncia não fosse aceita e o presidente ganhasse do Congresso os poderes extraordinários que desejava.

Se o plano fora este, resultou em fracasso total, pois o Congresso aceitou a renúncia. Quanto aos militares, esses sim ficaram insatisfeitos com a possível posse de João Goulart, renovando-se assim os conflitos do governo Vargas. A solução encontrada pelo Congresso foi a de adotar um sistema parlamentarista de governo em que se retirou do presidente grande parte de seus poderes. Tal iniciativa não perdurou por muito tempo e, em 1963 foi convocado um plebiscito, no qual o povo decidiu pelo presidencialismo como sistema de governo e Goulart assumiu seus plenos poderes como presidente (CARVALHO, 2018).

Segundo a análise foucaultiana, pode-se que afirmar que uma nova discursiva se formava após este plebiscito; com outros atores e jogos de força que mudaram o cenário da República, a luta política polarizou-se mais profundamente entre a oposição esquerda/direita, não havendo negociação entre as partes. Consoante Carvalho (2018), a direita organizou-se da seguinte forma:

As direitas civil e militar começaram a organizar-se e preparar-se para o confronto. Surgiram organizações como o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (Ipes), financiados por empresários nacionais e estrangeiros; o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (Ibad), que apoiava financeiramente políticos da oposição e organizações sindicais e estudantis contrárias ao governo; a Ação Democrática Parlamentar (ADP), que reunia deputados conservadores de vários partidos. Essas organizações vinham unir-se a outras mais antigas, como as associações comerciais e industriais, as associações de proprietários rurais, parte da hierarquia da Igreja Católica e a ESG. O bordão do anticomunismo foi usado

intensamente. Planos para derrubar o presidente começaram a ser traçados, contando com a simpatia do governo norte-americano. (CARVALHO, 2018, p. 140)

Já no outro campo, o da esquerda, embora também houvesse intensa atividade, a unidade entre seus membros era mais frágil. Faziam parte da esquerda, os sindicatos, que promoviam variadas greves – algumas com apoio do Ministério do Trabalho – em favor das reformas de base, do movimento dos sargentos e contra o estado de sítio; a União Nacional dos Estudantes (UNE), que, com a participação de aproximadamente 100 mil estudantes, envolveu-se em grandes negociações políticas; Leonel Brizola, deputado pelo PTB, organizou o “Grupo dos Onze”, que possuía características paramilitares e preparavam-se para agir à margem da lei; também organizava-se no Congresso uma Frente Parlamentar Nacionalista (FPN) para reunir deputados com orientados à causa nacionalista e popular; em muitas destas organizações estavam infiltrados membros do Partido Comunista e dissidências desse partido se organizavam em novos grupos, a exemplo do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e Política Operária (Polop) (CARVALHO, 2018).

O estopim destes conflitos foi a mobilização rural que começou a infiltrar-se na política, utilizando-se de voz própria. Aqui, destaca-se Francisco Julião, advogado e deputado, com grande talento mobilizador associado e que, financiado pelo governo cubano, iniciou a construção de campos de treinamento em Goiás para as Ligas Camponesas (sociedades civis que escapavam do controle do Ministério do Trabalho por não terem natureza jurídica de sindicato), com fins de preparo para luta armada (CARVALHO, 2018).

Importante salientar que, desde 1888 (abolição da escravatura), o Estado não intervinha ativamente nas relações de trabalho agrícola. O Estatuto do Trabalhador Rural, instituído em 1963, estendeu de forma inédita a legislação social e sindical ao campo e, mediante aspectos da governamentalidade analisada por Foucault, percebe-se o Estado brasileiro agindo para gerir a vida das pessoas, controlando suas ações para que fosse viável um maior aproveitamento de suas capacidades. De acordo com Carvalho (2018), estima-se que, em 1960, 55% da população brasileira ainda vivia no campo e designava 54% da mão de obra do país. Portanto, o impacto do estatuto o alastramento de sindicatos rurais pelo país e a regularização dos trabalhadores agrícolas que, até então, haviam ficado à margem, sem usufruir de direitos civis, políticos e sociais.

A organização rural, para os fazendeiros e grandes proprietários de terra, aparentava ser mais ameaçadora do que a sindicalização urbana ocorrida na década de 30, porquanto temiam uma expropriação de suas terras aos moldes soviético ou cubano. A classe, nesse cenário, se preparou para uma resistência armada, gerando conflitos entre trabalhadores rurais e fazendeiros em alguns pontos do país (CARVALHO, 2018).

Em meio a esses acontecimentos, Goulart encontrava-se entre conspiradores de direita, que queriam a sua derrubada, e setores radicais de esquerda, que almejavam a implantação de medidas mais ousadas. Nesse jogo de forças de elementos heterogêneos que disputavam o poder, o então presidente acabou por ceder à pressão da esquerda, concordando em realizar comícios populares para pressionar o Congresso a aprovar as reformas de bases (termo geral que indica reformas da estrutura agrária, fiscal, bancária e educacional).

Durante esses comícios, Goulart realizava discursos com o intuito de mobilizar a população e, além dessas aparições públicas, assinou dois decretos, com o fim de nacionalizar a refinaria de petróleo e desapropriar terras às margens de ferrovias, rodovias e barragens de irrigação. Essa desapropriação se fez em meio a polêmicas, vez que para desempossar as terras, era preciso que se aprovasse emenda à Constituição no Congresso com fins de restituição dos expropriados.

Pressionado por Brizola e por sindicalistas, e com receio de perder a liderança das reformas, Goulart se deixou levar à uma radicalização suicida quando atingiu a fidelidade das forças armadas. Sem o apoio militar que lhe restava, não sobrou alternativa diferente da derrota. Em 31 de março de 1964 sobreveio o golpe e Goulart exilou-se no Uruguai, enquanto o Congresso impingia seu sucessor legal, o presidente da Câmara dos Deputados.

Os líderes da esquerda acreditam que um levante popular se oporia ao golpe, contudo este nunca aconteceu:

No auge da crise, revelou-se com nitidez a natureza de cúpula da organização sindical. Os confiantes dirigentes sindicais convocaram uma greve geral para o dia 31 de março em oposição ao golpe. Seu apelo não foi ouvido. As grandes massas em nome das quais falavam os líderes não apareceram para defender o governo. As que apareceram foram as da classe média, no dia 2 de abril, para celebrar a queda do presidente. A grande mobilização política por

que passara o país acabava em verdadeiro anticlímax. Apesar do grande barulho feito, via-se agora que o movimento popular era um castelo de cartas. (CARVALHO, 2018, p. 148)

Segundo dados do Instituto Brasileiro e Opinião Pública e Estatística (Ibope), levantados em 1964 e divulgados recentemente, o candidato preferido para as eleições que não se realizaram em 1965 era Juscelino Kubitschek e pelo menos 45% da população alinhava-se à linha política de centro, 23% preferia a direita e 19% a esquerda (CARVALHO, 2018).

Nessa perspectiva, questiona-se o motivo pelo qual a democracia foi suspensa em 1964. Carvalho (2018) elenca como uma das possibilidades o embate esquerda-direita, que não deixou espaço para negociação. O autor salienta, ainda, que nenhuma dessas duas correntes tinha muito apreço pela democracia, para os quais ela se constituía “um meio que podia e devia ser descartado desde o momento que não tivesse mais utilidade”.

Assim, pode-se dizer que tal embate e o aumento da participação política levou à uma reação defensiva e à imposição de mais um regime ditatorial, o qual restringiu direitos civis e políticos violentamente. No entendimento de Carvalho (2018, p. 161), os períodos de 1937 e 1964 guardam entre si semelhanças e disparidades: “[...] se assemelham pela ênfase dada aos direitos sociais, agora estendidos aos trabalhadores rurais, e pela forte atuação do Estado na promoção do desenvolvimento econômico”. Se diferem, no entanto, pelo viés político, pois, no regime de 1964, houve a manutenção do Congresso em funcionamento e da realização de eleições.

Segundo o autor, o governo dos militares divide-se em três fases: a primeira, entre o ano 1964 a 1968 – que compreende o governo do general Castelo Branco e primeiro ano do governo do general Costa e Silva; a segunda, entre o ano 1968 a 1974 – considerada a mais truculenta do ponto de vista dos direitos civis e políticos, foi comandada pelo general Garrastazu Médici; e, finalmente, a terceira, entre 1974 e 1985 – começa com a posse do general Ernesto Geisel, com a tentativa de liberalizar o sistema, a qual continua sob a tutela do general João Batista de Figueiredo (CARVALHO, 2018).

Após a ocorrência do golpe, os direitos civis e políticos foram minados pelas medidas de repressão, que inobstante presentes em todo o período, foram mais intensas entre os anos 1964 – 1965 e entre 1968 – 1974. Os presidentes militares se

utilizavam de atos institucionais como instrumentos legais de repressão. O primeiro foi logo introduzido em 09 de abril de 1964 e, com ele, foram cassados os direitos políticos. Ao longo de dez anos, foi grande o número de líderes políticos, sindicais, intelectuais e militares dissidentes (CARVALHO, 2018).

[...] O perigo comunista era a desculpa mais usada para justificar a repressão. Qualquer suspeita de envolvimento com o que fosse considerado atividade subversiva podia custar o emprego, os direitos políticos, quando não a liberdade, do suspeito. Como em geral acontece em tais circunstâncias, muitas vinganças pessoais foram executadas sob o pretexto de motivação política. (CARVALHO 2018, p. 164)

No ano de 1966, ocorreram eleições estaduais, nas quais o governo foi derrotado em 5 estados, inclusive Rio de Janeiro e Minas Gerais. Como retaliação, novas medidas repressivas foram adotadas pelo Ato Institucional nº 2, o qual, entre outras diligências, aboliu a eleição direta para presidente da República, dissolveu os partidos políticos, adotando um sistema de apenas dois partidos (Arena, do governo, e MDB, como oposição subjugada). O AI-2 ainda reformou o judiciário, tentando aumentar o número de magistrado nos tribunais superiores e assim nomear partidários ao governo, além restringir o direito de opinião e atribuir à juízes militares a competência para julgar crimes comuns em casos envolvendo segurança nacional.

Em 1968, por conta da mobilização de alguns setores da sociedade, a exemplo de operários e estudantes, nova retomada autoritária ocorreu, desta vez mais radical. Com o Ato Institucional nº 5, o Congresso foi fechado, o *habeas corpus* que contribuiu para a salvaguarda de direitos fundamentais da pessoa e sua dignidade, foi suspenso para delitos envolvendo segurança nacional e todos os atos decorrentes do AI-5 passaram a não ser passíveis de apreciação judicial. Assim, pode-se dizer que, junto à cassação do *habeas corpus*, houve a cassação do próprio conceito de pessoa construído segundo a proteção de seus direitos (CARVALHO, 2018).

O general Costa e Silva faleceu em 1969, contudo, os militares não permitiram que Pedro Aleixo, um civil e então vice-presidente, assumisse o governo. Para tanto, uma junta militar escolheu o sucessor e reabriu o Congresso para que referendasse a escolha. Em outubro do mesmo ano, o general Garrastazu Médici assumiu a presidência, mesma data que o novo texto constitucional foi aprovado,

incorporando os atos institucionais. Sob o comando de Médici, as medidas de repressão atingiram seu grau máximo e uma nova lei de segurança nacional foi instituída, a qual introduziu a pena de morte por fuzilamento. Vale ressaltar que a pena de morte não vigorava no Brasil desde a proclamação da República, sendo que, mesmo durante o Império, já não era mais aplicada (CARVALHO, 2018).

Censura prévia foi introduzida nos jornais, livros e outros meios de comunicação a partir de 1970, o que significava que qualquer publicação ou programa de rádio e televisão tinha que ser submetido aos censores do governo antes de ser levado ao público. O governo, inclusive, mandava instruções sobre determinados assuntos que não podiam ser comentados ou nomes de pessoas que não podiam ser citados.

Sem alternativa legal, muitos opositores agiam na clandestinidade, adotando táticas militares de guerrilha. Narra Carvalho (2018, p. 167) que

em setembro de 1969, houve o primeiro ato espetacular da guerrilha urbana, o sequestro do embaixador norte-americano. Daí até o final do governo Médici, em 1974, forças da repressão e da guerrilha se enfrentaram em batalha inglória e desigual. [...] A máquina da repressão cresceu rapidamente e tornou-se quase autônoma dentro do governo. [...] O Exército criou ainda agências especiais de repressão chamadas Destacamento de Operações de Informações e Centro de Operações de Defesa Interna, que ficaram tristemente conhecidas pelas siglas DOI-Codi.

Imprescindível acrescentar que as liberdades de opinião e reunião foram eliminadas; o governo regulava e controlava os partidos, assim como os sindicatos e, inclusive, greves eram proibidas; prisões arbitrárias cerceavam o direito à defesa; não existia inviolabilidade de lar ou correspondência; constantemente se violava a integridade física das pessoas mediante tortura nos cárceres do regime; não se respeitava nem o direito era devidamente respeitado (CARVALHO, 2018).

A pessoa, neste contexto, somente teria dignidade e seus direitos fundamentais protegidos caso pensasse, se comportasse e se expressasse da forma que o Estado considerava adequada, caso contrário, ela não era considerada cidadã, mas uma ameaça a ser extirpada da sociedade. Apesar destas claras violações à direitos civis e políticos, o direito ao voto permaneceu resguardado, mesmo tendo seus resultados manipulados face descontentamento dos militares,

que alteravam as leis para manterem-se em maioria no Congresso (CARVALHO, 2018).

Outro ponto que vale destaque e evidencia dentro da complexidade do período militar é o crescimento econômico do país que, entre os anos de 1968 e 1973, teve uma taxa de crescimento variável entre 10% e 13%, ultrapassando a marca histórica do governo de Kubitschek, sendo considerada a época denominada de milagre econômico brasileiro. Tal milagre econômico foi desmistificado posteriormente por análises de especialistas que evidenciaram seus pontos negativos, quais sejam, o benefício desproporcional e desigual entre os diferentes setores da população. Carvalho (2018) aclara tal evidência e, estabelecendo como parâmetros os anos 1960 e 1980, conclui o seguinte:

Em 1960, os 20% mais pobres da população economicamente ativa ganhavam 3,9% da renda nacional. Em 1980, sua participação caíra para 2,8%. Em contraste, em 1960 os 10% mais ricos ganhavam 39,6% da renda, ao passo que em 1980 sua participação subira para 50,9%. O 1% mais rico ganhava 11,9% da renda total em 1960; em 1980 sua participação era de 16,9%. Se os pobres não ficaram muito mais pobres, os ricos ficaram muito mais ricos. (CARVALHO, 2018, p. 172-173)

No entanto, tal desigualdade não era tão evidente à época, quando os números e a propaganda do governo militar foram fortalecidos por práticas sociais de gestão do Estado e transformações na demografia e na oferta de emprego. A população do interior mudou-se para a cidade, trocando o chão do campo pelo da fábrica. Os efeitos do crescimento urbano acelerado somente apareceram anos mais tarde; naquele tempo, exprimiam progresso, pois as condições de vida na cidade permitiam o acesso à maiores confortos, como o acesso à televisão e a outros eletrodomésticos.

Sobre a mudança na estrutura de emprego, Carvalho (2018) levanta que a população economicamente ativa passou de 22,7 milhões em 1960 para 42,3 milhões em 1980. O autor ainda destaca que

[...] Enquanto o número de homens aumentou em 67%, o de mulheres cresceu 184%. Isso fazia com que, apesar da queda no valor do salário mínimo, que em 1974 era quase a metade do que valia em 1960, a renda familiar se mantinha estável [...]. Houve, ainda, mudança nos tipos de emprego. A ocupação no setor primário da economia (agricultura, pecuária, mineração) caiu de 54% do total

em 1960 para 30% em 1980. A ocupação no secundário (indústria) cresceu de 13% para 24% no mesmo período, e o terciário (transporte, serviços, administração) cresceu de 33% para 46%. (CARVALHO, 2018, p. 173-174)

Esses dados demonstram que, além da migração para as cidades, houve também deslocamento de pessoas nas suas ocupações. Ainda, acresce-se o fato de que as condições de trabalho rural não eram as melhores, portanto, tais mudanças representaram melhoria de vida para essas pessoas. Complementariamente, um grande acerto do governo militar, que lhe garantiu certa fidelidade da população, foi o avanço em relação aos direitos sociais que governos anteriores não conseguiram implantar. Entre eles, a implantação da universalização da previdência, a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), a criação do Fundo de Assistência Rural (Funrural), do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), do Banco Nacional de Habitação (BNH) e, finalmente, em 1974, o destacamento de um Ministério da Previdência Social (CARVALHO, 2018).

A avaliação dos governos militares, do ponto de vista da cidadania, tem, assim, que levar em conta a manutenção do direito do voto combinada com o esvaziamento de seu sentido e a expansão dos direitos sociais em momento de restrição de direitos civis e políticos. (CARVALHO, 2018, p. 176-177)

O desmonte do sistema autoritário se iniciou em 1974, quando Geisel diminuiu as restrições à propaganda eleitoral, mas o grande passo foi dado somente em 1978 com a revogação do AI-5, o fim da censura prévia e volta de exilados. Três principais argumentos são hábeis a justificar o fim do período militar: o grupo que assumiu em 1974 (ligado ao general Castelo Branco) era de liberais conservadores que não pretendiam, desde início, prolongar o controle militar do governo; a crise econômica que sobrevinha do aumento do preço do petróleo fazia com que os anos do milagre estivessem contados e, prevendo agravamento da situação no país, os militares planejavam deixar o poder antes de serem relacionados a tal desande econômico; a ditadura atraía os militares para a vida política, tirando-os de suas atividades profissionais, fazendo com muitos ambicionassem poder e lucro, minando, assim, a moral dos oficiais. Ademais, havia o problema dos aparelhos de repressão, que constituíam um grupo independente e ameaçava à hierarquia militarista (CARVALHO, 2018).

Por conseguinte,

muito embora o processo revolucionário já houvesse dado antes sinais de exaustão, por absoluta carência de ideais políticos, ela se revelou inexorável quando sobreveio a crise econômica mundial, a partir da alta do petróleo, e o “milagre econômico brasileiro” – que produzira, apesar de tudo, inegáveis frutos de progresso – converteu-se num jogo de medidas econômicas improvisadas em função dos fatos consumados, crescendo cada vez mais, nos espíritos mais lúcidos, a convicção de que era necessário mudar de rumo e preparar o advento e novo processo democrático. (REALE, 1987, p. 305)

Novos atores tomam a cena e criam uma conjuntura discursiva/ativa no sentido de cessar o modo de gestão do governo militar. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), a Sociedade Brasileira para o Progresso e Ciência (SBPC), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e novos movimentos sindicais foram cruciais para a retomada da democracia e pelo movimento das Diretas Já (em 1984), que ganhou forte apoio da população; juntos, pressionaram o Congresso e, mesmo indiretamente, conseguiram eleger Tancredo Neves, o primeiro presidente civil após 21 anos de regime militar.

Apesar do falecimento de Tancredo antes de assumir a presidência da República, a retomada da supremacia civil em 1985 se fez de maneira ordenada. Em 1988, a assembleia constituinte redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o Brasil já teve e que, no auge do entusiasmo cívico, ficou reconhecida como Constituição Cidadã.

Após anos de ditadura, constata-se que uma nova conjuntura emparelha diversos elementos discursivos nos atores políticos, compondo curvas enunciativas não vistas antes e principiando uma genealogia, ainda que em plano menos paupável, de pessoa humana. Embora metafísica, serve como princípio normativo que tomará forma, sobretudo, no ordenamento constitucional, mas também norteará o exercício operacional da justiça, dando voz, vez e visibilidade a sujeitos até então excluídos socialmente.

Nessa perspectiva, um direito amplamente valorizado era o de liberdade, que passou a ser garantido por um sistema complexo de proteção: legal, jurisdicional e não judicial (sociedade aberta de intérpretes da Constituição).

O gênese da genealogia da pessoa humana na história da República Brasileira pode ser entendido na diretriz do pensamento do constitucionalista Wolkmer. Segundo ele, é imprescindível ressaltar que a tradição do Constitucionalismo brasileiro sempre primou por formalizar toda a realidade viva da nação, adequando-a a textos político-jurídicos estanques, plenos de ideais e princípios meramente programáticos. Em regra, conforme Wolkmer (2003) explana, as constituições brasileiras são redigidas com abstrações racionais que tentam refletir as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade.

Concordam outros analistas que, nesse sentido, a Constituição de 1988 traz implicitamente em seu bojo um conjunto de condições mínimas de existência humana digna que, ao mesmo tempo que não podem ser objeto de intervenção estatal, exigem prestações positivas por parte do Estado. É importante compreender que ela foi concebida como um instrumento de negação de um regime autoritário e usurpador de direitos individuais e coletivos. Conforme Torres (1989), esse mínimo existencial:

[...] não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão. (TORRES, 1989, p. 29)

Salienta-se que o mínimo existencial encontra seu alicerce na ideia de justiça social desenvolvida a partir do século XIX, enraizada nos conceitos clássicos de justiça de Aristóteles e de Santo Tomás de Aquino. Teorias que, segundo Foucault, atendem a uma nova ordem de saber, a um novo princípio de verdade.

Para formação da convicção da necessidade de se adotar um novo ou diferente princípio de verdade, contribuem os argumentos de John Rawls. Nesse contexto, Rawls (2002, p. 64) aponta dois princípios da justiça que acredita ser consensos:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Rawls foi uma das grandes referências para os reformistas do Direito no Brasil. Autor de Uma Teoria da Justiça, influenciou sobremaneira no cenário político brasileiro que então se formava ao propor buscar na origem dos povos a sua cultura de justiça e de liberdade. O filósofo americano foi leitor de Thomas Hobbes, John Locke, David Hume, mas dedicou-se com maior atenção a Kant (*A Crítica da Razão Prática, A Metafísica dos Costumes* e outros escritos), Jeremias Bentham (*Teoria do Utilitarismo - a fim a buscar é a maior felicidade do maior número*, entendida como a soma dos prazeres e das dores dos indivíduos) e John Stuart Mill (tradição empirista do pensamento inglês).

Costumes (tradição dos povos) liberdade e justiça. Serão estas as grandes matrizes do discurso neste cenário que se forma. Elas repercutem em muitos autores. Para Torres, por exemplo, as condições da liberdade, a segurança do mínimo existencial e a personalidade do cidadão não dependem das considerações sobre justiça. Portanto, não se confundem o *status positivus libertatis* com o *status positivus socialis*; estes, constituídos pelas prestações destinadas à proteção dos direitos econômicos e sociais, importantes para o aperfeiçoamento do estado social de direito, mas que dependem da situação econômica e riqueza do país e, desta forma, objeto de legislação infraconstitucional.

Também conforme leciona Fachin (2006), o mínimo e o máximo não são necessariamente duas espécies do gênero extremo. São eles as barreiras que fixam a essência de cada coisa e delimitam o seu poder e as propriedades. O mínimo pode ser mais que uma quantificação reducionista ou vinculado à ideia de básico ou elementar.

O fundamento do direito ao mínimo existencial está nas condições para o exercício da liberdade, seja ela real, positiva ou liberdade para alguma coisa (TORRES, 1889). O mínimo existencial aparece, portanto, integrando o conjunto de mecanismos necessários na criação de um estado democrático de direito que permita a constituição e a preservação da pessoa humana, seja na forma de liberdade de ir e vir (instituída pela Constituição Federal e assegurada mediante o instrumento do *habeas corpus*), seja na garantia de liberdades, de pensar, de agir, de ser.

Desde o preâmbulo constitucional, o Estado democrático brasileiro estabelece como sua destinação assegurar como valores supremos o exercício dos direitos

sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. A isso agrega a consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e a previsão da erradicação da pobreza como um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso III, CF/88), de tal sorte que inexistente, também no caso brasileiro, dificuldade maior para se extrair, com segurança, um direito fundamental ao mínimo existencial do conjunto dos princípios e direitos fundamentais.

De acordo com Torres (1989), sem um mínimo necessário à existência, cessa-se a possibilidade de sobrevivência do homem, desaparecendo suas condições iniciais de liberdade. Assim, o fundamento de existência do mínimo existencial é pré-constitucional, ancora-se na ética e nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Desse modo, a dignidade humana e as condições materiais de existência não poderiam retroceder aquém de um determinado mínimo.

Ainda conforme entendimento de Torres (1989), a imprescindibilidade dos direitos sociais se reduz ao próprio mínimo existencial, devendo este ser considerado seu duplo aspecto de proteção, a negativa (contra a incidência de tributos sobre direitos sociais mínimos) e de proteção positiva (prestações estatais materiais em favor de pessoas pobres).

Percebe-se, nesse princípio de verdade, a presença de teorias contemporâneas, como a de Rawls, mas também as clássicas. No mínimo legal, está algo de protetivo do sujeito contra o Estado; mas também encontram-se presentes alguns elementos do contrato social em que a desigualdade material fora compreendida como um empecilho ao convívio pacífico. Ao lado da proteção política, portanto, se aproximou a proteção econômica e material do ser.

Essa proteção estatal justifica-se pela transferência da responsabilização pela felicidade do indivíduo da Igreja para o Estado e tem origens no liberalismo, que transfere ao Estado o dever de prestar assistência aos pobres com o produto da arrecadação dos impostos, de forma que se garanta a maior felicidade possível mediante a razão e o direito. Isto porque, conforme aclara Smith (1996), o trabalho anual de cada nação constitui o fundo que originalmente lhe fornece todos os bens necessários e os confortos materiais que consome anualmente. Tal fundo consiste

sempre na produção imediata do referido trabalho ou naquilo que é comprado de outras nações com essa produção.

Conforme, portanto, essa produção, ou o que com ela se compra e estando ela em uma proporção maior ou menor em relação ao número dos que a consumirão, a nação será mais ou menos bem suprida de todos os bens necessários e dos confortos de que tem necessidade. Essa proporção deve ser regulada ou determinada por duas circunstâncias diferentes: i) habilidade, destreza e bom senso com os quais seu trabalho for geralmente executado; e ii) proporção entre o número dos que executam trabalho útil e o dos que não executam tal trabalho.

Qualquer que seja o solo, o clima ou a extensão do território de uma determinada nação, a abundância ou escassez do montante anual de bens de que disporá, nessa situação específica, dependerá, necessariamente, das duas circunstâncias que mencionadas há pouco. Por outro lado, a abundância ou escassez de bens de que a nação disporá parece depender mais da primeira das duas circunstâncias do que da segunda.

Vale lembrar da velha tese da economia clássica, ainda que existam novos elementos nos dias atuais... Dizia-se que, entre nações prósperas, embora grande parte dos cidadãos não trabalhe, muitos deles, com efeito, consomem a produção correspondente à proporção a que é consumida pela maior parte dos que trabalham; a produção resultante de todo o trabalho da sociedade é tão grande, que todos dispõem, muitas vezes, de suprimento abundante e um trabalhador, mesmo o mais pobre e de baixa posição, se for frugal e laborioso, pode desfrutar de uma porção maior de bens necessários e de confortos materiais do que aquilo que qualquer selvagem pode adquirir (SMITH, 1996).

De outro norte, provém de Bentham o conceito formalista de utilidade como obtenção do máximo de felicidade. O autor consagra a ideia de que a regra do utilitarismo, de maximizar a felicidade para o maior número de pessoas, não se restringe ao comportamento individual do ser humano ou da comunidade, devendo ser obedecida também pelo Poder Legislativo que, ao elaborar uma lei, observará a sua finalidade, que nada mais é do que a utilidade geral, resumida na máxima “felicidade ao maior número”. Se a lei se enquadrar nesse critério, ela alcança a qualidade de ser útil.

Pode-se afirmar que uma medida de governo (a qual constitui apenas uma espécie particular de ação, praticada por pessoa particular ou por pessoas particulares) está em conformidade com o princípio de utilidade – ou é ditada por ele – quando, analogamente, a tendência que tenha a diminuí-la; [...] a felicidade dos indivíduos de que se compõe uma comunidade – isto é, os seus prazeres e a sua segurança – constitui o objetivo, o único objetivo que o legislador deve ter em vista, a única norma em conformidade com a qual todo indivíduo deveria, na medida em que depende do legislador, ser obrigado a pautar o seu comportamento. (BENTHAM, 1974, p. 9-10)

O utilitarismo propõe que as leis e as decisões políticas, apesar de continuarem a serviço de determinada classe social, deveriam ter o dever moral de reduzir a pobreza mediante o princípio da utilidade, do prazer e à felicidade do maior número de pessoas. Conseqüentemente, tanto uma ação do governo, como uma legislação são consideradas boas quando aptas a proporcionar o máximo de felicidade ao maior número de pessoas a ela subordinadas.

O cenário discurso que redundaria nas reformas constitucionais não era somente do Brasil. Havia já o acúmulo de saber e experiências das duas grandes guerras mundiais em que se confrontaram teorias políticas, sociais, e interesses econômicos das nações, sobretudo. Velhos e novos modelos se confrontaram, criando nichos de possibilidades diante do caos.

2.3.2 A Constituição de 1988 e a elaboração do Código Civil de 2002

Seguindo a tendência do pós-Segunda Guerra Mundial, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, consagrou o princípio da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, constituindo, dessa forma, a base axiológica e o elemento unificador do Ordenamento Jurídico brasileiro, que se consubstanciou no pensamento que identifica a pessoa humana como razão de ser do Estado e do Direito. Conseqüentemente, é a ela que se destina o mínimo existencial.

Ressalta-se que os direitos de personalidade reverenciados pela legislação civil, a exemplo dos relativos à integridade física, como o direito à vida e à integridade moral e os direitos à honra e à imagem, são formas de proteção da pessoa humana.

Assim, no moderno Estado Constitucional de Direito, como garantia da pessoa humana há íntima relação entre duas liberdades, quais sejam, o livre desenvolvimento da personalidade e o livre desenvolvimento econômico (prescrito na liberdade de iniciativa econômica e profissional). A norma constitucional, nesses termos, consubstancia-se em um instrumento de formalização de um valor que deve, a partir dela, ser concretizado.

A Constituição Federal de 1988 elenca a dignidade da pessoa humana ao centro do sistema jurídico, o que ensejou a construção de uma ampla esfera de direitos civis constitucionais que exigiram sua formalização na produção de um novo Código Civil que fosse capaz de articular as normas constitucionais e se constituísse um campo de realização dos direitos fundamentais da pessoa.

O discurso apresentado no Código Civil de 2002 começou a ser idealizado, pensado, dialogado, discutido logo que o Código Civil anterior (o de 1916) entrou em vigência, ou seja, sua elaboração durou anos. Consequentemente, neste espaço de tempo, muitos acontecimentos se sucederam, seja histórica, social, econômica ou politicamente.

O Código Civil de 2002 começou a ser elaborado em 1969 pelo governo militar e iniciou sua tramitação no Congresso Nacional em 1975, tendo seu texto final aprovado somente em 15 de agosto de 2001, quando começou o período de transição fixado em lei, ou seja, posterior à promulgação da Constituição de 1988. Esse longo período de gestação, muito próximo da tramitação do Código de 1916, demonstra a disputa, o controle, pelo poder de dizer a verdade principiológica do Direito.

As palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 22) revelam essa disputa:

Após algumas tentativas frustradas de promover a revisão do Código Civil, o Governo nomeou, em 1967, nova comissão de juristas sob a supervisão de Miguel Reale, convidando para integrá-la: José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Viana Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

Tentativas frustradas; disputas. O poder é algo em exercício, em peças que se colocam em jogo e que, ao mesmo tempo, dele são retiradas. É rizomático.

Como supervisor e coordenador dos trabalhos da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002”, Miguel Reale foi grande expoente desse Código. Nascido em 06 de novembro de 1910, Reale foi jurista, advogado, político, filósofo, professor universitário e poeta; contudo, sua notoriedade se deve, principalmente, por sua atuação na advocacia e na academia.

Em breve exposição, Landi bem destacou que Reale tinha variadas facetas e uma longa experiência de vida, entre seus feitos ele sobressaiu-se:

Como político, Secretário de Doutrina do integralismo brasileiro, estruturando então as bases, no sentido nobre da palavra, de um nacionalismo, ou melhor seria dizer, de um brasileirismo. Como filósofo produtivo, com enorme capacidade de produção e de estabelecer as bases de uma linha de pensamento. **Como homem de direito** exercendo suas atividades como profissional, como legislador, como consolidador e modernizador da lei, transitando livremente pelo direito público e privado. **Como executivo**, no mais alto cargo administrativo que a Universidade proporciona aos seus professores, deixando extensa folha de produção. Não poderia deixar de destacar a sua visa de interiorização da universidade, numa clara prospecção dos destinos deste Estado. **Como jornalista**, até hoje suas colunas inteligentes são lidas com o respeito de quem quer ouvir o mestre e a sabedoria. **Como intelectual** que sempre foi e sempre será. **Como professor universitário** responsável por gerações de homens de Direito, e pela formação de uma cultura de Direito. **Como escritor** altamente produtivo que começou a publicar seus livros já na década de 1930 (*O Estado Moderno*, 1935) até hoje, com mais de cinquenta livros publicados (alguns com várias edições) e cerca de dez traduções. (LANDI, 2001, p. 15-16, grifo nosso)

Ao longo de toda sua existência, pautou-se por “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação” (LAFER, 2001, p. 22). Sob esse prisma, Reale escreveu “Fundamentos do Direito”, obra que examinou as interpretações do Direito, dominantes nas décadas que lhe precederam, com o objetivo de averiguar se do diálogo histórico das ideias não emergia uma diretriz nova. Eis que, no último capítulo desse trabalho, desponta aquela que seria conhecida, anos mais tarde, como “Teoria Tridimensional do Direito” e serviria de alicerce para o pensamento jurídico nacional.

Segundo Reale (2002), o direito não pode ser reduzido isoladamente ao normativismo, aos fatos sociais, ou, ainda, aos valores sociais. Em seu entendimento, ele deve ser analisado a partir de suas três dimensões, quais sejam: o fato, o valor e a norma; três eixos que, de forma dialética, se implicam em um

processo histórico-cultural (DE CICCIO, 2013). Reale elabora, assim, um princípio dedutivo do exercício da verdade jurídica e aciona outro elemento – um elemento para o enunciável jurídico, conforme dito por Foucault.

