

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

MARCELO ANDRADE DE AZAMBUJA

**REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO BRASIL:
uma análise descolonial**

**São Leopoldo
2020**

MARCELO ANDRADE DE AZAMBUJA

**REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO BRASIL:
uma análise descolonial**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientadora Profa. Dra. Fernanda Frizzo
Bragato

São Leopoldo
2020

A991r Azambuja, Marcelo Andrade de
 Regulação da liberdade de associação no Brasil: uma análise
 descolonial / Marcelo Andrade de Azambuja -- 2020.
 186 f. ; il. ; 30cm.

 Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
 Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.
 Orientadora: Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato.

 1. Direitos fundamentais. 2. Liberdade de associação. 3.
 Modernidade. 4. Colonialidade. I. Título. II. Bragato, Fernanda
 Frizzo.

 CDU 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**REGULAÇÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO BRASIL: uma análise descolonial**" elaborada pelo mestrando **Marcelo Andrade de Azambuja**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 18 de março de 2020.



Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Fernanda Frizzo Bragato Participação Online/Webconferência

Membro: Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger Participação Online/Webconferência

Membro: Dr. José Rodrigo Rodriguez Participação Online/Webconferência

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

AGRADECIMENTOS

À minha família, Dóris, Roberto, Sheila e Pedrinho;

À minha esposa, Marina;

Aos meus amigos;

Aos meus companheiros;

Aos advogados populares;

Aos sócios Denise e Paulo, bem como à Mariane;

À orientadora Fernanda;

Aos docentes, servidores e colegas do PPGD-Unisinos;

Aos colegas do Núcleo de Direitos Humanos;

Às queridas Winnie, Karina, Raysa e ao querido César;

o meu mais sincero agradecimento. Suas contribuições foram inúmeras e e diversas: dos almoços de final de semana aos conselhos paternos ou fraternos; das noites mal-dormidas aos felizes passeios de mãos-dadas; das cervejas geladas à generosa compreensão pela ausência; das noites em delegacia defendendo manifestantes às reuniões com deliberações acaloradas; dos exemplos que ensinam o que fazer e o que não fazer à pausa para o cafezinho; das sugestões de leitura às cobranças amistosas; do sorriso no atendimento às aulas sobre uso de bancos de dados; da complexidade nos problemas identificados às igualmente complexas respostas encontradas coletivamente; dos sonhos partilhados às mãos que se unem para realiza-los. Se existe uma certeza ao final da redação dessa dissertação é de que não chegaremos longe sozinhos, de que só chegaremos longe “associados”.

.

.

Cantar, dançar e viver a experiência mágica de suspender o céu é comum em muitas tradições. Suspende o céu é ampliar o nosso horizonte, não o horizonte prospectivo, mas um existencial

Ailton Krenak

RESUMO

Nossa pesquisa busca examinar como a colonialidade influencia a regulação liberdade de associação no Brasil. Nossa hipótese é que a influência da colonialidade na regulação da liberdade de associação no Brasil pode ser identificada pela análise descolonial das Constituições brasileiras e é obstáculo ao exercício desse direito por sujeitos historicamente subalternizados. Coletamos dados empíricos, de forma direta, pelo levantamento de textos constitucionais sobre a liberdade de associação no Brasil. Também coletamos dados, de forma indireta, pelo levantamento de textos sobre a perspectiva descolonial, teoria de base escolhida para nossa análise; sobre a sociedade civil e sobre o Direito, desde a perspectiva descolonial; de textos constitucionais sobre a regulação da liberdade de associação no Brasil; e de textos históricos que oferecessem contexto à origem e desenvolvimento do Direito brasileiro. Analisamos os textos normativos em busca de marcadores de colonialidade que indicassem pistas sobre sua influência na regulação da liberdade de associação no Brasil. Utilizamos método dialético para a construção das conclusões. Ao final, o resultado da pesquisa foi escrito com estilo literário acadêmico implicado. A partir da análise dos textos constitucionais, encontramos cinco padrões, cada qual com uma face Moderna e outra Colonial. O primeiro padrão encontrado indica a pretensão moderna de universalidade dos sujeitos que enunciam o Direito e a quem o Direito se destina. O segundo padrão encontrado marca a pretensão de universalidade dos valores modernos ao enunciar os direitos à liberdade, à segurança, e à propriedade, como os direitos dos quais se desdobram os demais. O terceiro padrão encontrado diz respeito à garantia moderna de liberdade de associação, como prerrogativa de se associar, de não se associar, de permanecer associado, de constituir uma associação e de dissolver uma associação. O quarto padrão encontrado diz respeito à garantia moderna de liberdade de associação, como garantia de não intervenção do Estado, enunciado que mascara o conjunto de obrigações necessárias para a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado no Brasil. O quinto padrão encontrado foram os limites à liberdade de associação pelo fim lícito e a pacificidade ligados por uma noção de moralidade à civilidade e desenvolvimento.

Palavras-chave: Liberdade de associação. Modernidade. Colonialidade.

RESUMEN

Nuestra investigación busca examinar cómo la colonialidad influye en la regulación de la libertad de asociación en Brasil. Nuestra hipótesis es que la influencia de la colonialidad en la regulación de la libertad de asociación en Brasil puede identificarse mediante el análisis descolonial de las Constituciones brasileñas y es un obstáculo para el ejercicio de este derecho por parte de sujetos históricamente subordinados. Recopilamos datos empíricos, directamente, mediante encuestas de textos constitucionales sobre la libertad de asociación en Brasil. También recopilamos datos, indirectamente, al encuestar textos sobre la perspectiva descolonial, la teoría básica elegida para nuestro análisis; sobre sociedad civil y derecho, desde una perspectiva descolonial; textos constitucionales sobre la regulación de la libertad de asociación en Brasil; y textos históricos que ofrecen contexto al origen y desarrollo del derecho brasileño. Analizamos los textos normativos en busca de marcadores de colonialidad que indicaran pistas sobre su influencia en la regulación de la libertad de asociación en Brasil. Utilizamos un método dialéctico para construir las conclusiones. Al final, el resultado de la investigación fue escrito con un estilo literario académico implícito. Del análisis de los textos constitucionales, encontramos cinco patrones, cada uno con una cara moderna y una colonial. El primer patrón encontrado indica el reclamo moderno de universalidad de los sujetos que enuncian la Ley y a quienes está destinada la Ley. El segundo patrón encontrado marca el reclamo de universalidad de los valores modernos al enunciar los derechos a la libertad, la seguridad y la propiedad, como los derechos que los demás desarrollan. El tercer patrón encontrado se refiere a la garantía moderna de libertad de asociación, como una prerrogativa de asociarse, no asociarse, permanecer asociado, formar una asociación y disolver una asociación. El cuarto estándar encontrado se relaciona con la garantía moderna de libertad de asociación, como una garantía de no intervención del Estado, una declaración que enmascara el conjunto de obligaciones necesarias para la constitución de una entidad legal de derecho privado en Brasil. El quinto patrón encontrado fueron los límites a la libertad de asociación para el fin legal y la pacificidad vinculados por una noción de moralidad a la civilidad y el desarrollo.

Palabras clave: Libertad de asociación. Modernidad. Colonialidad.

ABSTRACT

Our research seeks to examine how coloniality influences freedom of association regulation in Brazil. Our hypothesis is that the influence of coloniality in the regulation of freedom of association in Brazil can be identified by the decolonial analysis of the Brazilian Constitutions and is an obstacle to the exercise of this right by historically subordinated subjects. We collect empirical data, directly, by identifying constitutional texts on freedom of association in Brazil. We also collected data, indirectly, by identifying texts on the decolonial perspective, the basic theory chosen for our analysis; on civil society and law, from a decolonial perspective; constitutional texts on the regulation of freedom of association in Brazil; and historical texts that offer context to the origin and development of Brazilian law. We analyzed the normative texts in search of coloniality markers that would indicate clues about their influence on the regulation of freedom of association in Brazil. We use a dialectical method to construct the conclusions. In the end, the result of the research was written with an implicit academic literary style. From the analysis of the constitutional texts, we found five patterns, each with a Modern and a Colonial face. The first pattern found indicates the modern claim to universality of the subjects who enunciate the Law and to whom the Law is intended. The second pattern found marks the claim of universality of modern values by enunciating the rights to freedom, security, and property, as the rights of which the others unfold. The third pattern found concerns the modern guarantee of freedom of association, as a prerogative to associate, not to associate, to remain associated, to form an association and to dissolve an association. The fourth standard found relates to the modern guarantee of freedom of association, as a guarantee of non-intervention by the State, a statement that masks the set of obligations necessary for the constitution of a legal entity under private law in Brazil. The fifth pattern found was the limits to freedom of association for the lawful end and pacificity linked by a notion of morality to civility and development.

Key-words: Liberty of association. Modernity. Coloniality.

LISTA DE SIGLAS

CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CIR	Conselho Indígena de Roraima
COIAB	Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia
DAO	Dora, Azambuja e Oliveira - Sociedade Advocatícia
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MST	Movimento dos Trabalhadores Sem Terra
MIQCB	Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu
NDH	Núcleo de Direitos Humanos
OPIAM	Organização dos Povos Indígenas da Amazônia
POSCB	Perfil das Organizações da Sociedade Civil no Brasil
RENAP	Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares
RT	Revista dos Tribunais
SAJU	Serviço de Assessoria Jurídica Universitária
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A FACE EXPOSTA	22
2.1 O Direito brasileiro como herança portuguesa	25
2.2 A regulação moderna da liberdade de associação no Brasil	63
2.2.1 Análise da face exposta	64
2.2.2 Características modernas da regulação da liberdade de associação	78
3 A FACE OCULTA	88
3.1 O Direito brasileiro como imposição portuguesa	91
3.2 A regulação colonial da liberdade de associação no Brasil	131
3.2.1 Análise da face oculta	131
3.2.2 Características coloniais da regulação da liberdade de associação	141
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	165
REFERÊNCIAS	172

1 INTRODUÇÃO

Conforme o brocado latino, “ubi homo, ibi societas”, “ubi societas, ibi jus”, “ergo: ubi homo, ibi societas” ou “onde houver a homem, haverá sociedade”, “onde houver sociedade, haverá Direito”, “logo, onde houver a homem, haverá Direito”. É noção que chega até o território brasileiro pela influência colonial portuguesa em meio ao projeto Moderno/Colonial que se inicia em 1492. Para nós, optar pela descolonialidade é questionar de quê homem, de quê sociedade e de quê Direito estamos falando ao utilizar esse brocado. Também, e este é o tema que nos interessa nesse trabalho, é fazer o caminho inverso, e questionar como o Direito pode ser utilizado, e, historicamente, foi, para construir, onde, supostamente, não estavam, sociedades e homens.

Contemporaneamente, partimos a sociedade em três. A expressão “sociedade civil” vem sendo utilizada para descrever um dos resultados possíveis das combinações entre o público e o privado. Como explica Fernandes,¹ agentes públicos atuando para fins públicos constituem o Estado; agentes privados atuando para fins privados constituem o Mercado; agentes privados atuando para fins públicos, constituem o terceiro setor ou Sociedade Civil. Para Walzer,² trata-se de “esfera não coercitiva de associação humana entre o indivíduo e o Estado, em que pessoas utilizam ação coletiva para propósitos normativos e substantivos com relativa independência do Estado e do Mercado”.

Edwards³ questiona a utilidade da expressão “sociedade civil” por sua multiplicidade de significados, e porque, mesmo seu uso mais preciso e cuidadoso, parece não dar conta da complexidade social e cultural de ações que acontecem em diferentes lugares do tempo e do espaço. Losekann e Ballestrin⁴ ampliam a crítica, afirmando que a maior parte da produção acadêmica sobre sociedade civil está ainda situada no hemisfério norte, “o que mostra a sobrevivência dessa matriz contida em

¹ FERNANDES, Rubem César. **Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 21.

² WALZER, Michael. **The idea of Civil Society: a path to social reconstruction** In *Community Works: the revival of civil society in America*. Washington DC: Brookings Institution Press, 1998. p. 123

³ EDWARDS, Michael. Introduction: **Civil Society and the Geometry of Human Relations** In **The Oxford's handbook of civil society**. Michael Edwards (org.). New York: Oxford University Press, 2011.

⁴ LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana. A abertura do conceito de Sociedade Civil: desencaixes, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. **Colombia Internacional**. n. 78, 2013. p. 181-210, p. 193.

sua gênese em meio a diferentes condições, espaços e temporalidades”. De nossa parte, entendemos que é oportuno compreender a liberdade de associação à luz da relação de poder colonial, estabelecida desde o século XV.

O direito à liberdade de associação vem sendo utilizado como fundamento jurídico para a existência e o exercício da sociedade civil.⁵ Desde a Constituição de 1891, a liberdade de associação é garantida aos brasileiros e estrangeiros residentes no país para unirem esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não-intervenção do Estado. Contudo, esse direito fundamental não é usufruído por todos a quem se destina da mesma forma por influência do passado colonial brasileiro. Nessa pesquisa, nosso objetivo geral é compreender como a colonialidade influencia a regulação da liberdade de associação no Brasil. Pela complexidade do objetivo geral, é útil desmembrá-lo em objetivos específicos. Desde uma perspectiva descolonial, queremos compreender a influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro; e como o Direito Brasileiro regulou e regula a liberdade de associação e seu impacto para a existência e o exercício da sociedade civil.