O pensamento de Reale, para Mascaro, pode ser classificado como pertencente à filosofia do direito positivista eclética. Isto se justifica porque um dos eixos da análise do direito realizada por Reale o configura como um “sistema de normas postas pelo Estado”. Todavia, como ele vai além ao situar o acontecer jurídico em uma tríplice estrutura (norma, fato e valor) seu ecletismo se revela, vez que, em sua concepção, o direito não pode ser observado seguindo apenas o padrão positivista (MASCARO, 2016, p. 287-288).

Para Reale (2002), há duas leis fundamentais em um país, quais sejam, a Constituição e o Código Civil que, ao lado dos direitos humanos, constituem o princípio genealógico da pessoa humana. Segundo o autor, a Carta Magna de 1988 estabelece a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano e da sociedade civil e o Código Civil se refere à pessoa humana e à sociedade civil, abrangendo suas atividades essenciais.

Em sua perspectiva, o Código Civil é "a constituição do homem comum", vez que o acompanha em todos os aspectos de sua vida:

Estamos, hoje, solenemente mudando de Código Civil, o qual constitui o miolo ou cerne do ordenamento jurídico da sociedade civil, fixando as diretrizes básicas que irão reger a forma de vida da gente brasileira. Costumo dizer que o *Código Civil* é o *código do homem comum*, visto como ele dispõe sobre a situação social e a conduta dos seres humanos, mesmo antes de seu nascimento, dadas as normas protetoras dos nascituros, e depois de sua morte, por preservar a sua última vontade e fixar o destino de seus bens. (REALE, 2018)

Importante frisar que o novo Código ambienta-se em uma perspectiva peculiar de transformações: nas primeiras décadas do século XX, a maioria da população brasileira residia no campo, enquanto que, à época da feitura do Código, houve grande êxodo para as cidades. Perecebe-se a passagem de um sistema de regras destinado a reger uma nação fundamentalmente agrária (a qual se destinava o Código de 1916) para uma estrutura cultural marcada por novos valores sociais e pelas mais avançadas conquistas da ciência e da tecnologia. Quando o autor do Código Civil menciona “gente brasileira”, deixa passar no seu discurso uma longa

tradição que afirma que a justiça vem dos costumes e que um ordenamento precisa fundar-se neles. Gregos e clássicos compõem as entrelinhas do dito e do não dito em seu discurso.

Embora tenha origem no antigo regime autoritário, o novo Código, no decorrer de sua longa tramitação, sofreu importantes mudanças e reflete, em sua essência, o pensamento jurídico da época pós-redemocratização. Foi elaborado para oferecer uma legislação mais moderna e adequada ao País no início do século XXI. E isto ocorreu porque a prática dos juristas – enquanto representantes da lei e enquanto pessoas – ocorreu em uma realidade política bem típica: a história cotidiana do Brasil.

No Código de 2002, estão presentes os seguintes princípios: o da sociabilidade, que conduz as relações do direito civil a ter sua interpretação voltada para os direitos sociais; o da eticidade, que releva sempre a importância da boa-fé objetiva como uma soma de valores técnicos e éticos; e o da operabilidade, que permite ao código ser aberto por meio das cláusulas gerais que viabilizam maior flexibilidade de interpretação da norma para se adaptar conforme a necessidade de cada caso.

Foram muitas as tentativas de reformulação do Código Civil brasileiro, desde 1930, sendo que o Governo resolveu discutir sua reformulação apenas em 1968. A comissão trabalhou do início de 1969 até 1975, quando o anteprojeto foi entregue ao governo da República. Ele foi publicado no Diário Oficial e foi feita a solicitação às diferentes instituições culturais e jurídicas do país para que colaborassem, encaminhando sugestões.

Durante o período em que o projeto de lei tramitou no Congresso Nacional, entre 1975 e 2002, ocorreram grandes mudanças na legislação brasileira: matérias sobre proteção às vítimas e às testemunhas; sobre doação de órgãos e tecidos; sobre desaparecidos políticos, planejamento familiar, investigação de paternidade, publicidade de produtos para fumantes e bebidas alcoólicas, entre outras tantas. Enfim, trata-se de uma lista extensa de inovações jurídicas. Todavia, é possível afirmar, sem dúvida alguma, que a mais significativa mudança na legislação brasileira decorreu da promulgação da Constituição da República em 1988.

O Código Civil brasileiro entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, apresentando atualização na esfera jurídica de alguns dos principais valores da sociedade brasileira, como da pessoa humana, da família, da propriedade, do

casamento, das relações contratuais, dos bens de diversas naturezas e da própria capacidade de cada pessoa de exercer sua plena cidadania. Conforme Gonçalves (2002, p. 34):

[...] o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea, com a revisão dos direitos e deveres.

Tem como principais inovações a introdução dos *Direitos da personalidade* (inexistente na lei anterior); as normas estabelecidas em razão da função social da propriedade e do contrato; a maioria aos dezoito anos; a revisibilidade do regime de bens no casamento; a extinção do pátrio poder, substituído pelo poder familiar; dispositivos que salvaguardam o real interesse da prole. Ou seja, as matrizes discursivas se projetam em muitos caminhos para garantir o mínimo existencial de muitos sujeitos. Há, também, um claro direcionamento a derriçar o patriarcalismo que emoldurou a sociedade brasileira desde o período da colonização. Afastou também os privilégios de classe, pois é vinculado ao patriarcalismo; do sexismo fundado na pessoa do homem, dos direitos sobre a prole.

O legislador procurou imprimir no Código de 2002 a mesma qualidade de redação elogiada por Rui Barbosa do texto de seu código antecessor:

[...] são as codificações monumentos destinados à longevidade secular; e só o influxo da arte comunica durabilidade à escrita humana, só ele marmoriza o papel, e transforma a pena em escopro. Necessário é, portanto, que, nessas grandes formações jurídicas, a cristalização legislativa apresente a simplicidade, a limpidez e a transparência das mais puras formas da linguagem, das expressões mais clássicas do pensamento. (BARBOSA apud LIMA; PASSOS, 2002, p. 39)

No campo do Direito das Obrigações, até na disciplina da atividade empresarial, novas figuras foram criadas. Foi estabelecida também a preferência à cláusulas abertas, propiciadoras de ampla compreensão hermenêutica e de maior interferência do juiz na solução dos conflitos.

Novas regras sobre responsabilidade objetiva foram instituídas; desde a constante remissão aos princípios de equidade e de boa-fé até o tratamento da posse de bens imóveis em razão do valor do trabalho que a motiva; foram

eliminadas formalidades absurdas na lavratura dos testamentos; a preservação dos direitos dos herdeiros foi renovada, estendendo-a ao cônjuge, entre muitas outras alterações na legislação civil.

Para Reale (2002), “é toda uma nova atmosfera normativa que surge no mundo do Direito, com paradigmas de renovado humanismo existencial”.

Conforme já fora abordado no decorrer da presente tese, o princípio da dignidade humana é um dos alicerces dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. A dignidade constitui-se um macroprincípio sob o qual se irradiam e estão abrigados outros princípios e valores tidos como essenciais, tais como a liberdade, a autonomia privada, a cidadania, a igualdade e a solidariedade.

Utilizando-se da linguagem de Foucault, é cabível dizer que, no momento histórico da construção do Código Civil de 2002, os juristas e os mentores do texto sofreram grande influência da redemocratização do país e, por esta razão, valores de liberdade amplamente tutelados pela Constituição Cidadã de 1988 foram também articulados no novo Código. Ainda segundo a metodologia de Foucault, eles não foram criadores do novo; foram buscar nas velhas teorias os novos elementos que respondessem praticamente em função da realidade existencial do país.

Imperioso ressaltar que a teoria das pessoas tem sua gênese na luta pela garantia de liberdade individual, que antes constituía-se um privilégio concedido pelo soberano e, então, passou a ser um direito fundamental. Na concepção de Locke, a liberdade dos homens na sociedade consiste na não dominação da vontade inconstante e arbitrária de outrem, o que se consegue apenas com a proteção da lei, que por sua vez, para preservar a liberdade e igualdade próprias da condição natural da pessoa, tal lei apenas pode ser instituída mediante consentimento. Veja-se:

[...] a finalidade da Lei não é abolir ou restringir, mas preservar e ampliar a liberdade, pois, em todos os estados de seres criados capazes de leis, onde não há lei, não há liberdade. A liberdade consiste em estar livre de restrições e de violações por parte de outros, o que não pode existir onde não existe lei. Mas liberdade não é, como é dito, uma liberdade para cada homem fazer o que bem entenda: [...] Mas uma liberdade para dispor, e regular, como entenda, sua pessoa, ações, posses e toda a sua propriedade, dentro dos limites das leis as quais se está submetido. (LOCKE, 2005, p. 433-434)

Apesar de Foucault não elaborar uma teoria sobre a liberdade, das suas obras, entrevistas e reflexões, é possível extrair que a liberdade aparece como um

elemento estratégico para a existência de relações de poder, sendo um componente essencial para o seu exercício. É necessário que haja liberdade para que o poder se exerça; sem liberdade no jogo das relações de poder seria preciso um substituto de coerção ou de violência.

Em um artigo publicado em 1979, no jornal francês *Le Monde*, ao discorrer acerca da situação política do Irã, Foucault ponderou que

[...] todas as formas de liberdades, adquiridas ou reivindicadas, todos os direitos que se fazem valer, mesmo a propósito das coisas aparentemente menos importantes, têm sem dúvida um último ponto de ancoragem mais sólido e mais próximo que os 'direitos naturais'. Se as sociedades se mantêm e vivem, ou seja, se os poderes não são 'absolutamente absolutos', é que por trás de todos os consentimentos e coerções, para além das ameaças, das violências e das persuasões, há a possibilidade desse momento em que a vida não mais se troca, em que os poderes não podem mais nada e em que, diante os *gibets* e as metralhadoras, os homens se revoltam. (FOUCAULT, 1994a, p. 791, tradução nossa)

Foucault trata da liberdade ao abordar variados temas, como o cuidado de si, o asilo político, o criminoso, o louco, escolha sexual e sua manifestação e, claro, ao abordar o poder e suas formas. Ou seja, a questão da liberdade perpassa as relações de poder, a governamentalidade, o governo de si e dos outros e na relação consigo mesmo.

Como amplamente já abordado, no processo das relações mútuas entre o sujeito e as relações de poder no campo estratégico da governamentalidade, um afeta o outro reciprocamente, pois, ao mesmo tempo que as relações sociais impactam o sujeito, a relação do sujeito consigo mesmo afeta a relação social, por isso um processo de imbricação mútua.

É preciso salientar que, em Foucault, não há um sujeito universal nem vítima das relações do poder, vez que o sujeito não se constitui somente mediante formas de assujeitamento, mas também por meio de suas próprias escolhas éticas e políticas em um movimento de defesa e afirmação de suas opções. O sujeito foucaultiano é então inacabado, não conclusivo, ainda em construção, produzido historicamente, fruto de uma soma de processos de subjetivação.

E a liberdade foucaultiana não é natural, não tem como característica a noção primitiva do que é bom. Foucault concebe a liberdade a partir do fato que as pessoas são criaturas sociais; de forma positiva, a liberdade seria o poder de

mudança, de criar algo novo e não a concepção comum de liberdade como insubordinação à coação externa.

O Iluminismo propôs a realização de uma ontologia crítica da pessoa pela própria pessoa como expressão da superação de limites como seres livres. No entanto, a promessa de uma pessoa nova – com elevadas capacidades técnicas na relação com a natureza e com os outros – substituiu esse processo ontológico e o desenvolvimento de tais capacidades no lugar de proporcionar o crescimento da liberdade da pessoa, por conta dos mecanismos modernos de poder, acabou por diminuí-la.

Há, portanto, um paradoxo entre poder e capacidade (autonomia), no qual as relações de poder estão associadas às mais diversas tecnologias, tais como produção com fins econômicos, instituições com fins de regulação social, técnicas de comunicação que, mediante disciplinas coletivas e individuais, estabelecem procedimentos de normalização que são exercidos em nome do poder estatal, das exigências sociais ou de setores da população (FOUCAULT, 1994b, p. 576).

Consoante Foucault, a liberdade é exercício, é prática, é mais que livre-arbítrio, que a escolha entre coisas já dadas. Tem caráter de experiência e vivência: “a garantia da liberdade é a liberdade”. Pessoas livres exercitando sua liberdade é o que possibilita a liberdade, não é assegurada por leis ou instituições, nem exige como condição prévia uma tomada de consciência, tampouco se caracteriza como um estado de espírito ou sentimento, mas sim como prática para efetividade política e social.

Nesse sentido, devido aos fatos históricos já estudados e sob o poder que flui nas relações sociais e no exercício de liberdade individual e, ao mesmo tempo comum, os elaboradores da nova Lei Civil brasileira elegeram uma compreensão do Direito em conformidade com princípios jurídicos e metajurídicos, emanados da Constituição, tais como os da eticidade e da socialidade. Mudou-se, portanto, o entendimento de sujeito de direito; passou-se a não mais considerá-lo um indivíduo em abstrato, em uma igualdade formal, mas, sim, uma pessoa situada concretamente no complexo de suas circunstâncias éticas e socioeconômicas.

O Direito Civil contemporâneo brasileiro reconhece a pessoa como o cerne do direito; conseqüentemente, a proteção de seus direitos passou a ser o problema central do direito civil. Essa mudança de perspectiva é reproduzida já nos primeiros artigos de abertura do Código Civil de 2002, que – ao revés do código revogado, que

declarava “todo homem” capaz de direitos e obrigações na ordem civil, o código em vigor menciona “toda pessoa”, acrescentando logo após que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”.

É uma diferença aparentemente semântica e que, todavia, representa profunda modificação na colocação inicial da vida jurídica, vez que segundo Reale (2003) “a palavra *homem* tem o sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra *pessoa* já indica o ser humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade”. Para o autor, ainda, o conceito de pessoa resulta da “relação do *eu* com outros *eus*”, sendo, portanto, o que distingue o ser humano de todos os outros animais.

Suponho, mas sem ter muita certeza, que não há sociedade onde não existam narrativas maiores que se contam, se repetem e se fazem variar; fórmulas, textos, conjuntos ritualizados de discursos que se narram, conforme circunstâncias bem determinadas; coisas ditas uma vez e que se conservam, porque nelas se imagina haver algo como um segredo ou uma riqueza. (FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. 1996, p. 21-22)

3 A CONSTITUIÇÃO DA PESSOA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.1 INDIVÍDUO, SUJEITO E PESSOA

Antes de se iniciar qualquer diálogo, discussão ou contraposição entre áreas de conhecimento distintas, necessário se faz contextualizar alguns pontos relevantes. Para tanto, o presente capítulo se propõe a apresentar questões atinentes às categorias de indivíduo, sujeito e pessoa, sob o prisma de diversas ciências humanas: a linguística, filosofia, teologia, sociologia, antropologia, história, psicologia, direito, biologia, entre outras.

Todo o exposto até o momento repercute no que se pretende aqui enfrentar, busca-se uma conceituação de Pessoa humana, do ponto de vista filosófico-social, com o intuito de demonstrar quem preenche este espaço que é jurídico, mas também precisa ser construído pelas ciências afins, para se ter um conceito mais real, já que o ponto de partida e de chegada é o sujeito que nasce e se sujeita a organismos de controle, de poder, estruturalmente delineados para o convívio social.

Percebe-se, portanto, que a condução de uma análise dessa natureza depende de um alargamento do que se costuma ter por noção de pessoa. Seria preciso reconhecer que se situar sobre o plano puramente representacional é insuficiente e que este plano constitui apenas parte do fenômeno, sendo necessária a inclusão das múltiplas esferas relativas às práticas institucionais e individuais.

Assim, ao falar de sujeito na literatura foucaultiana, parte-se inegavelmente da premissa de pessoa humana, na visão que se pretende atribuir ao trabalho em curso, utilizando-se do sujeito para visualizar a pessoa num plano estrutural social.

A percepção e compreensão – no sentido de abandonar uma hipótese, ir de encontro com o que se faz necessário explicar, olhar, sentir e deixar os sujeitos falarem – acerca das terminologias condicionantes e determinantes utilizadas desde pessoa a sujeito são tarefas a serem desenvolvidas no percorrer deste capítulo.

O convite de Foucault é que, através da investigação dos discursos, seja possível defrontar-se com o passado e a história, aceitando pensar de outra forma o que agora parece ser tão evidente.

O Direito Civil – referindo-se aqui à legislação especificamente e não à Ciência Jurídica como um todo – utiliza, em suas normas, os léxicos *pessoa* e *sujeito de direito*. Em raras ocasiões, aparece o termo *indivíduo* como sinônimo de pessoa

– exclusivamente, nos artigos 8º, 517 e 1905 do Código Civil e ainda no flexionado no plural (BRASIL, 2002).

Já nas Ciências Humanas, é comum aparecer a palavra indivíduo para determinar pessoa. Sendo assim, se faz necessário percorrer as divergências que essas várias outras disciplinas agregam para iniciar o estudo propriamente sobre pessoa e buscar o melhor caminho para responder à indagação, objeto deste estudo.

Os três vocábulos são sinônimos? Etimologicamente, sabe-se que pessoa deriva do latim *persona*, *ae*, que significa máscara de teatro ou papel atribuído a esta máscara, caráter ou personagem (HOUAISS; VILLAR, 2001).

No entanto, há também a alegação de que a palavra latina *persona* foi originalmente estabelecida por uma justaposição gramatical da preposição *per* (advérbio de meio) e do substantivo (*sonus*) resultando em *per+sona persona*. Há evidências também que seu ascendente é na verdade o verbo *personare*, de sua forma verbal gerúndio *personando* (FAITANIN, 2006, p. 47-58). Ainda, pessoa deriva da expressão *per se una*, designando *una por sí*. Tanto em um caso quanto em outro, a palavra *persona* serviu para significar o mesmo que se significa com a palavra grega *prósopon*: máscara e personagem (FAITANIN, 2006, p. 47-58).

É possível conceber que

[...] a “pessoa” é mais do que um elemento de organização, mais do que um nome ou o direito a um personagem e a uma máscara ou ritual, ela é um fato fundamental do direito. Em direito, os juristas dizem: há somente as *personae*, as *res* e as *actiones*: esse princípio ainda governa as divisões de nossos códigos. Mas trata-se aqui do resultado de uma evolução particular do direito romano. (MAUSS, 2003, p. 385)

Ao mesmo tempo, há teorias que determinam que *indivíduo* vem do latim *indivuduus*, *a*, *um*, significando indivisível, ou uno. Nesse diapasão, refere-se a um ser biológico cuja existência depende de sua integridade. Aplica-se, portanto, não somente ao homem, como também a outros seres vivos como animais e plantas (REZENDE, 2010). Contudo, há discussões que esclarecem que não se pode precisar exatamente a origem do termo indivíduo, afirmando, inclusive, que ele deriva da expressão *naturae indiuidua rationabilis substantia*, que conforme tradução

livre significa “substância única com natureza racional”. Conforme Boecio citado por Oliveira (2016), tal colocação faz remissão ao homem.

Enquanto que *sujeito* descende do latim clássico *subjectus*, *a*, *um*, que significa colocado debaixo, em posição inferior. Designava o escravo, o submisso, o vassalo, o subjugado (HOUAISS; VILLAR, 2001).

Noções de indivíduo e pessoa são estudadas há muito tempo pela sociologia e ainda são fundamentais para as análises sociológicas. O conceito de pessoa é algo que reclama uma construção a ser realizada durante as pesquisas, vez que, apesar de ser uma categoria já exaustivamente discutida e sedimentada, é preciso que seja revisitada, justamente por se tratar esta de uma pesquisa que busca abordar a genealogia do conceito de pessoa.

Este conceito já recebeu inúmeras valorizações, sejam positivas, ou negativas, ambíguas, ou neutras. Contudo, continua sendo uma questão em aberto, cabendo sempre interpretações diversas.

Nesse sentido, a primeira constatação é que, se a “noção de pessoa” evidentemente varia de sociedade para sociedade, a noção desta noção não parece variar menos de antropólogo para antropólogo. Pessoa, personalidade, persona, máscara, papel, indivíduo, individualização, individualismo etc., são palavras empregadas ora como sinônimos ora como alternativas – ou ainda em oposição umas às outras. (GOLDMAN, 1996, p. 3)

Tem-se conhecimento que Lévy-Bruhl estudou as sociedades primitivas, contribuindo significativamente para o escopo da noção de pessoa. Goldman (1996, p. 5), ao discorrer sobre os princípios gerais adotados pelo referido autor, apresenta que “o indivíduo não passaria de um ‘lugar de participações’ e, para compreender como chegamos a uma noção da pessoa em si, seria preciso abandonar o postulado de uma lenta evolução ascendente”.

Em linhas gerais, do pensamento de Lévy-Bruhl, conforme Goldman (1996, p. 5), pode-se afirmar que, quando se abandona essa noção evolutiva, compreende-se que, mediante uma “mutação de ordem mental”, passa-se a enxergar “seres individuais” onde via-se “relações e participações totais” antigamente. Todavia, a possibilidade de uma evolução da noção de pessoa veio com os estudos de Mauss, vez que ele partiu da definição da pessoa como *personagem* nas sociedades primitivas com o intuito de formar uma história social dessa noção, mas no Ocidente.

Ainda, segundo esse autor, a noção de pessoa é construída como uma entidade social, “que reveste a vida dos homens em sociedade, segundo direitos, religiões, costumes, estruturas sociais e mentalidade” (MAUSS, 2003, p. 211).

A partir dessa premissa, tem-se que essa definição da *personagem* revela um arquétipo que pode apresentar um fato social, ou um fato de organização social. Quando Mauss (2003, p. 385) identifica as contribuições da Antiguidade Clássica, ele demonstra como a metafísica hindu e a instituição chinesa da retificação dos nomes conciliam-se mutuamente para compor o que ele chama de “caráter enquanto representação da consciência”, resultando na tradução grega de *persona*.

Em síntese, acrescenta-se o entendimento de Michel-Jones (1978) acerca da questão:

Observa-se, nos mundos gregos e romano, a passagem da máscara à personagem representada e dessa ao actor social cujo papel exprime, tanto no teatro como no jogo social, “direitos individuais, ritos, privilégios”. A *persona*, posteriormente torna-se uma realidade fundamental do direito romano que divide o mundo em *personae*, *res* e *actiones*. Para M. Mauss, essa evolução resulta, por um lado, do uso dos *nomen*, *cognomen* e *praenomen* que pertencem ao indivíduo e o situam dentro da família e, por outro, da ascensão da plebe romana à *persona* civil, ao pleno direito de cidade. A pessoa abrange nessa altura: a classe social (*conditio*), o estado da vida civil (*status*), os cargos e honras da vida civil e militar (*múnus*). Uma vez criados o direito de adquirir a *persona* – direito de que só o escravo está excluído – e o caráter pessoal do direito, a introdução da consciência na concepção jurídica da pessoa faz-se correlativamente à aquisição pela *persona* do sentido moral. (MICHEL-JONES, 1978, p. 49-50)

Salienta-se que, além dos escravos, as mulheres e os estrangeiros igualmente eram excluídos do direito à *persona*. Em contrapartida, o termo significa ascensão social, reconhecimento de outros personagens até então excluídos do ordenamento social e jurídico, conforme Michel-Jones, comentando Mauss.

Apesar das contribuições sociológicas de diferentes nações, conforme Mauss (2003), foi em Roma que a noção de pessoa como um fato fundamental do direito sucedeu àquela que exprimia ser um fato de organização social. Em suas palavras, “das noções que fizeram da pessoa humana uma entidade completa, independente qualquer outra, a não ser Deus”.

Trata-se da cultura do heleno, o nascido. É este que tem direito à *civitas*; ele tem *persona*, ou seja, podem teatralizar uma outra vida que não a cotidiana, do trabalho, da produção e reprodução. O direito heleno foi daqueles que viviam a vida

como teatro ou seja, para além do trabalho. Os demais são hierarquicamente inferiores porque o trabalho inferioriza.

Ao adentrar o campo teológico cristão, as Escrituras trazem que os homens são a imagem e semelhança de Deus. “Então Deus disse: ‘façamos o homem a nossa imagem e semelhança’.” Nesse contexto, Deus seria um indivíduo, um sujeito, uma pessoa? (BIBLIA SAGRADA, 2002, Gênesis 1:26)

A resposta seria afirmativa, Deus é uma pessoa. No entanto, quando os estudiosos das escrituras expressam que Deus é uma pessoa, não querem dizer que Ele seja um ser humano. Eles entendem que Deus possui "personalidade" e que é um ser racional com autoconsciência.

Os teólogos frequentemente definem *pessoa* como "um indivíduo que possua mente, emoções e vontade." Deus definitivamente tem um intelecto. O Salmo 139, versículo 17 leciona: “E quão preciosos são para, ó Deus, os teus pensamentos! Quão grande é a soma deles”, já no Salmo 78 versículo 41 ele expressa emoções “Voltaram atrás, e tentaram a Deus, e duvidaram do Santo de Israel”, e no Livro de 1 Coríntios, capítulo 1, versículo 1, ele manifesta vontade, vez que Paulo é chamado apóstolo de Jesus Cristo, pela vontade de Deus.

Nesse sentido, Deus é uma pessoa. Para a Teologia não há dúvida da personalidade do homem e o homem é feito à imagem de Deus (em toda a Bíblia, os pronomes pessoais masculinos *Ele* e *Dele* são usados para designar Deus). Além disso, a Bíblia apresenta que Deus existe em três pessoas: Pai, Filho e Espírito Santo. A tri-idade de Deus é um conceito complexo, mas observa-se que, em Isaías 48:16 e 61:1, o Filho está falando e se referindo ao Pai e ao Espírito Santo (cf. Lucas 4: 14-19) ao mesmo tempo. Mateus 3:16-17 descreve o batismo de Jesus. O Espírito Santo de Deus desce sobre o Deus Filho enquanto o Pai proclama o seu regozijo no Filho. Mateus 28:19 e 2 Coríntios 13:14 também falam de três pessoas distintas na Trindade.

Entende-se assim, a natureza pessoal de Deus, por expressar indignação (Salmo 7:11), rir (Salmo 2:4), ter compaixão (Salmo 135:14), amar (1 João 4:8), abominar (Salmo 11:5), ensinar (João 14:25), reprovar (João 16: 8) e guiar (Romanos 8:14). Todas estas ações certificam que Deus seja, de fato, uma pessoa.

Em 325 d. C., no primeiro concílio ecumênico reunido em Nicéia, ocorreu, de fato, a primeira grande discussão conceitual entre os doutores da Igreja. No entanto,

o tema principal era a identidade de Jesus Cristo e não o ser humano. Conforme Comparato nesse Concílio decidiu-se que:

[...] a ortodoxia ou heterodoxia de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (daí o nome de monofisitas atribuído aos partidários dessa crença), e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo portanto uma natureza consubstancial a este. Os padres conciliares recorreram, para a solução da controvérsia, aos conceitos estoicos de *hypóstasis* e *prósopon*, decidindo, como dogma de fé, que a *hypóstasis* de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa, vale dizer, numa só aparência (COMPARATO, 2003, p. 14).

O Concílio de Nicéia foi imprescindível não somente no sentido de organização clerical e administrativa da igreja católica, mas, sobretudo na concepção simbólica de pessoa, a começar por Jesus Cristo que deixa de ser somente homem e passa a ser parte de Deus. No século VI, Boécio inaugurou a segunda fase na história da elaboração do conceito de pessoa, ele rediscutiu o dogma proclamado em Nicéia e identificou o *prósopon* com *hypóstasis*. Consequentemente, atribuiu à noção de pessoa um sentido diverso daquele empregado pelo Concílio. Sua definição se tornou clássica ao instituir que “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*”, em tradução literal é “propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”. (BOÉCIO apud COMPARATO, 2003, p. 14).

Nesse sentido, da lição de Comparato compreende-se que:

[...] a pessoa já não é uma exterioridade, como a máscara de teatro, mas a própria substância do homem, no sentido aristotélico; ou seja, a forma (ou fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. A substância é a característica própria de um ser, isto é, como se dizia em linguagem escolástica, a sua **quidditas**. (COMPARATO, 2003, p. 14-15, grifo do autor)

Em sua obra “*Summa Theologiae*”, São Tomás de Aquino adotou a concepção boeciana; a seu ver, o homem seria a união entre a substância espiritual e a corporal. Assim, analisando-se em conjunto a dupla natureza de Jesus Cristo estabelecida no Concílio de Nicéia e a posterior definição arquitetada por Boécio, iniciou-se o uso do termo pessoa humana. Até então, se utilizava somente o termo

pessoa. Faz-se menção à Unidade da Trindade – é, pois, a partir da noção do uno que a noção de pessoa é criada – a propósito das pessoas divinas e consagrando a oposição do divino *versus* humano, o cristianismo foi o marco de criação da expressão “pessoa humana” (MAUSS, 2003, p. 392-393).

Durante séculos, por força das representações religiosas, a noção de pessoa permaneceu estruturalmente a mesma, ou seja, exprimida na integração entre a dualidade corpo e alma, consciência e ação. Conforme Comparato (2003, p. 15), “a terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, por conseguinte, a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana”. Ou seja, a partir das novas práticas da modernidade, o método das ciências, no positivismo e com a “condição da consciência e da ciência (Razão Pura)”, estabelecem-se tendências de/em Marcel Mauss (sociólogo francês), quais sejam, a “individuação da pessoa e identificação desta como eu” e a racionalidade cada vez maior da própria noção de pessoa enquanto ser em sociedade (MICHEL-JONES, 1978).

Com as mudanças socioeconômicas impulsionadas pela Revolução Industrial, a mentalidade social acaba perpassando o debate sobre a natureza humana de outrora e o “eu” torna-se “personalidade, inaugurando, conforme Mauss (2003), o fato psicológico. Goldman (1996) expressa que, apesar de Mauss salientar alguma intimidade com uma teoria relativista, em sua maior parte, ele considera que o sociólogo francês discorre sobre a noção de pessoa de maneira evolutiva, vez que é descrita a autonomização progressiva do indivíduo, em face da totalidade social, como um efeito do desenvolvimento da própria sociedade que, ao se diferenciar internamente, permitiria a particularização concomitante de seus membros.

Na trajetória estabelecida por Mauss, que leva das noções de pessoa à categoria do “eu”, observam-se algumas oscilações. Destaca-se a referente à percepção da individualidade, singularidade, tida como característica universal dos seres humanos. Em suas palavras, torna-se “[...] evidente, sobretudo para nós, que nunca houve ser humano que não tenha tido o senso, não apenas de seu corpo, mas também de sua individualidade espiritual e corporal ao mesmo tempo” (MAUSS, 2003, p. 371).

Nesse sentido, conforme Goldman (1996, p. 21), “[...] sob a evolução quase linear da noção de pessoa, o que acaba sendo revelado é a variação das representações sociais em torno do indivíduo humano”. Em linhas gerais, as noções

de pessoas, vistas horizontalmente, podem ser caracterizadas como construções culturalmente variáveis.

3.1.1 Pessoa e sociedade: outro aspecto do discurso sobre o ser humano

A genealogia do termo *pessoa humana*, pode ser observada como um conglomerado de diferentes conceitos que, aproximados, fornecem meios de produção de sentido para o termo. A pesquisa de Michel Mauss é exemplo dessa realidade semântica inerente à qualquer tentativa de racionalizar a realidade e seus fenômenos. A segunda oscilação presente no texto do sociólogo difere a pessoa enquanto ser social do indivíduo e ser biológico. Conforme Goldman (1996), essa orientação é seguida pela tradição antropológica britânica e, segundo ele, Radcliffe-Brown distingue “indivíduo” de “pessoa”, baseando-se na distinção entre os aspectos biológicos, correspondentes ao indivíduo, objeto de estudo de biólogos e psicólogos; e sociais, que remetem às posições ocupadas por “pessoas” em suas relações sociais, objeto da Antropologia e da Sociologia.

Ressalta-se que essa separação (entre ser biológico e ser social) resulta da inflexibilidade na compreensão do modo pelo qual o grupo estudado idealiza tanto a sua realidade individual como a posição de pessoa no grupo. Conceituam-se os grupos à imagem e semelhança dos indivíduos, projetando, dessa maneira, as concepções ocidentais de indivíduo aos demais grupos.

Nessa perspectiva, faz-se necessário observar a noção de indivíduo em contraposição com pensamentos individualistas e os sociais globalizantes, Goldman (1996, p. 28) aduz que “essas posturas permitem abandonar qualquer forma de evolucionismo, levando a perceber que nossas próprias concepções dependem de uma transformação sociopolítica complexa, não de um evolucionismo qualquer”.

O Sociólogo Norbert Elias (1994), em sua obra intitulada “A Sociedade dos Indivíduos”, apresenta um estudo sobre indivíduos, composto por três ensaios. Este estudo aborda a relação entre a pluralidade de pessoas e a pessoa singular a que se denomina indivíduo, com a finalidade de unir termos aparentemente antagônicos, como sociedade e indivíduo, e promover a emancipação de uso mais antigo, estabelecendo um novo modelo a respeito da maneira como os seres humanos individuais ligam-se uns aos outros em sociedade. Apresenta, ainda, uma reflexão sobre as mudanças na maneira como a sociedade é compreendida e até no modo

como as pessoas que formam essas sociedades entendem a si mesmas: autoimagem e composição social – aquilo que o autor chama de *habitus* dos indivíduos.

O centro de interesse de qualquer fenômeno são as ações individuais. Entretanto, existe uma ligação obscura entre os atos e objetivos individuais e formas sociais. Surge, nesse meio, a dicotomia indivíduo e sociedade, levando ao esquecimento de que o ponto não é saber quem é o mais importante, mas, sim, compreender que nem o indivíduo, nem a sociedade existem um sem o outro.

A vida social dos seres humanos não é nada harmoniosa: ela é repleta de contradições, tensões e explosões. As pessoas também estão num movimento mais ou menos perceptível; os indivíduos também não se unem com cimento: a maioria das pessoas vão e vêm como melhor lhes apraz. Ainda assim, todos estão presos a formalismos, seja trabalho ou desemprego, uma festa ou um velório. A ordem invisível desta forma de vida em comum oferece ao indivíduo uma gama mais ou menos restrita de funções e comportamentos possíveis. Nesse âmago, cada indivíduo desenvolve uma função, desde o mais poderoso, ao mais simples, todos desempenham uma função que só é formada e mantida em relação a outras funções, as quais somente podem ser compreendidas em termos da estrutura específica e do contexto em que estão.