Nossa hipótese, constructo de nossas experiências pretéritas que pode ser confirmado ou não pelo exercício investigativo, é que a influência da colonialidade na regulação da liberdade de associação no Brasil pode ser identificada pela análise descolonial da Constituições brasileiras e é obstáculo ao exercício desse direito por sujeitos historicamente subalternizados.

As justificativas para realizarmos esta pesquisa são de ordem científica, política e pessoal. Cientificamente, justificamos a pesquisa pela ausência de resposta ao problema formulado. A revisão bibliográfica é tarefa comum a qualquer pesquisa. Após a delimitação do tema, revisamos a produção bibliográfica com uso de variadas fontes confiáveis e atualizadas. Buscamos apreender a evolução do debate sobre o tema, quais aspectos já foram exaustivamente abordados; quais hipóteses foram confirmadas ou descartadas; quais os principais autores e autoras; quais os principais conceitos teóricos utilizados. É atividade que pretendemos tão exaustiva quanto possível. Assim, garantimos não apenas o ineditismo da nossa pesquisa, mas sua

⁵ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014.

qualidade e capacidade de interação com outras pesquisas. Em nossa revisão, encontramos bibliografia sobre a colonialidade e, especificamente, sobre a colonialidade da Sociedade Civil⁶ ou do Direito.⁷ Também, encontramos bibliografia sobre o direito à liberdade de associação. Entretanto, não encontramos bibliografia sobre a colonialidade do direito à liberdade de associação.

Politicamente, justificamos a pesquisa pela relevância da sociedade civil no Brasil contemporâneo. Conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (IPEA), eram 820.000 as organizações da sociedade civil com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Economia brasileiro em 2016.⁸ A distribuição dessas organizações acompanha a distribuição da população brasileira em relação às regiões: a região sudeste abriga 40% das organizações e 42% da população, a região nordeste abriga 25% das organizações e 28% da população, a região sul abriga 19% das organizações e 15% da população; a região centro-oeste abriga 8% das organizações e 8% da população; e a região norte abriga 8% das organizações e 9% da população.⁹ Há pelo menos uma organização em cada um dos 5.570 municípios brasileiros. Essas organizações são responsáveis pelo emprego de 3 milhões de pessoas, 3% da população ocupada no país,¹⁰ sem levar em consideração o desconhecido número de voluntários. As organizações que mais empregam, 50% dos ocupados em organizações da sociedade civil, estão vinculadas a atividades de bem-

⁶ LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana. A abertura do conceito de Sociedade Civil: desenhos, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. **Colombia Internacional**. n. 78, maio a agosto de 2013. p. 181-210, p. 193

⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1, jan.-abr., 2014, p. 201-230; WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direitos humanos e descolonialidade: uma leitura a partir da (anthropos)logia jurídica e formas “outras” de conhecimento. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. (Org.). **Pós-colonialismo, pesamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. 2 Ed. Santo Ângelo: FuRI, 2015, p. 99-111; PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito**. 2014. 545 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2014.

⁸ LOPEZ, Felix Garcia. **Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: IPEA, 2018, p. 21

⁹ LOPEZ, Felix Garcia. **Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: IPEA, 2018, p. 21; IBGE. **Estimativa da População Brasileira**. 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

¹⁰ LOPEZ, Felix Garcia. **Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: IPEA, 2018, p. 21

estar compartilhadas com o Estado, a saúde, a educação e a assistência social, ainda que estas áreas representem apenas 9% do total de organizações da sociedade civil.¹¹

Por um lado, as organizações da sociedade civil promovem a articulação da população, ampliando a capacidade de exercer pressão sobre o Estado, exigindo o respeito, a promoção e a defesa de direitos ou a formulação e o aperfeiçoamento de políticas públicas. Como exemplo, temos o papel exercido por essas organizações na denúncia de violações de direitos pelo regime civil-militar brasileiro que teve início em 1964 e que contribuiu enormemente para a transição à democracia em 1985. Ainda, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que, com ocupação de latifúndios e prédios públicos, exige o cumprimento da obrigação constitucional de função social da propriedade e a realização da reforma agrária desde 1984; ou a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), que defende os direitos indígenas na região amazônica do país desde 1989. Essa articulação também amplia a capacidade de exercer pressão sobre o Mercado, exigindo o respeito a direitos e regulando os impactos negativos do exercício econômico. Para ilustrar, citamos o papel de sindicatos e associações profissionais que negociam coletivamente melhores salários e condições de trabalho. Ainda, o Movimento de Quebradeiras de Coco Babaçu (MIQCB), que denuncia conflitos fundiários na região nordeste do país desde 1991.

Por outro lado, as organizações da sociedade civil compartilham com o Estado a formulação, a execução e o controle de atividades de interesse público. A Constituição de 1988 inseriu novas hipóteses de participação da sociedade na formulação de atividades de interesse público, artigo 29, inciso XII, que estipula a participação das associações representativas no planejamento municipal; artigo 37, parágrafo 3, que estipula a participação do usuário na administração pública direta e indireta; artigo 197, parágrafo único, inciso VII, que estipula o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social; artigo 198, inciso III, que estipula a participação da comunidade como diretriz ao sistema único de saúde; o artigo 204, que estipula a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis na assistência social; o artigo 205, que estipula a promoção e o incentivo da educação

¹¹ LOPEZ, Felix Garcia. **Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: IPEA, 2018, p. 38

em colaboração com a sociedade; o artigo 216, que estipula a proteção do patrimônio cultural brasileiro em colaboração com a comunidade; o artigo 225, *caput*, impõe à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações; o artigo 227, parágrafo 7, que estipula a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis na assistência social nos direitos da criança, do adolescente e do jovem; como sistematizado por Storto.¹²

Pessoalmente, justificamos o projeto por nossa trajetória particular. Há dez anos, divido atenções entre integrar, como fiz no Levante Popular da Juventude¹³ e faço na Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP);¹⁴ assessorar juridicamente, como fiz no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU-UFRGS)¹⁵ e faço no Dora, Azambuja e Oliveira – Sociedade Advocatícia (DAO)¹⁶ e pesquisar organizações da sociedade civil, como fiz na graduação¹⁷ e faço no mestrado. Sou complexo: militante, advogado e pesquisador. Todos ao mesmo tempo e nenhum em particular. São

¹² STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 76.

¹³ O Levante Popular da Juventude (LPJ) é um movimento social voltado à luta de massas para a transformação da sociedade brasileira. Atua em três frentes: territorial, desenvolvendo atividades na periferia urbana; estudantil, desenvolvendo atividades em colégios secundaristas e universidades; e camponesa, desenvolvendo atividades em assentamentos rurais. O Levante possui mais de 7.000 integrantes, espalhados pelos 27 estados brasileiros. Integrei o Levante entre os anos de 2012 e 2014, atuando no movimento estudantil universitário do Rio Grande do Sul. Mais informações em: <<https://levante.org.br/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁴ A Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP) é uma articulação descentralizada e não hierárquica com atuação em todo território brasileiro. Atua promovendo debates político-jurídicos, prestando assessoria jurídica aos movimentos sociais e resgatando a utopia da advocacia voltada ao interesse das causas populares. Integro a Rede desde o ano de 2013, assessorando movimentos sociais no Rio Grande do Sul. Mais informações em: <<https://www.renap.org.br/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁵ O Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU) é um programa de extensão vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Criado em 1950, atua por meio de projetos de assistência e assessoria jurídica gratuita à comunidade. O SAJU possui mais de 300 participantes, dentre estudantes universitários e profissionais de diversas disciplinas. Integrei o SAJU entre os anos de 2009 e 2012, sendo Coordenador Discente em 2011. Mais informações em: <<http://www.ufrgs.br/saju/sobre-o-saju/historia-1>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁶ A Dora, Azambuja e Oliveira – Sociedade Advocatícia (DAO) trabalha para a promoção e defesa de direitos individuais e coletivos no Brasil. Orienta e representa clientes nas esferas administrativa e judicial nos eixos: Direito das Organizações da Sociedade Civil, Direito das Igualdades e Direito Socioambiental. Integro a sociedade desde sua fundação, em 2016. Mais informações em: <<http://dao.adv.br/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹⁷ AZAMBUJA, Marcelo Andrade de. **Semeando justiça**: a relação entre a advocacia popular e os movimentos sociais populares na busca do acesso à justiça. 2014. 76 f. Monografia (Graduação em Direito). Curso de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2014.

posições que se retroalimentam, e cada servidor do poder judiciário com quem interajo é um personagem informal de minhas pesquisas; cada reflexão de seminário que apresento é uma tese a ser defendida no Poder Judiciário; cada problema de pesquisa que resolvemos oferece novo horizonte de atuação a organizações da sociedade civil. É impossível separar. Quando o pesquisador produz, assistem com atenção e torcem pelo sucesso o militante e o advogado. Adotamos “postura investigativa anfíbia”, conceito que utilizado por Rodriguez-Garavito para descrever processos de pesquisa-ação de profissionais que dividem atenções entre o estudo e a intervenção na realidade.¹⁸

A postura investigativa anfíbia possui qualidades e riscos que conhecemos e apresentamos de pronto para antecipar eventuais desconfortos e críticas.¹⁹ Primeiramente, as distintas identidades que permitem observar o mesmo fenômeno sob distintos ângulos, mas, inevitavelmente, levam à dispersão. Ir de uma audiência para uma sala de aula e, de lá, para uma reunião de associação de bairro tem consequências e nos esforçamos para garantir o tempo e a concentração necessários a uma pesquisa de rigor acadêmico. Em segundo lugar, a interação direta do pesquisador com várias audiências permite a formulação de problemas relevantes e a divulgação de resultados por meios diversos, mas também pode implicar em cooptação por uma dessas audiências. Nesse tópico, nosso esforço diz respeito à ética na coleta e análise de dados, para conclusões plausíveis, mais do que à inalcançável neutralidade. Em terceiro lugar, a interação imediata do pesquisador com personagens de seu estudo garante o acesso a informações que não seriam compartilhadas com um “intruso”, mas pode custar a distância analítica essencial ao trabalho analítico. Por fim, o desempenho de várias identidades simultâneas é fonte de adrenalina e motivação, mas também pode levar ao esgotamento físico e emocional. Nesse sentido, são importantes tanto os momentos de descanso e lazer, quanto a compreensão das pessoas ao nosso redor nos diversos ambientes que frequentamos.

Orientamos a metodologia de pesquisa para realização de nossos objetivos. Coletamos dados empíricos, de forma direta, pelo levantamento de textos

¹⁸ RODRIGUEZ-GARAVITO, César. **Investigación anfibia**: la investigación-acción en un mundo multimedia. 2ª Ed. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, 2015, p.8.

¹⁹ RODRIGUEZ-GARAVITO, César. **Investigación anfibia**: la investigación-acción en un mundo multimedia. 2ª Ed. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia e Sociedad, 2015, p. 21.

constitucionais sobre a liberdade de associação no Brasil. Também coletamos dados, de forma indireta, pelo levantamento de textos sobre a perspectiva descolonial, teoria de base escolhida para nossa análise; sobre a sociedade civil e sobre o Direito, desde a perspectiva descolonial; de textos jurídicos sobre os textos normativos sobre a regulação da liberdade de associação no Brasil; e de textos históricos que oferecessem contexto à origem e desenvolvimento do Direito brasileiro. Analisamos os textos normativos em busca de marcadores de colonialidade que indicassem pistas sobre sua influência na regulação da liberdade de associação no Brasil. Utilizamos método dialético para a construção das conclusões. Ao final, o resultado da pesquisa foi escrito com estilo literário acadêmico implicado.

Levantamos os textos constitucionais que regulam a liberdade de associação junto às bases de dados públicos. Para o delineamento desse corpo de análise, adotamos critérios de exclusão que atendem aos limites de relevância, tempo e recursos disponíveis para essa pesquisa. Nosso critério foi a análise de textos constitucionais nacionais, excluindo a análise de tratados e textos constitucionais estrangeiros. Em função da nossa opção descolonial, entendemos que a dinâmica colonial deve ser observada e que, apesar de outros países permitirem análise bastante rica sobre a regulação da liberdade de associação e sobre a sociedade civil, como os Estados Unidos ou a França, essa regulação não deve ser analisada sem que se considere a dinâmica específica metrópole-colônia nesses países o que foge do escopo desse trabalho. Não utilizamos como critério de exclusão o aspecto temporal, de forma que pudéssemos observar a evolução da regulação da liberdade de associação ao longo da história brasileira.

Nosso ponto de partida para a coleta de dados empíricos de forma indireta, foram as reuniões do Núcleo de Direitos Humanos (NDH) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) coordenadas pela nossa orientadora Professora Doutora Fernanda Frizzo Bragato. Os textos apresentados no plano de leituras e debatidos com colegas, durante os anos de 2018 e 2019, foram verdadeiro “atalho” na busca de referências sobre a perspectiva descolonial no contexto da Sociedade Civil e do Direito. Ampliamos essas referências pelo uso das bases de dados para pesquisas científicas contratadas pela UNISINOS, a EBSCOhost, o Portal de Periódicos e no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES e da Revista dos Tribunais (RT). Utilizamos termos de busca como “liberdade de associação”, “sociedade civil”, “direito”

e “colonialidade”, com as respectivas versões em inglês e espanhol e o auxílio de operativos booleanos. Os resultados foram filtrados e analisados conforme critérios de pertinência, qualidade e atualidade.

Escolhemos como teoria de base para essa pesquisa a perspectiva descolonial, defendida pelo Grupo Modernidade/Colonialidade, coletivo de pensadores criado no final da década de 1990. Já havia colaborações em projetos paralelos, mas, em 1998, foram organizados dois eventos que conectaram os principais autores do Grupo. Edgardo Lander organizou um evento em Caracas e reuniu Walter Mignolo, semiólogo argentino; Aníbal Quijano, sociólogo peruano; Enrique Dussel, filósofo argentino; Arturo Escobar, antropólogo colombiano; e Fernando Coronil, antropólogo venezuelano. Por sua vez, Ramón Grosfoguel e Agustín Lao-Montes, sociólogos porto-riquenhos, organizaram um evento em Binghamton e reuniram Quijano, Dussel e Mignolo para que discutissem suas pesquisas em diálogo com o Immanuel Wallerstein e sua pesquisa sobre o sistema-mundo.²⁰

Em 1999, dois outros eventos merecem destaque. Santiago Castro-Gomez e Oscar Guardiola-Rivera organizaram um evento em Bogotá e reuniram Mignolo, Lander, Coronil, Quijano, Zulma Palermo, semióloga argentina; e Freya Schiwy, romanista alemã. Por sua vez, o grupo de Binghamton organizou um evento que reuniu Mignolo, Quijano, Coronil, Sylvia Winters, Vandana Swami, Chandra Mohanty, abrindo o diálogo entre as teorias pós-coloniais da América Latina, da Ásia e da África. Os anos que se seguiram contaram com diversas reuniões oficiais e não oficiais do grupo, que sempre teve a preocupação participar de atividades políticas, como o vínculo com as comunidades indígenas na Bolívia e no Peru, com *chicanos* nos Estados Unidos e com movimentos negros no Caribe.²¹

Assim, o Grupo possui integrantes de diversas áreas e influências teóricas. Para Arturo Escobar, a genealogia teórica do grupo inclui

a Teologia da Libertação desde os sessenta e setenta; os debates na filosofia e ciência social latino-americana sobre noções como filosofia da libertação e uma ciência social autônoma (por ex., Enrique Dussel,

²⁰ CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. Prologo. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2007. p. 10

²¹ CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. Prologo. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2007. p. 11-12.

Rodolfo Kusch, Orlando Fals Borda, Pablo Gonzáles Casanova, Darcy Ribeiro); a teoria da dependência; os debates na América Latina sobre a modernidade e pós-modernidade dos oitenta, seguidos pelas discussões sobre hibridismo na antropologia, comunicação nos estudos culturais nos noventa; e, nos Estados Unidos, o grupo latino-americano de estudos subalternos. O grupo modernidade/colonialidade encontrou inspiração em um amplo número de fontes, desde as teorias críticas europeias e norte-americanas da modernidade até o grupo sul-asiático de estudos subalternos, a teoria feminista chicana, a teoria pós-colonial e a filosofia africana; assim mesmo, muitos de seus membros operaram em uma perspectiva modificada de sistema-mundo. Sua principal força orientadora, no entanto, é uma reflexão continuada sobre a realidade cultural e política latino-americana, incluindo o conhecimento subalternizado dos grupos explorados e oprimidos.²²

Em apertada síntese, podemos apresentar as teses centrais do Grupo Modernidade/Colonialidade. Conforme Dussel,²³ a chegada dos europeus ao continente americano inaugura a Modernidade, utilizada como fundamento mítico de racionalidade e desenvolvimento que engendram o processo de diferenciação entre os europeus e os não-europeus e, assim, constituem suas identidades. Por sua vez, Quijano argumenta que a constituição das identidades logo dá origem à hierarquização baseada na raça e justifica o domínio e a exploração colonial dos europeus sobre os não-europeus. Assim, podemos diferenciar o “colonialismo”, relação de dominação direta, política, social e cultural dos europeus sobre os conquistados em todos os continentes e que foi derrotada na ampla maioria dos casos; e a “colonialidade” que se refere às estruturas de dominação produzidas em meio à colonização, como parte de um processo sistemático de discriminação étnico-racial, repressão epistêmica e apagamento de subjetividades; que persistem no tempo para além da colonização europeia.²⁴ Mignolo afirma que a colonialidade é a “face oculta” da modernidade, sem a qual essa não pode existir. Nesse sentido, “descolonizar” significa optar pela desobediência epistêmica, é se desvincular dos fundamentos ocidentais do conhecimento, e se desvincular não é negar completamente ou ignorar

²² ESCOBAR, Arturo. *Mundos y conocimientos de otro modo. El programa de investigación modernidad/colonialidad latinoamericano. Tabula rasa*, n.1. Bogotá, 2003. p. 53.

²³ DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 7-8

²⁴ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 1, 11-20, p. 12.

propositalmente, mas se permitir conhecer desde outros fundamentos.²⁵ Os conceitos apresentados são fundamentais para a análise dos textos constitucionais levantados. Como Curiel,²⁶ entendemos que descolonizar pressupõe registrar produções teóricas e práticas subalternizadas, racializadas e sexualizadas, portanto, buscamos evidenciar autores descoloniais “por eles mesmos” em meio aos teóricos do Grupo Modernidade/Colonialidade.

Ao final, construímos as conclusões sobre esses fenômenos históricos de forma dialética com base materialista.²⁷ Apoiados em Wolkmer,²⁸ entendemos que o que exame do fenômeno jurídico pressupõe a análise de sua estrutura, das situações históricas que o atravessaram. Apontamos como tese a “Modernidade”, compreendida como fundamento do Direito brasileiro e, o que nos interessa, da regulação da liberdade de associação e seus reflexos na sociedade civil brasileira. Apontamos como antítese a “Colonialidade”, compreendida como coisa oposta ou, se se preferir, da mesma coisa desde outros pressupostos epistêmicos, reconhecida a unidade entre as coisas opostas. A síntese é a descolonialidade, que por um lado não se trata da negação da Modernidade, a Colonialidade, mas da negação da negação que supera a contradição entre ambas; e que, por outro lado, só pode ser atingida por um salto, o sucesso de um projeto de descolonização da liberdade de associação no Brasil. Como resume Gil,²⁹ a dialética permite uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, já que estabelece que os fatos sociais não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais etc.

Por fim, escolhemos estilo implicado para a redação dos resultados da pesquisa. A escolha da segunda pessoa do plural, o “nós” cumpre duas funções. É crítica descolonial à produção científica moderna, que esconde o lugar e o tempo de enunciação, ponto zero, para garantia de pretensas neutralidade e universalidade do

²⁵ MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade *em* política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: literatura, língua e identidade, n. 34, 2008, p. 287-324. p. 290

²⁶ CURIEL, Ochy. Críticas poscolonial desde las políticas del feminismo antirracista. **Nómadas** (Col.). N. 26, Bogotá, 2006, p. 99-101. p. 94

²⁷ MARX, Karl. **O capital**. Crítica da economia política, Volume 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p. 16

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35-36

²⁹ GIL, Antonio Carlos. **Método e técnicas de Pesquisa Social**, 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14

conhecimento.³⁰ Também é homenagem àquelas pessoas que contribuíram com esta pesquisa. Qualquer acerto é nosso, qualquer erro é exclusivamente meu.

Levando em consideração a novidade da perspectiva descolonial, que ainda não permite a sistematização de seus representantes em subgrupos teóricos internos, a adoção de pressupostos teóricos em relação à audiência ou a disposição de fartas referências com o uso de seus conceitos para a análise de temas variados – optamos por pesquisa de nível exploratório. Como explica Gil,³¹ esse tipo de pesquisa tem por objetivo proporcionar visão geral acerca de um determinado fato. Admitimos a tensão entre amplitude e profundidade. Compreender a influência da colonialidade no presente é algo que demanda a articulação de fatos históricos com a distância de séculos entre si. Aumentando a amplitude da análise histórica, perdemos a profundidade na análise dos eventos isoladamente considerados. Para utilizar uma metáfora, dizemos que um texto de perspectiva descolonial é como uma “grande fotografia digital”, que captura elementos distantes entre si. Ao “dar zoom” nesses elementos, perdemos “nitidez”. Não podemos ter tudo.

Dividimos a pesquisa em dois capítulos subdivididos em dois subcapítulos que, por sua vez, subdividem-se em duas seções cada. Organizamos a exposição dos resultados da pesquisa na forma de um espelho distorcido, a evidenciar didaticamente as duas faces de um mesmo fenômeno social. No primeiro capítulo, apresentamos a “face exposta”, a Modernidade. Narramos a formação do Direito brasileiro como herança colonial portuguesa e apresentamos a regulação da liberdade de associação no Brasil. No segundo capítulo, apresentamos a “face oculta”, a colonialidade. Narramos a formação do Direito Brasileiro como imposição colonial portuguesa e analisamos a regulação da liberdade de associação em busca de marcadores que evidenciem a sua influência pela Colonialidade. Ao final, apresentamos considerações, sistematizando as conclusões em pares Modernos/Coloniais e admitindo os desafios encontrados na realização dessa pesquisa e as perguntas que permaneceram sem resposta e que poderão ser abordadas no futuro.

³⁰ MIGNOLO, Walter. **The darker side of western modernity: global futures, decolonial options.** London: Duke University Press, 2011. p. 80

³¹ GIL, Antonio Carlos. **Método e técnicas de Pesquisa Social**, 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008. p. 17

2 A FACE EXPOSTA

Neste capítulo, apresentamos o “homo”, a “societas” e o “ius” portugueses e brasileiros desde uma perspectiva Moderna. Chamamos essa narrativa de “face exposta”, discurso eurocêntrico ou o europeu por ele mesmo. Eis a tese de nosso processo dialético.

Conforme Dussel,³² segundo a narrativa eurocêntrica, a Modernidade seria um fenômeno social exclusivamente europeu situado essencialmente no século XVIII. Descreveria o amadurecimento da humanidade por um esforço da razão que leva a um novo desenvolvimento. Seu curso se daria pelo Renascimento Italiano (século XV), pela Reforma e Ilustração alemã (séculos XVI-XVIII), pelo Parlamentarismo inglês (século XVII) e teria seu auge na Revolução Francesa (século XVIII), narrativa amplamente aceita desde os conceitos de “racionalização” e desencantamento das obras de Max Weber até Jürgen Habermas. As obras de Galileu Galilei, Francis Bacon, René Descartes sobre os a razão e a ciência, seriam os indicadores do processo moderno no século XVI.

O *cogito* cartesiano seria fundamento para a constituição da razão, mas também do homem moderno. Descartes³³ rejeita a realidade apreensão da realidade a partir dos sentidos, sustentando a verdade pode ser acessada apenas pela razão. Se os sentidos podem ser enganados, o sujeito pode ter certeza apenas de sua razão e a partir dela de que existe, “penso, logo existo” ou “*cogito, ergo sum*”, eis que não seria possível pensar sem existir. O homem é uma “coisa que pensa”, ou seja, “que duvida, que concebe, que afirma, que nega, que quer, que não quer, que imagina também e que sente”.³⁴ Dessa forma, nasce a subjetividade e altera-se a relação homem/sujeito-objeto. Na Modernidade, o homem não está mais sujeito às coisas, ele é sujeito, e pelo uso da razão “assujeita” às coisas ao seu redor.³⁵

É também a razão que permite que o homem moderno abandone o Estado de natureza e, por um contrato social, chega ao Estado civil. No século XVII, Hobbes

³² DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 26-29

³³ DESCARTES, René. **Discurso do Método.** Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 63

³⁴ DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 47

³⁵ ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). 9(2), 2017, p. 136-150, p. 140-141

identifica o Estado de natureza como aquele em que se podia fazer o que se quisesse e, em uma “guerra de todos contra todos”, possuir e usufruir aquilo que fosse possível pelo uso da força.³⁶ Tal estado de natureza só seria rompido pela criação de leis civis que, por um lado, organizam e submetem a vontades individuais a um soberano e, por outro lado, impõem ônus maior que bônus a quem as desrespeita.³⁷ Nesse sentido, seria “civil” ou “civilizado” o homem que tivesse direitos e deveres fundados em lei civil garantida por um “Soberano” que se identifica “Estado”. Ainda no século XVII, Locke escreve que o homem abdica racionalmente de parcela de sua liberdade natural e concorda em viver com outros homens, em sociedade civil, “em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros” garantida a proteção de suas propriedades”.³⁸

Podemos identificar, então, o Direito moderno com essas leis que regulam a sociedade civil formada por homens que se unem para a vida em comunidade e que, racionalmente, abdicam de parcela de sua liberdade natural em troca da proteção do Estado. Em aproximação contemporânea de David,³⁹ é possível identificar matrizes históricas comuns para a formulação de conceitos, regras, técnicas de interpretação e, inclusive, uma concepção de ordem social que determina o modo de aplicação e a própria função do Direito. Assim, cada Direito funciona como um sistema jurídico a regular relações sociais em determinado tempo e espaço. O Direito Brasileiro é uma herança colonial do Direito Português. Foram os portugueses que navegaram o Atlântico e aqui chegaram, os formuladores dos conceitos, regras, técnicas de interpretação e da concepção de ordem social que informariam o Direito Brasileiro. O Direito vigente no território brasileiro durante o período colonial, entre 1500 e 1822, maior parte de nossa história, é o Direito Português apical além-mar.