Esse contexto funcional e externo aos indivíduos é denominado sociedade e, se observados de tal maneira, claramente percebe-se cada função exercida de uma pessoa para outra. Cada uma destas funções está relacionada com terceiros e se faz dependente de uma outra:

[...] cada pessoa singular está realmente presa; está por viver em permanente dependência funcional de outras; ela é um elo nas cadeias que ligam outras pessoas, assim como todas as demais, direta ou indiretamente, são elos nas cadeias que as prendem. Essas cadeias não são visíveis e tangíveis, como grillhões de ferro. São mais elásticas, mas variáveis, mais mutáveis, porém não menos reais e decerto não menos fortes. E é essa rede de funções que as pessoas desempenham umas em relações as outras, a ela e a nada mais, que chamamos sociedades. (ELIAS, 1994, p. 21)

A relação indivíduo-sociedade é algo singular: não existe comparação em nenhuma outra esfera. Para compreendê-la, é necessário começar a pensar em termos de relação e de funções, não em termos isolados um do outro. Retomando

as concepções de Mauss, se faz imprescindível salientar que estas são alicerçadas nas ideias de Émile Durkheim, que defendia a “autonomização do indivíduo em face da totalidade social” como consequência do desenvolvimento social que “ao se diferenciar internamente, permitiria a diferenciação concomitante dos seus membros” (GOLDMAN, 1996 p. 4). Percebe-se, portanto, uma realidade fluída do ser em sociedade, em que se faz necessária a autonomia do indivíduo para sua participação no todo e, ao mesmo tempo, essa mesma autonomia tem natureza dialógica com tudo o que é exterior a esse mesmo indivíduo, tudo o que corresponde à esfera social.

Para ambos, a evolução da noção de pessoa se revela mediante às variações e às representações sociais em torno do indivíduo humano. Durkheim apresenta o indivíduo sempre ligado à sua vida em sociedade. O indivíduo vive em uma sociedade plural, com diversidade de raças, culturas, valores, conhecimentos, padrões sociais, estilos e maneiras de agir. Nesse contexto, a conduta humana acaba por ser influenciada diretamente por aqueles que se encontram ao seu lado, ou seja, na forma de falar ou de vestir ou nos lugares a frequentar, enfim, vive-se em uma sociedade em que as ações individuais acabam por ser definidas não pela maneira individual de ver o mundo, mas pela forma que a sociedade quer que o mundo seja visto.

Um fato social está intrinsecamente ligado à maneira de agir do ser humano, de forma que, desde a hora em que se acorda até a hora em que se dorme, o indivíduo está praticando fatos sociais, seja acordando para ir para o trabalho, tomando café, ou até mesmo assistindo à televisão. Do ponto de vista durkheimiano, a expressão fato social “é empregada correntemente para designar mais ou menos todos os fenômenos que se dão no interior da sociedade, por menos que apresentem, com uma certa generalidade, algum interesse social” (DURKHEIM, 2007, p. 01).

Entretanto, existem ações que se distinguem hierarquicamente da maneira individual de agir; é o caso de ir trabalhar ou utilizar a moeda para pagar contas. Independente do indivíduo realizar, ou não essas ações, ela continuará existindo para os outros indivíduos que fazem parte da sociedade. É aí que entram os fatos sociais mais relevantes, dotados de imperatividade sobre o indivíduo, que deve agir em consonância com o fato, pois, simplesmente, não existe meio de efetivar sua ação de maneira diferente da imposta pela sociedade. A exemplo, se determinado

indivíduo não possui ofício, é tido pela sociedade como “vagabundo” e, ainda, deve arcar com as consequências de não ter recursos financeiros para pagar suas dívidas, ou mesmo sobreviver.

Sobre esses fatos exteriores à vontade individual, Durkheim (2007, p. 03) explicita que:

Eis portanto uma ordem de fatos que apresentam características muito especiais: consistem em maneiras de agir, de pensar e de sentir, exteriores ao indivíduo, e que são dotadas de um poder de coerção em virtude do qual esses fatos se impõem a ele.

Desta feita, fica claro que a prática de fatos sociais é inerente ao cotidiano humano pelo fato de conviver com outros indivíduos e praticar ações, das mais simples às mais complexas, que também são praticadas pelos outros e que se tornam uma necessidade para o convívio coletivo. Ao mesmo tempo, há momentos de tensão de interesses entre indivíduo e sociedade, pois percebe-se, no indivíduo, a negação da maneira de agir imposta por aquela. Tal fricção gera reações sociais que, muitas vezes, geram conflitos quando trazidas para o campo social e alimentam solo para novas discussões acerca do bem viver geral e em comunhão de valores diversos. Esses casos podem variar desde o desejo súbito de transitar pelas ruas comerciais utilizando apenas trajes de banho a situações mais polêmicas, como homossexualidade e aborto.

Observa-se, portanto, que a sociedade censura o indivíduo, tolhendo suas ações e ditando quais são factíveis no cotidiano. Acrescenta-se que

esses tipos de conduta ou de pensamento não apenas são exteriores ao indivíduo, como também são dotados de uma força imperativa e coercitiva em virtude da qual se impõem a ele, quer ele queira, quer não. (DURKHEIM, 2007, p. 02)

Nesse contexto, entra a coação social. Retomando a genealogia do poder de Foucault, pode-se afirmar que aquele poder (nem sempre horizontal ou hierarquizado) flui nas relações sociais e em todas as direções e estabelece, assim, uma dinâmica que aprisiona o indivíduo. É quando o saber se torna poder: o indivíduo se torna psicologicamente coagido a determinadas condutas ou pontos de vista e, caso fuja desses padrões, sofre ou censura objetiva, que parte da sociedade para com ele, excluindo-o do grupo social; ou censura subjetiva, onde o medo

imperava no subconsciente individual, reprimindo-o a determinadas práticas por não querer ser excluído ou visto negativamente pelo grupo social em que convive. Há, ainda, um terceiro caso de censura, imposta de maneira mais persuasiva e que é fruto de concepções cristalizadas no direito, onde sanções podem ser aplicadas descumprimento de uma lei (é o caso dos homicídios, quando o indivíduo responde criminalmente, inclusive, com a privação de sua liberdade).

Assim, sob ótica de Durkheim (2007, p. 04), é “incontestável, porém, que a maior parte de nossas ideias e de nossas tendências não são elaboradas por nós, mas nos vêm de fora, elas só podem penetrar em nós impondo-se”. Observa-se que os indivíduos são moldados, desde seu nascimento, a viver na sociedade de maneira a seguir padrões a eles impostos.

[...] Basta observar a maneira como são educadas as crianças. Quando se observam os fatos tais como são e tais como sempre foram, salta aos olhos que toda educação consiste num esforço contínuo para impor à criança maneiras de ver, de sentir e de agir às quais ela não teria chegado espontaneamente. (DURKHEIM, 2007, p. 06)

Ou seja, o indivíduo começa a ser moldado para viver na sociedade seguindo certos padrões desde o começo de sua existência. Talvez, por esse motivo observa-se atualmente, por exemplo, uma sociedade em que os indivíduos passam boa parte do tempo assistindo programas de televisão que conduzem sua maneira de ver o mundo de forma a não se manifestar contra formas de governo que, muitas vezes, acabam por explorar sua forma de viver com a cobrança, ou estipulação de altos impostos que, posteriormente, acabam por ir para mãos erradas.

Assim, pode-se dizer que a noção de indivíduo também é social e pode ser contrastada com a ideia de pessoa – também uma construção social, que exprime outro aspecto da realidade humana. É uma estratégia do saber poder usar um ou outro conceito. Importa compreender o sentido do uso.

Nesse sentido, a pesquisa se aproxima da definição de indivíduo, enfatizando o eu individual, repositório de sentimentos, emoções, liberdades, espaço interno e capaz, portanto, de pretender a liberdade e a igualdade, tendo na solidão e no amor dois de seus pilares básicos, e o poder de optar e escolher, um dos seus direitos mais fundamentais. Nessa construção – que corresponde à construção ocidental – a parte é, de fato, mais importante do que o todo e a noção geral, universalmente

aceita, é a de que a sociedade deve estar a serviço do indivíduo. Aproxima-se, portanto, da definição de pessoa: o indivíduo natural ou empiricamente dado e a elaboração do seu polo social.

Aqui, a vertente desenvolvida pelo discurso, poder disciplinar de Foucault, não é mais a da igualdade paralela de todos, mas da complementaridade de cada um para formar uma totalidade que só pode ser constituída quando se tem todas as partes. Em vez de se ter a sociedade contida no indivíduo, tem-se o oposto: o indivíduo contido e imerso na sociedade.

Para a sociologia durkheiminiana, essa vertente corresponde à noção de pessoa como entidade capaz de remeter ao todo, não mais à unidade e, ainda, como o elemento básico por meio do qual se cristalizam relações essenciais e complementares do universo social.

Quando se analisa a produção antropológica, por exemplo, em Roberto DaMatta (1997), tem-se uma compreensão um pouco diferente deste conceito. Na obra "Carnavais, Malandros e Heróis", o autor se dispõe a apresentar as categorias de indivíduo e pessoa na sociedade brasileira, escolhendo para tanto três formas de rituais (carnaval, semana da Pátria e procissões da igreja católica romana). Suas escolhas se justificam por serem festas brasileiras ligadas à cultura do país, representando, portanto, os rituais dessa sociedade.

DaMatta utilizou-se de personagens, ritualização, paradoxos, para descrever didaticamente a cultura brasileira. Comparou o Carnaval brasileiro com o Carnaval de Nova Orleans, marcando suas diferenças e complexidades e observando as relações sociais individualizadas, trouxe também a literatura em Matraga, discutindo, mediante Guimarães Rosa, a marginalidade, a renúncia e a vingança.

Ele dá início a sua reflexão sobre a sociedade brasileira a partir das práticas cotidianas da vida dos homens comuns, dos seus rituais e formas de agir. O autor procura construir reflexivamente, por meio da observação e comparação entre culturas, as formas de viver, os ritos comemorativos e as personalidades simbólicas que constituem uma identidade brasileira. Esta construção e este esforço comparativo se configuram como seu método, ou instrumento de interpretação do Brasil.

Ressalta-se que, quando o autor se propõe a construir a ideia de indivíduo no Brasil, ele menciona que

[...] o indivíduo é também aquela entidade social que pertence ao mundo anônimo das massas. [...] E isso, no caso brasileiro, conduz à rejeição da família, do compadrio, da amizade e parentesco, deixando quem assim procede na situação de certos migrantes nossos conhecidos: inteiramente submetidos às leis impessoais da exploração do trabalho e ainda aos decretos e regulamentos que governam as massas que não têm nenhuma relação (DAMATTA, 1997, p. 232).

DaMatta (1997, p. 232) ainda reflete que:

[...] nossa sociedade exprime a realidade por meio de um código duplo, ligado à moral pessoal, ao misticismo, à valentia e à aristocracia. Segundo ele, aqui estamos no reino da caridade e da bondade como valores básicos, cujo foco é um sistema de pessoas que sempre se conhecem bem como complementares, todas sendo necessárias para compor o quadro da vida social brasileira.

Depreende-se das citações acima que há algo de individuado na pessoa, anônimo; mas há também algo de maior que a individualidade, sistemático que é a cultura, mesmo que construída a partir de muitas outras influências, tupiniquins e estrangeiras.

Em obras clássicas, este debate também apareceu. A definição de pessoa proposta por John Locke, por exemplo, inverte a lógica durkheiminiana, vez que para ele é a sociedade que depende do sujeito. Até hoje, permeia as discussões no campo da filosofia: "um ser pensante, inteligente, dotado de razão e reflexão, e que pode considerar-se a si mesmo como um eu, ou seja, como o mesmo ser pensante, em diferentes tempos e lugares", põe em destaque as características da autoconsciência e da capacidade de "reconhecer-se a si mesmo, agora, como o mesmo eu que era antes; e que essa ação passada foi executada pelo mesmo eu que reflete, agora, sobre ela, no presente" (LOCKE apud FERREIRA, 2005).

Locke distingue os conceitos de "homem" e de "pessoa". Em sua perspectiva, o homem é um organismo biológico; é um corpo. Então, para ele, nascemos homens e podemos nos tornar pessoas. Da bem sucedida combinação entre o homem e a pessoa, surge o homem moral, o homem que reflete sobre si, que se reconhece como um eu no tempo e no espaço, que é capaz de perceber-se como responsável por suas ações passadas e de refletir sobre suas ações futuras (LOCKE apud FERREIRA, 2005).

Conforme destaca Ferreira, Locke expressa que o "homem nasce com direito à liberdade de sua pessoa". A pessoa, porém, não nasce com o homem. A qualidade de pessoa deve ser adquirida; é um status a ser alcançado. O homem desenvolve-se para pessoa; do ser humano passa ao ser inteligente, racional e responsável, que se reconhece como um *si mesmo* em diferentes tempos e lugares. Do homem chega-se à pessoa responsável por seus atos e que, como tal, se reconhece no presente e no passado e da mesma forma é reconhecida por outras pessoas (LOCKE apud FERREIRA, 2005).

A sua maneira, Peter Singer (2000) confere à expressão ser humano um significado preciso, designando-o como equivalente a membro da espécie *Homo sapiens*. O autor conserva uma percepção biologista e uma social:

A questão de saber se um ser pertence à determinada espécie pode ser cientificamente determinada por meio de um estudo da natureza dos cromossomas das células dos organismos vivos. Neste sentido, não há dúvida que, desde os primeiros momentos da sua existência, um embrião concebido a partir de esperma e óvulo humanos é um ser humano; e o mesmo é verdade do ser humano com a mais profunda e irreparável deficiência mental — até mesmo de um bebê anencefálico (literalmente sem cérebro). (SINGER, 2000, p. 62)

Singer prossegue sua observação propondo outra definição do termo "humano", atribuída a Joseph Fletcher. Conforme Singer, Fletcher compilou uma lista daquilo a que chamou "indicadores de humanidade", em que incluiu a autoconsciência, autodomínio, sentido do futuro, sentido do passado, capacidade de se relacionar com outros, preocupação pelos outros, comunicação e curiosidade.

Segundo o autor, dois elementos importantes seriam a racionalidade e a autoconsciência, conforme se extrai do conceito de Locke. É nesta acepção que afirma ser compreendido o conceito de pessoa. Singer (2000) contribui:

É este o sentido do termo que temos em mente quando elogiamos alguém dizendo que 'é muito humano' ou que tem 'qualidades verdadeiramente humanas'. Quando dizemos tal coisa não estamos, é claro, a referir-nos ao facto de a pessoa pertencer à espécie *Homo sapiens* que, como facto biológico, raramente é posto em dúvida; estamos a querer dizer que os seres humanos possuem tipicamente certas qualidades e que a pessoa em causa as possui em elevado grau. [...] Estes dois sentidos de 'ser humano' sobrepõem-se mas não coincidem. O embrião, o feto subsequente, a criança gravemente deficiente mental e até mesmo o recém-nascido, todos são indiscutivelmente membros da espécie *Homo sapiens*, mas nenhum

deles é autoconsciente nem tem um sentido do futuro ou a capacidade de se relacionar com os outros. Logo, a escolha entre os dois sentidos pode ter implicações importantes para a forma como respondemos a perguntas como 'Será que o feto é um ser humano?' (SINGER, 2000, p. 63)

Diante da possível confusão terminológica, Singer entende que o melhor é abandonar o termo ambíguo ser humano e substituí-lo por dois termos diferentes, correspondentes aos sentidos diferentes da palavra. O primeiro sentido, já ressaltado acima, enquadra o "ser humano" a uma expressão, a seu juízo, mais precisa, como membro da espécie *Homo sapiens*; por outro lado, o segundo sentido usa o termo *pessoa*, embora reconheça ele que o termo é muitas vezes usado como sinônimo de ser humano e, portanto, provocam equívocos interpretativos. No entanto, assevera Singer (2000, p. 63) que "os termos não são equivalentes; poderia haver uma pessoa que não fosse membro da nossa espécie". Também poderia haver membros da nossa espécie que não fossem pessoas.

A maior dificuldade de admitir o argumento de Singer de que alguns animais não-humanos, como chimpanzés, golfinhos e, quem sabe, até porcos, são pessoas, reside na compreensão de dignidade e respeito que permeia o conceito de humano. Por esta razão, muitos filósofos criticaram o conceito proposto por Singer, conforme observa-se a seguir.

Dworkin (2002), embora sem expressa referência a Singer, admite a possibilidade de que, em sentido filosófico, alguns animais não-humanos, como, por exemplo, os porcos, sejam considerados pessoas. Todavia, ressalta que a exemplo das discussões sobre o feto ser ou não pessoa, "seria inteligente deixar de lado a questão, não por se tratar de uma questão irrespondível, mas por ser demasiado ambígua para ser útil". Desse modo, embora se possa filosoficamente acreditar que os porcos são pessoas, o fato é que os seres humanos não têm nenhuma razão para tratá-los do mesmo modo como tratam uns aos outros. No domínio da antropologia filosófica, a categoria de pessoa não pode ser pensada para além do humano e de que a própria compreensão de pessoa (DWORKIN, 2002).

Isto claro, aplica-se a cultura ocidental, no período atual, vez que em tempos passados e em outras civilizações animais podiam ou podem ser elevados a categoria de pessoa. Ressalta-se aqui, inclusive, a possibilidade dos animais, especialmente, os domésticos, terem certa personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. É o que vem se decidindo, recentemente, nos Tribunais no âmbito

do Direito de Família, ao aplicar analogicamente a legislação atinente à guarda compartilhada e do direito de visitas sob o fundamento que animais de estimação merecem proteção no caso de separação de seus humanos.⁵

Logo, a distinção entre pessoa, indivíduo e pessoa humana, é feita a partir de tradições de pensamento e dentro de uma lógica genealógica de disciplinarização social. Nesta pesquisa, se adotará o conceito de pessoa vez que é o modo pelo qual se encontra denominada no ordenamento jurídico pátrio, assim melhor contribui para seu apontamento no Código Civil de 2002.

3.1.2 Pessoa e governamentalidade

Se faz pertinente esclarecer os aspectos de governamentalidade em uma sociedade de controle, que em um processo de individualização, acaba por assujeitar os indivíduos a ela pertencentes.

A noção de governamentalidade trazida por Foucault tinha o intuito de denominar uma forma de governo que tem a população como foco. Como retro analisado, ocorreu uma passagem de uma arte de governo (regime dominado pela estrutura da soberania) para uma ciência política (um regime centrado nas técnicas de governo). Quanto à disciplina utilizada nesse ínterim, o autor discorre que ela não é eliminada:

[...] sua organização, sua implantação, todas as instituições dentro das quais ela havia florescido no século XVII e no início do século XVIII (as escolas, as fábricas, os exércitos), tudo isso fazia corpo e só se compreende pelo desenvolvimento das grandes monarquias administrativas, mas nunca, tampouco, a disciplina foi mais importante e mais valorizada do que a partir do momento em que se procurava administrar a população – e administrar a população não quer dizer simplesmente administrar a massa coletiva dos fenômenos ou administrá-los simplesmente no plano dos seus resultados globais; **administrar a população quer dizer administrá-la igualmente em profundidade, administrá-la com sutileza e administrá-la em detalhe.** (FOUCAULT, 1999a, p. 142, grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que essas estratégias são aplicadas como técnicas de disciplinarização, pois individualiza-se os seres humanos utilizando-se de

⁵ Ver RESp 1.1713.167/SP.

classificações pelas quais é possível calibrar suas capacidades e condutas, revelando seus atributos e eventuais deficiências.

Ao examinar a relação entre os jogos de verdade e a objetivação do sujeito nas ciências humanas, Foucault foi conduzido às relações de poder, já que, na sociedade, os discursos das ciências humanas funcionam não apenas como práticas discursivas, mas, sobretudo, como práticas coercitivas.

Seguindo na perspectiva foucaultiana, afirma-se que as práticas discursivas não servem apenas como mecanismos de controle; eis que, a partir dos laudos emitidos pela experiência dessas técnicas, é possível produzir sujeitos de determinado padrão. Assim, diz-se que são técnicas que procuram “governar” as diferenças do indivíduo, com o objetivo de aumentar a sua eficiência individual e social.

Em que pese, adotar-se o termo pessoa no decorrer do presente trabalho, necessária se faz a distinção ainda entre indivíduo e sujeito. Assim, esclarece-se que, apesar de o vocábulo *indivíduo* remeter a sujeito Foucault adverte que há distinção semântica entre ambas, não sendo, todavia, de fácil compreensão. Spink (2011, p. 1-22) assevera: “sujeito é nomenclatura ao léu semântico, pois ora é sinônimo de assujeitamento, de ser passivo diante de processos sociais impositivos; ora é sinônimo de possibilidade de subjetivação, de ter consciência de si”.

As formas de objetivação e formas de subjetivação sempre ocorrem em relação à constituição do sujeito. Analisando-se os textos de Foucault, percebe-se a existência de dois enfoques, quais sejam, em modos de objetivação (a constituição do indivíduo moderno como objeto, um corpo dócil e útil a partir dos mecanismos disciplinares, ser moldado e objetificado pelo sistema) e sua constituição como sujeito – modos de subjetivação (indivíduo preso à sua própria identidade pela consciência de si).

A propósito, Foucault expressa em “O sujeito e o poder” que procurou produzir uma história dos diferentes modos de subjetivação do ser humano. O filósofo tratou de três diferentes modos de objetivação que transformam os seres humanos em sujeitos:

Existem, em primeiro lugar, os diferentes modos de investigação que procuram aceder ao estatuto de ciência; penso, por exemplo, na objetificação do sujeito falante na gramática geral, na filologia e na linguística. Ou também, sempre neste primeiro modo, na

objetificação do sujeito produtivo, do sujeito que produz, em economia e na análise das riquezas. Ou ainda, para tomar um terceiro exemplo; na objetivação devida ao simples fato de existir na vida, na história natural ou na biologia. Na segunda parte do meu trabalho, estudei a objetivação do sujeito naquilo que designarei de “práticas divergentes”. O sujeito é, quer dividido no interior dele mesmo, quer dividido nos outros. Este processo faz dele um objeto. As partilhas entre o louco e o homem são de espírito, o doente e o indivíduo com boa saúde, o criminoso e o “bem comportado”, ilustra esta tendência. Enfim, tenho procurado estudar – esse é o meu trabalho em curso – a maneira como um ser humano se transforma em sujeito; [...] não é, portanto, o poder, mas o sujeito, que constitui o tema geral das minhas investigações. (FOUCAULT apud DREYFUS; RABINOW, 2009, p. 231)

Mediante arqueologia e genealogia do indivíduo moderno, Foucault se depara com a imbricação entre saber e poder, não existindo prevalência de um sobre o outro, mas amarração, duplo nascimento e existência conjunta. Neste ínterim, ambos convalidam seus objetos, instituídos, por sua vez, como pontos de apoio, sob o horizonte dos discursos de verdade, os ancorando em Deus, na natureza ou nas ciências. Nesta construção, o filósofo encontra o sujeito como alternativa histórica, epistemológica e politicamente tornada possível (WEIZENMANN, 2013).

Com o intuito de buscar esta constituição objetiva do sujeito, Foucault transita por três estágios principais: na década de 1960, investiga as formas epistemológicas que instituíram o sujeito como individualidade que vive, trabalha e possui linguagem. Esta é a inquirição da arqueologia, a análise dos traços deixados para trás de tudo o que constrói a história do sujeito como ser na modernidade. Neste estágio, encontra-se uma importante ferramenta para toda sua filosofia futura – a constatação, no terreno da história, de descontinuidades que permitem constituir diferentes fundamentos para a produção de discursos válidos, o que permite elaborar uma historiografia nem sempre antropológica (WEIZENMANN, 2013).

Em suas análises acerca do século XVIII, Foucault encontra as condições próprias para o aparecimento do homem simultaneamente como sujeito e objeto, por conta da criação das ciências humanas, da biologia, da filologia e da economia política (WEIZENMANN, 2013).

No segundo estágio, nos anos 1970, com fins de compreender a origem das relações de poder e já embasado por todo aparato teórico das pesquisas anteriores, Foucault analisa a objetivação do sujeito mediante estratégias de poder amparadas no saber, que repartem a sociedade entre os antagônicos normal e anormal, louco e

razoável, enfermo e saudável, ajustado e delinquente, fabricando modos de ação e (des)qualificando discursos como marginais e indesejáveis, verdadeiros ou falsos – retoma-se, novamente, a genealogia foucaultiana (WEIZENMANN, 2013).

Na última etapa, Foucault investiga como os sujeitos se constituíram em seu interior, definindo, por meio da sexualidade, uma caracterização das identidades, do mesmo modo restritiva em face a todos os “eu” possíveis (WEIZENMANN, 2013, p. 12).

Na modernidade, para estabelecer contrapontos à sociologia clássica de Durkheim, é possível se utilizar de conceituações filosóficas como as de Locke, Kant e Scheler, como acima apontamos na trajetória acadêmica de idealizadores dos códigos civil. Os conceitos, diria Foucault, são instrumentos de uso prático para pensar tanto os atos de governo, quanto as ações dos homens hodiernos. Esta genealogia do conceito de pessoa conforme que acima descrita, teve por objetivo demonstrar o ir e vir dos sentidos, sempre recriados em função de respostas de gestão, no caso dos códigos civis.

3.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Anteriormente, ao abordar a construção em torno da mitologia da ordem jurídica moderna, observou-se que, ao lado da propriedade privada e da liberdade de contratar, duas figuras foram imprescindíveis para a instituição do individualismo-liberalismo no direito vigente, quais sejam, o sujeito de direito e o direito subjetivo.

Por sujeito de direito, entende-se a constituição formal e ideológica de um ente moral, livre e igual, que possui vontade autônoma e regula-se pelas leis provenientes de uma fonte de poder que emergiu no final do século XVIII e permanece intacta até os dias atuais, ou seja, a burguesia capitalista.

O ideal de um sujeito abstrato – que dispõe de personalidade jurídica – viabiliza aquela categoria de agentes que exercem o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição na sociedade; tal perspectiva quimérica incide para além da singularidade de pessoas, opera também em grupos ou instituições, cujos interesses coletivos a norma se propõe tutelar (WOLKMER, 2003).

Já direitos subjetivos caracterizam-se pela “possibilidade de fazer ou pretender fazer algo, de forma garantida, nos limites atributivos da regra do Direito” (BESSA, 1986, p. 147). Ou então, conforme salienta Sarotte (1975, p. 264), os

direitos subjetivos implicam aquelas faculdades – sejam físicas ou morais – atribuídas às pessoas “que lhes permite agir em defesa dos seus interesses materiais e morais”.

Para Wolkmer (2003), é possível compreender direito subjetivo como uma noção metafísica – uma convenção valorativa criada pela doutrina jurídica burguesa para expressar a vontade livre e autônoma que reivindica e que requer direitos negados. Assim, os direitos subjetivos estão diretamente vinculados às formulações da autonomia da vontade e aos interesses juridicamente protegidos.

A noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. **Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direito; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas.** O grande trabalho da ciência jurídica tem sido o de examinar o que é que verdadeiramente se passa entre homens, quando se dizem credores, titulares ou sujeitos passivos de obrigações, autores e réus, proprietários, excipientes, etc. (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 21, grifo nosso)

São características da doutrina clássica do Direito Natural do final do século XVIII e produto da revolução política de 1789 que, em processo de imbricação mútua, tornou inseparáveis as noções de sujeito de direito e direito subjetivo.

A codificação representou o ápice desse direito moderno. A mitificação em torno do Código Civil, ao aspirar a segurança jurídica – proveniente da regulamentação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada – acabou por revelar que desconhece a verdadeira realidade humana.

Isto porque, se aquele Código se dirigia a um ser humano, este era um modelo construído sob a aquiescência dos parâmetros burgueses (ou, a exemplo do caso brasileiro do Código Civil de 1916, do latifúndio-agrário). Por um processo de normalização, já estudado em Foucault, o Código realiza o controle dos comportamentos daqueles sujeitos que não se enquadram no modelo imposto pela lei. Revela-se, portanto, a contradição da abstração do Direito, pois, nas situações em que o princípio da abstratividade deveria operar e a norma atender ao maior número de pessoas possível, há dissonância entre a realidade observada e o discurso reverberado.

Certamente, o Direito Civil brasileiro, tendo suas raízes no velho Direito metropolitano, que o Império transformou e, em parte, materializou, seria pouco eficaz e fracassaria em inúmeras questões essenciais. Além desse demasiado apego dos juristas pátrios ao passado, escondidos sob o manto de uma retórica artificial e de conhecimentos abstratos, estes não levaram em conta as necessidades reais e nem sempre conseguiram visualizar corretamente a diversidade e a particularidade das condições brasileiras. (WOLKMER, 2003, p. 98)

Consequentemente, restou um direito vazio, muitas vezes inoperante, que proporcionou lacunas onde deveria ter regulamentação jurídica, como é o caso flagrado por Prado Júnior (1980, p. 197-198):

[...] é talvez o regime de terras, tão importante num país agrícola e na maior parte ainda deserto, e que disto nunca foi devidamente tratado nas leis brasileiras. O que sempre tivemos na matéria foi copiado de legislações européias, onde naturalmente a situação é inteiramente outra. A única tentativa séria de regulamentação da propriedade fundiária no Brasil (a Lei de Terras de 1850) nunca foi efetivamente executada. Somente uma pequena fração do território brasileiro [...] encontra-se regularmente inscrita e registrada; e basta para verificá-lo consultar a longa lista de processos e litígios em torno de questões de terras. Esse é apenas um exemplo, entre muitos outros, para ilustrar as falhas da elaboração jurídica do Império.

Conforme destaca Jhering (1950, p. 62), “o direito enlaça a pessoa por todos os lados”. A afirmação feita pelo sujeito da condição da sua existência constitui o que o autor chama de “afirmação jurídica de si”. Compreende tudo o que ele é, tudo o que ele tem: o seu corpo, a sua vida, a sua honra, o seu patrimônio, a sua família, a sua posição social. Pelo que toca ao patrimônio, aquela parece absorver a afirmação econômica de si. Mas não a identidade. O fim da afirmação econômica de si, isto é, da aquisição de um patrimônio, não é o direito à coisa, é a própria coisa que é querida.

A teoria do direito natural considera o indivíduo como a pedra angular do direito e do Estado. Segundo ela, o indivíduo existe unicamente para si, é um átomo que só tem o fim vital de se conservar a si, ao lado de outros átomos inumeráveis. Para lá chegar regula-se, com relação a estes últimos, pelo formulário kantiano, que assigna por limites à liberdade própria a liberdade alheia. A missão do Estado e do direito consiste apenas em realizar esta fórmula, isto é, em impedir que a liberdade de um invada o terreno do outro. Isto representa-nos uma série de esferas da liberdade, delimitadas como as gaiolas de uma *ménagerie*, cercada de barras para que as feras

não possam devorar-se umas às outras. Esta atitude meramente passiva constitui a suprema ordem; os indivíduos não têm que preocupar-se com coisa alguma; o Estado e o direito têm feito tudo quanto lhes cumpre desde que os cerquem de um cordão de segurança. [...] Reconhece-se, é verdade, que entregue unicamente às suas próprias forças, o indivíduo não pode atingir a segurança jurídica, e é por isso, mas só por isso, que carece de viver em comum sob a proteção do Estado. A existência é apenas um meio secundário. O fim único, o homem, não pode ser sacrificado a esse meio. (JHERING, 1950, p. 354-356)

Jhering (1950) ainda foi além ao explicar como o direito moderno trata o sujeito:

O direito moderno foi ainda mais longe no tocante aos limites impostos à liberdade do indivíduo no interesse da sociedade. Examinemos, por exemplo, as relações, entre pais e filhos. Antes mesmo de a criança nascer, estende a sociedade a mão sobre ela, protege-a, reclama-a. A lei fala à mãe para lhe dizer que o filho que ela traz no ventre não lhe pertence a ela só, mas pertence também à sociedade, e para a ameaçar com um castigo se ela violar os seus direitos (aborto, exposição). O nascimento da criança acarreta para sempre a obrigação de alimentos; impõe aos pais o dever transitório de declararem o nascimento do filho, e ainda há pouco importava o de o mandarem batizar; depois, mais tarde, a obrigação de o mandarem vacinar e de o mandarem à escola na idade própria. A lei restringe o direito de correção, põe entraves à exploração do trabalho das crianças nas fábricas (máximo de horas, idade); o juiz supre o consentimento dos pais para o casamento quando estes o recusam arbitrariamente; e nos casos necessários obriga-os mesmo a dar enxoval às filhas que se casam (art. 1620 do código civil alemão). (JHERING, 1950, p. 341)

Tal qual retro analisado, os institutos de direito moderno foram importados e impostos no Brasil desde seu período colonial. Importante lembrar que o direito brasileiro sofreu uma legalidade imposta, sem autonomia própria, devido à sua historicidade de periferia colonizada que, por muito tempo, foi orientada para um modo de produção econômica de dependência, conviveu com a territorialidade do absolutismo político e moldou-se pela singularidade de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas. O Código Civil brasileiro atual trás muitos destes elementos apontados por Jhering, pois estende um individualismo para a sociedade e retira-o, portanto, da singularidade.

O direito de propriedade vem sendo regulamentado desde o primeiro Código Civil estatuído no Brasil (1916). De acordo com Wolkmer, se constitui na:

fonte de um dos maiores conflitos contemporâneos de ordem privada, a luta pela posse, uso e distribuição da terra se efetiva no contexto de uma estrutura agrária, de privilégios e injustiças, assentada na dominação política autoritária e clientelística, nos intentos capitalistas especulativos e discriminadores, e na produção de legalidade oficial comprometida com os interesses das tradicionais elites agrárias. (WOLKMER, 2003, p. 31)

Destarte, tem-se uma legislação positiva-dogmática, caracterizada pela tradição individualista de proteção e de conservação do Direito de Propriedade que acaba reservando para um plano indireto, suplementar e secundário, o Direito da Posse. Com efeito, todo fundamento desse modelo jurídico liberal-conservador, construído para assegurar e proteger os interesses da oligarquia rural, privilegia o direito individual de propriedade (WOLKMER, 2003).

Não se pode olvidar que, conforme já referido, um dos direitos fundamentais do sujeito é o direito de ser legislador e criador de si mesmo, coincidindo com o seu próprio poder e subjetividade, não havendo, pois, lugar para o outro; logo, nem sequer há lugar para qualquer direito, porque está apenas frente ao direito do mais forte.