Contemporaneamente, a “sociedade civil” assumiu outro sentido, mas segue sendo regulada pelo Direito. Carothers,⁴⁰ aponta que o conceito original utilizado por Hobbes e Locke; mas também por Paine e Hegel, no século XVIII, que identificavam a sociedade civil como um domínio paralelo, mas distinto do Estado de acordo com

³⁶ HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 32

³⁷ HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 70

³⁸ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 468

³⁹ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010. p. 12

⁴⁰ CAROTHERS, Thomas. Civil Society. **Foreign Policy**. N. 17. Washington. 1999-2000. p. 19.

seus interesses; e, após período em desuso, por Gramsci, na primeira metade do século XX, que identificava a sociedade civil como um espaço de atividade política independente do Estado, relevante contra o totalitarismo. Conforme Losekann e Ballestrin,⁴¹ conceito chega até os dias de hoje por Cohen, Arato, Keane e Habermas como o “mundo da vida”, em que ocorrem as interações públicas não orientadas pelo Estado ou pelo Mercado. Nas palavras de Walzer,⁴² trata-se de “esfera não coercitiva de associação humana entre o indivíduo e o Estado, em que pessoas utilizam ação coletiva para propósitos normativos e substantivos com relativa independência do Estado e do Mercado”.

Conforme Avritzer,⁴³ esse conceito de sociedade civil, que indica a diferenciação entre as esferas econômica e familiar com a abolição da escravidão, e a diferenciação entre Estado e sociedade causada pela especialização sistêmica do Estado moderno, não se aplicaria à realidade brasileira até, pelo menos, início do século XX. Até então, a grande propriedade rural patriarcal e escravocrata era o local para exercício político e econômico, pelo que existia pouca diferenciação entre o público e o privado, de forma que a esfera privada desproporcionalmente grande e a possibilidade sempre aberta de estender as relações pessoais para o campo político. Nenhum processo de diferenciação social que conduzisse a uma ideia de separação entre grandes interesses privados e o Estado poderia ter surgido nesta situação. O conceito só seria amplamente utilizado durante as décadas de 80 e 90, para descrever a ação de atores sociais emergentes no campo e na cidade.

Entretanto, a posição encontra críticas. Para Lavallo,⁴⁴ a diferenciação entre o público e o privado pode ser encontrada já no século XIX, quando podem ser identificadas entidades típicas da sociedade civil como associações. No mesmo sentido, Burgos⁴⁵ também critica e descreve o processo associativista brasileiro durante todo o século XX. De nossa parte, concordamos com Lavallo e Burgos,

⁴¹ LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana. A abertura do conceito de Sociedade Civil: desencaixes, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. **Colombia Internacional**. n. 78, 2013. p. 181-210. p. 184-186

⁴² WALZER, Michael. **The idea of Civil Society: a path to social reconstruction** In *Community Works: the revival of civil society in America*. Washington DC: Brookings Institution Press, 1998. p. 123

⁴³ AVRITZER, Leonardo. Sociedade e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Volume 18, Número 2. Campinas, novembro de 2012. p. 384.

⁴⁴ LAVALLO, Adrian Gurza. Sociedade, Estado e autonomia: argumentos, contra-argumentos e avanços no debate. **Opinião Pública**, Campinas vol. 21, n. 1, abril 2015, p. 157-187. p. 161

⁴⁵ BURGOS, Raúl. Sem glória, mas com certa pena: mais uma vez sobre o conceito de sociedade civil no Brasil. **Movimentos sociais e engajamento político: trajetórias e tendências analíticas**. Florianópolis: UFSC, 2015. p. 201

salientando que tampouco indicam o início da sociedade civil no Brasil em sua crítica a Avritzer, mas apenas que nos séculos XIX e XX já existia. Trata-se de tarefa delicada. Muito antes das associações apontadas pelos autores já existiam organizações similares ao que contemporaneamente se entenderia por organizações da sociedade civil, como as Santas Casas de Misericórdia e as Escolas da Igreja Católica, que remontam ao século XVI. Contudo, dizer a partir de quando passou a existir sociedade civil no Brasil, como espaço autônomo do Estado e do Mercado, inclusive pela discussão do conceito e da conveniência de sua utilização no contexto brasileiro, é tarefa por ser resolvida, sobre a qual não nos debruçaremos.

Também contemporaneamente, a sociedade civil é regulada pelo direito à liberdade de associação. No Brasil, esse direito foi enunciado pela primeira vez após a proclamação da República pela Constituição de 1891. Desde então, as diferentes Constituições brasileiras asseguram o direito à liberdade de associação regulando as relações que não são parte do Estado ou do Mercado.

Neste capítulo, nosso objetivo é compreender o homem moderno português em meio ao processo de “descobrimto”, “conquista” e “ocupação” coloniais do território brasileiro para a formação, em contato com indígenas e africanos, de uma sociedade civil regulada pelo Direito e, especificamente, pelo direito fundamental à liberdade de associação. Para cumprir esse objetivo, dividimos o capítulo em dois subcapítulos. No primeiro, apresentamos a formação de Portugal, de sua Sociedade e de seu Direito, para, logo, apresentamos o Brasil, sua Sociedade e seu Direito, enquanto herança colonial portuguesa. No segundo, apresentamos a regulação do direito fundamental à liberdade de associação em todas as constituições brasileiras e suas características a partir da definição como prerrogativa garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil para unirem esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não-intervenção do Estado.

2.1 O Direito brasileiro como herança portuguesa

O Direito originado na Europa para regular as relações das sociedades que ali estavam seria “expandido”, conforme David, a partir do século XV para suas colônias na América, “estabelecidas em países praticamente desabitados ou cuja civilização estava destinada a desaparecer receberam de maneira natural as concepções

jurídicas características da família romano germânica”⁴⁶ à qual pertence o Direito Português. Ainda conforme David, “[u]m direito primitivo pode, em princípio, imperar na prática, sobretudo fora das cidades e de alguns centros, como consequência da sub-administração do país e da ausência de juristas”.⁴⁷ Ou seja, o Direito português, constituinte de uma sociedade civilizada/civil/moderna, encontraria o Direito indígena brasileiro, constituinte de uma sociedade primitiva/incivil.

O Estado português foi formado em meio a um lento processo de retomada territorial dos “mouros”, árabes muçulmanos que ocuparam a região no século VII.⁴⁸ Os romanos cristãos que resistiram à ocupação moura refugiando-se em região montanhosa no norte da Península Ibérica deram origem aos reinos de Leão, Navarra, Aragão, Castela e Valiza na medida em que seus territórios iam se alargando pelo sucesso militar de expedições de retomada entre os séculos VII e XII. O condado “Portugalense” surgiu em 868 após a expulsão dos mouros da cidade do Porto, sendo vassalo do Reino de Leão. Portugal declararia sua independência apenas em 1139, após vitória militar sobre mouros da região de Ourique, reconhecida pelo Reino de Leão em 1143.⁴⁹ Assim, Portugal se forma como um Estado de governo monárquico e teocrático cristão, com sua economia baseada principalmente na agricultura realizada por servos e no comércio com outros Estados europeus. Como indica Justo,⁵⁰ com a formação de Portugal, o Direito do reino de Leão, vigente no Condado Portugalense se torna Direito Português, ainda que seus antecedentes remontem a um passado celta, ibérico, romano, germânico e muçulmano.

O território português era dividido entre terras da Coroa, terras senhoriais e terras municipais, cada qual com sua jurisdição.⁵¹ A relação medieval entre a

⁴⁶ No original: “[...] establecidas en países prácticamente deshabitados o cuya civilización estaba destinada a desaparecer recibieron de manera natural las concepciones jurídicas características de la familia romano-germánica.” DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 52.

⁴⁷ No original: “Un derecho primitivo pudo en un principio imperar en la práctica, sobre todo fuera de las ciudades y de algunos centros, a consecuencia de la sub administración del país y la ausencia de juristas. DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 52.

⁴⁸ CRUZ, Antônio. Do início da reconquista à fundação do Condado Portugalense. In: SARAIVA, José Hermano. **História de Portugal**. [S.l.] Alfa, 1983. p. 300-303

⁴⁹ CRUZ, Antônio. Do início da reconquista à fundação do Condado Portugalense. In: SARAIVA, José Hermano. **História de Portugal**. [S.l.] Alfa, 1983. p. 305

⁵⁰ JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 198

⁵¹ FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 165

monarquia e seus súditos era de obediência em troca de segurança. Um Rei deveria defender seu território contra inimigos externos, reprimir crimes, controlar desmandos da nobreza, recompensar serviços e povoar o território, garantindo que se torna-se produtivo. As terras senhoriais eram aquelas em que o Rei não exercia diretamente seu domínio, mas por intermédio de Senhores aos quais concedia títulos, os funcionários régios não poderiam adentrar as terras senhoriais ou nelas exercer qualquer autoridade.⁵² As terras municipais eram aquelas habitadas por homens livres que exerciam a jurisdição de forma coletiva por concelhos. O “conselho” era a personalidade coletiva “reconhecida a uma comunidade de homens livres, agricultores ou mercadores, mais tarde burgueses, unidos pelos laços naturais da vizinhança num mesmo território ou lugar” que exercia a autoridade pública na gestão de interesses do grupo.⁵³ As relações sociais nos territórios municipais eram reguladas por “cartas forais”, cartas reais ou senhoriais que reconheciam a autonomia do território e sua forma particular de organização, regras de direito público; e “foros”, costumes locais consolidados pela antiguidade e pela aplicação de magistrados compilados por escrito ou não, regras de direito privado.⁵⁴

Entretanto, a formação do reino de Portugal, a exemplo de outros reinos europeus, exigiu a elaboração de um Direito que, conforme Gilissen,⁵⁵ extrapolasse o meramente local. Se nesse período, as controvérsias eram resolvidas pela “lei do mais forte” ou pela arbitragem de uma autoridade que tinha mais interesse em assegurar a solidariedade do grupo e a coexistência pacífica entre grupos rivais, que dar a cada um o que lhe cabia, a consolidação desses reinos exigia um Direito mais abrangente e genérico. Nos parece, antes de tudo, uma questão pragmática. Pela extensão territorial de seu *imperio*, uma autoridade medieval poderia estar presente, ou instruir um pequeno grupo de autoridades de sua confiança, para ordenar ou supervisionar atividades de interesse público ou mesmo para ser consultada sobre as disputas entre

⁵² FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 182; CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29

⁵³ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 184

⁵⁴ OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. **Da organização judiciária em Portugal no Período das Leis Gerais (1211-1446)**. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2010, p. 4, 6

⁵⁵ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992. p. 130, 205

os seus. Aqui, as regras seriam indicadas pelo costume ou, na falta desse, pelo engenho das autoridades. Entretanto, o aumento considerável da extensão territorial do *imperio* na passagem da Idade Média à Modernidade, impedia que essa autoridade se fizesse sempre presente, ou mesmo que um pequeno grupo de autoridades se fizesse. Assim, era preciso instruir outros que o representassem conforme suas regras, seja para ordenar ou supervisionar atividades de interesse público, seja para resolver disputas. Aqui, então, as regras seriam indicadas por um conjunto de regras estáveis e escritas, indicadas pela autoridade monárquica.

O costume era a principal fonte de Direito no período medieval e quase exclusiva em matéria privada, conforme Almeida Costa, tornado material pela prática constante e reiterada de certa conduta e pela convicção de sua obrigatoriedade.⁵⁶ No contexto português, Caetano⁵⁷ aponta que a primazia do costume sobre a lei escrita estaria relacionada à ausência de ensino jurídico e a uma justiça não raras vezes aplicada por juízes analfabetos. Por sua vez, Gomes da Silva⁵⁸ aponta que, por um lado, contribuiu para o uso dos costumes como principal fonte de Direito a atenção da monarquia voltada quase que exclusivamente à guerra de reconquista contra os mouros e, por outro, a influência de concepções germânicas pelas quais caberia ao monarca a observância e não a formulação das leis.

Conforme David,⁵⁹ a tradição imperial romana de regulação das relações sociais por textos normativos perdera relevância com as invasões bárbaras. Não há sentido em obter uma resolução mais favorável em juízo se nenhuma das autoridades dispunha de força suficiente para impô-la. O Direito erudito encontrado em compilações romanas dera lugar a um Direito vulgar, a mistura entre os costumes romanos e “bárbaros” pelo convívio, espontaneamente aplicado, que era desnecessário escrever, uma vez que sua aplicação era restrita ao âmbito local. Predominava um Direito de base consuetudinária sobre um Direito de base legal, “garantir direitos” não era um “ideal” de uma sociedade cristã medieval, eis que bens são garantidos ou retirados por vontade divina.

⁵⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **História do Direito Português**, 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009. p. 90.

⁵⁷ CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**. 4ª Edição. Lisboa: Verbo, 2000, p. 231

⁵⁸ GOMES DA SILVA, José Nuno Espinosa. **História do Direito Português**. 4ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 154

⁵⁹ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 27-25

Em outro tom, Hespanha⁶⁰ e Gleen⁶¹ apontam que a descentralização do poder na Idade Média não significa a total exclusão do Direito Romano das relações sociais, ou a existência de vazios jurídicos. De acordo com Hespanha,⁶² o Direito Romano não era mais utilizado por força do Império Romano, *ratione imperii*, mas pela sua utilidade prática, *imperi ratione*. Conforme Martins, “[a]s marcas da civilização romana estavam por demais entranhadas no continente europeu, de forma que não poderiam ser facilmente esquecidas”.⁶³ Ainda que o território português tenha sido de ocupação romana tardia, apenas no século III, as regras de Direitos Romano foram preservadas na forma de costumes que se misturavam com o Direito Germânico.

Era necessário afastar gradativamente os costumes para dar lugar a fontes de Direito, escritas, que conferissem mais segurança às relações sociais, tendo como fatores: a centralização de poder de certos reis e senhores; a necessidade de manter-se a ordem e a paz e afastar-se da “lei do mais forte”; o controle de territórios; a expansão e o desenvolvimento econômico e; os novos centros urbanos e a ascensão burguesa.⁶⁴

A demanda pelo desenvolvimento de um novo Direito seria atendida pela retomada de interesse de Universidades europeias ligadas à Igreja Católica pelo Direito Romano. A Igreja havia acumulado imensa riqueza e poder na Europa durante o período medieval. Recebia doações de senhores feudais, seja na forma de bens imóveis, seja na forma de bens móveis. Acumulou imensos territórios em que trabalhavam servos. Além disso, os senhores indicavam filhos a honraria de ser ordenado membro do clero, selando a relação de mutualidade entre a Igreja e a nobreza europeias. Em meio à desagregação medieval, o Papa conseguira ter à sua obediência bispos em diversos reinos e um Direito, o Canônico, unificado.⁶⁵

⁶⁰ HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições: Época Medieval e Moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 446

⁶¹ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 125-127

⁶² HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições: Época Medieval e Moderna**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 446

⁶³ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, António Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. s/p

⁶⁴ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992. p. 130, 205

⁶⁵ FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 166

A fé controlada pela Igreja Católica era a principal ferramenta ideológica medieval, quando não havia separação expressa entre religião e política. A língua comum da Igreja era o latim, utilizada tanto para a manutenção de informações religiosas escritas quanto para a celebração de missas, de uma forma ou de outra inacessível à imensa maioria da iletrada população europeia feudal. Os padrões morais eram determinados pela Igreja, que regulava em detalhes a conduta da população com a promessa de tranquilidade ou a ameaça de tormentos eternos após a morte. A jurisdição para determinados temas, como as relações de família, era exercida exclusivamente pela Igreja, com base no Direito Canônico, que reunia regras extraídas do Antigo e do Novo Testamento, *ius divinum*, e interpretações infalíveis realizadas por Papas e concílios papais. Assim, a Igreja Católica, por um lado, contribuiria para a manutenção dos preceitos do Direito Romano e, por outro, lhe impor limites, eis que deveria sempre se legitimar perante valores cristãos.⁶⁶ Nesse sentido, o Papa “como vigário de Cristo na terra, e pois, chefe supremo da cristandade, ao qual os próprios reis, que de Deus receberam o poder, devem obediência e acatamento”.⁶⁷

Em Portugal, o ensino era ministrado em escolas eclesiásticas, destinadas a preparar clérigos que se tornariam abertas aos leigos. O ensino se restringia ao *trivium* (gramática, retórica e dialético) e, quando os alunos quisessem aprofundar seus estudos, acorriam a escolas estrangeiras como a de Bolonha e as de Paris, que influenciaram sobremaneira os juristas portugueses e o Direito Português.⁶⁸ Nas universidades, o ensino de artes liberais, como é o Direito, era restrito aos clérigos e aos homens livres alfabetizados.⁶⁹ O Direito era tratado como um modelo de organização social ideal, não sendo o Direito comumente aplicado na sociedade. O ensino jurídico decorria do Direito Romano e possuía uma base filosófica voltada a definições de moral e justiça. Nesse contexto, David afirma que o Direito Romano é utilizado como base pelas universidades para afastar os “costumes atrasados e

⁶⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979, p. 18

⁶⁷ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 166-167

⁶⁸ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 220

⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103-104.

insuficientes” que regulavam as relações sociais na Europa Ocidental desde a queda do Império Romano.⁷⁰ Era esse o último sistema jurídico a regular na região as relações sociais de largos territórios a partir de um governo central, com um complexo sistema de tributos e relações comerciais.

Conforme sistematização de Martins,⁷¹ cinco fatores justificariam a retomada do Direito Romano. Culturalmente, a civilização romana ainda influenciava a Europa, de maneira que não houve uma total ruptura com o Direito Romano após as invasões bárbaras. Economicamente, nota-se a emergência e o desenvolvimento das atividades da burguesia europeia e do capitalismo mercantil, que exigiam uma nova estrutura jurídica capaz de conferir maior segurança às relações comerciais e institucionais que se instauravam devido às operações comerciais; era necessária a criação de um Direito universalmente válido que gerisse o mercado internacional, e que, ao mesmo tempo, possuísse características racionais, mostrando-se capaz de retirar todas as limitações (inclusive de ordem moral) às atividades mercantis que as regras medievais impunham. Politicamente, há a alteração da dominação dos feudos para a dominação das monarquias absolutistas. Sociologicamente, isso se explica na medida em que um sistema burocrático para a elaboração de normas jurídicas conferiria mais segurança e previsibilidade. Por fim, adotou-se epistemologicamente o Direito Romano, pois o número restrito de universidades permitia a homogeneização do pensamento dos juristas e esse era de estudo do Direito Romano; além disso, a crença de que as relações sociais apenas se legitimariam pela razão contribuiu a essa adoção.

Ainda que pudessem ser influenciadas por fontes não romanas, as universidades partiam de textos romanos para encontrar a melhor solução jurídica para as questões sociais, sem que houvesse, contudo, uma pretensão de uniformidade ou de supranacionalidade na aplicação desse Direito. Entretanto, a experiência acadêmica era distante das experiências sociais, sendo necessário que convencessem a sociedade sobre a validade ou utilidade prática do Direito

⁷⁰ DAVID, René; JAUFRÉTT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 28-29

⁷¹ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. s/p

desenvolvido nas universidades.⁷² Tal papel coube em parte aos “glosadores”, como Francesco Acúrsio, que elaboravam “glosas”, anotações interlineares e marginais breves que conciliavam textos diferentes e contraditórios, aplicavam regras jurídicas a casos concretos e resumiam princípios em máximas concisas. Em seu encalço viriam os pós-glosadores ou comentadores, como Bártolo de Sassoferrato, que procuravam aproximar o Direito Romano da vida de seu tempo, utilizado pelos Direitos nacionais ou comunais e seus Tribunais.⁷³

Conforme Lima Lopes,⁷⁴ o estudo universitário do Direito no período medieval é caracterizado pela filosofia escolástica, subordina-se a um enfoque metafísico e pelo método dialético. Assume-se a autoridade do texto jurídico, Romano, e se pressupõe lacunoso e contraditório. Nesse sentido, a dialética permitira a resolução dos opostos, superando dúvidas e contradições em direção à solução. Quer-se conhecer a essência das coisas, no caso, o Direito Natural, “a razão prática é deliberativa e está implicada numa razão especulativa que tem a capacidade de conhecer a realidade objetivamente dada fora do sujeito cognoscente”,⁷⁵ já que, conforme David,⁷⁶ se buscava adaptar o direito às necessidades da sociedade moderna, produzindo um direito sistemático, fundamento na razão e com pretensões de universalidade. Contudo, o Direito ainda era casuístico. Não possui regras gerais de autoridade incontestes ou opera pela subsunção, como contemporaneamente. Ainda, destaca David⁷⁷ que o “respeito” ao Direito Romano desvaneceria frente ao ímpeto de descobrir e ensinar princípios de um Direito plenamente racional. Era a aplicação de institutos jurídicos em um novo tempo, podendo ser considerados deformação ou evolução.

⁷² DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 32, 35; GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 133

⁷³ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 29-30

⁷⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113

⁷⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 115

⁷⁶ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 31-32

⁷⁷ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 31

O Direito desenvolvido nas universidades era, para Gilissen⁷⁸ e Glenn,⁷⁹ teórico e erudito, escrito, comum a todos os mestres, passando a ser reconhecido como *ius commune*, um direito substantivo capaz de ser compreendido como “linguagem” geral que poderia ser facilmente aplicada a toda a Europa e suas possessões. Glenn ressalta, porém, que esse projeto de construção de um direito continental levaria séculos e que haveria diferencia doutrinária a respeito de sua consolidação.⁸⁰ Segundo Gilissen, foi desenvolvido um modelo mais completo, regulando diferentes instituições que não eram observadas na sociedade feudal, e era mais “evoluído”, pois refletia uma sociedade “mais” desenvolvida, criado a partir de textos jurídicos que se distanciavam das sociedades arcaicas.

Conforme Grossi, “o Príncipe moderno intui o valor fundante que o direito pode ter para a dimensão política; é por isso determinado a controlá-lo, insere a produção jurídica entre seus instrumentos de poder [...]”.⁸¹ O Direito se torna monopólio do Estado e, assim, diferentes “Direitos” nacionais surgem na Europa. O Direito ganha características eminentemente nacionais e a codificação se torna o meio para permitir um melhor conhecimento da pluralidade das normas jurídicas que passam a surgir.⁸² Com isso, Glenn⁸³ afirma que a proliferação de normas escritas, implicou no declínio de outras formas de coesão social, de maneira que os modos de vida local tornaram-se sujeitos ao controle jurídico.

David⁸⁴ destaca que é entre os séculos XII e XIII que se reconhece que o Direito deve regular as relações sociais e, assim, assegurar a ordem e o progresso. Essa seria a característica básica de uma sociedade civil, ou civilizada, um postulado que permaneceria até os dias de hoje de maneira incontroversa. Há o retorno do postulado romano da regulação social pelo Direito, mas que então se converte na revolução jusfilosófica capaz de sustentar um novo modelo jurídico e político baseado na justiça,

⁷⁸ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 203

⁷⁹ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 133

⁸⁰ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 134

⁸¹ GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49

⁸² GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992; GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50.

⁸³ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 137-138

⁸⁴ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 27

na razão, e que rechaça a regulação de relações sociais com base no “sobrenatural”, promovendo a alteração de um sistema irracional para um sistema jurídico racional.⁸⁵ Tratava-se, para Hespanha,⁸⁶ de conferir ao Direito características da modernidade, a racionalidade (anti-tradicionalismo), generalidade e abstração (abolição de privilégios e diferenças), e macro organização (centralização de poder e extensão do direito à totalidade dos territórios colonizados). Para Gilissen, era a transição de um sistema baseado em relações pessoais de vassalagem feudal para um sistema desenvolvido, evoluído, racional, equitativo, individualista e liberal.⁸⁷

Com o avanço do Direito Natural e com o afastamento do método escolástico, o Direito distancia-se da fundamentação divina, passando a ser reconhecido à imagem e semelhança da “ciência”.⁸⁸ A razão emergiria como fundamento de um “Direito Natural relativo” dado que as relações sociais não podiam ser reguladas por um Direito que permitia regimes políticos e sociais opressivos sob a ideia de “estado de pecado” e com a busca por “cativar almas”.⁸⁹

Douzinas⁹⁰ apresenta o Direito Natural enquanto uma longa tradição originada da conciliação entre os pensamentos helenístico e romano. Compreende a escolástica, ou “Direito Natural clássico”, como uma “confrontação racional e dialética do senso comum institucional e político.”⁹¹ Para ele, foi a tradição do Direito Natural que “preparou os alicerces para a concepção moderna de direitos humanos.”,⁹² pois constitutiva da ideia de homem moderno, com obrigações morais e políticas. A individualidade seria natural a esse homem moderno, enquanto as relações sociais,

⁸⁵ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 26-27; GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 205

⁸⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. **A cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 231

⁸⁷ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992. p. 130, 205

⁸⁸ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 31-32

⁸⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 78

⁹⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 73

⁹¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 73

⁹² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 64

artificiais, fazendo com que o centro do pensamento político se voltasse ao sobrano e ao indivíduo, e aos seus respectivos direitos e poderes.⁹³

Existem fatos sociais que explicam a alteração das instituições jurídicas portuguesas do medievo à modernidade.⁹⁴ Inicialmente, a fixação de fronteiras definitivas com a conquista de Algarve encerraria o estado permanente de guerra entre Portugal e os mouros que ocupavam a Península Ibérica e permitiria que a monarquia desse maior atenção à organização administrativa. O comércio se desenvolveria pela instituição de feiras, pelas facilidades concedidas aos comerciantes e pela intensificação da navegação. Ainda, aumentaria a riqueza monetária do país, levando a monarquia a adotar uma política de constante conversão de suas rendas em prestações em dinheiro. Também, se observaria o progresso na cultura, aperfeiçoando a língua portuguesa que substituiria o latim em documentos oficiais. Por fim, leigos seriam admitidos nas sessões extraordinárias da Cúria régia, que se transformaria nas Cortes.