Beviláqua foi um dos grandes expoentes do Código Civil de 1916. Influenciado pelos princípios da codificação germânica, buscou conciliar as inovações com as tradições, de forma a adequar-se às exigências daquela realidade brasileira. O “germanismo” ganhara força, principalmente, como inspiração nas esferas da família, da pessoa individual, no direito das coisas (a ideia da propriedade); no direito das obrigações (a ideia de crédito); no das sucessões (a transmissão hereditária dos bens) (WOLKMER, 2003).

O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916. (TEPEDINO, 2006, p. 37-53)

A divisão das matérias na Parte Geral aparece em uma ordem lógico-científica: a) plano de existência (ser); b) plano de validade (valer) e c) plano de eficácia (ter efeito). Consoante Pontes de Miranda (2012, p. 25), “o fato jurídico, primeiro, é; se é e somente se é, pode ser válido, nulo, anulável, rescindível e resolúvel”. A personalidade e a capacidade entram no estudo do suporte fático, porque tais conceitos foram imprescindíveis para denominar o porvir.

A subjetividade jurídica moderna, como método de universalização do ser humano, constitui-se na fusão entre o cidadão e o homem. O sujeito de direito é origem (cidadão) e destino (homem) da Modernidade jurídica: esse é o discurso do humanismo jurídico moderno que é difundido pelo processo codificatório iniciado na Europa Ocidental do século XIX e que influenciou substancialmente o direito brasileiro.

Muitas críticas se fizeram aos “modelismos” no momento da codificação jurídica no Brasil, tanto no que diz respeito à ordem constitucional quanto a Penal e Civil. No entanto, se a codificação direta foi afastada como modelo, os teóricos não.

O Código Francês foi concebido como um conjunto de leis que regulamentam as relações entre os cidadãos, sendo reconhecido como o código das gentes, pois desenvolvido em torno do indivíduo. Tem como pilares fundamentais: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil.

Se constitui um arcabouço normativo que circunscreve a pessoa, do seu nascimento à sua morte, mediante o sistema do registro civil laico. Apresentou inovações como o reconhecimento do casamento civil e, conforme orientação de sua época, ao pai de família foi entregue um papel preponderante, com a finalidade de garantir a ordem no seio da família. Havia a figura do divórcio, sob uma forma muito mais restritiva do que a apregoada pela Revolução precipuamente.

A propriedade foi transformada pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789 em um direito inviolável e sagrado e é apresentada como o cerne do diploma.

No Discurso Preliminar sobre o Projeto foi enfatizado que

[...] o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e não os homens para as leis e que estas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo, para o qual elas se destinam (PORTALIS; CREMADES; GUTIÉRREZ-MASSON, 1997, p. 47).

Assim, evidencia-se a concepção individualista que influenciou o direito no século XIX, consagrando o pensamento liberal da Revolução Francesa, vez que busca a proteção da liberdade e da propriedade individual, limitando o poder absoluto dos governantes e estabelecendo que o único instrumento capaz de limitar a liberdade das pessoas seria a lei.

É preciso salientar que, nesse período, fora restabelecida a divisão entre o direito privado e o direito público. Assim, tornaram-se diversos os ambientes da proteção da pessoa: uma proteção era estabelecida pelas declarações de direitos e cartas constitucionais, que conferiam ao homem determinadas liberdades em relação ao Estado, bem como o reconhecimento da igualdade formal entre todos.

Todavia, noutro campo, o das relações privadas, o homem não poderia se valer de uma proteção específica e individualizada do ordenamento jurídico, já que aqui, acima de considerações sobre uma efetiva igualdade ou da atuação de princípios fundamentais de proteção da pessoa humana, imperava a autonomia privada. Tanto é que a proteção da pessoa humana apenas foi introduzida do Código Civil francês em 1994, pela Lei n. 94-653, que modulou o artigo 16 para estabelecer que “A lei assegura a primazia da pessoa, proibindo qualquer ataque a sua dignidade e garantindo o respeito ao ser humano desde o começo de sua vida” [tradução nossa].

Mediante o discurso, o personalismo, o Direito Civil brasileiro mais recente também buscou ressystematizar e humanizar o Direito Privado ou Direito Civil pelo constitucionalismo. Suas manifestações primórdias tiveram origem na crise da codificação e, com certa inspiração humanista cristã, ambicionou superar as antinomias do Direito Moderno. Pretendeu estabelecer os fundamentos do Direito Civil sobre os pilares constitucionais e, essencialmente, sobre a noção de pessoa.

Por personalismo, entende-se aquela “doutrina ético-política que encontra no conceito de 'pessoa' o critério de juízo fundamental para as tomadas de posição e o empenhamento socio-político concreto” (ALVES, 1996, p. 253). Pessoa, nesse contexto, seria um ente metafísico, com estrutura ontológica própria, a qual justifica e funda o processo de personalização (ético, psicológico, político, etc.) que acontece e se desenvolve concretamente na história e que está, portanto, orientado a fazer com que a pessoa se torne, na ordem concreta da existência, aquilo que já é na ordem da essência.

O filósofo Jacques Maritain esclarece:

Ao afirmar que um homem é uma pessoa, queremos significar que ele não é somente uma porção de matéria, um elemento individual na natureza, como um átomo, um galho de chá, uma mosca ou um elefante são elementos individuais na natureza. Onde está a liberdade, onde a dignidade, onde os direitos de um pedaço individual de matéria? Não se compreende que uma mosca ou um elefante deem sua vida pela liberdade, à dignidade ou direitos da mosca ou do elefante. O homem é um animal e um indivíduo, porém diferentemente dos outros. O homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade; não existe apenas de maneira física, há nele uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir espiritualmente em conhecimento e amor. É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microcosmo, no qual o grande universo pode ser contido por inteiro graças ao conhecimento, e que pelo amor pode dar-se livremente a seres que são como outras tantas encarnações de si próprio. É impossível encontrar equivalente dessa relação por todo o universo físico. O que quer dizer, em termos filosóficos, que na carne e ossos do homem há uma alma que é um espírito e que vale mais do que todo o universo material. A pessoa humana, por mais dependente que seja dos menores acidentes da matéria, existe em virtude da própria existência de sua alma, que domina o tempo e a morte. É o espírito que é a raiz da personalidade. (MARITAIN, 1967, p. 16-17)

Ainda conforme Maritain, citado por Alves (1996), tal personalismo toma como base a tradição cristã e tem na doutrina de São Tomás de Aquino acerca da pessoa seu referencial teórico, celebrando dois conceitos tomistas imprescindíveis, quais sejam: a definição de matéria (*quantitate signata*), enquanto princípio de individuação, e o de *subsistentia* da alma espiritual. Emerge, assim, uma necessária distinção entre pessoa e indivíduo, entre personalidade e individualidade.

Salienta-se que Jacques Maritain nasceu em Paris em 18 de novembro de 1882. Entre 1898 e 1899, estudou no Liceu *Henri IV* e iniciou seus estudos em Filosofia (1900-1901) e em ciências naturais (1903-1904) na *Sorbonne*. Em 1905, concluiu seus estudos em Filosofia e, em 1908, abandonando a influência do bergsonismo, iniciou intensivos estudos sobre a obra de Santo Tomás de Aquino. O foco de sua Filosofia sempre foi a defesa do catolicismo e do pensamento católico contra o seus adversários seculares, embora tenha escritos acerca de introdução à Filosofia e sobre estética. Por volta da década de 1920, Jacques Maritain passou a se interessar por assuntos de cunho social. As ideias de Maritain tiveram grande influência na América Latina e, em 1936, ele foi nomeado membro correspondente da Academia Brasileira de Letras. Após a Segunda Guerra Mundial e até o ano de

1948, envolveu-se profundamente na construção da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY, 2018).

Pode-se dizer que, na pessoa humana, estão presentes duas tendências contrastantes, que são quase contraditórias entre si. Contudo, tais essências unem-se com o fim de compor a pessoa. Maritain (1944.) distingue aquilo que, no homem, pertence à personalidade (o que se refere à esfera espiritual – já que a raiz da personalidade é o espírito) daquilo que deriva do fato de ser indivíduo de uma espécie (próprio da matéria – a raiz da individualidade é a matéria – princípio de individuação) (ALVES, 1996).

Esta bipolaridade indivíduo-pessoa determina um duplo movimento metafísico no homem: enquanto indivíduo, o homem está submetido às leis da matéria, ao determinismo e à estreiteza do mundo físico; todavia, enquanto pessoa, vive da vida do espírito e experimenta a abertura, a liberdade, a unidade, a independência e a criatividade que dele [Deus] provém (ALVES, 1996).

À guisa do pensamento tomista, Maritain define a liberdade, relacionando-a à vontade e à inteligência: a liberdade está enraizada na vontade e não pode prescindir da inteligência. O autor ainda estabelece duas variações no conceito de liberdade que, por um lado, pode ser compreendida como livre arbítrio, liberdade de escolha ou liberdade inicial; e, por outro, espontaneidade, autonomia, de independência ou liberdade terminal.

Na primeira definição, liberdade significa ausência de necessidade ou determinismo. Refere-se à capacidade que a pessoa tem de decidir agir, ou, em outro sentido: esta liberdade de escolha é exigida necessariamente pela natureza independente da pessoa. Diversamente, no segundo sentido, liberdade quer dizer ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de seguir até o fim uma escolha feita, sem impedimentos. A liberdade de escolha é apenas um primeiro passo para esta liberdade terminal, ou de independência (MARITAIN, 1944).

Maritain (1944) associa a noção de liberdade à de personalidade: “no homem, liberdade de independência e personalidade crescem conjuntamente”. A metafísica da pessoa e sua subjetividade é o centro do discurso de Maritain. Ao abordar a pessoa e seus direitos, o filósofo enuncia que “a pessoa humana possui direitos pelo próprio fato de ser pessoa” (MARITAIN, 1967, p. 69), evidenciando, assim, o

atrelamento de seu pensamento com a noção individualista de direito subjetivo incorporada pelo direito moderno.

Afirmar, pois, a dignidade da pessoa humana quer simplesmente dizer que, por lei natural, a pessoa humana tem o direito a ser respeitada, é sujeito de direito e possui direitos. De acordo com Alves (1996, p. 272), a preocupação de Maritain é profundamente antropológica: “é a pessoa, vista na sua integralidade, que serve de critério para a individuação dos direitos e dos deveres que lhe dizem respeito”.

Contudo, Maritain (1967) considera a forma de pensar os direitos subjetivos da modernidade equivocada pelo fato desta não incluir a transcendência e a comunhão que caracterizam a dignidade da pessoa humana. É a construção deste discurso – da dignidade da pessoa humana – que fundamenta uma nova ordem jurídica e inova o próprio direito subjetivo, funcionalizando-o ao bem comum.

No transcorrer do século XX, no contexto das crises ocasionadas pela revolução industrial, massificação da economia, urbanização da sociedade e das consequências das duas grandes guerras, insere-se a proteção à pessoa e à sua dignidade no ordenamento constitucional de diversas nações (incluindo o Brasil), com o intuito de resgatar a sociabilidade humana e imbuí-la no direito, de forma a redefinir o conceito de direito subjetivo.

Em decorrência desses fenômenos, passa-se a demandar do Estado uma solução mais efetiva na solução dos conflitos sociais. É o nascimento do Estado Social: sua Constituição, além de limitar o poder político, também regula a ordem econômica e social. De acordo com Lôbo (1999, p. 102), esse Estado “[...] projeta, para além dos indivíduos, a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente, todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil”.

Assim, mediante tal discurso, instigou-se os civilistas a visualizar a pessoa em toda sua dimensão ontológica e, por meio dela, seu patrimônio. Impôs-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. Vez que a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Observa-se, portanto, a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. O ordenamento jurídico que, desde a Revolução Francesa (pelo princípio da igualdade formal) assegurava o tratamento indistinto

entre todos, vem a preocupar-se com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Tal movimento se justifica pela evidente insuficiência da igualdade formal. No direito constitucional, a ordem jurídica deve voltar-se para a investigação das singularidades da pessoa humana; o propósito legislador não é mais um sujeito de direito despersonalizado, mas o locador, o consumidor, a mulher, as crianças e adolescentes, o idoso e assim por diante (TEPEDINO, 2004).

Nessa conjuntura, com uma intervenção estatal mais abrangente, surgem vários microssistemas de leis especiais no país para tratar de relações econômicas que eram disciplinadas apenas pelo Código Civil. Ocasionalmente uma desconstituição do Direito Civil; o Código, que era até então considerado a Constituição do Homem Comum (por regular toda a vida privada), passa a assumir um papel subsidiário, aplicando-se nos casos em que não há legislação específica sobre a matéria (TEPEDINO, 2006).

Conseqüentemente, as categorias do direito privado devem ser reconstruídas. Ao lado da Constitucionalização do direito, há o aparecimento de situações jurídicas inteiramente novas, frutos da revolução tecnológica do último século: a extraordinária evolução da engenharia genética, com a procriação *in vitro*, que antes era impensável, já é possível e bastante difundida atualmente; a quantidade de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA; e a circulação de dados pelas redes de informática cada vez mais abrangente. Fica a cargo do legislador situações que, há um século, eram inverossímeis, trazendo à superfície a questão de como estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante desses novos bens jurídicos (TEPEDINO, 2004).

Com a introdução de valores sociais na ordem pública, constata-se a proteção da pessoa humana como fim primordial do Estado. Evidencia-se que a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais a valores não patrimoniais, atinentes à pessoa humana e à sua personalidade, torna-se postulado imperativo da ordem jurídica, introduzida, pouco a pouco, pela legislação especial esparsa e consagrada, no Brasil, pela Constituição da República de 1988 (TEPEDINO, 2004).

Em seus primeiros quatro artigos, em seus princípios fundamentais, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, situada, assim, no ápice do ordenamento, bem como o valor social do trabalho e da livre iniciativa a funcionalizarem a atividade econômica privada a postulados valorativos existenciais (BRASIL, 1988, Art. 1 a 4).

Em seu artigo terceiro, a Constituição estabelece a solidariedade social e a igualdade substancial como objetivos da República; ela vincula entes públicos e privados na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988, art. 3).

Nesse diapasão, a pessoa humana deve ser tutelada em qualquer situação em que se encontre, mesmo que não haja um direito subjetivo previsto ou tipificado pelo legislador – como eventuais situações que possam decorrer das inovações tecnológicas – constituindo-se um discurso que deve ser atendido, não somente na produção legislativa, como também na técnica interpretativa (TEPEDINO, 2004).

O Código Civil de 2002 já nasce com o papel de contribuir para tal esforço hermenêutico, devendo seu intérprete não “deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar um ‘microclima’ de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional” (TEPEDINO, 2004, p. 167-175). Devendo, também, sempre ser interpretado sob a égide Constituição, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento (TEPEDINO, 2004).

Seguindo esses preceitos, o Código Civil de 2002 apresenta os direitos da capacidade e personalidade mediante a proteção de cinco dispositivos principais: à vida (compreendendo à integridade física), à honra, à imagem, ao nome e à intimidade. Ademais, ordem discursiva desse código estrutura-se para atender às diretrizes constitucionais de 1988 e o espírito de sua época. No Código de 1916, prevaleceu o individual sobre o social em virtude da cultura fundamentalmente agrária, que predominava naquele tempo. No diploma atual, o social foi elevado e o sujeito foi posicionado de forma que refletisse o valor da pessoa ao invés da propriedade.

Tem-se, portanto, um discurso que se circula e outro que é interdito – ambos encontram seu destino, por assim dizer, devido ao poder e às condições de existir. Nesse ritmo, se as características do individual sobre o social não são mais válidas, ou foram posicionadas de outra forma, não se trata de uma descoberta, uma evolução nas teorias do direito, ou nas ciências humanas, mas, sim, da formação de uma complexa rede de relações na sociedade que permitiram que outros discursos surgissem, se combinassem com os já existentes, produzindo o contexto da elaboração do novo Código.

Conforme já estudado, pela analítica do poder foucaultiana, se verifica que o poder não sobrevém somente do governante soberano, outrossim pode ser exercido pela nação, pelo povo e pelo Estado em uma imbricada rede de relacionamentos que perpassa toda a sociedade, formando práticas sociais das quais ninguém está alheio.

Essas relações de poder utilizam-se do direito para criar discursos. Tais discursos disseminam-se pelo tecido social, infiltram-se nas fábricas, nas escolas, nos lares, nos programas televisivos, nas conversas cotidianas, nas universidades, nas academias de ginástica, nos hospícios, nas prisões, nos jogos de videogame, nas marcas e nas campanhas publicitárias, nas páginas dos jornais, sem limitar-se a nenhuma dessas maquinarias. Com suas regras internas e externas, os discursos organizam e ordenam os sentidos por onde passam.

De acordo com Foucault (2015), há um sistema complexo que, composto por justiça-polícia-prisão, desempenha um papel tríplice a depender de sua época, do estado das lutas e de sua conjuntura:

Por um lado ele é um fator de “proletarização”: tem por função coagir o povo aceitar o seu estatuto de proletário e as condições de exploração do proletariado. [...] Por outro lado, esse sistema penal dirigia-se especialmente aos elementos mais móveis, mais agitados, os “violentos” da plebe, os que estavam mais prontos a passar à ação imediata e armada [...]. Terceiro papel do sistema penal: fazer com que a plebe não proletarizada aparecesse aos olhos do proletariado como marginal, perigosa, imoral, ameaçadora para a sociedade inteira, a escória do povo [...]; trata-se para a burguesia de impor ao proletariado, pela via da legislação penal, da prisão, mas também dos jornais, da “literatura”, certas categorias da moral dita “universal” que servirão de barreira ideológica entre ela e a plebe não proletarizada. (FOUCAULT, 2015, p. 103-104)

Ainda em Foucault, imprescindível trazer suas considerações acerca do aparelho de justiça. Na concepção do filósofo, diante de uma eventual revolução do proletariado, duas formas não devem subsistir: a burocracia e o aparelho judiciário, pois em suas palavras: “assim como não deve haver burocracia, não deve haver tribunal; o tribunal é a burocracia da justiça. Se você burocratiza a justiça popular, você lhe dá a forma do tribunal” (FOUCAULT, 2015, p. 118).

Nesse contexto, se inserem as considerações de Foucault sobre a justiça burguesa:

Pessoalmente, a ideia que eu quis introduzir na discussão é a de que o aparelho de Estado burguês de justiça, cuja forma visível, simbólica é o tribunal, tinha por função essencial introduzir e multiplicar contradições no seio das massas, principalmente entre proletariado e plebe não proletarizada e que, por isso, as formas dessa justiça e a ideologia que está ligada a elas devem tornar-se alvo da nossa luta atual. (FOUCAULT, 2015, p. 128)

Ao discorrer sobre a relação entre poder, direito e verdade, Foucault salienta que o sujeito é obrigado pelo poder a produzir a verdade “somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. [...] O poder não para de nos interrogar, indagar, registrar e institucionalizar a busca da verdade” (FOUCAULT, 2015, p. 279).

O direito aparece, assim, como o discurso da verdade e a verdade como criadora do direito. E é na capilaridade das práticas sociais e jurídicas que, segundo Foucault, fomenta-se relações de sujeição:

O sistema do direito e o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos. O direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia, e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Para mim, o problema é evitar a questão da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição. (FOUCAULT, 2015, p. 282)

Consoante Foucault, o que os juristas buscaram desde a Idade Média fora a legitimação do poder pela soberania; atualmente, tem-se um quadro em que o poder estatal ainda é justificado pela soberania – agora popular – no entanto, as pessoas dentro deste Estado, dito de direito, delegam uma parte de seu poder a um elemento que está a princípio profundamente ligado a eles, o poder legislativo, que cria normas de verdade, versando praticamente sobre todos os aspectos da vida privada e social, determinando o justo e o injusto, de forma a sujeitar os corpos, dirigir os gestos e reger seus comportamentos, buscando sempre um lucro econômico e/ou uma utilidade política.

Igualmente, pode-se afirmar que, de acordo com a análise foucaultiana, o poder não é somente aquele soberano que emana do povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), pois ele é constituído por práticas sociais concretas. Sendo assim, a idealização constitucional é somente isso, um ideal, uma mitologia, conforme já salientado anteriormente com o apoio do estudo de Paolo Grossi (2004).

O poder, na construção de Foucault, circula em rede por todo o meio social, agindo sobre os corpos e formando subjetividades, carregando, ao mesmo tempo, um poder disciplinar – que age sobre a individualidade – bem como um biopoder – que age sobre a vida e a coletividade.

Sobre a teoria jurídico-política da soberania, Foucault (2015, p. 291) ainda esclarece que ela está “vinculada a uma forma de poder que se exerce muito mais sobre a terra e seus produtos”; no entanto, a partir do século XVIII, há um novo mecanismo de poder que se apoia mais nos corpos e seus atos: o poder disciplinar.

Esse novo tipo de poder, que não pode mais ser transcrito nos termos da soberania, é uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um instrumento fundamental para a constituição do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correspondente; [...] radicalmente heterogêneo, o poder disciplinar deveria ter causado o desaparecimento do grande edifício jurídico daquela teoria. Mas, na verdade, a teoria da soberania continuou não só existindo como uma ideologia do direito como também organizando os códigos jurídicos inspirados nos códigos napoleônicos de que a Europa se dotou no século XIX. (FOUCAULT, 2015, p. 292)

A partir do século XVIII, inicia-se a aplicação de tipos de saber e de aparelhos de poder que permitem não somente a observação, bem como a intervenção direta e a manipulação do que Foucault chama de corpos, dando margem à disciplina da vida das pessoas:

[...] os “corpos” – corpo dos indivíduos e corpos das populações – surgem como portadores de novas variáveis: não mais simplesmente raros e numerosos, submissos ou renitentes, ricos ou pobres, válidos ou inválidos, vigorosos ou fracos e sim mais ou menos utilizáveis, mais ou menos suscetíveis de investimentos rentáveis, tendo maior ou menor chance de sobrevivência, de morte ou de doença, sendo mais ou menos capazes de aprendizagem eficaz. Os traços biológicos de uma população se tornam elementos pertinentes para uma gestão econômica e é necessário organizar em volta deles um dispositivo que assegure não apenas sua sujeição, mas o aumento constante de sua utilidade. (FOUCAULT, 2015, p. 303-304)

Para compreender o fenômeno do poder, Foucault ainda prescreve que é preciso se afastar de construções dogmáticas, sair do campo normativo e investigar práticas reais. É necessário enxergar que o Estado não é o órgão central e único de poder, pois negar esta realidade é o que efetivamente esconde os jogos de poder

que se ramificam no interior da sociedade e produzem relações de dominação, de outro modo desprezadas.

Assim, sob a ótica foucaultiana, percebe-se o direito não apenas como um dever-ser normativo, pois pauta-se também na realidade e seus fenômenos concretos, no saber-poder, nas contradições, nas relações de opressão e de dominação. O pensamento técnico deve ser superado, vez que, aliado ao humanismo, é capaz de levar à coisificação ou confusão do sujeito com objeto.

Na última etapa da análise do poder foucaultiana (1978-1984), o filósofo passa a perscrutar o papel das resistências ao poder, em especial, na defesa da liberdade. O indivíduo, ontologicamente considerado, é livre porque sente, pensa e age: “a liberdade é a condição ontológica da ética. Mas a ética é a forma refletida que a liberdade assume”. (FOUCAULT, 1994b, p. 712)

[...] quando se define o exercício do poder como um modo de ação sobre a ação dos outros, quando o caracterizamos pelo “governo” dos homens uns sobre os outros – no sentido mais largo do termo – inclui-se, nesse caso, um elemento importante: a liberdade. O poder não se exerce senão sobre “sujeitos livres” e enquanto são “livres” – entendamos por isso sujeitos individuais ou coletivos que têm diante de si um campo de possibilidades no qual muitas condutas, muitas reações e diversos modos de comportamento podem ter lugar. Onde as determinações estão saturadas, não há relações de poder: a escravidão não é uma relação de poder quando o homem está acorrentado (trata-se, então, de um relação física constrangedora), mas somente quando o homem pode movimentar-se e, no limite, fugir. (FOUCAULT, 1994b, p. 237-238)

Nessa perspectiva, o discurso da constitucionalização do direito civil faz com que se aplique a Constituição Federal de forma direta e que seus princípios jurídicos busquem unificar o entendimento das normas jurídicas, de modo que, aquele que compreende em maior extensão os direitos da personalidade, positivados na Constituição Federal e no Código Civil é, em teoria, capaz de interpretar a norma jurídica de maneira eficaz, sendo capaz até mesmo de reinventar normas anteriores a 1988, reinterpretando, de maneira diferente aquilo já interpretado antes, por meio dos princípios específicos à matéria constitucional.

No Código de 1916, como é próprio da sociedade de natureza agrária, exprimindo a visão de Beviláqua e de seus colaboradores, disciplinava-se primeiro o Direito de Família, passando pelo Direito de Propriedade e das Obrigações, até chegar ao das Sucessões.

É de conhecimento geral que o Século XX foi marcado por grandes crises mundiais. Daí surgiu a necessidade de intervenção estatal nas relações patrimoniais privadas. Do Estado liberal, passou-se, paulatinamente, ao Estado social, no qual há uma maior intervenção do Estado nas relações patrimoniais privadas.

Necessário considerar que a elaboração do Código Civil tem como pano de fundo, a nível mundial, as grandes transformações da década de 1970 e seguintes, tais como uma nova geografia política, a formação de blocos econômicos, a globalização, o desenvolvimento dos meios digitais e da Internet. Nacionalmente, o fim dos anos do governo militar, a retomada da democracia, ideais de liberdade e, principalmente, a salvaguarda da dignidade da pessoa.

Inegavelmente, houve uma evolução positiva na interpretação do direito civil com o intuito de efetivar valores constitucionais nas relações privadas. Ocorre que, em contrapartida pode ser que, de forma, às vezes involuntária, pode ao mesmo tempo privar o sujeito de sua liberdade, ou parte dela, liberdade essa conquistada arduamente e amplamente necessária para a concretização da governabilidade no Estado Democrático de Direito.

O discurso político que aporta ações positivas pode interferir diretamente na liberdade da pessoa em sua esfera privada na efetivação dos mandamentos constitucionais deve ser analisado com ressalvas. Isso se justifica porque, na maioria das vezes que o Estado intervém na esfera privada com ações afirmativas, na verdade, é porque não efetivou determinada garantia constitucional.

A exemplo disso, tem-se que os contratos no Código de Defesa do Consumidor são contratos dirigidos, uma vez que o consumidor, em tese, é a parte colocada como hipossuficiente, não tendo condições de interpretá-lo e saber se poderá lhe causar algum prejuízo. Em outras palavras, o Estado não conferiu o direito à educação satisfatoriamente, devendo, dessa maneira, interferir com uma ação positiva limitadora. Não se pretende realizar um juízo de valor do caráter dessas ações afirmativas, mas, sim, situá-las na formação discursiva e salientar que a necessidade dessas ações virem acompanhadas de outras ações que possibilitem a emancipação da pessoa.

Foucault (2006) demonstra que esses discursos, ditos verdadeiros, que sujeitam o sujeito e tolhem a sua liberdade, podem ser superados com as práticas do cuidado de si. O sujeito pode se reinventar a partir dessas práticas, tornando-se mais livre e não tomando como verdadeiros esses discursos capazes de sobrepujar

a autonomia privada. Como bem ressaltado até aqui, a legislação codificada tem caráter metafísico, idealístico. Letra escrita em estado inércia. Por mais que seus idealizadores – neste caso mirando diretamente os dois códigos civil – ouçam vozes do passado, no sentido acadêmico, quando emitem um conceito, um parecer, enquanto letra escrita, é desprovido de quaisquer poderes. Por mais que se diga que é moderno, pós moderno ou atual, etc. ele por si nada pode. O respeito à dignidade da pessoa e de seu caráter personalíssimo dependerá sempre do ato, da prática forense e do próprio sujeito a estar disposto à prática do apelo legal. Nisto reside a metodologia de análise do discurso foucaultiana: o poder é um exercício prático, por mais que tenha o seu importante nível metafísico.

Em “A Hermenêutica do Sujeito”, Foucault (2006) ainda propõe que a pessoa (ou sujeito para utilizar o termo do autor) possa enxergar as formas de sujeição e criar meios de ser menos sujeitada, já que, em sua teoria, o poder sempre existiu e sempre existirá. Para ele, a liberdade não significa liberação, nunca haverá aquele espaço livre de poder, no qual não haja dominação. A liberdade será aquele movimento de escolher e ver a qual sujeição se estará submetido, ou seja, o poder escolher o próprio destino.

Tais escolhas se fazem, primeiramente, a nível de discurso, pois, da mesma forma, é pelo próprio discurso que o asujeitamento acontece, dia a dia, sutil e lentamente. Ter noção de qual discurso é perpetuado e quais as relações de poder, imposições e negações nele se fazem presente é o ponto de encontro da análise foucaultiana com a Análise do Discurso de linha francesa, aclarada anteriormente. Dessa forma, faz-se necessário que o sujeito esteja apto a analisar o que o Estado, a sociedade e seus dispositivos lhe comunicam constantemente.

Pela Análise do Discurso, distingue-se inteligibilidade, interpretação e compreensão. Consoante Orlandi (2003b), o primeiro refere-se ao sentido da língua, basta entender português que o enunciado será inteligível; o segundo refere-se ao sentido do texto (contexto imediato); já a compreensão é mais que isso, para a autora “compreender é saber como um objeto simbólico funciona (enunciado, texto, pintura, música etc) produz sentidos”.

Orlandi resume:

[...] a Análise do Discurso visa a compreensão de como um objeto simbólico produz sentidos, como ele está investido de significância

para e por sujeitos. Essa compreensão, por sua vez, implica em explicitar como o texto organiza os gestos de interpretação que relacionam sujeito e sentido. (ORLANDI, 2003b, p. 26-27)

Ou seja, na mesma linha de pensamento de Foucault, a Análise do Discurso coloca o sujeito, ao mesmo tempo, como sujeito do discurso e como formador do discurso. É o que Foucault denomina de processo de imbricação mútua, já estudado no presente trabalho.

O dispositivo, portanto, está sempre inscrito em um jogo de poder, estando sempre, no entanto, ligado a uma ou a configurações de saber que dele nascem mas que igualmente o condicionam. É isto o dispositivo: estratégias de relações de força sustentando tipos de saber e sendo sustentadas por ele. (FOUCAULT, 2015, p. 367)

Nesse contexto, tem-se um programa civil-constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana que, em uma rede de poderes, conta com a participação do Estado, mediante a governabilidade e com programas de políticas públicas, mas também precisa de cada pessoa para contribuir com a efetivação da boa-fé objetiva e o respeito da dignidade da pessoa humana ao se realizarem os seus negócios e atos cotidianos.

Orlandi (2003b) aponta que, para a produção de sentido no discurso, é preciso analisar o contexto imediato (circunstâncias da enunciação) e também o contexto amplo (contexto sócio-histórico, ideológico).

Pode se dizer que o contexto imediato do Código Civil é a sua promulgação, os sujeitos (elaboradores, redatores, congressistas etc) que o assinam; enquanto o contexto amplo é o seu momento elaboração: pós-guerras, período de redemocratização, ideário de liberdade, formação de um Estado mais social, urbanização da população e a elevação de valores como o da pessoa humana.

No texto do Projeto de Lei 634 de 1975, posteriormente promulgado como a Lei nº 10.406 de 2002, ficou estabelecida uma Parte Geral, na qual enuncia os direitos e deveres gerais da pessoa humana como tal e se estabelecem pressupostos gerais da vida civil e uma Parte Especial, que disciplina as obrigações que emergem dos direitos pessoais.

A seguir serão apresentados quadros comparativos dos quadros comparativos dos dispositivos e artigos introdutórios do Código Civil de 1916, do Projeto de Lei encaminhado à Câmara dos Deputados (634/75) e o texto

promulgado no Código Civil de 2002, com intuito de demonstrar didaticamente as análises acerca da genealogia do conceito de Pessoa Humana, objeto do presente trabalho:

Tabela 1 Quadro comparativo – Introdução e primeiros artigos

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Parte Geral	Parte Geral	Parte Geral
Disposição Preliminar	[Sem correspondência]	[Sem correspondência]
Livro I – Das Pessoas	Livro I – Das Pessoas	Livro I – Das pessoas
Título I – Da Divisão das <u>Pessoas</u>	Título I – Das <u>Pessoas Físicas</u>	Título I – Das <u>Pessoas Naturais</u>
Capítulo I – Das Pessoas Naturais	Capítulo I – Da Personalidade e da Capacidade	Capítulo I – Da Personalidade e da Capacidade
Art. 1º. Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e as suas relações	[Sem artigo correspondente]	[Sem artigo correspondente]
Art. 2º. Todo <u>homem</u> é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.	Art. 1º. Todo <u>homem</u> é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.	Art. 1º. Toda <u>pessoa</u> é capaz de direitos e deveres na ordem civil.
Art. 4º. A personalidade civil do <u>homem</u> começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo <i>desde a concepção os direitos do nascituro</i> .	Art. 2º. A personalidade civil do <u>homem</u> começa no nascimento com vida; <i>mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro</i> .	Art. 2º. A personalidade civil da <u>pessoa</u> começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, <i>desde a concepção, os direitos do nascituro</i> .

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Nesse primeiro comparativo, evidencia-se que a codificação em vigor (2002) deixou de reproduzir o preceito geral constante do artigo 1º do Código de 1916. Os juristas e legisladores entenderam que anunciar que o Código viria para “regular os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e as suas relações” era dispensável. Ou seja, silenciaram sobre a questão.

Contudo, vislumbra-se que o enunciador do Código de 2002 inicia a sua obra elencando que “Toda pessoa é pessoa é capaz de direitos e deveres da ordem civil”. O artigo renovado não faz mais menção a palavra “homem”, como constava no artigo 2º do CC/1916, visto que adaptou à Constituição Federal consagrando a conquista da dignidade humana.

Tal qual visto anteriormente, os conceitos de pessoa e homem nem sempre tiveram correspondência, já que no período da escravidão, despia-se o homem da condição de sujeito de direito com o intuito de considera-lo coisa, desproverdo-lhe de direitos para fazê-lo ocupar uma posição de objeto de uma relação jurídica.