Nesse contexto, a recém-formada monarquia portuguesa organizaria sua atividade por leis escritas em 1211, quando foram reunidas pela primeira vez as Cortes com representantes da nobreza e do clero.⁹⁵ As “Leis Gerais”, denominação genérica de leis, decretos, posturas, cartas, ou ordenações, continuariam a ser formuladas pelas dinastias seguintes, por vontade dos próprios monarcas ou em resposta aos debates realizados nas Cortes. Era abandonado o monarca julgador medieval, para dar lugar ao monarca legislador moderno.⁹⁶ Nem sempre essas Leis tinham intenção de generalidade, ou por se aplicarem apenas a uma região, ou por não se aplicarem a determinadas pessoas, dispensando-as o monarca de sua observância para a garantia de privilégios.⁹⁷ Contudo, tais Leis não eram fontes de Direito exclusivas ou,

⁹³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 75

⁹⁴ FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 214

⁹⁵ CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**, 4ª Edição. Lisboa: Verbo, 2000. p. 241.

⁹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. **Da organização judiciária em Portugal no Período das Leis Gerais (1211-1446)**. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2010, p 1

⁹⁷ FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 195

sequer, predominantes. Conviviam com o costume, o Direito Romano-Germânico e o Direito Canônico, como salientam Gilissen,⁹⁸ Hespanha⁹⁹ e Oliveira.¹⁰⁰

As leis portuguesas continuariam sendo formuladas e reunidas em códigos, como o Livro da Lei das Boas Posturas, do século XIV. Seu conteúdo varia de bases “ideológicas do poder real até questões como a definição de divisões patrimoniais, o funcionamento das feiras, a forma como deveria se dar a relação entre cristãos, judeus e muçulmanos, as formas punitivas e diversas outras temáticas”.¹⁰¹ Trata-se de uma compilação desordenada de leis, que muitas vezes se repetem, e atende a demandas locais imediatas,¹⁰² uma obra rudimentar se comparada às codificações que lhe seguiriam,¹⁰³ mas um trabalho preparatório para as Ordenações Afonsinas, do século XV.

As Cortes exigiam à monarquia portuguesa que intensificasse esforços na compilação e sistematização das leis existentes “tão numerosas que já era difícil conhece-las e aplica-las com segurança”,¹⁰⁴ exigência atendida pela monarquia pela elaboração das Ordenações Afonsinas de 1446. Os compiladores da obra, juristas escolhidos pela monarquia portuguesa, anunciaram em seu prólogo a escolha das leis antigas que se havia tido pelo Direito e pela boa-razão conservar “emendando e fazendo outras de novo segundo nos bem pareceu que a usança da terra e a prática das gentes deseja”.¹⁰⁵ A obra compilava o Direito da época desde suas diversas

⁹⁸ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

⁹⁹ HESPANHA, Antônio Manuel. **A cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 148

¹⁰⁰ OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. **Da organização judiciária em Portugal no Período das Leis Gerais (1211-1446)**. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2010, p 1

¹⁰¹ SILVEIRA, Marta de Carvalho. O livro das leis e posturas: uma proposta de análise. In: Anais do Encontro Internacional e XVIII Encontro de História da Anpuh-Rio: História e percerias. 2018, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <https://www.encontro2018.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1529361903_ARQUIVO_Trabalho_AN_PUH_REGIONAL.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

¹⁰² SILVEIRA, Marta de Carvalho. O livro das leis e posturas: uma proposta de análise. In: Anais do Encontro Internacional e XVIII Encontro de História da Anpuh-Rio: História e percerias. 2018, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <https://www.encontro2018.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1529361903_ARQUIVO_Trabalho_AN_PUH_REGIONAL.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

¹⁰³ HOMEM, Armando Luís de Carvalho. Rei e “Estado real” nos textos legislativos da Idade Média portuguesa. **En la España Medieval**. n. 22, 1999. p. 117 – 185.

¹⁰⁴ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 267

¹⁰⁵ PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020, Prólogo, §3º

fontes, as leis gerais, os capítulos das cortes, as concórdias, e os antigos costumes e jurisprudências das Cortes. Indicava fontes subsidiárias,¹⁰⁶ em caso de lacunas legislativas portuguesas. Primieramente, deveriam ser aplicadas as Leis Imperiais, o Direito Romano a partir do Código de Justiniano, “salvo quando sua observância incorresse em pecado”; caso persistisse a lacuna, o Direito Canônico; em seguida, as glosas de Francesco Acúrsio; ainda, os comentários de Bártolo de Sassoferrato; e, como último recurso, a submissão do caso ao Rei.

O conteúdo das Ordenações Afonsinas era dividido em cinco livros.¹⁰⁷ O primeiro, tratava dos cargos da administração e da justiça. O segundo livro regulava a relação entre a Monarquia e a Igreja, de seus bens e privilégios, dos direitos reais, da jurisdição dos donatários, das prerrogativas dos nobres e da situação especial de judeus e mouros remanescentes no território português após as guerras de reconquista. O terceiro livro tratava do processo civil. O quarto livro abordava o direito civil. O quinto e último livro tratava do direito e do processo penal. Assim, as Ordenações respondiam ao processo de racionalização do Direito que surgia nas universidades europeias, mas ainda não correspondiam à sistematicidade dos códigos modernos, sendo frequentes as repetições e até as contradições. Sendo esse o Direito Português em meio ao início das navegações portuguesas na África, na Ásia e na América, passaria a ser aplicado em suas colônias, incluindo a brasileira, compreendidas como territórios portugueses ultramarinos.¹⁰⁸

Portugal deu início às grandes navegações pelo Oceano Atlântico no século XV. Fausto¹⁰⁹ aponta alguns motivos para esse pioneirismo. Politicamente, o território português estava pacificado pela expulsão dos mouros. Além disso, seu governo estava consolidado e era reconhecido pelos outros reinos da região. Economicamente, a burguesia portuguesa estava disposta a investir recursos para o estabelecimento de novas rotas comerciais marítimas ao Oriente Médio e à Índia. Dessa forma, a monarquia portuguesa teve recursos suficientes para a pesquisa de tecnologia náutica na Escola de Sagres e para a realização de grandes expedições

¹⁰⁶ PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020, Livro II, Título 9

¹⁰⁷ PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020

¹⁰⁸ JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 197-242

¹⁰⁹ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 9-11; PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Colônia. E-book. [s/l]. Companhia das Letras, [s/a], p. 18

marítimas. Por fim, geograficamente, a costa portuguesa fica mais a oeste e ao sul que qualquer outra europeia, próxima às costas americana e africana, sendo, portanto, o ponto de partida perfeito para a partida das novas rotas marítimas, que tentavam chegar ao Oriente pelo Ocidente.

As descobertas e conquistas de Portugal se avolumaram no século XV: em 1415, conquistou Ceuta ao norte do continente africano; em 1418, chegou à Ilha da Madeira; em 1427, chegou ao Arquipélago dos Açores; em 1434, ultrapassou o Cabo Bojador; em 1488, ultrapassou o Cabo da Boa Esperança; em 1499, alcançou as Índias a partir de uma rota marítima; em 1500, chegou ao Brasil. As conquistas portuguesas, aliadas às espanholas são, para Caio Prado Junior,¹¹⁰ “um capítulo da história do comércio europeu. Tudo que se passa são incidentes da imensa empresa comercial a que se dedicam países da Europa a partir do século XV”.

Pedro Álvares Cabral partiu de Portugal no dia 09 de março de 1500, com a missão de tomar novas terras para a monarquia portuguesa e seguir viagem para a Índia, contornando o continente africano.¹¹¹ A esquadra de Cabral era composta de treze navios, com cerca de 1500 homens, incluindo navegadores experientes, que auxiliariam na navegação e em eventuais confrontos, e frades franciscanos, que tinham a missão de administrar os sacramentos aos portugueses e converter o gentio que viesse a ser encontrado à fé cristã. Cabral chegou à costa nordeste do território brasileiro, no litoral baiano, em Porto Seguro, no dia 22 de abril de 1500, cravando marco que reclamava a posse do território à monarquia portuguesa e entrando imediatamente em contato com indígenas do povo tupiniquim.

O contato entre portugueses e indígenas foi registrado pelo escrivão Pêro Vaz de Caminha em carta ao rei português, “pintados de preto e vermelho, e quartejados, assim pelos corpos como pelas pernas, [...] entre eles, quatro ou cinco mulheres moças nuas como eles, que não pareciam mal”.¹¹² Caminha faz especial menção às possibilidades de exploração de recursos naturais e de comércio a partir do contato com os indígenas, “viu um deles umas contas de rosário, brancas; [...] acenava para a terra e de novo para as contas e para o colar do capitão, como dizendo que dariam

¹¹⁰ PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Colônia. E-book. [s/l]. Companhia das Letras, [s/a], p. 19-20

¹¹¹ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 30-33

¹¹² VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 29-30

ouro por aquilo. Isto tomávamos nós assim por assim o desejarmos”.¹¹³ Vemos que o que mais chamou atenção de Caminha foram os indígenas. De um lado, afirmava que eram “gente bestial de pouco saber e por isso tão esquiva”,¹¹⁴ de outro reconhecia que poderiam servir aos interesses da Igreja. Dentre todas as possibilidades de exploração da “nova terra”, a missão salvacionista era “o melhor fruto que dela se pode tirar me parece que será salvar esta gente”.¹¹⁵

Além disso, sem recursos financeiros ou humanos suficientes, a monarquia portuguesa tornaria o processo de colonização dos territórios que conquistava um negócio a partir de “sesmarias” e “capitanias hereditárias”. Marcos¹¹⁶ afirma que o regime jurídico de administração colonial remonta à experiência portuguesa em outras regiões, já que era um modelo que “prometia” o rápido incremento da colonização. As sesmarias eram um instituto jurídico pelo qual a monarquia portuguesa distribuía terras a colonos para a produção agrícola, e que buscava enfrentar a criação de latifúndios e o êxodo dos mouros dos campos para as cidades. Os colonos assumiam o dever de cultivar a terra, sob pena de expropriação, e vendiam os produtos agropastoris a preços fixados.¹¹⁷ A grande propriedade, a escravidão e a produção para o mercado externo seriam os grandes traços da colonização portuguesa na América.¹¹⁸

As capitanias tampouco eram um instituto jurídico novo nas colônias portuguesas, já que haviam sido utilizadas por Portugal na ilha da Madeira (1440, criada a Capitania de Machico; 1446, criada a Capitania de Porto Santo; e 1450, criada a Capitania do Funchal), em Cabo Verde (1462, criada a Capitania Sul) e em São Tomé e Príncipe (1493, criada a Capitania de São Tomé). Eram porções de terra conquistada cuja posse era transmitida pela monarquia por “Cartas de Doação” a capitães-donatários, membros da nobreza e exploradores portugueses, que

¹¹³ VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 17

¹¹⁴ VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 33

¹¹⁵ VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 51

¹¹⁶ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

¹¹⁷ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, p. 291; LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 201, p. 332-335

¹¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

assumiam o compromisso de desenvolvê-la com recursos próprios e que, no Brasil, somente poderiam ser assumidas por cristãos, no caso, católicos.¹¹⁹ A relação entre a monarquia e os capitães era regulada por “cartas forais”, utilizadas desde o século XII em Portugal para reconhecer a autonomia de um território.¹²⁰

No Brasil, as Capitanias foram criadas em 1532, quinze faixas longitudinais de diferentes larguras que se estendiam até a linha indicada pelo Tratado de Tordesilhas. No caso brasileiro, as cartas forais impunham deveres específicos à exploração do novo território em parceria com a monarquia.¹²¹ Assim, os capitães-donatários deveriam criar vilas e distribuir terras por meio de sesmarias “a quaesquer pessoas de qualquer qualidade, e condição, que sejam comtanto que sejam christãos”.¹²² Também, deveriam exercer a autoridade máxima nos campos administrativo e judicial, podendo nomear funcionários, escravizar indígenas para o trabalho na lavoura, resolver litígios e até decretar a pena de morte de indígenas e portugueses, ou seja, regulavam a vida na colônia.¹²³

Durante as primeiras décadas da colonização portuguesa no território brasileiro, podemos enxergar o impacto do Direito Português. As leis que orientavam as viagens, a exploração, o comércio e a colonização ultramarina eram portuguesas, continham instituições em transição entre o feudalismo e o Estado moderno com cargos exercidos por portugueses. As “capitanias”, as “sesmarias”, as “cartas de doação” e as “cartas forais”, bem como todo o resto do aparato burocrático administrativo, não eram instituições jurídicas criadas para regular as relações sociais em território brasileiro. Tampouco houve diálogo entre o Direito Português e o Direito Indígena que ali imperava antes da chegada dos portugueses. Era a “expansão” do Direito Português às colônias.¹²⁴

¹¹⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, p. 91

¹²⁰ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 202-203

¹²¹ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 18

¹²² PEREIRA, Luciene. **As sesmarias em Portugal e no Brasil**: a colonização do Brasil analisada por meio das cartas de doação e dos forais. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 2010, p. 11-12.