Em Miguel Reale, é possível recuperar o sentido para a época dessa mudança de nomenclatura:

[...] a palavra homem tem o sentido genérico e abstrato de indivíduo, ao passo que a palavra pessoa já indica ser humano enquanto situado perante os demais componentes da coletividade. Efetivamente, o conceito de pessoa resulta da relação do *eu* com os outros *eus*, o que distingue o ser humano de todos os animais. (REALE, 2004)

Além da formação discursiva da dignidade humana, tem-se aqui também a formação discursiva da luta feminista inaugurada na pós modernidade jurídica, o Código, ao mencionar “pessoa” no lugar de “homem”, sugere que toda pessoa, sem distinção de gênero, é capaz de direitos e de deveres.

Ainda no artigo 1º, destaca-se a inovação da menção a deveres e não mais obrigações. Esta mudança decorre da atribuição de sentido que o discurso contemporâneo do direito confere à palavra dever, ou seja, as condições de produção histórico-social atuais retiram o caráter apenas patrimonialista obrigacional, para instituir no plano dos deveres também aqueles referentes a boa-fé, objetiva ou subjetiva.

Tem-se, assim, que a formação discursiva da personalidade permitiu que irradiasse da pessoa seu conjunto de bens, que lhe são tão próprios que chega a confundir-se com ela mesmo. É neste sentido simbólico que afirma Diniz ao citar Telles (2003, p. 119):

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Pode-se qualificar a personalidade com a soma de caracteres da pessoa, aquilo que ela é para si e para a sociedade. Afirma-se que a capacidade é a medida

da personalidade, isto é, “a personalidade é um *quid* (substância, essência) e a capacidade um *quantum*” (TARTUCE, 2015, p. 76).

Sob o crivo da Constituição Federal, Tartuce (2015, p. 90) classifica os direitos da personalidade em cinco grupos distintos:

Vida e integridade físico-psíquica, estando o segundo conceito inserido no primeiro, por uma questão lógica.

Nome da pessoa natural ou jurídica, com proteção específica constante entre os arts. 16 a 19 do CC, bem como na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

Imagem, classificada em *imagem-retrato* – reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e *imagem-atributo* – soma de qualificações de alguém ou *repercussão social da imagem*.

Honra, com repercussões físico-psíquicas, subclassificada em *honra subjetiva* (autoestima) e *honra objetiva* (repercussão social da honra). Tal divisão segue a doutrina, entre outros, de Adriano De Cupis, para quem “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.

Intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5.º, X, da CF/1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No quadro acima, observa-se que o Código Civil de 2002, em seu artigo segundo, pela literalidade adota a teoria natalista, vez que seu texto prescreve “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

O termo pessoa natural (transcrito no Título I) designa, no ordenamento jurídico vigente, que o ser humano é a expressão conclusiva do processo biológico que se inicia com a vida e vai até a morte. Como efeito deste saber poder, seguindo a linha enunciada no Código Civil (art. 2º), a Resolução n. 188 o Conselho Nacional de Saúde determina que o nascimento com vida “é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”.

Assim, é a partir do funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, constatado mediante docimásia hidrostática pulmonar do Galeno, que o recém-nascido adquire personalidade jurídica, ainda que venha a óbito momentos depois.

Há, aqui, uma polissemia determinando a personalidade jurídica e a existência da pessoa: o direito civil assenta-se em regra pré-construída no Direito Romano, pelo qual a personalidade coincide com o nascimento e também em determinações provenientes de conhecimentos da medicina, passando por doutrinas religiosas, morais e éticas.

Contudo, o discurso da personalidade não é totalmente coeso, vez que há formações discursivas diversas no que tange ao surgimento da tutela jurídica da personalidade.

Operadores do direito e doutrinadores debatem se o Código de 2002 realmente adotou a Teoria Natalista; se, por outro lado, a Concepcionista (em virtude do “mas” na parte final do artigo 2º); ou, ainda, se apresenta uma terceira teoria mista – conhecida como teoria da personalidade condicional, segundo a qual o nascituro titulariza direitos submetidos à condição suspensiva (ou direitos eventuais).

Há, portanto e ainda, um embate entre diferentes discursos, que se manifestaram em um enunciado que, ao tentar conciliar duas posições ideológicas distintas, geraram uma celeuma teórica. Como os tribunais não podem esperar a pacificação da questão, decidem conforme as ferramentas de que dispõem e do lugar de enunciação pelo qual optam. Há um argumento de que “tudo o que vem antes do mas” não conta, assim prevaleceria o que vem depois, isto é, uma ideologia concepcionista. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁶.

⁶ DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei. 2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º, e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658). 3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela

Atualmente, a teoria natalista não mais se sustenta, vez que foi edificada sob o vértice patrimonialista do direito civil presente no Código anterior. Já no Código promulgado, o legislador reconheceu uma gama de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa, como a honra, o nome, a imagem, a integridade moral e psíquica, entre outros.

A despeito do debate entre os defensores das variadas correntes, é preciso atentar-se ao textualmente determinado no Código Civil de 2002, que condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento. Todavia, tal ordenamento aponta que não há vinculação entre o nascimento e a vida, nem entre os conceitos de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos.

A partir de uma leitura mais aprofundada do enunciado, considerando suas condições de formação histórica e social, vislumbra-se que o fato do artigo primeiro afirmar que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” não impede que outros sujeitos/entes/situações jurídicas desprovidos de personalidade jurídica também sejam capazes de direitos e de obrigações (exemplo: massa falida, condomínio, herança jacente). Desta forma, se estes entes despersonalizados são capazes de direito e deveres do ponto de vista técnico-jurídico, conclui-se que nem todo sujeito de direito é pessoa. Conforme essa mesma construção, o nascituro é capaz de direitos mesmo para aqueles que não o consideram pessoa.

De outro norte, é preciso ponderar que o Código Civil de 2002, em sua literalidade, não confunde os conceitos de “existência da pessoa” e da “aquisição da personalidade jurídica”, pois, no artigo segundo, ao afirmar que “a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento”, não institui que “personalidade civil” e pessoa sejam construções jurídicas análogas.

Nesse sentido, pode-se se dizer que, pela construção realizada pelo legislador, somente em dado momento da existência da pessoa que se inicia sua

Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. 4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. [...] STJ. **Recurso Especial nº 1.415.727 - SC (2013/0360491-3)**. Quarta turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 04 de setembro de 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/direito-nascituro-stj.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

personalidade jurídica (com seu nascimento). Significa, portanto, que, antes do nascimento, não se pode falar em personalidade jurídica (conforme a literalidade do texto da lei); no entanto, é possível falar em pessoa.

O ordenamento civil de 2002 regulou expressamente o término da existência da pessoa natural (do artigo 6º: “a existência da pessoa natural termina com a morte”) e o início da existência da pessoa jurídica (artigo 45: “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”). Assim, o silenciamento quanto à existência da pessoa natural é deveras eloquente; por um lado, não há afirmação expressa de quando se inicia, de outro considerar iniciada tão somente com o nascimento com vida é reducionista e não condiz com os enunciados constitucionais da proteção da vida humana sobre o qual o Código Civil se encontra assentado.

Dessa forma, aplicando-se uma interpretação sistemática do próprio código e também do sistema constitucional vigente, deve-se considerar que a existência da pessoa natural tem início antes do nascimento e o nascituro deve mesmo ser considerado pessoa, portanto, sujeito de direito.

Salienta-se que etimologicamente, o termo nascituro derivou do latim *nascitūrus*, que significa aquele “que deve nascer”. Nascituro é aquele que irá nascer, que foi gerado e não nasceu ainda. Há controvérsias quanto ao fato de o termo ser considerado sinônimo de feto, vez que feto é, para maioria dos doutrinadores, até o instante anterior ao parto. Em outras palavras, nascituro é o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno.

Como pessoa e sujeito de direito, o nascituro tem legitimação para suceder, vez que o artigo 1798 do Código Civil de 2002 prevê que são partes legítimas à sucessão não somente as “pessoas nascidas”, mas também aquelas “já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Além disso, o nascituro tem o direito de ser curatelado (artigo 1779 do Código Civil) e, como se observa abaixo, o nascituro tem o direito de receber herança; direito este que já existia no Código de 1916 e que, mesmo com atualização em sua redação, subsistiu no código promulgado.

Tabela 2 Quadro comparativo – Instituto da doação ao nascituro

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
-------------------	-------------	--------------------

Art. 1169. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita <u>pelos pais</u> .	Art. 539. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita <u>pelo seu representante legal</u> .	Art. 542 A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita <u>pelo seu representante legal</u> .
---	--	---

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

:

Seguindo o preceito que a pessoa é o valor-fonte dos valores jurídicos estabelecidos no Código Civil, após tratar dos direitos de personalidade, o Código aborda questões referentes à capacidade e à incapacidade das pessoas:

Tabela 3 Quadro Comparativo – Das Incapacidades e da maioridade civil

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Art. 5º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – <u>os loucos de todo o gênero</u> ; III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.	Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – <u>Os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos</u> ; III – os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.	Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – <u>os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos</u> ; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
Art. 6º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos; II – os pródigos; III – os silvícolas.	Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; II – Os fracos da mente, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; III – Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – Os pródigos; [art. 3º] IV – Os silvícolas, nos termos da legislação especial.	Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Art. 7º: Supre-se a incapacidade, absoluta ou relativa, pelo modo instituído neste Código, Parte Especial	[Sem artigo correspondente]	[Sem artigo correspondente]
Art. 8º: Na proteção que o Código Civil confere aos incapazes não se compreende o benefício de restituição.	[Sem artigo correspondente]	[Sem artigo correspondente]
Art. 9º: Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.	Art. 5º Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: a) Por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público independente de homologação judicial, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos; b) Pelo casamento; c) Pelo exercício de emprego público efetivo; d) Pela colação de grau em curso de ensino superior; e) Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria, tendo o menos dezoito anos completos.	Art. 5º: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II – pelo casamento; III – pelo exercício de emprego público efetivo; IV – pela colação de grau em curso de ensino superior; V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Do quadro comparativo acima, retira-se que houve poucas mudanças na disciplina da questão. No entanto, ressalta-se que, na visão tradicional do Direito Privado, a pessoa era vista como sujeito de direitos e deveres abstratos. Dessa forma, não interessava ao sistema neutro do Direito as vicissitudes de cada ser humano e as pessoas que possuíam alguma perturbação mental, discernimento

reduzido ou incapacidade transitória eram rotuladas e tratadas pelo Código Civil de 1916 como “loucos de todo o gênero”.

A Constituição Federal de 1988, ao colocar a pessoa no centro do ordenamento jurídico, passou a considerá-la não mais de forma abstrata, mas com todas suas singularidades, de forma a tutelar efetivamente pessoas que apresentam alguma vulnerabilidade, sejam elas, crianças, idosos ou portadores de transtornos mentais e do comportamento.

Assim, nos dizeres de Orlandi (2003b), alguma coisa mais forte, que vem pela história, pela memória, pela formação de sentidos constituídos em outras afirmações, em várias vozes, em um jogo linguístico-discursivo nas relações de poder desemboca na formação de novos discursos, às vezes alheio ao sujeito, mas sempre tendo-o como destinatário.

A autora ainda alega que é preciso observar o processo sócio histórico em que as palavras são produzidas, pois elas mudam de sentido dependendo da posição de seu locutor. Em 1916, empregar “loucos de todo o gênero” no Código não era visto como problema, pois era um termo próprio de sua época; contudo, com o discurso da valoração da pessoa humana o termo passou a ser ultrapassado e, até mesmo, politicamente incorreto.

Nessa linha de desenvolvimento, o Código Civil de 2002, no que se refere à capacidade civil, buscou melhorar o tratamento dado aos rotulados de “loucos de todo o gênero”, mas, ainda que tenha mudado o termo normativo empregado, não alterou de veras a substância do discurso. É possível dizer que o tratamento dispensado a essas pessoas sempre foi de certa forma muito infeliz:

O Projeto Beviláqua empregou a expressão “alienados de qualquer espécie” e o Código Civil de 1916 a transformou em “loucos de todos os gêneros”. Percebe-se, portanto, o perigo dos rótulos outrora utilizados e como, do próprio ponto de vista lexical, eles eram completamente indefiníveis e subjetivos (SÁ; MOUREIRA, 2011, p.102).

O Código Civil de 2002 melhorou a terminologia empregada ao substituir o termo “loucos de todo gênero” por “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” da vida civil. A nova expressão é mais genérica e propicia uma gradação da debilidade mental entre a total ausência e o reduzido discernimento da pessoa, ainda que não se tenha

atualizado a nomenclatura conforme apresentado pela Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde n. 10, que utiliza “transtornos mentais e do comportamento”.

Ressalta-se que em 1º de janeiro de 2022 entrará em vigor a nova Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID-11), a qual incluirá no rol de doenças mentais além dos “transtornos mentais e comportamentais” também os transtornos sobrevindos de um neurodesenvolvimento incompleto ou deficiente (*neurodevelopmental disorders*).

Ademais, pelo fato do Código Civil de 2002 regular as circunstâncias da vida contemporânea, adotou novos critérios para estabelecer a maioridade, que baixou de 21 para 18 anos. É sabido que, em virtude da Informática e da expansão cultural, as pessoas amadurecem mais cedo do que antes. Essa mudança fundamental refletiu-se também no campo da responsabilidade relativa, que passou a ser de 16 anos, correspondendo, aliás, à situação atual do adolescente de 16 anos, que é até eleitor em todos os planos da política nacional desde o Município até a União.

Tabela 4 Quadro comparativo – Do instituto da morte

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Art. 10º: A existência da pessoa <u>natural</u> termina com a morte. Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos dos artigos 481 e 482.	Art. 6º: A existência da pessoa <u>física</u> termina com a morte. Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.	Art. 6º: A existência de pessoa <u>natural</u> termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Fonte: BRASIL, 2018a; BRASIL, 2018b; BRASIL, 2018c – respectivamente.

Segundo o Código Civil, a morte acarreta o fim da existência da pessoa natural. No entanto, é preciso pensar que, assim como nos últimos tempos houve a construção de um direito de uma vida digna, acompanhado esse pensamento, também há a questão de uma morte digna.

A Constituição Federal (em seu artigo 5º, *caput*) estabelece a inviolabilidade da vida, direito também garantido nos artigos 227 e 230 do mesmo diploma. Contudo, aliada à inviolabilidade da vida está a inviolabilidade da liberdade e tem-se a saúde estabelecida como um direito social em diversos trechos da Constituição. A

Constituição também previne a pessoa de tratamentos desumanos, degradantes e de tortura, além da previsão da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º.

Nesse contexto de aparente conflito entre princípios norteadores do direito brasileiro, a justiça se posiciona no sentido de considerar o homicídio, ainda que atenuado, práticas como a eutanásia e a ortotanásia a serem tolerados.

Deste modo, verifica-se que o direito brasileiro entende que a obrigação do Estado em zelar pela vida se sobrepõe ao direito individual de se optar pela morte, mesmo que um paciente venha a alegar a sua vontade de morrer antecipadamente, em virtude de sua condição de saúde possa lhe garantir felicidade, dignidade e que o contrário disso seria uma situação torturante.

Partindo do pressuposto que o direito a uma morte digna também pode ser compreendido como o direito a uma boa vida, de que adiantaria a governantabilidade do Estado garantir a vida, a qualquer custo se, neste sentido, uma série de outros princípios seriam violados e se a própria manutenção da vida do indivíduo poderia estar sendo entendida por este como uma condição desumana, degradante e indigna? Fica a questão para ser debatida nos setores de Bioética e Biodireito, vez que não é o fim a que se propõe o presente trabalho.

Tabela 5 Quadro comparativo – Da tutela da integridade física

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
[Sem correspondência no Código Civil de 1916]	Art. 13. Salvo exigência médica, os atos de disposição do próprio corpo são defesos quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. Admitir-se-ão, porém, tais atos para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.	Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

[Sem correspondência no Código Civil de 1916]	Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.	Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.
[Sem correspondência no Código Civil de 1916]	Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.	Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

O direito à integridade física e psíquica integra os direitos de personalidade, não podendo, pois, ser alienado ou transmitido a outrem. Por isso mesmo, são vedados atos de disposição do próprio corpo, que importem diminuição permanente da integridade física. Permite-se, porém, a venda ou doação dos cabelos, porque o direito à integridade física não alcança o que se regenera ou cresce facilmente. Ofende, porém, a liberdade pessoal e pode constituir injúria real o corte de cabelo contra a vontade de seu portador. Não há, no caso, ofensa à propriedade, porque o corpo é parte da pessoa física, e não um objeto de domínio.

Tabela 6 Quadro comparativo – Direito ao nome

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o nome patronímico.	Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o <u>nome</u> patronímico.	Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Ainda se atentando ao léxico e ao conteúdo semântico da redação das leis, no artigo dezesseis encontra-se o termo final *patronímico* retirado da redação de 2002. A palavra faz referência ao nome do pai e, nesse sentido, a lei estabelece que se todos tenham direito a sobrenome, não mais aludindo à visão tradicionalista de família cujo cerne era a figura paterna e, portanto, seu nome figuraria atribuição de

cidadania. Essa nova concepção é mais um sinal de que a igualdade de gênero tem se feito presente no pensar e redigir de leis e, no caso do Código, é adotado como matriz em todo o contexto normativo.

Depois de enunciados os direitos e deveres das pessoas, o Código passa a tratar da projeção natural desses direitos e deveres, que são as obrigações e os contratos. Destacam-se os seguintes artigos:

Tabela 7 Quadro comparativo – Da liberdade de contratar

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002	Medida Provisória 881/2019
[Sem artigo correspondente]	Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.	Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.	Art. 7º. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.
[Sem artigo correspondente]	Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.	Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.	[A Medida não alterou a redação deste artigo].

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Sobre o texto original do artigo 421 do Código Civil, está consagrado o princípio da liberdade contratual, como também em outros artigos, como por exemplo, artigo 422 e artigo 2.035 da mesma legislação. Tal princípio é celebrado, trazendo a função social do contrato e em conjunto os princípios de probidade e de boa-fé como fundamentos para tais ajustes.

Quando a lei esboça o termo liberdade, traz consigo um contexto histórico, social, econômico, político, que deveria ser absolutamente a expressão de regras que representem a "sociedade e sua realidade codificada", se analisada discursivamente, pode destoar de seu objetivo primeiro. Tratando-se de um direito estampado já na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que rege: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade."

A Constituição Federal de 1988, inaugurando um período democrático, por sua vez, trata em seu artigo 5º sobre as garantias e direitos fundamentais que cada cidadão possui. Esboça diversos princípios relacionados aos direitos e garantias fundamentais, entre eles, o princípio da liberdade e da igualdade.

Como já mencionado em reflexão a outros dispositivos do presente Código, é inconcebível o direito à igualdade sem primeiro garantir o direito à liberdade, pois ambos são, antes de garantias fundamentais, princípios basilares e devem (deveriam) ser inerentes à toda pessoa humana. Teoricamente, a lei busca sanar tais igualdades, formal e material, trazendo uma interpretação doutrinária para a aplicação de tal princípio.

Todavia, ainda possuímos a igualdade substancial ou igualdade de resultados, mas esta não é tão explanada e festejada pela doutrina ou pelos especialistas. Quando se fala na defesa por igualdade no debate público dentro do nosso país, frequentemente, refere-se justamente a este tipo de igualdade. É um conceito que colide muito com dois anteriores, pois as ações do Estado para promover porções justas a todos, reduzem a liberdade individual. O que soa um tanto como contraditório, já que o discurso da lei é a liberdade, a igualdade, a função social.

Dentro desse discurso, afirma-se que a abstenção do Estado e a liberdade de firmar contratos livremente provoca maior desigualdade social. É aqui que, analisando o discurso, encontra-se uma contradição, pois o sujeito, ao mesmo

tempo em que é livre, é submisso. A partir das relações sociais, a pessoa teve que se tornar seu próprio proprietário e, ao mesmo tempo que tem vontade, tem responsabilidade.

Conforme Orlandi (2003b), na sociedade capitalista, tem-se uma forma de assujeitamento mais abstrata e carregada de formalismo jurídico a que se submete o sujeito. Contudo, igualmente o apresenta como livre e responsável. O assujeitamento aqui acontece de modo que o discurso apareça como instrumento do pensamento e um reflexo da realidade.

Perceber essa relação entre poder e saber levou Foucault a reformular a pergunta inicial de suas pesquisas: não mais examinar como os discursos das ciências humanas galgaram ao estatuto de verdade, mas refletir sobre as condições históricas, políticas e econômicas que possibilitaram seu surgimento. O que lhe interessa é complementar a análise do saber a partir da articulação entre os discursos de verdade e as práticas sociais e institucionais, isto é, compreender como os saberes se tornam dispositivos políticos que auxiliam os mecanismos de poder. A preocupação de Foucault volta-se, então, para os efeitos coercitivos das práticas discursivas e das práticas institucionais, que funcionam em uma dinâmica circular em que a mecânica do poder reclama os efeitos de verdades. (FOUCAULT apud MAGALHÃES, 2008, p.13)

Todavia, para Foucault, afirmar que o sujeito é um efeito das relações de poder e das relações de saber não significa que ele está submetido a uma força incontornável que predispõe os acontecimentos. Poder-se-ia pensar que falar em sujeitos livres seria uma contradição em termos, já que sujeito é aquele que está sendo sujeitado. Todavia, para Foucault, mesmo sendo sujeitados, os indivíduos possuem um campo de possibilidade para várias condutas e diversos comportamentos. Desse modo, o sujeito é livre, pois “se há relações de poder em todo o campo social, é porque há liberdade em todo lugar.” (FOUCAULT apud MAGALHÃES, 2008, p.13).

A Medida Provisória 881, intitulada de “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”, alterou a redação do artigo 421 do Código Civil para constar que a liberdade de contratar também deve ser orientada pelas disposições acrescentadas pela Medida.

Tal Medida elenca como seus princípios norteadores: “I – a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas; II – a presunção de boa-fé do

particular; e III – a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas” (BRASIL, 2019, art. 2º).

Conforme a Medida, os direitos de liberdade econômica se constituem direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, sendo essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País (BRASIL, 2019, art. 3º).

Inobstante, com as necessárias modificações trazidas pela Medida Provisória com o fito de desburocratizar as relações privadas brasileiras, é necessário atentar-se às contradições que a relativização da função social do contrato pode trazer à matéria, vez que o oporia aos artigos considerados a espinha dorsal dos contratos no Código Civil de 2002 (tais como os artigos 113, 187, 413, 416, 422, 423, 424, 473 e 2.035).

A Medida parece buscar o caráter individualista outrora presente no Código de 1916 ao querer que se mitigue o modelo intervencionista atualmente aplicado no Código de 2002, que possui indescritível importância, pois, ao lado da boa-fé, objetiva diminuir eventuais desequilíbrios e abusividades entre as partes no contrato.

Tabela 8 Quadro comparativo – Da resolução do contrato por onerosidade excessiva

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
[Sem correspondência no Código Civil de 1916]	Art. 477. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.	Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Consoante Reale (2002c, p. 8), “o que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de ideias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam”.

No Projeto, bem como no Código Promulgado, prevalece o entendimento que o Direito Positivo não é um produto acabado, sendo a imprescindível a eticidade do ordenamento. Reale (2002, p. 5) ainda afirma que “o código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula *rebus sic stantibus*”.

Aqui, apresenta-se a antinomia entre o denominado *pacta sunt servanda* (contrato faz lei entre as partes) e o *rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão), vez que o primeiro visa preservar a autonomia da vontade, a liberdade de contratar e a segurança jurídica de que os instrumentos previstos no nosso ordenamento são confiáveis, enquanto o segundo tem o condão de proteger o bem comum, o equilíbrio contratual, a igualdade entre as partes e a certeza de que o interesse particular não predominará sobre o social.

Nesse contexto, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o Direito Obrigacional. No Código de 2002, surgiu uma nova figura, que é a da resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual. Antes da vigência do novo código, somente era possível rescindir um contrato em razão de atos ilícitos; assim, o direito de resolução obedece a uma nova concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade.

Reconheceu-se a hipótese de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que de forma inesperada venham alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa. Esse reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça, em consonância com o princípio de eticidade que, conforme Reale (2002, p. 4) fundamenta “é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores”.

Percebe-se, nesse percurso, que o novo código abandonou o formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade do século passado para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, sobretudo em uma época em que o desenvolvimento dos meios de informação vêm ampliar os vínculos entre as pessoas e a comunidade (REALE, 2002).

Da mesma forma, ao abordar o ato ilícito, o legislador novamente prima pela aplicação de cláusulas gerais, a fim de possibilitar modelos jurídicos hermenêuticos, como exposto:

Tabela 9 Quadro comparativo – Dos atos ilícitos

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Art. 159. Aquele que, por ação <u>ou</u> omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar <u>prejuízo</u> a outrem, <u>fica obrigado a reparar o dano</u> . A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.	Art. 184. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que simplesmente moral, comete ato ilícito.	Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito <u>e</u> causar <u>dano</u> a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Sem correspondência no Código Civil de 1916.	Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.	Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou não exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.	Art. 186. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, <u>ou a lesão a pessoa</u> , a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.	Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, <u>ou a lesão a pessoa</u> , a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Observa-se que o artigo 186 do Código promulgado estabelece os requisitos dos atos ilícitos (atos contrários à lei), quais sejam violar direito **e** causar dano a outrem. Já no artigo 159 do Código Civil de 1916, os requisitos eram alternativos: violar direitos **ou** causar prejuízos a outrem.

A nível linguístico, verifica-se que o legislador preferiu a utilização da conjunção aditiva “e” para substituir no texto da lei a conjunção alternativa “ou”, que dá a ideia de alternância de fatos ou escolha entre um e outro. Pode-se afirmar que, no Código anterior, havia uma maior rigidez no tange aos requisitos do ato ilícito, aquele que violasse o direito **ou** causasse prejuízo já incorreria em ato ilícito. Já no Código atual, é preciso que se cumpra os dois requisitos: aquele que violar direito **e** causar dano a outrem comete ato ilícito.

Ainda no artigo 186, do Código Civil de 2002, percebe-se a substituição do léxico “dano” pelo léxico “prejuízo” utilizado no código anterior. Conforme Bueno (2007, p. 214 e 619), dano significa “mal que se faz a alguém; prejuízo ou deterioração de coisa alheia; perda” e prejuízo “ato de prejudicar; dano; perda”. Vê-se, portanto, que são palavras sinônimas e substituição não alterou o significado que o legislador quis imprimir.

O artigo 187, do Código Civil de 2002 aparece como uma inovação, uma vez que, no diploma revogado não se encontra correspondente, nele é possível vislumbrar variadas formações discursivas convergentes para limitações (econômicas, sociais, boa-fé e bons costumes) que a pessoa titular de um direito não poderá ultrapassar no seu exercício, sob pena de cometer ato ilícito.

Já no artigo 188, do novo código, ficaram estabelecidas as hipóteses em que o legislador considera que um ato, mesmo lesivo, não será ilícito. Ressalta-se que, no caso do inciso II, verifica-se que houve o acréscimo da hipótese da “lesão a pessoa” para afastar perigo iminente, o qual não está presente na redação do código anterior. No entanto, conforme o artigo 929 do Código de 2002, se a pessoa lesada não deu causa ao “perigo iminente”, terá direito à indenização do prejuízo que, eventualmente, sofreu.

A partir do discurso que considera o ser humano destinatário da norma jurídica e também agente de sua aplicação, a classificação dos fatos jurídicos igualmente coloca a pessoa em seu cerne.

Em síntese, conforme a classificação de Gagliano e Pamplona (2018, p. 368), pode-se dizer que se parte dos fatos – ordinários (o nascimento, a morte, o decurso do tempo) ou extraordinários (provenientes do caso fortuito e da força maior) – em que a intervenção humana é inexistente (são os fatos jurídicos *stricto sensu*); passa-se por situações em que, embora a atuação da pessoa seja substância do fato jurídico, não importa para a norma se houve, ou não, manifestação de vontade em

praticá-lo (ato-fato jurídico) até chegar nas situações em que se destaca juridicamente a ação da pessoa, seja com consequências jurídicas impostas pela lei e não escolhidas pelas partes (ato jurídico *stricto sensu* ou meramente lícito), seja pela regulamentação da autonomia privada (negócio jurídico).

O que interessa no estudo dos fatos jurídicos neste momento é a atuação humana com efeitos não desejados pelo ordenamento jurídico, o que constitui o ato ilícito. Assim, “será ilícita conduta de qualquer sujeito que importar o desrespeito a direito titularizado por outrem” (COELHO, 2012, p. 804). Para ilustrar este dispositivo, ao autor se utiliza do exemplo do motorista que trafega em velocidade acima da permitida que desrespeita o direito dos demais motoristas e pedestres das vias por que passa. Essas pessoas têm em comum o direito de não serem expostas ao risco de dano por acidente de trânsito. E tal direito decorre do direito à vida, à saúde, à incolumidade física e ao sossego.

Ainda, integram o conceito de ato ilícito no direito positivado brasileiro a culpa e o dano que, para Coelho (2012, p. 804):

[...] quando norma jurídica de direito civil menciona a culpa, em princípio está abrangendo tanto as hipóteses de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia) como as de dolo (ato voluntário e intencional). Por outro lado, a culpa, em sentido largo ainda, pode traduzir-se numa *ação* (ato comissivo) ou *omissão* (ato omissivo) do sujeito da conduta ilícita. Incorre em ilícito, por exemplo, tanto aquele que engana a parte declarante de negócio jurídico ao lhe prestar falsas informações sobre o objeto em negociação como o que a engana ao lhe sonegar informação essencial.

O segundo elemento que compõe o conceito legal de ato ilícito (o dano), pode se dar na esfera patrimonial, ou ainda, na esfera exclusivamente moral (art. 186 do Código Civil).

Segundo Reale (2002c), o Projeto trouxe uma inovação original que é o tratamento do Direito de Empresa no interior do Código Civil, o que é natural já que essa disciplina diz respeito à situações em que as pessoas se associam e se organizam a fim de, em conjunto, dar eficácia e realidade ao que pactuam.

Ainda na Parte Especial, ficaram estabelecidas as regras referente ao Direito das Coisas, sendo este regulamentado em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social,

superando-se o conceito de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor.

Em seguida, vem o Direito de Família, do qual nos interessa destacar:

Tabela 10 Quadro comparativo – Do pátrio poder para o poder familiar

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao <u>pátrio poder</u> enquanto menores.	Art. 1.685. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao <u>pátrio poder</u> , enquanto menores.	Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao <u>poder familiar</u> , enquanto menores.
Art. 380. Durante o casamento compete o <u>pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher.</u> Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência.	Art. 1.686. Durante o casamento, compete o <u>pátrio poder aos pais</u> . Na falta ou impedimento de um deles, passar o outro a exercê-lo com exclusividade. Parágrafo único: Ambos os genitores devem decidir em comum as questões referentes ao pátrio poder, mas, se divergiem, prevalecerá a vontade do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução de divergência em questões essenciais.	Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o <u>poder familiar aos pais</u> ; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

O Código Civil é regido pelo dispositivo da sociabilidade, o que faz prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perder, no entanto, o valor fundante da pessoa humana. Se distingue do texto anterior por se adequar melhor à realidade pós-redemocratização, revisando os direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional denominados por Reale (2002c): o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.

Para elaboração do Código foi necessário situar direitos e deveres no contexto da nova sociedade, que emergiu de duas guerras universais, bem como da revolução tecnológica e da emancipação da mulher. A partir disso, propôs-se a substituição do "pátrio poder" por "poder familiar", aquele sobrevivente do direito

romano, vindo do poder patriarcal, este exercido em conjunto por ambos os cônjuges em favor do casal e da prole (REALE, 2002c).

O artigo 1.630 do Código Civil exposto acima, traz em seu texto, a nível lexical, as alterações trazidas pelo Código Civil de 2002. No título do Capítulo, já se percebe escancarada a mudança, que pode parecer numa leitura desatenta, uma simples mudança semântica, mas trata-se de mudanças principiológicas, axiológicas, políticas, históricas, discursivas, conceituais.

Denominava-se Pátrio Poder, *patrius, a, um* 'paterno, de pai', relativo a, ou pertencente aos pais. O Código Civil de 2002 optou por utilizar o termo “poder familiar” no lugar de “pátrio poder”, tendo em vista que este, etimologicamente, remete a “pai”. Ambos os termos são utilizados para designar o complexo de direitos e deveres que compete aos pais (de acordo com o Novo Código, pai e mãe) em relação aos filhos menores de 18 anos.

A alteração no título e, posteriormente, no artigo 1.630 do CC, ou seja, utilização da expressão “poder familiar” deixa mais claro que a criação e a educação dos filhos competem ao pai e à mãe, em igualdade de condições, em respeito à Constituição Federal e também ao ideário das normas ordinárias, infraconstitucionais que devem ser olhadas sempre à luz da Carta Magna.

O artigo 1.631 do CC, além da alteração acima citada, traz além do casamento, a União Estável, reconhecendo-a como entidade familiar, conforme o §3ºart. 226 da Constituição Federal, só pode ser entre homem e mulher. Menciona, ainda, o cuidado dos filhos, trazendo ambos – casamento e união estável – para mesmo quadrante, permitindo assim que pessoas possam ter positivada sua situação frente ao poder familiar de seus filhos.

Importante salientar, que falando em igualdade, de gênero neste caso, o Código Civil, contempla assegurado no artigo 1.631 que, caso haja divergência entre os pais (mãe e pai), qualquer um deles poderá recorrer à tutela judicial.

Outra mudança ocorreu em relação à igualdade também dos filhos, com o fim de articular o que foi enunciado pela Constituição de 1988, vez que eliminou-se toda e qualquer diferença entre filhos legítimos, naturais, adulterinos, espúrios ou adotivos.

No quadro abaixo, de igual forma ao dispor sobre a curadoria do nascituro, verifica-se a atualização dos termos pátrio poder para o poder familiar:

Tabela 11 Quadro comparativo – Da curadoria do nascituro

Lei nº 3.071/1916	PL 634/1975	Lei nº 10.406/2002
Art. 462. Dar-se-á ao curador nascituro, se o pai falecer, estando a mulher <u>grávida</u> , e não tendo o <u>pátrio poder</u> .—Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.	Art. 1827. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando a mulher <u>grávida</u> , e não tendo o <u>pátrio poder</u> . Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.	Art.1779. Dar-se-á curador do nascituro se o pai falecer, estando grávida a mãe, e não tendo <u>poder familiar</u> . Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita seu curador será o do nascituro.

Nota: documentos consultados em sua versão digitalizada e referidos em devida seção deste arquivo.

Do disposto no quadro acima, observa-se que a situação gravídica da mulher não é impedimento para que esta possa representar o nascituro, excetua-se somente o caso da genitora estar interditada.

Salienta-se que a interdição no direito civil vigente é necessária quando uma pessoa se mostra incapaz de medir as consequências de suas ações e administrar seus bens, seja por doença ou vício. Nesses casos, os membros da família podem solicitar uma interdição judicial e, se concedida por um juiz de Vara de Família, a medida delega a outra pessoa o poder de representação em todas as decisões legais, não apenas quanto a movimentações financeiras, mas também assinatura de contratos e casamento.

Na mesma conjuntura do artigo supracitado, há a evidente utilização da expressão “poder familiar” em substituição ao léxico “pátrio poder”, em consonância com a constitucional igualdade de gênero. No entanto, se observa que o Código foi omissivo (silente) em abordar questões relativas às relações entre homoafetivas. Isto porque, embora o código tenha sido aprovado sob a vigência da Constituição, é preciso reconhecer que o projeto foi elaborado ainda em 1975, sua construção legal se deu com base em um discurso menos liberal, no que se refere aos costumes.

Assim como as palavras, os silêncios também tem significado e são uma maneira diferente de exprimir as coisas, não deixando de constituir a linguagem. Além do silêncio que constitui a linguagem, há também o silêncio construído discursivamente, ao longo da história, nas diferentes culturas e sociedades. Através das relações de poder, o silêncio sobre alguns assuntos é imposto a determinadas pessoas ou grupo de pessoas.

Tem-se, desta forma, aquilo que é da ordem do dizível – que pode ser dito naquele momento histórico, por alguns grupos sociais – e aquilo que é silenciado – interdito na produção e circulação de alguns discursos em determinados espaços sociais. Nos dizeres de Foucault, sempre que um discurso é silenciado, outro é colocado em circulação para atender interesses de quem detém o poder.

Sobre o procedimento de interdição, revela-se:

Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala [...] em nossos dias, as regiões onde a grade é mais cerrada, onde os buracos negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: como se o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, fosse um dos lugares onde elas exercem, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes. (FOUCAULT, 1996, p. 9-10)

As interdições, segundo o filósofo, revelam o desejo e o poder infiltrados no discurso. Em sua perspectiva, no discurso, há aquilo que manifesta – ou oculta – o desejo e também aquilo que é objeto do desejo. O discurso não se constitui nas lutas ou nos sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder que se quer apoderar. (FOUCAULT, 1996)

O silenciamento é um processo discursivo que resulta de práticas sociais, regidas por relações de forças de dominação e resistência. É preciso compreender que, mesmo os discursos silenciados podem escapar e aparecer sob outras formas. São os movimentos de resistência que transformam as práticas sociais e discursivas de uma sociedade.

Em que pese, atualmente, o Código Civil (artigo 1723) reconhecer como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” pode ser que, em um futuro próximo, venha a ser aprovado o Projeto de Lei do Senado n. 612/2011, segundo o qual a lei será alterada para estabelecer como família “a união estável entre duas pessoas”, mantendo o restante do texto do artigo.

No caso, o silenciamento do Código se deu em virtude de uma aplicação aberta dos ditames constitucionais. Há uma concreta liberdade da mais ampla

extensão decorrente do silêncio intencional da Constituição quanto ao tema do emprego da sexualidade humana.

Essa ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual possibilita a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (Constituição, artigo 5º, inciso II) e de que o emprego da sexualidade humana diz respeito à intimidade e à vida privada, as quais são direito da personalidade.

Sob esses argumentos, o Supremo Tribunal Federal regulou a questão e permitiu não só a união estável entre pessoas do mesmo sexo, bem como também o casamento (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ).

3.2.1. O direito à vida e a pessoa natural no Código Civil de 2002

No direito hodierno, tem-se o dispositivo do direito à vida como primordial. Por óbvio não poderia ser diferente, vez que o direito à vida é o que garante a recepção de todos os demais direitos. Historicamente, esse dispositivo teve a sua construção iniciada com a religião e, circunscrevendo-se à proposição desta pesquisa, limita-se a abordar a tradição religiosa ocidental, pois foi a que mais influenciou na realidade brasileira.

Nesse desiderato, pode-se afirmar que a teoria judaico-cristã prevaleceu sobre as demais, gerando um discurso que atribui a Deus a criação da humanidade, empregando, assim, à vida, uma sacralidade, sobre a qual não se pode atentar (RECKZIEGEL; CONINCK, 2015).

Citando a Bíblia Sagrada, Roberto (2011, p. 340) aponta que Deus, em primeiro lugar:

[...] criou a luz (dia), o firmamento (céu), a terra, o mar, o Sol, a Lua e as estrelas. Vendo que tudo isso, mesmo sendo maravilhoso, não era suficiente, criou então a VIDA, primeiro a vida vegetal (ervas, sementes, árvores, frutos) e depois criou a vida animal (pássaros, baleias, peixes, animais domésticos, répteis e feras). Coroando Seu trabalho, criou então o homem e a mulher, tendo soprado sobre eles um sopro de vida, tornando-os seres viventes.

Ao mesmo passo que a religião, a filosofia também contribuiu para a formação do discurso da proteção à vida. Tem-se notícia que foi a civilização grega

que sistematizou o primeiro conjunto de ideias coerentes acerca da vida humana. Tanto é que o léxico vida (da raiz latina *vita*) tem sua origem no grego antigo nos termos *zoé* e *bíos*. Representando, respectivamente, a organicidade da vida partilhada por todos os seres vivos e a vida humana com a sua simbologia, moral e política.

Essa dualidade de significados reflete na maneira como se percebe o homem e a vida humana, na qual se tem a conjunção de sua condição básica como *homo sapiens* (que compartilha com todos os outros seres biológicos) adicionada a sua versão evolutiva adjetivada pela cidadania, política, moral e capacidade cognitiva, que o permite se caracterizar como cidadão ou pessoa (SCHRAMM, 2010).

Os gregos faziam essa distinção (entre *zoé* e *bío*) por considerarem que o ser humano, possui além do corpo: a linguagem, a competência moral e a política para viver como indivíduo ou membro de um grupo (SCHRAMM, 2010).

A contrassenso do discurso propagado atualmente, no período antigo, as teorias filosóficas, assim como as doutrinas religiosas, ressaltavam as obrigações e responsabilidades morais universais e não os direitos positivados como nos dias atuais.

No pensamento jusfilosófico grego, a pessoa era colocada como a origem e a finalidade do Direito. Embora se possa verificar algumas manifestações isoladas da proteção da pessoa na antiguidade, como a *hybris* grega e o *actio iniuriarum* romano, tal proteção não se assemelha ao que hoje concebe-se por tutela dos direitos da personalidade, já que, neste período histórico, a posição que a pessoa ocupava na sociedade influenciava o tratamento e capacidade que ela receberia (CANTALI, 2008).

Originalmente, em Atenas, a proteção da pessoa e da sua personalidade instrumentalizou-se, pela ideia de *hybris* e de sua respectiva ação judicial, inicialmente de caráter penal, cujo objeto era a

[...] punição de ultrajes ou sevícias sobre a pessoa de um cidadão, mas que, com o decurso do tempo, se vai complementando com o sancionamento de outros tipos legais ilícitos de ofensa à personalidade, como ações públicas ou privadas por lesões corporais, difamações, estupros ou uso proibido da força sobre coisa alheia. (SZANIAWSKI, 2004, p. 24-25)

Já o *actio iniuriarum* consistia em um interdito, que no Direito Romano visava defender o indivíduo contra toda ofensa à sua pessoa, abrangendo aquelas relacionadas à honra, à liberdade, ao nome e até às relações familiares do indivíduo, contemplando não apenas a sua integridade física, como sucedia de início (SZANIAWSKI, 2004).

Em relação à capacidade das pessoas no direito romano, Beviláqua (1929, p. 92) faz as seguintes considerações:

Se o indivíduo reunia os três estados de “liberdade”, de “cidade” e de “família”, gozava de capacidade plena. Se lhe faltava algum desses estados, sofria uma restrição de capacidade (“capitis minutio”), a qual seria “máxima”, importando a perda de todos os direitos, no caso de o indivíduo não ter liberdade, “média”, no caso de ser estrangeiro, e “mínima”, de não ser agnado de uma família. Estes três estados achavam-se, entre si, na seguinte relação: o de família dependia do de cidade e este do de liberdade, de modo que o indivíduo necessitava de ser livre para ter direitos de cidade e de família, e somente lhe eram assegurados os direitos ligados à agnação, se fosse romano.

Já na Idade Média, com o advento do cristianismo, foram verificados os primórdios do desenvolvimento da noção de pessoa e dos direitos da personalidade. É nesse período que o discurso em torno da dignidade humana e valorização do indivíduo enquanto pessoa começa a ser construído, todavia, ainda atrelado à personificação da imagem divina (CANTALI, 2008).

No período renascentista, algumas noções quanto ao direito à vida foram revisitadas. O humanismo emergente no século XVI traz importante contribuição ao reconhecer a personalidade humana como um valor próprio, inato, expresso na ideia de dignidade do homem.

Nessa passagem à Idade Moderna cresceu a preocupação com a formação de uma noção jurídica geral e abstrata de pessoa. No movimento de codificação do direito, a noção de pessoa foi construída segundo um significado genérico e abstrato, sob um discurso marcado por interesses políticos, econômicos, sociais e jurídicos eleitos como relevantes pelo racionalismo moderno.

Sob duas premissas, a noção de pessoa (e por consequência o direito à vida, como seu direito personalíssimo) ficou assentada: no direito, o universalismo-individualismo pregados pelos iluministas que, mediante uma roupagem de igualdade, embasaram a idealização do Direito único, estável e individualista

pretendido como garantia ao seguro desenvolvimento do comércio livre e sem fronteiras; e, na economia, o liberalismo-capitalismo pregados pela emergente classe burguesa na sua atuação política e econômica que, igualmente, sob o norte do individualismo, inspiravam a pretensão de uma autonomia apta a potencializar a criatividade dos seus sujeitos.

Ainda neste período, se edifica a construção da teoria do direito sobre a própria pessoa, a teoria do *ius in se ipsum*, pela qual permitia-se que a pessoa fizesse de si o que melhor lhe conviesse, ressalvadas algumas limitações calcadas em proibições legais, como a proibição de suicídio e de automutilação. De acordo com Szaniawski, o Renascimento e o Humanismo “[...] conduziram os juristas da época à formulação do direito geral de personalidade, como um *ius in se ipsum*, surgindo as primeiras noções de direito subjetivo e a existência de um poder de vontade individual” (STANIAWSKI, 2005, p. 38).

Nessa perspectiva, Hobbes (1979) visualizou uma norma geral na lei da natureza, determinada pela razão, que não permitia ao homem destruir a própria vida, nem ser negado o seu direito de preservá-la (nem deixar de dizer ou realizar qualquer ato que pudesse ajudar a preservá-la). Assim, surgiu a necessidade de se firmar um contrato mútuo visto que o ser humano, em seu estado original e individualista, vive em uma condição caótica sem alcançar a paz.

Dessa noção, retira-se que, com o intuito de superar o uso exclusivo da força, realiza-se um contrato entre aqueles interessados em preservar suas vidas, celebrando, assim, a paz entre os pactuantes, protegendo-os das ameaças da luta pela sobrevivência. Contudo, aqueles que não participam desse acordo não têm o valor intrínseco de suas vidas reconhecido, devendo cuidar de si mesmo se quiserem continuar vivos.

Singer (1994), um utilitarista, considera o contratualismo muito restrito, pois só abrange quem está na “mesa de negociação”. O autor oferece uma ideia mais abrangente ao direito à vida, pretendendo deixar de lado o “especificismo” – que defende somente a própria espécie *Homo sapiens* – considera esse direito inerente também aos seres “sencientes” (que não são racionais ou autoconscientes, mas manifestam diferentes graus de compreensão), tais como recém-nascidos, deficientes mentais e, ainda, golfinhos, chipanzés, cães e gatos. Em seu pensamento, é um erro não reconhecer o direito de todos esses seres à vida, por estes não poderem participar da instituição de um contrato.

Conforme Jhering (1950), a proteção à vida se deu mais por uma causa preeminente social do que pela importância da vida individualmente considerada. Isto se justifica porque, para a existência da sociedade, são necessárias quatro condições fundamentais, quais sejam: a conservação e a propagação da vida, o trabalho e as relações sociais. Para o autor, o homem é movido por três estímulos poderosos: o instinto da conservação, o instinto sexual e o amor do lucro.

Jhering também acrescenta que o ser humano pode iludir a natureza reduzindo o número de nascimentos; “a mãe pode destruir os germens da vida, suprimir a criança recém-nascida; os pais podem expô-la, mutilá-la” (1950, p. 301). Face a esses perigos, o Estado cria um sistema que penaliza o aborto, o infanticídio, a exposição e a mutilação de crianças. Contudo, não se tem apenas interesse na proteção da criança e no cuidado de preservar-lhe a existência, segundo o jurista, esse é um ponto de vista puramente religioso e o que o Estado quer de fato, é preservar as condições da vida da sociedade, vez que “se a reprodução for ameaçada, corre perigo a sociedade” (JHERING, 1950, p. 301-302).

Assim, o direito à vida pode ser associado a um direito à conservação da vida. O indivíduo pode gerir e defender sua vida, contudo sem dela dispor e a ação lesiva contra a vida se justifica somente em casos de legítima defesa ou estado de necessidade. Abrange, portanto, um direito subjetivo de defesa.

Além do direito a conservação da vida existente, há ainda um direito ao desdobramento e evolução da vida. O discurso que se encontra na legislação brasileira é o de que o direito à vida é um direito fundamental e inerente a todos os seres humanos. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 5º que são invioláveis o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Ainda:

[...] O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o “direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde” e (b) “o direito de subsistência”: o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao “direito de prover à própria existência”, mediante trabalho honesto. (CRETELLA JUNIOR 1988, p. 182-183)

Ao contrário do que ocorria na Roma antiga, o direito à vida, em seu sentido contemporâneo, se expressa de modo a não mencionar classe, cor, sexo ou *status* social, nesse sentido GONET e MENDES (2011, p. 278) pontuam que:

[...] a existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte, não faria sentido declarar outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

Nesse contexto, inaugurando os dispositivos privados, o artigo 1º do Código Civil de 2002 anuncia que “toda pessoa é *capaz* de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002, Art. 1º). E vai além, pois, verifica-se que o Código Civil – como expressão do poder estatal – disciplina todos os atos da vida civil, desde o momento do nascimento (sendo este com vida) o Estado determina, mediante o Código, se ela é uma pessoa.

Posteriormente, o Código determina as expectativas de direito, prevê os direitos do nascituro, disciplina todos os atos que devem ser praticados, para controle do Estado. Diz quando a pessoa é capaz ou incapaz e, no último caso, como será representado ou assistido.

Da mesma forma, determina, com qual idade se dará capacidade (no caso daquela por critério biológico), podendo dessa forma recensear (administrativamente), pois, apesar de o código juridicamente dizer os prazos, é na esfera administrativa que serão feitos os documentos para que seja regulamentado tais atos (como certidões de nascimento, carteira de identidade, Carteira de vacinação, CTPS, Cadastro de Pessoa Física). Sem tais documentos, a pessoa não trabalha, não tem acesso à saúde, não tem acesso à educação, à justiça, à segurança, à moradia, à políticas públicas, à previdência, ou seja, não é a pessoa sujeita aos direitos e deveres que o Código Civil preconiza em seus artigos e incisos.

Está elencado ainda sobre os contratos que são regulamentados pelo Codex, como o casamento, que trazem em seu bojo os vários regimes de bens, dos impedimentos para o casamento, mais uma vez, percebe-se o braço do Estado atuando e gerindo as nuances da vida da sociedade brasileira, mas tendo heranças e influências do Direito Romano e do Direito Português.

O Código disciplina muitos outros institutos, acompanhando a vida da pessoa e chegando até a morte, momento em que se finda a vida humana. Contudo, a

proteção jurídica a ela continua, seja nas questões da personalidade referentes à honra, seja nas questões patrimoniais referentes à sucessão.

Evidencia-se, portanto, a prática das noções de biopolítica e de biopoder, elaboradas por Foucault. Para o filósofo, a biopolítica constrói o ser humano enquanto como sujeito e, pelo biopoder, emanado de todos os lugares e indo à todas as direções, o Estado administra o seu governo sobre os humanos que, mediante as práticas disciplinares envolvidas pela Constituição e pelos Códigos, ficam capturados pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida (FOUCAULT, 2008).

A biopolítica é o meio que a prática dos governos se utiliza, na Modernidade, para tornar a vida humana objeto do poder soberano, que pode, assim, transformá-la como bem quiser, sob um discurso de garantir, incentivar e promover a saúde coletiva pelo controle dos eventos e fenômenos que incidem sobre a segurança e o bom funcionamento das sociedades.

Do ponto de vista histórico-jurídico, os direitos humanos são objeto de discussão constante ao longo do tempo, se colmatando em construções teóricas numa perspectiva evolutiva. Areladas a isso, se desenvolveram teorias dimensionadas em fases, gerações, conforme o entendimento doutrinário de cada época.

3.3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

A dignidade da Pessoa Humana é constituída por direitos naturais inerentes a todos os seres humanos, independem de raça, idioma, religião, condição social, sexo, etnia, credo qualquer outra característica que o ser humano porventura tenha.

Enquanto que os Direitos Humanos são uma construção social, jurídica, cultural, histórica, política, religiosa, não universais e relativas, adaptando-se a necessidades emergentes.

O ser humano diferencia-se da pessoa humana segundo o Código Civil vigente, como já estudado. Na teoria natalista, ainda na vida intrauterina até o momento do nascimento, esse ser é considerado ser humano (ou nascituro); apenas quando constatado o nascimento com vida é que ele passa a ser considerado pessoa humana e dotado de personalidade civil.

Para adentrar-se no universo dos Direitos Humanos e suas discussões, se faz necessário entender o fenômeno na premissa da ciência jurídica, do Direito. A discussão dos Direitos Humanos se mantém, já que tal temática ultrapassa contextos de determinado tempo e espaço históricos, pois estes direitos se traduzem em verdadeira conquista no cenário mundial, emergidos no período pós-segunda guerra mundial (QUEIROZ, 2002).

Esse tema está situado nas abordagens anteriormente realizadas, bem como na metodologia adotada. Apenas para retomar algumas premissas, é preciso apresentar novamente que os Direitos Humanos, enquanto teoria, ou no dizer de Grossi, metafísica, são produzidos em tempos e espaços bem específicos e, segundo a obra foucaultiana, a partir de jogos práticos de poder, em que se apelam a discursos do saber para justificar, sobretudo, a ação de instâncias de poder constituídos segundo uma tradição de soberania.

Conclui-se que, enquanto ordenamento e/ou norma, direitos humanos são conceitos que, mesmo sendo respostas sociais elaboradas a partir de situações bem precisas de inclusão de pessoas, precisam do ato, do *start*, da ação para que algo aconteça e interfira, ou cesse, ou provoque uma ação real diante de pessoas ou de situações reais.

Os autores aqui arrolados permitiram compreender a maneira como o discursos do saber adotam o Direito como área de interesse pelo controle social. Foucault e outros autores trazidos à discussão evidenciam isso ao colocar as Ciências Humanas, e também as Sociais e, portanto, jurídicas, como saber-poder criados com a finalidade de governamentalizar. Isto posto, o Direito, enquanto saber-poder, tem uma função social a desempenhar no universo da gestão.

Nesse sentido, torna-se imprescindível analisar o surgimento e evolução dos Direitos Humanos para o Direito, a fim de reconhecer a característica essencial de historicidade de relacionamento entre a figura institucional do Estado e suas partes componentes (CANOTILHO, 1994).

A premissa recorrente é a visualização dos Direitos Humanos como verdadeiro direito natural preexistente a qualquer norma jurídica confeccionada.

Considerando a asserção de Appiah, poder-se-ia ir mais longe e afirmar que, embora sejam dotados de natureza humana há bastante tempo, os seres humanos estão *realmente* juntos há cerca de pouco mais de quinhentos anos, desde o descobrimento do Novo Mundo. É

nesse breve espaço temporal que se dão os grandes fatos que negam e afirmam simultaneamente direitos. Negam-se quando se constroem sistemas socioeconômicos baseados na escravização de pessoas, quando se tortura em nome da fé e por quaisquer outros motivos cruéis, quando se pune sem observar o devido processo legal; negam-se, especialmente, quando não se respeita a vida, quando o ser humano pode ser descartado, como nos fatos históricos marcados pelos totalitarismos (nazismo e stalinismo). Por outro lado, afirmam-se os Direitos Humanos quando eles são positivados em instrumentos aceitos universalmente como vinculantes pelos Estados, quando essa codificação é acompanhada dos devidos mecanismos de conscientização, fiscalização e garantia; quando se estabelecem políticas preventivas visando à remoção das causas que motivam violações (VERBA JURIS, 2008, p. 33).

Ao reconhecer a Ciência Jurídica como ciência destinada a solucionar conflitos envolvendo pessoas em sociedade, torna-se impossível deixar de reconhecer que todo regramento jurídico sofre incontestemente releitura frente aos Direitos Humanos e seu destaque na atual ordem jurídica constitucional.

Theodoro Junior (2008, p. 9) reforça este exercício governamentalizador que tem a Ciência Jurídica com a afirmação: é “impossível a vida em sociedade sem uma normatização do comportamento humano. Daí surgir o Direito como conjunto de normas gerais e positivas, disciplinadoras da vida social”.

Conseqüentemente, percebe-se a importância de consignar que os Direitos Humanos sejam condicionados de maneira prioritária dentro do sistema jurídico, ou seja, devem prevalecer em qualquer seara jurídica, dada sua importância e destaque no contexto social. É através dos princípios e instrumentos dos Direitos Humanos que se promove sua inserção nos demais ramos do Direito. Isto não significa, todavia, que não haja uma dimensão teórica embasada nas diversas áreas das teorias de saber.

Pode-se afirmar com considerável certeza que os princípios e, notadamente instrumentos relacionados a Direitos Humanos, se traduzem em normas de aplicação imediata em sua grande maioria, inclusive quando tais regras se apresentam dentro da constituição federal como norma de eficácia contida.

Atenta à evolução histórica das conquistas inspiradoras dos Direitos Humanos, a doutrina trabalha com três gerações, sendo a primeira aquela em que o cidadão limita os poderes do Estado; a segunda, resulta dos impactos econômicos e sociais provocados pelo avanço da industrialização sob a égide do capitalismo; e a terceira confere ênfase ao Direito à fraternidade ou de solidariedade.

Silva aponta que a “ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso” (2010, p. 172). Esta dificuldade está relacionada ao próprio princípio histórico e geográfico, ou seja, ao modo como, de tempo em tempo, as diversas culturas resolvem suas questões de Direitos.

Neste sentido, é preciso contextualizar os Direitos Humanos dentro do texto constitucional atual. O legislador constituinte originário fez opção pelo modelo formal e optou por inserir normas de ordem social (art. 193 CF), econômica (art. 170 CF), tributária (art. 145), processual (art. 5º, LIV e LV CF), não se limitando a tratar de assuntos relacionados à estrutura e formação do Estado e de seus Poderes.

Impossível deixar de relacionar Direitos Sociais à Direitos Humanos, posto que todo Direito de cunho social prima por enaltecer e expressar garantias e deveres do Estado para com o povo que nele habita. No Código Civil de 2002, essa questão se apresenta em seu personalismo, pois seus fundamentos foram construídos sobre pilares constitucionais e, principalmente, sobre a noção de pessoa.

Não se pode negar a existência de uma forte tendência em retirar do Estado as responsabilidades sociais como forma de evitar sua constante ingerência na sociedade, acarretando, inclusive, prejuízos ao capitalismo moderno.

Nesse sentido, aponta Rouanet:

A “crítica social” formulada a pretexto do Estado de direito retoma a crítica do totalitarismo, não hesitando mesmo algumas correntes políticas em ver no Estado de bem-estar ou no Estado-providência uma manifestação clara da deriva totalitária. O Estado, sob a máscara de Estado-providência, alarga as suas malhas interventoras e asfixiantes, constituindo o perigo maior das liberdades. Se o direito do Estado de direito serve para alguma coisa, essa é a de constituir uma espécie de “linha Maginot” contra o “totalitarismo social” disfarçado em providência do Estado. Numa palavra: o “direito contra o Estado” obriga a pensar o Estado sem cargas ou encargos sociais. Perguntará o leitor: quem pensa assim? Muita gente, mas com especial relevo para os novos “filósofos” que invocam o direito a favor das liberdades e contra o “arquipélago Gulag”, que produziu, não a felicidade, mas “pavilhões psiquiátricos” e “dissidentes”. (ROUANET, 2003, p. 36-37)

Com todo respeito ao entendimento acima alinhavado, certo é que a Constituição Federal de 1988 fez nítida opção pela salvaguarda dos Direitos Sociais, inclusive garantindo sua implementação através de normas programáticas.

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social, conforme nota Lucas Verdú, que acrescenta: “Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”. Transforma-se em *Estado Social de Direito*, onde o “qualificativo social refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.” Caracteriza-se no propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, anota Elías Díaz, dois elementos: o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*.” (SILVA, 2010, p. 115)

Assim, a garantia à educação, ao trabalho digno, exprimem a preocupação do legislador constituinte com o social, com a dignidade da pessoa humana e com os Direitos Humanos.

Um fato gerador deste dispositivo de poder na legislação nacional foi a legislação da ONU. Traz-se à colação parte do artigo 13 do Pacto internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1966:

[...] os Estados-Partes no presente pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. [...] a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação de ensino gratuito. (PIOVESAN, 2017, p. 87)

Percebe-se que a garantia à educação qualificada e gratuita não é a mesma criada a partir da ordem constitucional vigente. Trata-se de garantia preexistente, firmada em nível internacional, sendo certo que o texto constitucional atual apegou-se a esses instrumentos de Direito Humano para garantir esse Direito.

Aliás, os instrumentos de Direitos Humanos revelados em tratados, convenções e pactos internacionais, servem de verdadeira fonte para a contextualização de normas constitucionais no plano do direito interno, se revelando como linhas de força que trabalham os poderes no sentido de se concretizar o

discurso daquele momento histórico, sendo certo que a totalidade dos direitos sociais espalhados na atual Carta Constitucional reflete, literalmente, instrumentos internacionais de Direitos Humanos previamente reconhecidos – a exemplos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a igualdade entre homens e mulheres.

Posto isso, é possível reconhecer que todas as normas constitucionais relacionadas a Direitos Humanos se traduzem em verdadeiras ratificações de tratados, pactos, convenções internacionais sobre Direitos Humanos, sendo possível afirmar que o legislador constituinte fez questão de colacionar no artigo 3º que a República Federativa do Brasil firma-se através da prevalência dos Direitos Humanos.

Tal norma expressa seguramente que os Direitos Humanos localizam-se acima da própria Constituição, mostrando-se irrelevante, portanto, se debruçar em discussão instalada acerca de serem os tratados internacionais que versam de Direitos Humanos, normas constitucionais ou não.

A propósito, caminhou mal o legislador constituinte derivado, quando na emenda nº 45, acabou por estabelecer normas de cunho formal para o reconhecimento de tratados de Direitos Humanos como normas constitucionais. Tal norma afigura-se verdadeiro retrocesso do ponto de vista dos Direitos Humanos, o que se verifica pela simples leitura do que até aqui restou explanado.

Essa emenda foi aprovada em 2004 e, entre outras medidas, alterou o parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, para constar a necessidade de aprovação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos com três quintos dos votos dos membros do Senado e Câmara Federal, em votação a ser realizada em dois turnos, o que dificultou o processo de adesão aos tratados e convenções mencionados.

Se a questão relacionada aos Direitos Humanos e sua presença dentro da Constituição Federal resta esclarecida, o processo não se traduz em instrumento real para que os princípios e instrumentos relacionados aos Direitos Humanos sejam implementados materialmente.

Cicco Filho orienta sobre o conceito de direito humano:

O conceito de Direitos Humanos é, pela tradição no Ocidente, tratado principalmente pelo marco do direito constitucional e do direito

internacional, cujo propósito é construir instrumentos institucionais à defesa dos direitos dos seres humanos contra os abusos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo em que busca a promoção de condições dignas de vida humana e de seu desenvolvimento. (CICCO FILHO, 2005)

Nas palavras de Maia Neto (2003), Direitos Humanos são sinônimos de luta constante dos povos; originam-se das necessidades naturais da Humanidade, aquelas inalienáveis, indisponíveis e essenciais a qualquer convivência social digna.

Lembrando, Hobbes (1979, p. 75), na sua máquina estatal do Leviatã, observa que se verificam no caráter do homem três motivos fundamentais de desarmonia, que são: a) A competição, que “leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro; b) A desconfiança, que leva o homem a segurança buscada; c) A glória, que leva a busca da reputação”. Hobbes defende que, durante o período em que os homens vivem sem um poder comum capazes de mantê-los a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens, tornando, desta forma, que se faça necessário o jugo estatal sobre o sujeito.

Nesse sentido, os Direitos Humanos são princípios básicos e fundamentais do homem e devem vigorar no direito positivo interno, com a tutela do Estado para a promoção da integração da sociedade e do desenvolvimento das associações humanas e governamentais (políticas).

O processo de conquista dos Direitos Humanos encontra-se intimamente relacionado às lutas de libertação de determinados grupos sociais que vivenciaram a violação de seus direitos. No Brasil, são exemplos desses grupos os escravos e os índios (GRACI, 1995, p. 99-100).

Bobbio (1991, p. 65) aponta que:

A luta do Estado moderno é uma longa e sangrenta luta pela unidade do poder. Esta unidade é o resultado de um processo simultâneo de libertação e de unificação: de libertação em face de uma autoridade tendencialmente universal, que, por ser de ordem espiritual, proclamava-se superior a todo poder civil; e de unificação em face das instituições menores, associações, corporações, cidades, que constituíam, na sociedade medieval, um perigo permanente de anarquia.

Historicamente, a menção aos Direitos Humanos traduz uma aspiração de reconhecer ao ser humano certas liberdades fundamentais face ao poder

constituído. Para Menezes (2005), o Estado nacional deveria deixar de ser o centro absoluto das preocupações jurídicas e deveria ser reconhecida, ao homem, uma esfera de direitos inatingíveis pela ordem jurídica estatal, ao mesmo tempo em que o Estado deveria garantir sua efetividade e inviolabilidade, situando, assim, o homem como centro maior da criação do Direito.

Este valor intrínseco frente aos imperativos da sociedade era reconhecido ao ser humano (livre) pelos sistemas jurídicos das civilizações da Antiguidade, que creditavam este valor a uma ordem prevista pela natureza (BARRAL, 2002).

Com a Revolução Francesa, foi criado um Direito novo, fonte fundamental do direito constitucional moderno, que é a Declaração dos Direitos do Homem. De acordo com Salgado, "A ideia de garantir os direitos fundamentais a cada indivíduo é uma conquista teórica dos pensadores franceses" (SALGADO, 1986, p. 13).

Canotilho (1996, p. 528), ao invés da terminologia direitos humanos, utiliza "Direitos formalmente constitucionais", que são os direitos consagrados, reconhecidos e protegidos pelas normas que têm a forma constitucional e "direitos materialmente formais", que seriam outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.

Moraes (1997, p. 39) assume a terminologia "direitos humanos fundamentais", definindo-os como "o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana".

De acordo com D'Angelis (2004), a expressão Direitos Humanos, passou nos últimos dois séculos a fazer parte do vocabulário sociopolítico, admitindo múltiplas conotações, diferentes sentidos e perspectivas das mais diversas.

Comparato (2001) distingue, através da doutrina jurídica germânica, Direitos Humanos e Direitos fundamentais (Grundrechte). Afirma que os direitos fundamentais são os Direitos Humanos reconhecidos como tal pelas autoridades, às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional, e que os Direitos Humanos são positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em Direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os Direitos Humanos ainda não declarados em textos normativos.

Na Constituição Política do Império do Brasil, outorgada por Pedro I em 1824, encontra-se em enunciado claro e preciso os direitos de primeira geração. Esta Carta Constitucional influenciada pelo constitucionalismo americano e europeu continha uma das mais avançadas declarações dos Direitos Humanos do século XIX e chegava a “garantir a todos o direito à instrução primária gratuita, assim como o ensino médio e as universidades onde seriam ensinadas as ciências e as artes” (SILVA, 1988, p. 159).

Campos (1991) insiste na influência de fatores culturais e históricos sobre a delimitação do conteúdo material dos Direitos Humanos. Em sua opinião, é correto afirmar que eles se originam na própria natureza humana e que, *a priori*, esta determinação (natural) qualifica-se como um *dever ser* atemporal, eterno, imutável e livre de limite espacial. Todavia, seu conteúdo acaba, impreterivelmente, influenciado pela realidade circundante.

Fato é que o estudo dos Direitos Humanos deve ser sempre perpetrado, pois é de extrema importância que se compreenda que estes são frutos de árduos trabalhos, realizados em diversos momentos da história, através das lutas contra as injustiças da vivência humana.

A doutrina há muito tempo se dedica aos estudos e classificação dos Direitos Humanos em grupos, ou como mencionam, gerações. Cada qual a seu tempo, tem por sentido teleológico pontuar a evolução das conquistas da humanidade, ligada à ideia de direito, bem como as consequências a elas correlatas.

A partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a temática das assim denominadas gerações (ou dimensões) dos Direitos Humanos, vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades, de modo especial em virtude da evolução do Estado liberal (Estado formal de direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes dentro deste contexto e que poderiam ser considerados (SARLET, 1998).

Bonavides (2006) afirma que os Direitos Humanos passaram a se manifestar na ordem institucional em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, tendo por bússola uma nova universalidade,

material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica, relativa aos Direitos Humanos do Jus naturalismo do século XVII.

Nesse sentido,

[...] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a ideia da sucessão "geracional" de direitos, na medida em que acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos Direitos Humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os Direitos Humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade. (PIOVESAN, 1991, p. 22)

Para melhor compreensão, se faz necessário a explanação sobre as cinco gerações dos Direitos Humanos, observada a seguir.