¹²³ OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. **Da organização judiciária em Portugal no Período das Leis Gerais (1211-1446)**. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2010, p 4; PEREIRA, Luciene. **As sesmarias em Portugal e no Brasil**: a colonização do Brasil analisada por meio das cartas de doação e dos forais. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 2010, p. 11-12.

¹²⁴ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 52.

Aos poucos, a população brasileira se tornaria um amálgama entre os indígenas autóctones, os brancos europeus e os negros africanos sequestrados para o trabalho escravo na colônia, e seus mestiços. Como explica Carvalho,¹²⁵ Portugal possuía um milhão de habitantes à época da conquista, insuficiente para povoar suas colônias na América, na África e na Ásia. Utilizando sua vantagem tecnológica, os portugueses se impuseram aos povos indígenas, calculados em cerca de quatro milhões, que morriam rapidamente por guerras ou doenças. A escassez de mão de obra foi resolvida inicialmente pela escravização de indígenas e, logo, pelo sequestro e escravização de africanos em lucrativo comércio. Ante a escassez de mulheres brancas, “o colonizador miscigenava-se com mulheres indígenas e africanas, processo em que estupro e consentimento se misturavam de maneira indistinguível”¹²⁶ aos olhos europeus.

Conforme Carvalho,¹²⁷ o produto que se revelou mais rentável foi o açúcar. Os portugueses tinham experiência em sua produção na Ilhas da Madeira, de Açores, de Cabo Verde e de São Tomé e Príncipe e o açúcar era artigo de luxo no continente europeu.¹²⁸ Esse modelo de produção foi aperfeiçoado no Brasil, de acordo com Freyre,¹²⁹ pois, embora Portugal tivesse desenvolvido atividades semelhantes em outras colônias, no Brasil era fundamentado no desenvolvimento da exploração vegetal e no aproveitamento de nativos, e mais tarde de escravizados africanos, como instrumento de trabalho e de formação de novas famílias. Nesse contexto, Furtado¹³⁰ sustenta que o sistema escravocrata de produção era entendido como uma “condição de sobrevivência para o colono europeu na nova terra”.

Assim, o Direito “brasileiro”, ou o Direito vigente no Brasil, funciona de maneira sistemática e unificada em relação metrópole portuguesa. Não há uma “recepção” do

¹²⁵ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹²⁶ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹²⁷ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹²⁸ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 Ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p

¹²⁹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, p. 79

¹³⁰ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 Ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p

Direito português, como indicaria David, ele é o Direito colonial português. Também, Portugal proibia a criação de universidades em suas colônias,¹³¹ de modo que todos juristas eram formados em Coimbra,¹³² e, conseqüentemente, aplicavam e desenvolviam o Direito Português, o que inviabilizava a formação e o desenvolvimento de um Direito genuinamente brasileiro.

A burocracia instaurada no Brasil não pode ser confundida com uma burocracia brasileira. Era um espelho daquilo que se vivia em Portugal e em colônias e territórios administrados pela monarquia portuguesa. Quando o Estado Português começa a se instalar no Brasil, explica Lopes,¹³³ carrega instituições formadas na idade média, de caráter feudal, em que sobrevevem distinções de nascimento, estamentos, ordens e corporações. No Brasil, a grande propriedade rural seria o *locus* da vida colonial: predominava o interesse do proprietário sobre os demais, sua mulher, seus filhos, seus parentes, mas também membros externos à família, como padres, moradores, artesãos, capatazes e, por fim, escravos.¹³⁴ Nas palavras de Carvalho, na grande propriedade, “fosse ela engenho de açúcar, fazenda de café ou de gado, o senhor era a fonte do poder econômico, social e política. Ele fornecia proteção e distribuía castigos. Substituía o próprio Estado”.¹³⁵ Para Lopes, não havia separação entre Estado e Sociedade Civil, eis que sem a caracterização da liberdade individual e de consciência as esferas pública e privada se confundem. Há distinção entre o interesse público e o interesse particular, mas ambos são harmonizados no bem comum pela monarquia.¹³⁶

Entretanto, entendemos que traços de Sociedade Civil poderiam ser encontrados em organizações religiosas. Os primeiros missionários cristãos, de ordem jesuíta, vieram ao Brasil em 1549, junto de Tomé de Sousa.¹³⁷ Em território

¹³¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: um longo caminho. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 23

¹³² LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 215

¹³³ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 213-215

¹³⁴ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹³⁵ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹³⁶ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 214

¹³⁷ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 20-21

brasileiro, tinham como missão disciplinar os portugueses e evangelizar os indígenas. Manuel da Nobrega escreveria a seu colega jesuíta Simão de Azevedo, ainda em 1549, sobre as possibilidades de salvação: “[n]ão deixe lá vossa reverendíssima mais que uns poucos para aprender. Tudo lá é miséria quanto se faz: quando muito ganham-se cem almas, posto que corram todo o reino; cá é grande mancheia”.¹³⁸ Em sua empresa evangelista, os jesuítas se notabilizariam pela trabalho na área da educação, com a construção de colégios em vilas, cidades e aldeias;¹³⁹ e na área da saúde com a construção de hospitais, as “santas casas de misericórdia”.¹⁴⁰ Storto aponta que essas seriam as primeiras entidades sem fins lucrativos a receberem apoio público para o desenvolvimento de suas atividades.¹⁴¹

O Direito Português aplicado no território brasileiro acompanharia as mudanças ocorridas na metrópole europeia. As Ordenações Afonsinas foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, de 1513. As novas Ordenações seriam impressas, o que aumentaria o número de cópias disponíveis e tornaria mais uniforme sua aplicação em território português e colonial. As novas Ordenações mantinham a estrutura de cinco livros das Ordenações anteriores, mas alteravam parte de seu conteúdo e estilo, que atendia ao crescimento do império português e reforçava a autoria monárquica pela redação concisa e decretória. Alteravam parte das fontes subsidiárias de Direito: passavam a recorrer à *opinio communis doctorum*, afastando as glosas de Francesco Acúrsio e das opiniões de Bártolo de Sassoferrato quando lhe fossem contrárias.¹⁴²

¹³⁸ NÓBREGA, Manuel da. **Nesta terra há um grande pecado**. 1549. Disponível em: <<https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>>. Acesso em 10 jan. 2020

¹³⁹ Destacamos a construção do Colégio dos Meninos de Jesus - BA (1550), Colégio dos Meninos de Jesus – SP (1550) e do Colégio de São Paulo – SP (1554).

¹⁴⁰ Destacamos a construção da Santa Casa de Misericórdia de Olinda – PE (1539), da Santa Casa de Misericórdia de Santos – SP (1543), da Santa Casa de Misericórdia de Salvador – BA (1549), da Santa Casa de Misericórdia de Vitória – ES (1551), da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro – RJ (1582), da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo - SP (1599), da Santa Casa de Misericórdia de João Pessoa – PB (1602), da Santa Casa de Misericórdia de Belém - PA (1619), da Santa Casa de Misericórdia de São Luís - MA (1657), da Santa Casa de Misericórdia de Campos – RJ (1792).

¹⁴¹ STORTO, Paula Racanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 24

¹⁴² MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p; FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 287

Pela primeira vez no Direito Português, as Ordenações¹⁴³ enunciaram regras sobre territórios ultramarinos, resolvendo questões jurídicas levantadas por moradores das ilhas e territórios de além-mar, proibindo os marinheiros portugueses de serem contratados por armadas e navegações estrangeiras, estabelecendo o preceitos de batizar os escravos, dentre outras regras.¹⁴⁴

A Coleção de Duarte Nunes de Leão, de 1569, se encarregaria de compilar as leis publicadas depois das Ordenações.¹⁴⁵ Nela podemos encontrar as primeiras menções do Direito Português ao Brasil. A Coleção era dividida em seis partes - ofícios régios e os respectivos regimentos; jurisdições e privilégios; pleitos judiciais; delitos; fazenda real; e matérias diversas - sendo possível encontrar referências ao Brasil em todas elas. Em parte, serviu a limitar a jurisdição dos capitães donatários brasileiros, a despeito do que determinavam as Cartas de Doação, autorizando adentrarem em suas terras representantes da Coroa em nome do interesse público. Também, regulava a execução de pena em terras brasileiras, autorizando que os condenados em Portugal fossem degredados ao Brasil. Ainda, obrigava todos os navios que partissem ao Brasil a pedirem autorização à Coroa. Destacamos, assim, a percepção da monarquia portuguesa em relação ao Brasil, em parte oportunidade de enriquecimento aos nobres e burgueses, pela exploração do trabalho alheio, em parte castigo aos crimes cometidos ao povo português.

A Guerra da Sucessão portuguesa de 1580 a 1583 unificaria as Coroas portuguesa e espanhola até 1640. Um dos significados da União Ibérica seria a perda da eficácia do Tratado de Tordesilhas,¹⁴⁶ estimulando a realização de diversas missões de descobrimento pelo interior do território brasileiro, seja por ordem da monarquia, as “entradas”, seja por vontade de exploradores em busca de povos indígenas que pudessem ser escravizados, as “bandeiras”. Além disso, unificaram o Direito Português e Espanhol. Em 1603, as Ordenações Manuelinas seriam substituídas pelas Ordenações Filipinas. Estas tinham por desafio reorganizar o poder monárquico e agradar os portugueses que passaram ao domínio espanhol. Por esse

¹⁴³ PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020, Livro I, Títulos VIII, LXX, § 13, CXII e CXIII; Livro II, Título XXVII; Livro V, Títulos XCVIII e XCIC;

¹⁴⁴ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

¹⁴⁵ FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 202-203

¹⁴⁶ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 17

motivo, seu texto mantinha a estrutura das Ordenações anteriores, em cinco livros, e as fontes subsidiárias.¹⁴⁷

Nas Ordenações Filipinas, “os compiladores suprimiram alguns títulos, modificaram outros e acrescentaram leis extravagantes, inserindo principalmente as contidas na coleção de Duarte Nunes de Leão”¹⁴⁸. Tais Ordenações eram aplicadas indistintamente a Espanha, Portugal e quaisquer de suas colônias. Algumas de suas disposições referiam o Brasil, especialmente, em matéria civil e penal. Lopes¹⁴⁹ ressalta que as Ordenações são criticadas pelas contradições e repetições, compreensíveis quando se sabe que nem pretendiam ser um Código, sem parte geral sobre atos, negócios ou pessoas. Apesar da ausência de sistematicidade e das muitas contradições, as Ordenações Filipinas seriam a base do Direito Civil em Portugal e manteria vigência no Brasil até a promulgação de um Código Civil brasileiro, em 1916,¹⁵⁰ atravessando o processo de sua independência à Portugal, em 1822, e a proclamação da República em 1891.

Lopes destaca a distinção entre o Direito oficial e o Direito vivo durante o Brasil colônia. Para ele, as próprias condições da colônia implicariam que a autoridade “chegasse com uma força esmaecida nas enormes distâncias do país”.¹⁵¹ A autoridade monárquica busca estar em toda parte, mas só pode fazê-lo contanto com o poder local, de tal forma que o poder público e o poder privado disputam, mas também se associam e se confundem. Em suas palavras,¹⁵² na colônia brasileira “o Estado não é necessariamente o outro do particular: desenvolve-se em simbiose entre autoridade formal e poder ou mandonismo particular impedindo o surgimento de uma vida de república”.

¹⁴⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 247-248; ZIMMERMANN, Rafael. Apontamentos sobre a história do direito no Brasil. **Revista Direito em Debate**. N. 23. V. 41, 2014, p. 72-95

¹⁴⁸ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 289

¹⁴⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 248

¹⁵⁰ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

¹⁵¹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 215

¹⁵² LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 215

Carvalho¹⁵³ chama “patrimonialismo” essa mistura entre o público e o privado, em que o Estado distribui seu patrimônio terras, empregos, títulos de nobreza e honoríficos - a particulares em troca de cooperação e lealdade. Segundo ele, em “um sistema patrimonial não há cidadãos. Há súditos envolvidos num sistema de trocas com o Estado, regido pelo favorecimento pessoal do governante, de um lado, e pela lealdade pessoal do súdito, de outro”.¹⁵⁴ Nesse sentido, cargos ou funções públicas eram consideradas patrimônio pessoal de seu titular. O patrimonialismo tem o ofício como uma distinção ou um dom recebido do Rei ou do Senhor, de forma que o oficial não recebe uma remuneração, mas uma renda ligada a seu cargo que é seu patrimônio.¹⁵⁵

Durante os séculos XVI e XVII era gestada na Europa uma nova filosofia, a Modernidade. Conforme Dussel,¹⁵⁶ a Modernidade seria um fenômeno social exclusivamente europeu situado essencialmente no século XVIII que descreveria o amadurecimento da humanidade por um esforço da razão e que levaria a um novo desenvolvimento. Para Giddens,¹⁵⁷ a “modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. Douzinas¹⁵⁸ identifica como marco inicial da modernidade corresponde ao surgimento das declarações liberais burguesas de direito do século XVIII, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos, a *Bill of Rights* (1791) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França (1789).