Segundo os defensores da classificação quadripartida (quatro gerações), de Direitos Humanos - os Direitos Humanos de primeira geração se posicionam dentre os relacionados à proteção da vida e da liberdade dos sujeitos.

Bobbio (1991, p. 22) lembra que os direitos naturais “nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade”, o que justifica o seu estudo em meados do século XVIII, notadamente no que diz respeito à construção da teorização política de liberdade, ou seja, de oponibilidade.

Os Direitos Humanos de primeira geração são conhecidos como Direito de liberdade, que inclui o direito à vida, à segurança, à justiça, à propriedade privada, à liberdade de pensamento, ao voto, à expressão, à crença, à locomoção, entre outros direitos essenciais ao ser humano. Como leciona Bonavides (2006, p. 517), “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Estes são conhecidos e denominados liberdades negativas propondo e reconhecendo que o Estado encontra limites à sua atuação frente ao cidadão. Jacques Roux disserta que

A liberdade não passa de um vão fantasma, quando uma classe de homens pode lançar impunemente na fome a outra. A igualdade não passa de um vão fantasma, quando o rico exerce, pelo monopólio, o direito de vida e de morte sobre o seu semelhante. A República não passa de um vão fantasma, quando a contrarrevolução se opera, dia a dia, pelo preço dos gêneros a que não podem chegar três quartos dos cidadãos sem verterem lágrimas. (ROUX, 1962, p. 260)

Isentando-se a atividade estatal opressora (em prol da garantia de liberdade contratual), os direitos da primeira geração "representam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades" (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 85).

Nas palavras de Sieyès (2001, p. 25), o estandarte liberal da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte 91 de 26 de agosto de 1789, tem por principais fundamentos:

Os homens nascem livres e iguais em direitos;
Todos são iguais perante a lei;
Todos os cidadãos têm direito à liberdade, à propriedade e à segurança;
A propriedade é um direito inviolável e sagrado;
Todos os cidadãos possuem o direito de resistência, o que informa o escopo liberal dos direitos da primeira geração. (SYÈIES, 2001, p. 58)

A procura dos direitos fundamentais chegou através das conquistas dos povos, das diversas revoluções originadas por interesses sociais, ou em favor do valor do sujeito. No direito de primeira geração, ingressa a Liberdade, direito essencialmente conquistado. Os Direitos Humanos consagrados nas primeiras declarações foram chamados de primeira geração e

têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem de instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES, 2006, p. 517)

Diz-se que o termo inicial para o reconhecimento e surgimento de tais direitos emergem da Revolução Francesa ocorrida nos idos de 1789. O ambiente cultural francês renova-se no século XVIII em meio a exaltadas vozes e discussões sobre teorias racionais em prol da governabilidade do reino, havendo um verdadeiro "exército de pensadores que se entregam à controvérsia e tomam deliberações sobre a ordem do dia: circulação de cereais, novos impostos, assembleias provinciais, ou sobre problemas de doutrina, como o papel da civilização, direitos naturais e fundamentos das sociedades" (GAXOTTE 1966, p. 51).

Para Modesto Florenzano (1988), a Revolução Francesa foi fruto de diversos movimentos revolucionários, as quais faz referência: a) Revolução Aristocrática (1787-1789); b) Revolução Burguesa (1789-1799); c) Revolução Camponesa (1789-1793); e d) Revolução do Proletariado Urbano (1792-1794), apesar disso, ela traz insito um diferencial político, colocando-se a serviço da concepção do exato contrato social.

Observou-se que o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos é o tratado que atribui o modo de obrigação legal internacional, para os Estados-partes, aos direitos humanos chamados de primeira geração e foi esse pacto que delimitou o reconhecimento do *status* constitucional material e formal dos direitos fundamentais.

Segundo, pontuam-se os direitos de segunda geração como aqueles direcionados às proteções sociais. Tais direitos se caracterizam pelo direito dos cidadãos em exigir uma postura ativa por parte do Estado no concernente a seus direitos e sua respectiva proteção.

Segundo Altvater (1999), nesta geração, as prerrogativas sociais advieram dos resultados dos embates e movimentos sociais que objetivaram a materialização de condições mínimas de dignidade, ambiente histórico estabelecido a partir de reivindicações de sujeitos contra violações por agentes econômicos, Estados, instituições políticas e agentes sociais.

Os Direitos de segunda geração surgiram depois da 2ª Guerra Mundial e em decorrência do advento do Estado-Social. Diz-se social, porque se buscava, na época, o desempenho do Estado na acepção de concretizar os direitos sócio-políticos e econômicos, em vista de se obter o bem-estar social, do ponto de vista da justiça social, compensando-se as diferenças que existiam entre as classes detentoras de um maior ou menor poderio econômico.

Direitos de segunda geração: os ora chamados direitos sociais, econômicos e culturais, onde passou a exigir do Estado sua intervenção para que a liberdade do homem fosse protegida totalmente (o direito à saúde, ao trabalho, à educação, o direito de greve, entre outros). Veio atrelado ao Estado Social da primeira metade do século passado. (BOBBIO, 1992, p. 62).

Como adverte Alves (2003), alguns países ocidentais eram contrários à ideia da regulamentação dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais em um único tratado, enquanto os países socialistas pretendiam a adoção

de um único documento. O referido autor aponta, ainda, as justificativas para as posições adotadas por cada lado, asseverando que:

Os opositores à proposta de uma única convenção, que nela viam uma ameaça à noção individualista dos direitos humanos, arrolavam três argumentos substantivos. O primeiro era o de que os direitos correspondiam a espécies distintas: os civis e políticos seriam *jurisdicionados*, passíveis de cobrança, o que não se aplicaria aos direitos econômicos e sociais. O segundo era o de que os direitos civis e políticos seriam de *aplicação imediata*, enquanto os econômicos, sociais e culturais somente poderiam ter *realização progressiva*. O terceiro dizia respeito ao acompanhamento: para os direitos civis e políticos o melhor mecanismo seria um comitê que atendesse a petições e queixas através de investigações e bons-ofícios, instrumento inadequado para os direitos econômicos e sociais. Para os que defendiam a ideia de um único instrumento jurídico, a separação poderia significar uma diminuição da importância relativa dos chamados direitos de segunda geração. (ALVES, 2003, p. 49),

Estes direitos dão ênfase às liberdades positivas dos cidadãos. Como dito, sua exegese histórica demarca precipuamente as grandes lutas das classes trabalhadoras, notadamente após a Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra. Não obstante, o surgimento desse Estado pressupõe de solidariedade social, porque

o crescimento das tarefas do Estado, na ordem econômica, e a amplitude do poder nacional, na ordem política, vão alterar, nas Constituições elaboradas nos dois períodos pós-bélicos do século XX, a posição do indivíduo diante do poder. A liberdade-resistência, que exprime uma atitude de hostilidade e de desconfiança em face do poder, será temperada pela liberdade-participação, que procura aproximar o indivíduo do Estado, para solucionar os problemas concretos e angustiadores do homem moderno. A solidariedade social reclama do Estado o atendimento de obrigações positivas. (HORTA 2011, p. 4),

Na concepção de direitos da segunda geração, a industrialização apresenta um quadro alarmante de diferencial social. De um lado, os detentores do capital que, a todo custo (e são estas as regras do jogo capitalista), buscam o máximo da lucratividade, contratando proletariados por míseros tostões a hora trabalhada, e, de outro, o trabalhador, que perdia o acesso aos instrumentos e meios de produção, oferecendo tão-somente sua força de trabalho, diferencial dependente da intervenção reavivada do Estado (BARROS, 2003).

Segundo se depreende, os Direitos Humanos de segunda geração podem ser pontuados como os direitos previdenciários e os direitos trabalhistas, direitos ligados diretamente a ideia de postura ativa do Estado na proteção do sujeito.

Hunt e Sherman (1986, p. 137) expressaram que:

No final do século XIX e princípio do século XX, as teorias socialistas do capitalismo foram profundamente influenciadas por duas ordens de acontecimentos: (1) as conquistas políticas e econômicas alcançadas pela classe operária e (2) a partilha imperialista, pelas principais potências capitalistas, das regiões economicamente menos desenvolvidas. Estas duas ordens de acontecimentos cindiram o movimento socialista em dois campos opostos. Uns defendiam a tomada pacífica pelo governo pelos socialistas, que poderiam, assim, utilizá-lo para promover reformas econômicas e sociais, conduzindo a uma evolução gradual para o socialismo. A ala mais combatida do movimento continuava fiel à visão marxista da natureza de classe dos governos capitalistas, insistindo na necessidade da tomada de poder pela via revolucionária.

Bonavides (2006) contribui para o diálogo com a afirmativa de que o objetivo dos Direitos Humanos da Segunda Geração é garantir as condições materiais, interligadas, com certeza, ao direito de primeira geração. O autor aponta que:

Aos direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antibilateral do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 2006, p. 564)

Essa geração buscou asseverar a plenitude dos direitos de primeira geração, para que o sujeito pudesse ter seus direitos positivados visando um mundo mais justo, imperando a igualdade entre todos.

Na sequência, vislumbra-se a terceira geração de Direitos Humanos, agora denotando o interesse do Estado e da sociedade na coletividade. Surge a preocupação com a manutenção do bem estar de diferentes grupos sociais diante das mudanças político-econômicas que afloram na época e observa-se, dessa maneira, uma geração de direitos pautados axiologicamente na fraternidade.

Bonavides (2006, p. 523) explica que se tem, nesta geração, a defesa e proteção de interesses essencialmente globais, pois “dotados de altíssimo teor de

humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado”.

Via de regra, não possuem características nem se dedicam à proteção individual. Sua preocupação se concentra na proteção de grupos sociais, ligada à concepção de sociedade massificada e suas prementes necessidades.

O capitalismo global produziu, na estrutura econômica da mundialização, novos grupos diante do remoto Estado que ocorreram em três planos:

O das frações do capital, o dos grupos sociais e o das regiões ou espaços. Mudaram concomitantemente as relações entre as diferentes modalidades da riqueza, com novos setores dominantes, sobretudo com a financeirização, com a busca de modalidades de valorização em que os grupos econômicos característicos do capital concentrado arbitram entre diferentes aplicações, em que as funções produtivas e comerciais tomam cada vez mais as características próprias do capital financeiro. Mudaram, também, as relações entre os grupos sociais, após a retirada do Estado e a condenação de todas as conquistas do Estado do Bem-Estar, o desemprego em massa, a propagação das modalidades de contrato de trabalho precário e o enfraquecimento das organizações do mundo do trabalho, reforçando o poder do "polo" dominante da sociedade. Mudaram, ainda, as relações internacionais, e as margens de autonomia, à medida em que as possibilidades de segmentação ou de integração seletiva e voluntária foram sendo desmanteladas. É por isso que entendemos que todos os que examinam a mundialização numa linha de continuidade em relação às tendências históricas – e sobretudo como uma extensão ou prolongamento da convergência que ocorria na fase anterior – caem num erro grave de perspectiva (BARROSO, 1990, p. 659).

Nesse sentido, a terceira geração de Direitos Humanos está voltada aos direitos da coletividade. Basicamente, destina-se à proteção do coletivo e não à proteção individual. Ainda de acordo com Barroso, esses direitos devem ser compreendidos à luz do processo de ascensão e declínio do Estado-Nação ao longo da segunda metade do século XX.

A ideia de universalização dos direitos humanos não pode deixar de ser relativizada pelas peculiares circunstâncias vivenciadas pelas mais diversas nações, pois, em sede internacional, os direitos humanos participam da tensão e contradição entre particularismo e generalismo (LLORET, 1998).

Declara Blanca Martínez de Vallejo Fuster:

Internacionalización no significa universalidad de los derechos humanos” [...] es que “es evidente que, junto a los procesos de positivación y el más reciente de especificación, estamos inmersos en una época de creciente internacionalización de los derechos, pero ello no debe confundirse con el supuesto carácter universal de los mismos. (FUSTER,1992, p. 47)

Não se defende, aqui, que os direitos humanos não estão em crescente internacionalização, a ponto de desconsiderar novas e comuns dificuldades encontradas pela comunidade global, mas afirma-se que o aspecto de solidariedade universal não depende tão-somente da celebração de documentos internacionais solenes, pois necessita tanto de fatores sociais quanto morais para se atingir o *status* de sociedade internacional (MELLO, 2004).

Jorge Miranda, ao tratar da universalização e internacionalização dos direitos fundamentais, argumenta que há

[...] um fenômeno de universalização dos direitos do homem, não sem paralelo com o fenômeno da universalização da Constituição, e que como este se acompanha da multiplicidade ou da plurivocidade de entendimentos (traduzida depois, tantas vezes, na atribuição de sentidos discrepantes às mesmas declarações e disposições). Se se torna comum a todos os povos a crença na necessidade e no valor dos direitos do homem, o modo como ela se sente e como se pensa reflete então todas as diferenças ou divergências de pressupostos religiosos, culturais e civilizacionais, de fundamentações filosóficas e de sistematizações jurídicas. (MIRANDA, 1988, p. 29)

Os Direitos Humanos de terceira geração, de acordo com Sarlet (2009), são denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que trazem como destaque o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem como seu titular, destinando-se à proteção de grupos sociais (famílias, povo, nação) e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. A exemplo, tem-se as ações relacionadas ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, entre outras.

Os Direitos Humanos de quarta geração incidem no direito à autodeterminação, ao patrimônio da Humanidade, a um meio ambiente saudável e sustentável, direito à paz e ao desenvolvimento. Esta geração de direitos é distinguida também pela pesquisa biológica e científica, pela proteção do patrimônio genético e pelo avanço tecnológico.

Ainda observa-se que os Direitos Humanos da quarta geração, mediante as Constituições, passaram a versar da apreensão com o meio ambiente, da conservação do patrimônio histórico e cultural etc.

Cabem dentro dessa classificação cronológica, os direitos a fraternidade e solidariedade, onde está inserido o direito a paz, ao desenvolvimento sustentável da nação, direito ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito a conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação (BONAVIDES, 2006, p. 571).

São direitos relativos notadamente à Bioética. Aqui, são localizadas questões relacionadas à manipulação genética, biotecnologia e à bioengenharia, dedicando-se às discussões sobre a vida e a morte. Seu substrato sempre vem acompanhado de um debate ético prévio. Trata-se de uma conquista notável por parte da humanidade e sua consolidação, pode-se afirmar, mostra-se irreversível.

Tereza Rodrigues Vieira, em seu livro, *Bioética e Direito* salienta que:

A lei deve assegurar o princípio da primazia da pessoa aliando-se às exigências legítimas do progresso de conhecimento científico e da proteção da saúde pública”. Lembra, ainda, que o juiz de direito deve basear-se em princípios gerais para determinar os limites, em caso de inexistência de uma lei específica. (VIEIRA, 1999, p. 18)

Direitos de quarta geração, de acordo com o defensor Bonavides (2006), seriam resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente, citando como exemplos o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados. Ainda, para o autor a Quarta Geração é sobretudo é pautada pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo e compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos (BONAVIDES, 2006).

Pois bem, além das quatro gerações apresentadas acima – três clássicas - alguns autores de Direito Constitucional defendem o entendimento coerente do nascimento de uma quinta geração de Direitos Humanos.

A classificação proposta pela doutrina traça parâmetros a partir de ponderação de bens e interesses dispostos na Constituição Federal, ampliando sobremaneira os limites da divisão clássica tripartida dos Direitos Humanos, com o fito de vislumbrar uma evolução para outras gerações.

Não se pode deixar de consignar que parte conservadora da doutrina entende que as recém-denominadas quarta e quinta gerações são, em verdade, simplesmente desdobramentos da terceira. Outros, no entanto, em sentido contrário defendem a existência efetiva da ampliação do rol clássico a partir da premissa evolutiva da própria Humanidade e dos direitos considerados fundamentais, notadamente pelo dinamismo e mutação das complexidades sociais enfrentadas pela sociedade massificada.

O acentuado desenvolvimento da Internet nos anos 90 fez nascer, potencialmente, relações e bens dignos da consideração jurídica. São os avocados direitos de quinta geração ou direitos virtuais. Frente isso, se diz que a quinta geração de Direitos Humanos representa os direitos eclodidos da mutação social, que migra para realidade virtual.

Assim, essa quinta geração se debruça em imprimir a recalcitrância da sistemática jurídica constitucional com a ampliação difundida da cibernética na atualidade globalizada, fator que expandiu os horizontes da jurisdição constitucional com a transposição de limites fronteiriços físicos através da "rede".

A quinta geração traz à lume discussão acerca das diversidades culturais, posto que, ao expandir limites físicos entre fronteiras, inevitavelmente acaba por interferir em costumes e crenças peculiares a determinados países, repercutindo diretamente na pacificação social interna de determinado Estado. Apenas para ilustrar a preocupação relevante dessa vertente, vivenciam-se atualmente diversos levantes populares em países orientais, clamando por mudanças no campo político, tudo isso com parâmetro em outros costumes, outrora desconhecidos ou pouco familiarizados ante a impossibilidade de informações.

A troca de informações propostas pela entrada de meios cibernéticos acaba por retirar linhas divisórias entre culturas, criando estreitamento nas relações políticas, crescendo conhecimento, o que em países culturalmente inflexíveis pode ocasionar verdadeiro caos – diga-se na Líbia, Egito, países que enfrentaram recentemente ou enfrentam choques culturais e políticos, frutos do estreitamento de conhecimento gerado pela geração cibernética.

Atualmente, ganha corpo na doutrina o questionamento de toda a construção teórica retro mencionada das conquistas dos direitos humanos dentro de uma reflexão histórico-social. A partir a obra “A sacralidade da pessoa: nova genealogia

dos direitos humanos” do estudioso Hans Joas, observa um novo percurso percorrido até o efetivo reconhecimento dos direitos humanos.

A novidade, aqui, reside na antítese entre a até então visão determinante historicamente falando no nascedouro dos direitos humanos, sendo, pois, os ideais iluministas que nortearam a revolução francesa.

[...] que o espírito do Iluminismo foi essencial para essa gênese, mas de nenhuma maneira foi necessário no sentido de uma aclaração hostil à religião; e que a filosofia de Kant não representa a fundamentação racional incontornável dos direitos humanos, mas que ela é a forma de expressão talvez mais imponente de uma mudança cultural que, no entanto, tem nela um registro bastante problemático. (JOAS, 2012, p. 26)

Nessa vertente, ganha corpo na doutrina a ideia de que, do ponto de vista das ideias histórico-sociais, os direitos humanos amadureceram a partir do surgimento da sacralidade ou santidade do próprio ser humano, do ponto de vista moral ou mesmo físico (JOAS, 2012).

Segundo essa interpretação, Weber viu o individualismo moral do protestantismo como uma possibilidade de sistematizar a totalidade dos direitos subjetivos; porém, para que houvesse a disposição de introduzir a ideia da liberdade de contrato nessa sistemática, fizeram-se necessárias condições que, de modo algum, eram resultado desse individualismo moral. Sendo assim, a história da liberdade de contrato remontaria ao período anterior à gênese dos direitos humanos e perduraria mesmo depois que a época dos direitos humanos tivesse chegado irrevogavelmente ao seu fim.

Não necessariamente, a visão de sacralidade encontra-se entrelaçada à perspectiva da religiosidade. O argumento nuclear de Hans Joas reside na crescente sensibilização do ser humano individualmente considerado, passando de objeto a um ser sagrado. O autor embasa sua linha de raciocínio a partir de uma análise histórica do processo de eliminação e marginalização de agressão ao corpo como a prática de tortura, bastante comum no século XVIII.

Sobre as primeiras declarações dos direitos humanos, Joas ressaltou a importância das mudanças que ocorreram, principalmente sobre a eliminação da *r. contestado* que, no decorrer do século XVIII, teve lugar em uma mudança fundamental na cultura penal europeia, ou foi, pelo menos, um célere empurrão inicial (JOAS, 2012).

Quando alude ao iluminismo, cita sua importância na abolição da tortura sob as objeções de Beccaria. Por essa via, é possível reconstituir, no caso de cada pensador individual do Iluminismo e de cada regente que se voltou contra a tortura, as histórias da influência sofrida, isto é, averiguar qual a parcela de participação dos motivos cristãos ou dos motivos seculares. Para o autor, houve uma parcela de contribuição de ambos os motivos quando criticaram a tortura.

Também destaca as críticas de Foucault sobre o sistema penal que, para ele, é um fracasso em tentar reeducar punindo, mas que há a necessidade de uma alternativa que discipline sem levar em consideração o conceito de ser humano aos criminosos.

Por essa razão, a interpretação alternativa a ser proposta traz por título "A sacralização da pessoa". Nessa perspectiva, as reformas do direito e da *práxis* penais, assim como, por exemplo, a gênese dos direitos humanos no final do século XVIII, são expressões de um deslocamento cultural de grande alcance, mediante o qual a própria pessoa humana se transforma em objeto sagrado (JOAS, 2012).

À medida em que a afronta ao corpo cresce, proporcionalmente, aparecem preocupações com o corpo do ser humano, como um caminho lógico até o seu efetivo reconhecimento a partir da declaração dos direitos humanos.

Um outro aspecto relevante para o nascimento dos direitos humanos reside no enfrentamento, na Europa e EUA, da escravidão como uma forma de agressão à pessoa.

Assim, mesmo que os demais direitos humanos não brotem da liberdade religiosa, é acertado dizer que, na América do Norte do final do século XVIII, esta foi "entendida como a 'primeira liberdade', como o mais significativo e o mais importante dos direitos libertários, que constitui o fundamento de todo o restante da constituição" (JOAS, 2012, p. 51-53).

A propósito do movimento antiescravista, para Joas (2012, p. 128) trata-se do "movimento mais importante pelos direitos humanos no século XIX", seria um movimento modelo de mobilização moral:

Nesses casos, pode tratar-se de tentativas de articulação de experiências que não são adequadamente expressas do ponto de vista do sujeito das interpretações públicas. Pode ocorrer, porém, que seja mobilizado de maneira nova o potencial de um sistema de interpretação já existente, visando levar mais a sério percepções que anteriormente já eram possíveis e ocorreram, mas cujo teor explosivo

havia sido desativado pelas interpretações dominantes. (JOAS, 2012, p. 128)

Sobre o movimento absolutista, ressalta a importância do papel dos Estados Unidos quando disserta:

Talvez ainda mais notável seja quão pouco foi tematizada, nos incipientes Estados Unidos da América, a tensão entre as proclamações dos direitos humanos que acompanhavam a luta pela independência e a instituição da escravidão. Lá também já fazia muito que havia adversários resolutos da escravidão, sobretudo entre as correntes religiosas como a dos **quakers**. (JOAS, 2012, p. 132, grifo do autor)

Bem como o movimento da Grã-Bretanha, dito como poderoso contra escravidão:

Ali se desenvolveu, especialmente a partir da década de 1780, um movimento de inspiração precipuamente religiosa, cujo alvo foi primeiramente o tratamento humano dos escravos, e por fim, a abolição da escravidão de modo geral. (JOAS, 2012, p. 133)

Os ideais abolicionistas passaram a contar com a simpatia da igreja, que pregava uma vivência pautada pela moral do cristianismo, ganhando aqui o reconhecimento dos direitos humanos; contornos de religiosidade, porém, apenas como um de seus vetores. Imperceptível o reconhecimento do caráter religioso dentro do movimento:

Os movimentos absolutistas da Grã-Bretanha dos EUA foram carregados principalmente por atores que finalmente queriam levar a sério exigências morais que já estavam embutidas no cristianismo. (JOAS, 2012, p. 136)

Desta forma “a escravidão foi declarada como pecado; a resistência abolicionista era vista como um sinal de que realmente havia intenção de viver de acordo com as exigências morais de Cristo” (JOAS, 2012, p. 137).

Vale ressaltar que o autor, em momento algum desmerece o valor do direito para suprir as necessidades morais, apenas explica que este talvez não seja o suficiente para motivar uma pessoa racionalmente:

O que se investiga aqui são as poderosas forças de motivação moral universalista que podem resultar de tradições culturais, como as religiosas, e de experiências intensas, tanto entusiasmante como traumatizantes, e levar a ações individuais e coletivas. Na sacralização da pessoa, residem essas forças motivadoras que possibilitam a percepção descentralizada e a ação político-moral. (JOAS, 2012, p. 142)

Mesmo que não se reconheça na religiosidade o cerne do nascedouro dos ideais de direitos humanos, é passível de se reconhecer sua inegável contribuição nesse contexto. Os valores do cristianismo, seus fundamentos teológicos calcados nas tradições religiosas, contribuem para o parâmetro de sacralidade da pessoa defendido na atualidade através da linha traçada pelo autor Joas Hans, aqui mencionado.

Não se pretende, por óbvio, esgotar a temática e comprar como verdadeira a premissa histórica defendida pelo mencionado autor, certa é que sua teoria e justificativa possuem correlação e conectividade lógicas, em especial pelo momento que antecedeu a confecção de seu marco inicial (historicamente reconhecido a partir dos ideias iluministas por ocasião da revolução francesa), que coincide com a declaração de independência Americana e o fortalecimento dos valores cristãos.

A República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, fundamenta-se na dignidade da pessoa humana e tem como objetivos principais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção de todos os cidadãos. Estado cristão no seu nascedouro, cultura, ainda hoje, os traços religiosos vinculados à colonização. Enquanto sociedade disciplinar, a religiosidade é um traço cultural fundamental da brasilidade.

A dignidade da pessoa humana, assim expressa no Constituição Brasileira de 1988, faz referência aos direitos e às garantias fundamentais essenciais do homem. Além disso,

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento com a liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, [...] sem menosprezar a necessária estima que

merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006, p. 26)

A dignidade da pessoa humana, pelo fato de sua estratégica localização, traduz-se em norma de cunho processual fundamental. Para Ernest-Wolfgang Böckenförde (2008), o conteúdo da dignidade da pessoa humana teria um núcleo reconhecido por todos e que poderia ser descrito com base na fórmula kantiana fim em si mesmo. Para o autor, esse núcleo da dignidade da pessoa humana abrange a posição e o "reconhecimento do homem como sujeito individualizado; a proibição da instrumentalização do homem, como se fosse algo meramente disponível e desfrutável e, formulado de forma positiva, o direito a ter direitos, que devem ser considerados e protegidos" (BÖCKENFÖRDE, 2008, p. 66).

Proíbem-se preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º). Nas suas relações internacionais, o Estado Brasileiro, rege-se pelo princípio da prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º) (MAIA NETO, 1999, p. 39).

A Constituição de 1988 nasce em um período de repúdio a toda e qualquer violação a direitos fundamentais e mais ainda contra toda e qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, numa clara reação ao regime militar, objetivando restaurar, além desse, valores como a democracia e o Estado de Direito, extremamente ultrajados pela ditadura. Ela também inova ao transformar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, projetando-a sobre todo o sistema social, político e jurídico constituído, dispondo o discorrido já em seu artigo primeiro (GÖTTEMS; SIQUEIRA, 2008).

Um dos pilares da Constituição Democrática do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana, pois, como visto, todos os princípios que o regem devem se basear no respeito ao ser humano, como afirma Nunes. Por isso, este princípio é considerado como maior na interpretação de todos os Direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional (NUNES, 2002).

Uma das principais finalidades do Estado é regular a conduta dos cidadãos por meio de uma norma jurídica. Não é à toa que Kelsen (1990) afirma que o Direito é uma ordem da conduta humana, e uma ordem é um sistema de regras.

Uma primeira abordagem negava caráter de autênticas normas jurídicas aos princípios. Por força de sua suposta natureza "transcendente", ou em razão de seu

conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento lindeiro entre o social (a moral, o político etc.) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural dos princípios assim considerados (desprovido de natureza eminentemente jurídica) (ROTHENBURG, 2003).

A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais – os individuais clássicos, os de fundo econômico e social (BASTOS; MARTINS, 1988).

A dignidade da pessoa humana, nas palavras de Moraes (2006,), é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas como seres humanos.

Ora, uma Constituição democrática precisa ter como fundamentos mínimos a proteção e a promoção da dignidade do homem como seu substrato basilar, pois a dignidade da pessoa humana deve ser vista como um valor de ordem constitucional e, principalmente, como um valor dos direitos fundamentais do homem.

Ao se procurar uma fase determinada do processo da vida, em que o respeito e a consideração são devidos ao homem em razão de sua dignidade, para se excluir ou se graduar processualmente tal consideração ou respeito (seja porque, por exemplo, haja apenas um embrião de dezesseis ou dezoito células, ou porque tenha ocorrido uma nidação incerta), abre-se uma lacuna no desenvolvimento do homem concreto e individualizado. Se o respeito à dignidade deve valer para todos os homens como tais, então ela deve ser concedida ao homem desde o início, no primeiro instante de sua vida e alcançar esse momento, e não apenas ser atribuída ao homem somente se este sobreviver ileso por determinado período de tempo, após, portanto, ter estado desprotegido contra uma coisificação e dispossibilização arbitrária. Aqui, se tornam relevantes conhecimentos e fatos científicos, não

especificamente como fonte ou fundamento, mas como substrato para argumentações e valorações jurídico-normativas (BÖCKENFÖRDE, 2008).

Sarlet (2001) esclarece que a dignidade da pessoa humana se refere à importância do "ser" considerada em si mesma, mas lembra o aspecto cultural e intersubjetivo desse princípio-norma. Os Direitos Fundamentais buscam, nas palavras de Bonavides (2006), criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana.

Piovesan (1998), em relação ao valor da dignidade humana, afirma que essa se impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional (PIOVESAN, 1998, p. 19).

A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima a que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (MORAES, 2000). A dignidade da pessoa humana é a pedra angular sobre o que deve ser construído todo o monumento do sistema penal. O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade do homem é a célula-mãe desse sistema e, por isso, também seu fundamento máximo (CARVALHO, 1992).

Deve-se levar sempre em consideração que a dignidade da pessoa humana é um princípio de extrema importância, pois se encontra disseminado em todo

ordenamento jurídico, já que sua importância ímpar revela-se em um mandamento essencial do sistema jurídico que irradia efeitos sobre as normas e princípios.

Este princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade da pessoa humana deve influenciar todo sistema jurídico para que ele funcione com respeito aos Direitos Humanos fundamentais e para que possa se basear no paradigma humanitário.

Inegável reconhecer que o princípio da dignidade e a necessidade da prevalência dos Direitos Humanos tornam-se elementos de orientação à própria hermenêutica jurídica como um todo.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (MORAES, 2006).

Cada criatura é um rascunho, a ser retocado sem cessar, até a hora da liberação pelo arcano, a além do Lethes, rio sem memória. Porém, todo verdadeiro grande passo adiante, no crescimento do espírito, exige o baque inteiro do ser, o apalpar imenso de perigos, um falecer no meio das trevas; a passagem. Mas o que vem depois, é o renascido, um homem mais real e novo, segundo referem os antigos grimórios. (ROSA, 1995, p. 867)

Guimaraes Rosa aponta passagens. Passagens históricas onde os valores formam o homem; passagens de mundos que fazem lembrar o Barqueiro do Inferno que conduzia os mortos para o outro lado. Depois da passagem, o renascido. Pessoa humana, neste contexto, é um renascido. Mormente os jogos de poder e de saber, a trajetória histórica de passagem resulta no agora em um tipo humano mais conhecido, iluminado depois de passar pelas trevas.

Não delireis nos vossos triunfos. Para não arrefeceres, imaginai que podeis vir, a saber, tudo; para não presumirdes, refleti que, por muito que souberdes, mui pouco tereis chegado a saber. Sede, sobretudo, tenazes, quando o objeto almejado se vos furtar na obscuridade avara do ignoto. Aprofundai a escavação, incansáveis como o mineiro no garimpo. De um movimento para outro, no filão resistente se descobrirá, talvez, por entre a ganga, o metal precioso. (BARBOSA, 1989, p. 11).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na epígrafe acima, Barbosa convida à uma reflexão acerca do conhecimento e do saber. Quando se finda uma jornada acadêmica, algumas ponderações são oportunas, como neste momento. Traz à tona a compreensão de que por mais conhecimento que se adquira, a escavação, a procura, a busca deve ser incansável. É neste espírito que Rui Barbosa incentivou seu tempo, fez história, escreveu capítulos e está nas linhas e entrelinhas discursivas do ontem, do hoje e do amanhã.

A metodologia utilizada na presente pesquisa se enquadra bem nessa perspectiva. A princípio, quando se fala do saber, a “Arqueogenealogia” escava as práticas discursivas, revelando que estas produzem verdades em determinados momentos históricos.

Algumas questões evidenciam-se, tais como: “Quem somos?” “Somos Pessoas Humanas?” “Que tipo de verdades foram sendo produzidas ao longo da história que mostram qual o conceito de Pessoa Humana para o Código Civil hoje vigente?” “Codificar responde a que necessidade de gestão?” “Quais razões históricas do Brasil levou a pensar a codificação?” “Qual sentido foi construído para pessoa humana, dada as razões históricas?” “Quais saberes foram elencados para definir o poder em torno da legislação?”

Para respondê-las, faz-se necessária uma ontologia crítica do presente com o intuito de compreender esta subjetividade, através dos dispositivos de Michel Foucault e da Análise do Discurso que estão disponíveis.

Pela Genealogia, compreende-se que, no segundo momento da teoria foucaultiana, para explicar o saber-poder, o discurso foi produzido através de uma fala (discurso) de poder e de resistência.

A pessoa humana, objeto desta pesquisa, foi analisada vinculada aos processos sociais mais amplos que a constituíram no Código Civil de 2002, garantindo assim uma perspectiva de inteligibilidade externa.

Ao mesmo passo, se analisou os estados mistos, as tensões, as vozes, os jogos de forças e as relações sempre dinâmicas no campo estratégico que levaram a (re)constituição dos momentos históricos e políticos da construção do sentido que pessoa humana emprega nos dias atuais.

Nesta perspectiva, importante lembrar que o conceito de dispositivo é formado em certo momento na História da sexualidade por Foucault, que pontua que

o dispositivo é um conjunto heterogêneo que conglobera discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas, enunciados científicos, proporções filosóficas, morais, filantrópicas, englobando o dito e o não dito, o dizer e o fazer e o mais importante, ele é a rede que liga todos esses elementos.

Em certo momento histórico, constitui-se essa rede de leis, instituições, enunciados que estão profundamente relacionadas ao poder e que produzem o saber, sempre correspondendo a uma urgência histórica. O dispositivo, neste contexto se constitui uma ideia, uma tática de certas necessidades históricas, de um certo momento histórico. Para Foucault, a função principal de um dispositivo é responder a uma certa urgência de um imperativo histórico, ou seja, sempre tem uma causa histórica.

Foucault busca a genealogia do dispositivo da sexualidade – a sexualidade não é a sua pulsão, não é extintiva, não é biológica, como se compreende modernamente, é um dispositivo que se instalou a partir do século XVIII, por uma necessidade da burguesia de se consolidar diante da nobreza (um lugar social). Para tanto, aquela instalou alguns dispositivos – escolas, etc. um conjunto de princípios, comportamentos, leis, instituições que vão regular a vida da população (FOUCAULT, 2017).

Essa necessidade frente ao sangue azul da nobreza como ideia de saúde, de longevidade, movimentos heterogêneos (medicamentos de sexualidade), preocupação da sexualidade infantil, contos de La Fontaine (ocorre a reestruturação dos contos dele), como o Chapeuzinho Vermelho que antes tinha contato sexual com lobo, realiza-se assepsia literária, o que evidencia os elementos heterogêneos.

Da mesma forma, pode-se dizer que o Código Civil e seu discurso vem trazer um conjunto de princípios e comportamentos, legislando e instituindo regras/normas, que o Estado traz como condições para a sociedade civil. Estado este que passou por períodos históricos de colonização portuguesa, que introduziu seu *habitus* jurídico na colônia; Estado cuja República adotou legislação estrangeira não portuguesa; Estado que passou por períodos de disputas internas entre liberais e conservadores, por períodos de militares e de civis. Nesta história real, a codificação foi sendo definida. É esta a ordem discursiva que a metodologia permite não ignorar para ter dela um entendimento profundo.

Há outras fontes de compreensão dos sentidos dos discursos. Conforme Foucault (1996), há um certo deslocamento entre os discursos, tem aqueles que são *ditos*, permanecem ditos e estão por dizer: fazem parte dessa *categoria* de discursos: os textos religiosos, os literários, os textos científicos e também os textos jurídicos.

O filósofo ainda ressalva que esses discursos não podem ser dissociados de uma prática ou ritual que determina para os sujeitos que os proferem certo número de regras, propriedades singulares e papéis preestabelecidos (FOUCAULT, 1996).

É neste diapasão metodológico que a codificação foi estudada. O Código Civil opta por disciplinar todos os atos da vida civil em sua codificação, no entanto, embora em alguns pontos o tenha feito de maneira aberta, vez que deixou de determinar expressamente quando começa a existência da pessoa para que outros enunciadores (doutrinadores, juristas) possam empregar sua voz mediante teorias (no caso a concepcionista ou então a natalista), condiciona exatamente o tempo que e quem possui capacidade ou incapacidade civil para reger seus atos e quem poderá representá-lo ou assisti-lo. Importa pontuar que foram fontes auscultadas no momento político/prático da definição legal.

Disciplina ainda a maioria civil e o casamento e seus regimes de bens, todos os atos jurídicos que as pessoas podem realizar em pleno gozo mental, e também as empresas (todas elas) que podem constituir (associações, fundações, sociedades, entre outras), as obrigações, os contratos, o momento em que morremos e como será nossa sucessão após este momento, pois até *post mortem* o Estado não se responsabiliza por assistencialismos e em nenhum momento permite que a pessoa dissipe totalmente seu patrimônio amealhado, deixando ao menos uma parte para sucessão.

Pode-se dizer que, quando o Código redigiu algumas cláusulas gerais ou abertas, permitiu indefinidamente a construção de novos discursos. Sob a égide de um texto maior (a Constituição), que assume um estatuto de discurso sempre reatualizável, possuindo e produzindo uma variedade de sentidos devido a sua reticência, o código possui uma riqueza que lhe é essencial para que, mesmo com o passar do tempo e evolução das formações discursivas, tenha a possibilidade de ser aplicado.

Estes sentidos abertos fornecem espaço para que se busque a compreensão da pessoa humana como construção de um momento histórico. Nessa perspectiva,

os Direitos Humanos, a Constituição Federal e o direito regulador das relações interpessoais, ou seja, o Direito Civil, atuam como enunciados de várias vozes que manifestam ideologias presentes no discurso desta época.

É através da regulamentação, das leis, que um braço do Estado estende-se a todos e pode, de maneira coletiva, intervir e dizer o direito, censeando, desde o nascimento até o *post mortem*. Consoante Foucault, utilizando-se da governamentalidade, que tem a população como finalidade, a economia como saber imprescritível e os dispositivos de segurança como mecanismo básico, chega-se a uma regulação total da vida.

Tal governamentalidade teve fundamento na teoria dos clássicos do pensamento moderno, na história francesa, europeia e norte americana. Beviláqua, Rui Barbosa, Reale entre outros foram personagens cujos saberes de governamentalização perpassaram e se afixaram em formas textuais.

Pode-se ver os braços do Estado também atuando no cumprimento desta lei, nas esferas administrativas, nas escolas, nos postos de saúde, nos cartórios, nas instituições representativas, que tecem as teias para que o poder esteja enunciando e visualizando seu discurso, o saber-poder, o não dito, mas aquele que tudo vê, o controle estatal, sinalizado como poder sutil na teoria foucaultiana, uma sociedade normatizada.

Um discurso que, inconscientemente, é acatado pela vasta maioria que se sente cumprindo seu dever e que consente feliz, por considerar-se cidadão, podendo não sofrer as sanções administrativas e quiçá, as legais. Assim como Foucault vislumbra, no louco, o nascimento da psicologia; no criminoso, o nascimento da prisão; no doente, o nascimento do hospital. Em seu processo de arqueologia, ele descobre o nascimento de um conjunto de racionalidade sobre determinado tema que transmuda-se nas ciências humanas.

Tem-se, no Código Civil a regulação da pessoa desde o começo de sua existência: a certidão de nascimento garante acesso a todos os benefícios do Estado como, Carteira de Trabalho, Cadastro de Pessoa Física, Registro Geral, Carteira de Vacinação, Certidão de Casamento, Certidão de Óbito, onde serão anotados os atos da vida civil e aberto o ingresso à educação, previdência, trabalho, saúde, segurança.

Mediante todos esses dados coletados (saber) durante a vida da pessoa, é possível ao Estado (poder) estabelecer relações entre o saber e o poder,

desenvolvendo os dispositivos e aperfeiçoando práticas disciplinares para implementar técnicas de si e aspectos de governamentalidade, aplicando procedimentos de subjetivação.

Criando discursos, atravessam uns aos outros, não estão sozinhos, se complementam, se contrapõem, dizem o poder, em nome de um Poder (Legislativo) para um Poder (Judiciário) para que um outro poder (povo que acredita que detém poder-voto).

O poder não precisa ser advindo de uma macroestrutura, ele pode sobrevir da escola, da igreja, da família. Aqui, as normas estão tão arraigadas à moral, à boa conduta, ao ser pessoa, e são quase que inerentes à natureza do homem, não sendo questionadas e mantendo, assim, sua existência e funcionamento.

Importante não deixar de salientar que este discurso dominante, para existir, precisa da figura do dominado. Foucault ressalta que os dispositivos possuem quatro dimensões, entre elas, as curvas de visibilidade. Não se pode olvidar que o Código Civil demorou vinte e sete anos para entrar em vigência, são essas as curvas de visibilidade para Deleuze e para Michel Foucault.

Simetricamente, vêm à luz as discussões foucaultianas sobre o cárcere e a visibilidade do sujeito que, enquanto preso, é, ao mesmo tempo, visível e vigiado constantemente pelo dispositivo prisional – especialmente quando considerado o Panótipo de Bentham – e ao mesmo tempo é invisível para a sociedade.

Dentro das curvas de visibilidade, há espaço, também, para analisar as mídias e seu papel durante esse processo. Uma vez que o dispositivo em questão se trata de lei, veiculada através de meios de comunicação, observa-se grande salto quando, dos Diários Oficiais de Justiça afixados nos átrios dos Tribunais, passam-se aos publicados em páginas da *web*. Muita coisa mudou, radicalmente, há muito o que se destacar, dos gêneros textuais, da informalidade da escrita, da velocidade da informação, dos meios de provas aceitos em processo (hoje, até, intimações mediante o aplicativo *WhatsApp*).

A segunda dimensão são as curvas de enunciação, que serão inúmeras, tendo em vista a natureza discursiva do nosso objeto, (texto), das marcas linguísticas, os léxicos, o que o interlocutor diz excessivamente e o que ele apaga excessivamente. Esse jogo do dizer e não dizer é dito por Deleuze como responsável por regimes de luz e de visibilidade: tornar algo muito visível e ocultar outras questões.

Assim, em nível discursivo, observa-se grandes marcos importantes a serem considerados quando, *a priori*, o léxico é tido como foco de análise e compara-se as memórias legislativas a partir do Código Civil de 1916 e suas emendas do Projeto do Código de 2002 e o Código de 2002,

Etimologicamente, o conceito de *homem* possui várias conceituações: a) mamífero da ordem dos primatas, único representante vivente do gên. *Homo*, da sp. *Homo sapiens*, caracterizado por ter cérebro volumoso, posição ereta, mãos preênseis, inteligência dotada da faculdade de abstração e generalização, e capacidade para produzir linguagem articulada. b) indivíduo do sexo masculino; c) a espécie humana; a humanidade - inicial freq. maiúsc. Já a entrada *ser humano* é relativa ao homem ou próprio de sua natureza e, por fim, *pessoa*, cada ser humano considerado como individualidade física e espiritual, dotado de atributos como racionalidade, autoconsciência, linguagem, moralidade e capacidade para agir.

Com relação às modificações visíveis em nível lexical, sem aprofundar o nível semiótico, estilístico, podem ser feitas várias inferências no tangível às modificações comparativas no processo de preparação para a entrada da vigência do Código Civil de 2002. O léxico “homem”, por exemplo, e seu sentido, passando para o conceito de “ser humano” e “pessoa” que, por delinear as percepções semânticas que traz, abre espaço para, finalmente, pensar-se no conceito de personalidade humana – quando se fala em direitos de personalidade, fala-se em direitos humanos e de liberdades.

Os Direitos Humanos abarcam os direitos fundamentais – direitos reconhecidos e deferidos universalmente à pessoa humana desde 1789, depois em 1945 e em seguida em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa universalização se espalhou pelas diversas nações do planeta, inserindo-se nas Cartas constitucionais de boa parte dos países (LIMA, 2010).

O Código Civil Brasileiro de 2002, segundo Gama (2006), indica, em sua parte geral, as características atribuídas ao direito de personalidade: a intransmissibilidade; a irrenunciabilidade; a impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, acrescentando reconhecer a doutrina a sua imprescritibilidade e a sua natureza de direito absoluto.

No novo diploma, a personalidade está acima do direito à propriedade, pois esta possui função social, fazendo parte da sociedade, integrando-a e dirimindo conflitos.

Sobre o artigo 2º, do Código Civil, é preciso salientar que, para boa parte dos doutrinadores, adota-se a teoria natalista no concernente ao início da personalidade jurídica, vez que, em sua literalidade, o texto de lei dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Já parte dos doutrinadores elencam a teoria concepcionista, já que, na segunda parte do artigo, resguarda-se os direitos do nascituro.

Há, nesse contexto, duas formações discursivas diversas, cuja consequência imediata são variações de sentido, que acarretam discussões de correntes teóricas distintas e não sedimentadas sobre o início da personalidade civil da pessoa.

Ou seja, quando se observa o “mas” dividindo as duas partes do artigo 2º, verifica-se dois discursos opostos. O “mas” é um operador argumentativo, elemento linguístico que serve para orientar a sequência do discurso, isto é, “para determinar os encadeamentos possíveis com outros enunciados capazes de continuá-lo” (KOCH, 1993, p. 104-105) de forma a tornar o discurso coeso e contribuindo para a construção de sua concordância. Nesse sentido, constituem marcas linguísticas importantes da argumentação. Ainda, o “mas” também é um operador de oposição, que contrapõe argumentos voltados para conclusões contrárias, ou, seja, tem-se discursos divergentes no mesmo artigo.

Não se pode dizer que o legislador do código por um discurso em detrimento do outro, tenha positivado os dois. Quem interpreta o Código é que assegura as correntes majoritárias, mas a vontade do Estado foi a contemplação de ambos os discursos que, em seu bojo, trazem ideologias distintas e com cunho distantes, talvez pelo momento de liberdade que o contexto histórico demandava: de escolha, de debates, talvez por entender que caberia a interpretação do aplicador da lei escolher, ou ainda, um posicionamento frente à um tema polêmico, quedou ao Estado um não enfrentamento ou amadurecimento do tema.

O artigo dezesseis tem o termo final, patronímico, que se refere ao nome do pai, retirado de sua redação e, para além de mudanças meramente linguísticas, essa alteração sinaliza o surgimento de novas percepções e de tentativas mais liberais, no sentido de liberdade da pessoa humana, que transladam semântica e socialmente as intenções de governabilidade do discurso estatal imbuído no Código. Nesse sentido, opta-se por apenas estabelecer que é de direito da pessoa humana o “sobrenome”, sem fazer referência à origem deste e trazendo, em mais um de seus

artigos, a igualdade de gênero, opção que o Código adota como matriz em todo o contexto normativo.

Determinados enunciados são repetidos várias vezes e outros são obtidos obsessivamente. A ilusão do meio digital que se pode mostrar tudo e ver tudo, o dispositivo, aquilo que se vê e aquilo que se mostra é controlado pelos poderes. Uma rede social pertence a uma corporação e, esta, controla a visibilidade e a 3ª dimensão – poderes vão controlar aquilo que se pode ou não dizer – conforme o que interessa a quem está no poder.

A terceira dimensão são as linhas de força. Quando se pensa no dispositivo lei, é preciso contextualizar o momento histórico, político, econômico e social. No presente caso, são vinte e sete anos e muitos acontecimentos marcantes e relevantes que precisam ser levados em consideração. As Memórias legislativas estudadas e pormenorizadas são documentos norteadores relevantes na busca pelas matrizes que regiam o poder e os interesses durante os anos em que o Código Civil foi estudado e discutido.

A história traz influências fundamentais e os discursos do próprio Código evidenciam sua presença. Constata-se a influência do Código de Napoleão, a influência das Cartas Portuguesas, a influência da Política e da história brasileira, representada por alguns personagens como Rui Barbosa, Clóvis Beviláqua, entre outros, como a Constituição de 1988, e claro, vários dos interlocutores que participaram do processo legislativo como Ricardo Fiuza, Miguel Reale e outros.

Na quarta dimensão, Foucault (2009) traz a questão da subjetividade do sujeito. Apesar de entender que o direito deve ser visto como um processo de sujeição, ele enfatiza: “Para mim, o problema é evitar a questão da soberania e da obediência dos indivíduos que lhe são submetidos e fazer aparecer em seu lugar o problema da dominação e da sujeição”. O filósofo apresenta um sujeito constituído pela objetivação do sujeito nas ciências humanas; ele é o efeito das relações de poder e de saber, mas o autor ressalta que o poder é algo coisa que se exerce, que exercita resistência. Não existe nenhuma relação de poder sem polo de resistência, ou seja é mutável, não é definitivo.

Nesse sentido, todo discurso trazido pelo Código Civil vem disciplinar, sujeitar, ordenar todo aquele discurso elitista e ortodoxo que o Direito em si carrega, dotado de práticas políticas e muito longe da vontade do povo e do Regime Democrático, o qual a lei diz representar. Em contrapartida, existem discussões e

audiências públicas para que as instituições representadas possam ser ouvidas e levar suas sugestões e petições, a força econômica e política são sólidas. Contudo, tem-se visto manifestações populares, abaixo-assinados, pronunciamentos, protestos, que podem ser observados como expressões subjetivas e incontestes. São portanto, retratos das relações de poderes existente entre Estado e sociedade, evidenciando a constante luta coercitiva entre sujeitos e assujeitados.

No universo epistêmico de Michel Foucault, esclarece-se que as relações de poder tornam as pessoas sujeitos objetivados, efeitos das relações de saber e de poder. Não significa, todavia, que estamos subjugados a uma força imutável que determina todas as demais situações. “Desse modo, o sujeito é livre, pois se há relações de poder em todo o campo social, é porque há liberdade em todo lugar.” (MAGALHÃES, 2008, p. 13).

Neste entendimento, Foucault compreende que, apesar de sujeitos objetivados, em algum momento, o ser humano passa por um processo de subjetivação, refletida no modo como cada pessoa se entende como sujeito legítimo de determinado tipo de conhecimento, como se percebe a si mesmo na relação sujeito-objeto. A objetivação e a subjetivação são, portanto, processos complementares que se relacionam dentro do escopo de estudo sobre a qual se debruçou Foucault.

O marco entre a subjetivação e a objetivação, em uma premissa atual, acontece, inevitavelmente, no interior do Código Civil, uma vez que este documento trata de um conjunto de posturas confeccionado de maneira a impor ao homem, pessoa e sujeito, determinado comportamento em sociedade.

A noção de uma produção de sujeitos pode aparentar perigo ao aparentar o mecanicismo, ao sugerir que esses sujeitos seriam simples efeitos passivos do funcionamento de mecanismos situados sobre outros planos, cuja natureza jamais se tem certeza de conhecer. Nesse sentido, a constituição funcional do sujeito a partir do pensamento de Michel Foucault, fornece metodologias de análise que propiciem olhar crítico sobre a dialogia do sujeito enquanto ser ativo e passivo em sociedade. Dentro dessa constituição, percebe-se que, por um lado, o sujeito é constituído a partir de imposições que lhe são exteriores, alheio a sua essência, compreendido como um produto das relações de saber e de poder. Por outro lado, o sujeito é formatado a partir de relações intersubjetivas em que há espaço para a

manifestação de sua liberdade, que possibilita a criação de si mesmo como um sujeito livre e autônomo.

Em linhas gerais, é possível identificar, a partir das premissas básicas acima mencionadas, que o sujeito, que nasce livre e autônomo para se posicionar em sociedade, em dado momento se vê condicionado a se submeter a uma série de regramentos impostos a todos. Na visão passiva, por outro lado, o sujeito não é livre, devendo se adequar aos regramentos previamente impostos, dentro da perspectiva de poder. Deve se submeter aos comandos lançados pela concepção de sociedade. Na perspectiva ativa, o sujeito é livre e desapegado a qualquer vicissitude, fazendo sua própria opção e deliberando livremente suas escolhas.

Há, então, uma não-liberdade ou uma liberdade negativa, vez que essa não possibilita agir como lhe aprouver, mas refere-se antes à possibilidade de reagir, de responder às relações de poder à qual se está sujeito. A liberdade dos sujeitos pode ser entendida assim: diante da mesma situação as pessoas podem reagir de maneiras muito diferentes.

Ante o exposto, pode-se concluir que esta pesquisa repercute no que se pretende genealogicamente buscar: uma conceitualização histórico-filosófica-social de "Pessoa humana" que possa demonstrar "quem" ou "o quê" preenche "este espaço" que é jurídico, mas também precisa ser construído pelas ciências afins para se ter um conceito epistemológico, já que o ponto de partida e de chegada é o sujeito que nasce e se sujeita a organismos de controle, de poder, estruturalmente delineado para o convívio social.

Há quem afirme que a aplicabilidade do vocábulo sujeito expressaria óbices para realizar uma genealogia do conceito de pessoa humana tomando por base a dialética foucaultiana. Todavia, após diversas leituras, discussões, diálogos e confrontações, não só apenas tornou-se possível, mas em toda caminhada de estudo, todas as referências, documentos e a metodologia "arqueogeneologia", tem se mostrado até o momento eficientes e corroboram a hipótese e problemática levantada. O conceito de pessoa humana construído histórica-social-filosoficamente pelo Código Civil à luz da metodologia de Foucault tem nos remetido ao um discurso de saber-poder, que conduz a uma análise muito mais ampla sobre "noção de pessoa".

Seria preciso reconhecer que se situar sobre o plano puramente representacional é insuficiente e que este plano constitui apenas parte do fenômeno,

sendo necessária a inclusão das múltiplas esferas relativas às práticas institucionais e individuais.

Assim, falar de sujeito, para Foucault (1986), parte-se inegavelmente da premissa de pessoa humana, na visão que se pretendeu atribuir ao trabalho em curso, utilizando-se do sujeito para visualizar a pessoa num plano estrutural social.

A presente pesquisa, mediante a investigação do discurso do Código Civil e dos documentos referentes a este, convidou à uma análise da história, do passado, do presente e do futuro, visto que, aceitar pensar de outra forma o agora que é tão evidente, é possível entender quem é o ser humano para a legislação. Assim, liberta-se do presente e instala-se quase num futuro, em uma perspectiva de transformação de si próprio, tomando o governo de si.

REFERÊNCIAS

ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos. In: HELLER, Agnes et. al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

ALVES, Castro. *O navio negreiro*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000068.pdf>> Acesso em set 2019.

ALVES, José Anastácio de Gouveia. *Os direitos do homem e a lei natural em Jacques Maritain*. 1996. [documento eletrônico] Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17845/1/V02601-225-280.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ARAÚJO, Inês Lacerda. Formação discursiva como conceito chave para a arqueogenealogia de Foucault. In: RAGO Margareth MARTINS; Adilton (org.). *Revista Aulas*, 2007, n. 3, ISSN 1981-1225.

ARAÚJO, Luiz Alberto Davi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Catálogo de obras de Ruy Barbosa*: Coleção Macedo Soares/coordenação de Dainis Karepovs. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2003.

BAKHTIN, Mikhail M. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARBOSA, Rui. A corrupção política. Conferência lida no Teatro Politeama Bahia, 12 de abril de 1919. In: _____. *Campanha presidencial (1919)*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa (Obras Completas de Rui Barbosa, v. 46, t. II).

_____. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BARRAL, Welber. *Os novos conceitos do novo Direito Internacional: Cidadania, democracia e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Pedro Paulo Z.; FONSECA, Pedro Cezar D. (Org.). *A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BESSA, Paulo. *Uma Nova Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução João Almeida Ferreira. São Paulo: Sociedade Brasileira Bíblica, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Dignidade humana como princípio normativo: os direitos fundamentais no debate bioético. In: SCARLET, Ingo Wolfgang; SALOMÃO, Leite (org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil* (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 03 maio 2018. Preâmbulo.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 23 abr. 2018. Artigo 2º.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão do Recurso Especial RESP n. 1413586-SC 2013/0348426-1*. Relator: Ferreira, Antônio Carlos. Publicado no DJ de 22.03.2014. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em Set. 2018.

BRUNS, Gerald L. O modernismo de Foucault. In: GUTTING, Gary (org.). *Foucault*. Tradução André Oídes São Paulo: Ideias & Letras, 2016.

BUARQUE, Chico; GUERRA, Rui. *Sonho Impossível*. Intérprete: Chico Buarque e Maria Bethânia. In: *Chico Buarque e Maria Bethânia ao vivo*. Phonogram/Philips, 1975. CD. Faixa 2.

CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoria general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Lisboa: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

CARVALHO, José Murilo. *A formação das almas*. O imaginário da República no Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

_____. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CASTRO, Edgar. *Vocabulário de Foucault*. Um percurso pelos seus temas, conceitos e autores. Tradução Ingrid Müller Xavier. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009.

CICCO FILHO, Alceu José. Colaboração do jusnaturalismo para o surgimento do fenômeno da codificação e dos direitos universais **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 7, n. 75, out./nov. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

_____. *A afirmação histórica dos direitos*. 3. ed. São Paulo Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

D'ANGELIS, Wagner Rocha. Direitos Humanos e Ciências Penais. In: MAIA NETO, Cândido Furtado et. al. (coord.). *Direitos Humanos e Cidadania: Visão Histórica e prospectiva*. Revista Jurídica da UDC, Curitiba: Juruá, v 1, n. 1, 2004.

DA COSTA, Emília Viotti. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. São Paulo: Unesp, 1998.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DANTAS, San Tiago. *Rui Barbosa e o Código Civil*. Conferência realizada em 20 de Agosto de 1949 na Casa de Rui Barbosa, sob a presidência do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, Ministro da Justiça. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949.

DE CICCIO, Cláudio. *História do direito e do pensamento jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 20. ed. rev. e aum. de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul E. *Michel Foucault. Uma Trajetória Filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. 2. ed. Tradução Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: Paulo Neves.

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

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

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

FAITANIN, Paulo. Pessoa: a essência e a máscara. In: *Revista Eletrônica Aquinate*, n. 03, p. 47-58, 2006. Disponível em: <<http://www.aquinate.com.br/wp-content/uploads/2016/11/03-pessoa-revisado.pdf>>. Acesso em: fev. 2018.

FALCÃO, Rafael de Lucena. A personalidade jurídica do nascituro. In: *Conteúdo Jurídico*. Brasília-DF: 27 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40202&seo=1>>. Acesso em: abr. 2018.

FERREIRA NETO, João Leite. Pesquisa e Metodologia em Michel Foucault. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*. Brasília, v. 31, n. 3, p. 411-420, 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010237722015000300411&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: abr. 2018.

FERREIRA, Pinto. A Faculdade de Direito e a Escola do Recife. In: *Id/496788*, 1977. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181024/000359523.pdf?sequence=3>>. Acesso em: abr. 2018.

FERREIRA, Sandro de Souza. O Conceito de Pessoa e sua extensão a animais não humanos. In: *Revista Controvérsia*. v.1 n° 2, 2005. Disponível em: <<http://www.controversia.unisinos.br/index.php?a=49&e=2&s=9>>. Acesso em: abr. 2017.

FLORENZANO, Modesto. *As revoluções burguesas*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *A ordem do discurso*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

_____. *Arqueologia do saber*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução Salma Tannus Muchail. 4. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999c.

_____. Conversa com Michel Foucault. In: *Ditos e escritos. Repensar a política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010b.

_____. *Em Defesa da Sociedade*: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999a.

_____. Inutile de se soulever? In: *Dits et Ecrits III*. Paris: Gallimard, 1994a.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. O Cuidado com a verdade. In: *Ditos e escritos*. Ética, sexualidade, política. Tradução Elisa Monteiro e Inês Aufran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. v. 5.

_____. *O governo de si e dos outros*: curso no Collège de France (1982-1983). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008b.

_____. *O nascimento da biopolítica*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008^a

_____. Poderes e estratégia. In: *Ditos e escritos*. Estratégias. Poder-saber. Tradução Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. v. 4.

_____. Qu'est-ce que les Lumières? In: *Dits et Ecrits IV*. Paris: Gallimard, 1994b

_____. *Segurança, território, população*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a.

_____. Sobre a história da sexualidade. In: *FOUCAULT*, 2017.

_____. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. In: BALLESTEROS, Jesús (ed). *Derechos Humanos*: concepto, fundamentos, sujetos. Editorial tecnos S. A. 1992.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006.

GAXOTTE, Pierre. *A revolução francesa*. Tradução Eduardo Pinheiro. 2. ed. Porto: Livraria Tavares Martins, 1962.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas da Pesquisa Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOLDMAN, Marcio. Uma categoria do pensamento antropológico: a noção de pessoa. In: *Revista de Antropologia*. São Paulo, v. 39, n. 1, p. 83-109, 1996. ISSN 1678-9857. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/1111620>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo Saraiva, 2013. v. 1.

_____. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Principais inovações no código civil de 2002: breves comentários*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONET, Paulo Gustavo Branco; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GÖTTEMS, Claudinei; SIQUEIRA, Dirceu Pereira, *Direitos Fundamentais da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição brasileira*. Birigui/SP: Boreal, 2008.

GRASSI, Avelino. *Oficinas pedagógicas de Direitos Humanos*. Petrópolis: Vozes, 1995.

GREGOLIN, Maria do Rosário. Análise do discurso: Conceitos e objetivos. In: *Alfa* São Paulo, v. 39, p. 13-21, 1995.

_____. *Foucault e Pêcheux na construção da análise do discurso*. São Carlos: Clara Luz, 2004.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLANDA, Aurélio Buarque; LINS, Álvaro. *Roteiro Literário de Portugal e do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966. v. II.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e Direitos Sociais*. Belo Horizonte: Amatra. Disponível em <<http://www.amatra.com.br/anais3.html>>. Acesso em: maio 2011.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNT, Emery Kay; SHERMAN, Howard. *História do pensamento econômico*. Tradução de Jaime Larry Benchimol. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

IHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Tradução de: Abel D'Azevedo. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, 1950.

JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos*. São Paulo: Unesp, 2012.

JÚNIOR, Alcides de Sousa Coelho. O Homem Pós-Moderno e a Metodologia de Foucault. In: *Revista Eletrônica de Filosofia*, v. 1, n. 1, 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

LIMA, Manoel Hermes de. O atual Código Civil, sua intertextualidade e intersistematicidade como diretrizes metodológicas e sua proteção a grupos culturais. In: *Revista de Informação Legislativa*: Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010.

LLORET, Jaume Ferrer. *Responsabilidad internacional del estado y derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, p.102, jan./mar., 1999.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAIA NETO, Cândido Furtado. In: KUEHNE, Maurício (org.) *Bases Humanitárias e Democráticas para a reforma do Direito Penal Brasileiro*. Ciência Penal, Coletânea de Estudos: JM Editora, 1999.

_____. *O promotor de justiça e os Direitos Humanos*. 1. ed. Juruá: Curitiba, 2003.

MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Tradução Afrânio Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1967.

_____. *Principes d'une politique humaniste*. Nova York: Éditions de la Maison française, Incorporated, 1944.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia*. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosaf Naif, 2003.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Prefácio de M. Fanchini Netto. 15. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. Curitiba: Editora Universitária Champagnat, 1992.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e Transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

MICHEL-JONES, Françoise. A noção de pessoa. In: AUGÈ, Marc. *A construção do mundo*. 70 ed. Lisboa: 1978.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Direitos fundamentais*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra Limitada, 1988.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTOYAMA, Shozo. *Cidadania e Cultura Brasileira: homenagem aos 90 anos do Professor Miguel Reale*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução Paulo César de Souza São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NUNES, Rizzatto. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Fernanda Carla. Indivíduo: do latim ao português. In: DUCHOENY, Aléxia Teles (org.). *Pelas Veredas da Etimologia*. São Paulo: NEHHILP/FFLCH/USP, 2016. ISBN: 78-85-7506-286-9. Disponível em: <<https://www.usp.br/nehilp/livros/Veredas.pdf#page=67>>. Acesso em fev. 2018.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de Discurso: princípios & procedimentos*. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

_____. *A Linguagem e seu funcionamento: As formas do discurso*. 4. ed. Campinas: Pontes, 2003a.

_____. *Análise de discurso: princípios e procedimentos*. Campinas: Pontes, 2003b.

PASSOS, Edilenice. *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XXXIII. Direito das Obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PORTALIS, Jean Etienne Marie; CREMADES, Ignacio; GUTIÉRREZ-MASSON, Laura. *Discurso preliminar al Código Civil francés*. Civitas, 1997.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 89, p. 11-67, jan. 1994. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236>>. Acesso em: maio de 2018.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1980.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Porto: Coimbra, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. A Constituição e o Código Civil. In: *Migalhas*. 2003. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI3080,51045A+Constituicao+e+o+Codigo+Civil>>. Acesso em: mar. 2019a.

_____. A doutrina de Kant no Brasil. In: *Revista da USP*, 1949. Disponível em: <www.revistadausp.br>. Acesso em: 29 ago. 2017.

_____. Discurso do Prof. Miguel Reale. In: *Solenidade de Sanção do Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/discmr.htm>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____. *Memórias. A balança e a espada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Os direitos da personalidade*. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2019b.

_____. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de direito privado*. n. 9, 2002. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

RECKZIEGEL, Janaína; CONINCK, Beatriz Diana Bauermann. A afirmação histórica da proteção da vida humana. In *Revista do Direito*, maio 2015, v. 2, n. 46, p. 34-62.

REZENDE, Joffre Marcondes de. Pessoa, Indivíduo e Sujeito. In: *Revista de Patologia Tropical*, v. 39, n. 1, p. 69-72, abr. 2010. ISSN 1980-8178. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/iptsp/article/view/9501>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. O direito à vida. In: *Scientia Iuris*, v. 7, p. 340-353, 2011.

ROSA, Guimarães. *Estas estórias*. Ficção completa, 1995.

ROTHENBURG, Walter Claudis. *Princípios Constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-Estar na Modernidade*. Ensaios. 2. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de Síndrome de Down. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os Direitos Fundamentais e a Constituinte. In: *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte: Conselho de Extensão, UFMG, 1986.

SANTOS, Hilário Xavier dos. *Uma breve história da monarquia no Brasil: D. João VI, D. Pedro I e D. Pedro II*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2013.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado. Divisão de Acervo Histórico. *Catálogo de obras de Ruy Barbosa: Coleção Macedo Soares*. Coordenação Dainis Karepovs. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

SAROTTE, Georges. *O Materialismo Histórico no Estudo do Direito*. Lisboa: Estampa, 1975.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito “vida” em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. In: *Revista Bioética*, v. 17, n. 3, p. 377. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

_____. Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: evolução histórica e direito atual. In: *Revista da Procuradoria de São Paulo*, São Paulo, 1988.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Teixeira de Freitas, o jurista que sedimentou o Direito Privado em prol da sociedade. In: *Consultor Jurídico (Conjur)*. Publicado em: 23 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-23/teixeira-freitas-jurista-sedimentou-direto-privado>>. Acesso em abr. 2018.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Tradução Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Lisboa: Grandiva, 2000.

SMITH, Adam. *A mão invisível*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

_____. *A riqueza das nações*. Investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SPINK, Mary Jane P. Pessoa, indivíduo e sujeito: notas sobre efeitos discursivos de opções conceituais. *Psicologia social e personalidade*, p. 1-22, 2011.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. *Jacques Maritain*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/maritain/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2004. v. 5.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito e Estado*. Ano 1, nº. 2, p. 37-53. abr./jun. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*. 43. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de direito administrativo*, v. 177, p. 29-49, 1989.

VEIGA-NETO, Alfredo. Teoria e método em Michel Foucault (im)possibilidades. In: *Cadernos de Educação*, Pelotas, n. 34, p. 83 - 94, set./dez. 2009.

VERBA JURIS, *Anuário de Pós Graduação em Direito*. Universidade Federal da Paraíba. Ano 7 Número 7. João Pessoa, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 1999.

WEIZENMANN, Mateus. *Foucault: sujeito, poder e saber* [recurso eletrônico]. Pelotas: NEPFil online, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.