Para Lopes,¹⁵⁹ esse novo pensamento se distinguia do pensamento aristotélico escolástico que lhe antecederia pelo *cogito* cartesiano. A Modernidade é prenunciada

¹⁵³ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹⁵⁴ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

¹⁵⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 215

¹⁵⁶ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 26-29

¹⁵⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 8

¹⁵⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 99

¹⁵⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 248

por Descartes¹⁶⁰ com o *cogito ergo sum*, retirando o fundamento metafísico das relações sociais, de modo a sustentar que a realidade não é mais apreendida pelo ser a partir de seus sentidos, que podem ser enganados. O sujeito só pode ter certeza de seus próprios pensamentos, que garantem a certeza da existência do sujeito que pensa, *cogito ergo sum*, ou “penso, logo existo”. Conforme Douzinas, nesse momento, há uma espécie de “universalização”, ou de “criação de coletividade”, que ultrapassa a totalidade dos homens, onde a “humanidade” representa o sujeito.¹⁶¹ A Modernidade permite que o homem não esteja mais sujeito às estruturas, mas que as assujeite, dando início a um paradigma sujeito-objeto, onde o sujeito, racional, é o “assujeitador” do objeto, a realidade.¹⁶²

Com base nessa construção, o conhecimento apenas poderia ser reconhecido como tal se for possível o experimento que mede, pesa, quantifica ou qualifica. Tal filosofia ameaçou as bases jurídicas da tradição que ensejava a autoridade monárquica. Nas palavras de Lopes, “a autoridade começa a ser experimentada como heteronomia, a imposição de uma vontade alheia, que só faz sentido com incapazes. A pessoa capaz não se curva diante da autoridade ou da tradição: curva-se apenas diante da razão e da própria consciência”.¹⁶³ A autonomia da vontade é a expressão de sujeitos livres e capazes. Novamente, para Lopes

[...] não é apenas uma nova ciência que está surgindo. São também os estados nacionais modernos e o mercado. Um soberano que pretende exercer o monopólio da legislação e da jurisdição, como antes não havia, e uma vida econômica de trocas e mercadorias. A velha sociedade de ordens (dos guerreiros, religiosos e trabalhadores – *bellatores, oratores, labratores*) cede lugar a uma vida crescentemente aburguesada, em que deveres feudais e pessoais se transformam em prestações pecuniárias. Neste mundo de relações econômicas abstraídas das relações pessoais, a promessa e o exercício individual da vontade ganham uma dimensão nova. Da teoria dos contratos como realização de negócios essencialmente justos,

¹⁶⁰ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 63

¹⁶¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Entre o esquema sujeito-objeto e o s, 2009, p. 215

¹⁶² ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD). 9(2), 2017, p. 136-150, p. 140-141

¹⁶³ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 197

passa-se a uma teoria dos contratos como obrigação derivada da vontade e da promessa.¹⁶⁴

Paralelamente, na Europa, vemos avançar os pensadores contratualistas, para quem o homem nasce em Estado de Natureza e apenas ao abdicar de parcela de sua liberdade individual a um soberano por um contrato racional chega ao Estado civil/civilizado. Segundo Douzinas, esses pensadores buscavam uniformizar a humanidade, a partir da definição de elementos comuns, sendo necessário construir uma teoria cujas principais características fossem o abandono da concretude dos indivíduos e da sociedade.¹⁶⁵ Entendemos que, dessa maneira, os contratualistas uniformizariam uma definição de homem moderno e de sociedade moderna que se fundamentariam no abandono do Estado de Natureza e na adesão ao contrato social à imagem da Europa e dos europeus dos séculos XVII e XVIII.

Para Thomas Hobbes, em meio ao estado de natureza “era lícito cada um fazer o que quisesse, e contra quem julgasse cabível e por tanto possuir, usar e desfrutar tudo que quisesse ou pudesse obter”.¹⁶⁶ O estado de natureza seria rompido apenas pela criação artificial de leis civis, que organizem as vontades individuais submetendo-as a um Soberano; e que imponham ônus maior que os bônus que obtém quem as desrespeita.¹⁶⁷ Nesse sentido, “civilizado”, como equivalente de cidadão, seria aquele que tem direitos e deveres fundados em lei e garantidos por um Estado.¹⁶⁸ Assim, seria formada a sociedade civil/civilizada.

O ideário hobbesiano seria ponto de partida para John Locke e Jean Jacques Rousseau. Em comum, os contratualistas partiam do estado de natureza como mecanismo de constituição política.¹⁶⁹ Para Locke, o Estado de natureza é um estado de perfeita harmonia, liberdade e igualdade entre os homens, em que “o governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza, que certamente devem ser grandes quando aos homens é facultado serem juizes em suas

¹⁶⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 197

¹⁶⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 78-79

¹⁶⁶ HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 32

¹⁶⁷ HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 70

¹⁶⁸ FALABRETTI, Ericson Sávio. Sociedade civil: o lugar e as faces do conflito. **Revista de Filosofia Aurora, Curitiba**, v. 20, n. 26, p. 27-38, jan./jun. 2008 p. 28

¹⁶⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 95

próprias causas”¹⁷⁰ eis que podem abdicar “de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com outros” garantida a proteção de suas propriedades.¹⁷¹ Nesse sentido, Douzinas afirma que, para Locke, “o principal propósito da sociedade civil deveria ser a proteção da propriedade.”¹⁷²

Para Rousseau, a sociedade civil é anterior e mesmo pressuposto do Estado. Identifica-se com a sociedade privada, eis que para ele, “o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer ‘isto é meu’, e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditar”.¹⁷³ A sociedade civil utiliza o conflito para harmonizar os interesses privados dos cidadãos ou para fazê-los agir em função do poder político instituído.¹⁷⁴

Nesse contexto, a liberdade iluminista era, para Hunt,¹⁷⁵ a garantia da autonomia individual. A partir de Locke, o reconhecimento do homem enquanto indivíduo autônomo, capaz de relacionar-se com outros iguais, seria o único fundamento legítimo para a autoridade política. Era preciso que a autoridade, antes justificada por um direito divino, fosse justificada por um contrato entre homens autônomos. Essa justificação permitiu à autora vincular o pensamento contratualista à fundamentação de direitos, porém ressaltando que os direitos conclamados pelos iluministas “[n]ão são os direitos de humanos num estado de natureza: são os direitos humanos em sociedade. [...] são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm.”¹⁷⁶

Como Hunt, Douzinas¹⁷⁷ afirma que os contratualistas iniciam a modernização do conceito de Direito e conferem as bases para a garantia de direitos individuais.

¹⁷⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 391-392

¹⁷¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 468

¹⁷² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 96

¹⁷³ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a desigualdade**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril, 1979, p. 74

¹⁷⁴ FALABRETTI, Ericson Sávio. Sociedade civil: o lugar e as faces do conflito. **Revista de Filosofia Aurora**. Curitiba, v. 20, n. 26, p. 27-38, jan./jun. 2008, p. 30

¹⁷⁵ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 60-61

¹⁷⁶ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19

¹⁷⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 83-85, 97

Hobbes adaptaria o Direito à Modernidade, desenvolvendo a tradição moderna de direitos individuais, ao afirmar que a liberdade é o direito natural de cada indivíduo de preservar, como puder e quiser, sua vida, fazendo tudo aquilo que sua razão entendesse necessário. Com isso, o indivíduo tornou-se o centro da Modernidade e do Direito. Locke, por sua vez, indicaria que a proteção decorrente do adesão ao contrato social deveria respeitar os direitos individuais, o que induz à submissão do soberano a um poder com capacidade de legislar; nesse cenário, o indivíduo é o centro da modernidade e do direito, que deve ser utilizado para promover os desejos que decorrem do livre arbítrio do homem. De forma distinta, Gilissen¹⁷⁸ atribui às declarações liberais o reconhecimento de direitos subjetivos aos indivíduos, indicando que os auspícios delas seriam incorporados aos textos constitucionais europeus.

Assim, a Modernidade seria identificada com o Direito Natural Moderno ou Jusnaturalismo. Conforme Lopes,¹⁷⁹ se diferenciava do Direito Natural Clássico, medieval, por sua perspectiva antropológica: se para o primeiro, o ser era a união entre a forma substancial e a matéria; para o segundo está dispensada a forma, que pressupõe uma finalidade. Se já não é possível um acordo sobre a finalidade da vida comum, deve-se buscar um acordo quanto aos procedimentos. Glenn¹⁸⁰ afirma que a civilização ocidental passa a ser moldada a partir de um pacote cuja centralidade é a pessoa. O novo Direito “encontra fundamento na *ratio* humana. A ela pertencia a tarefa de desvelar as normas que regiam as relações entre os homens numa comunhão imanente à sua própria natureza”.¹⁸¹ O Direito seria o mecanismo pelo qual se executaria o “pacote” civilizatório ocidental, pois capaz de expressar a razão, “[e] esse lugar para a racionalidade explícita decorre da necessidade de garantir que a humanidade para que a “humanidade subjugu o mundo e não seja subjulgada por ele”.¹⁸²

Percebemos que perde necessidade a teologia em favor da razão prática e laica. Nesse sentido, “se basta a razão para o deduzir da natureza, o jurista dispensa o

¹⁷⁸ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992, p. 16

¹⁷⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 198-200

¹⁸⁰ GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004. p. 142-143

¹⁸¹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

¹⁸² No original: “And this place for explicit rationality follows from the necessity of ensuring that humanity would subdue the world and not be subdued by it” (GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 143)

conhecimento da teologia, visto não ter de apelar para a fé, nem para a revelação”.¹⁸³ O Direito Natural Moderno tem o dever de garantir expectativas recíprocas e não orientar a vida justa e feliz, por consequência, será: axiomático, dedutivista, universal, impessoal e abstrato. Tal Direito tem a pretensão de se tornar senso comum, entretanto, é dominado por saberes competentes, pelo que é compreendido apenas por juristas letrados e treinados, em exclusão dos iletrados, dos leigos ou mesmo dos juízes de municípios ou câmaras. Ainda que com diferentes vertentes, esse Direito culminaria no movimento Iluminista.

O século XVIII seria marcado pela chegada do ideário iluminista a Portugal. Era o momento da identificação completa entre o Estado e o monarca. O déspota esclarecido detem todo o poder que recebeu diretamente de Deus e “pode exercê-lo sem nenhuma partilha, limitação ou fiscalização exterior, e apenas guiado pelo conhecimento do bem público e pelos ditames de sua consciência”.¹⁸⁴ Marcos, Mathias e Noronha¹⁸⁵ apontam que Portugal demorou a recepcionar as novidades literárias, científicas e filosóficas iluministas que circulavam pela Europa, mas que o faria rapidamente no Direito pela obra de Sebastião José de Carvalho e Melo, o “Marquês de Pombal”, e suas reformas administrativas, fortalecendo o modelo de arrecadação de impostos; econômicas, incentivando o mercantilismo e a manufatura; sociais, abolindo a escravidão na metrópole e a discriminação de cristãos-novos na metrópole e nas colônias; e religiosas, questionando a autoridade papal frente à monarquia portuguesa e expulsando os jesuítas da metrópole e das colônias; com o objetivo de fortalecer a monarquia e enfraquecer a nobreza e a igreja.¹⁸⁶ No Direito, Pombal impulsionou incorporação das concepções Jusnaturalistas Racionais, podendo o país se vangloriar de ter adotado “linha de pensamento filosófico-jurídica claramente

¹⁸³ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 296

¹⁸⁴ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 292

¹⁸⁵ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

¹⁸⁶ CARVALHO, Roberta Lobão. Crônica e História: **a Companhia de Jesus e a Construção da História do Maranhão**. 2012. 208 f. Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade Federal Fluminense (UFF), 2012, p. 98.

delineada, à qual se procuraram subordinar todas as transformações jurídicas, quer de ordem legislativa, quer de ordem doutrinal”.¹⁸⁷

Em 1768, Pombal criou a Real Mesa Censória, responsável por inspecionar tipografias, livrarias e bibliotecas e proibir livros que questionassem a monarquia, por argumentos religiosos ou seculares. Em 1769, seria criada a Lei da Boa Razão, que tinha como principal objetivo reformular as fontes do Direito português, assegurando o primado das fontes nacionais em detrimento do Direito romano e do Direito canônico.¹⁸⁸ Conforme Bustamante,¹⁸⁹ era necessário modernizar o Direito e garantir segurança e previsibilidade para atender as elites burguesas que despontavam na Europa e em Portugal. A Lei proibia a aplicação do Direito canônico pelos tribunais civis; eliminava a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bartolo do quadro de fontes subsidiárias; e estabelecia limites para validar o costume como fonte subsidiária, não poderia ser contrário à lei escrita, deveria ser conforme a boa razão e ter mais de cem anos de existência.¹⁹⁰ Por sua vez, o Direito romano seria reafirmado como fonte subsidiária desde que persistisse à “boa razão”, ou seja, “estivesse de acordo com os princípios de direito natural ou das gentes em vigor nas nações civilizadas”.¹⁹¹ O papel dos juristas se avulta, permitindo, conforme Hespanha, conceituarmos o Direito como “aquilo que os juristas tratam” ao invés de conceituarmos os juristas como “aqueles que tratam do Direito”.¹⁹²

Em 1772, Real Mesa Censória e a Lei da Boa Razão seriam seguidas de reformas universitárias extinguindo a Universidade de Évora, que pertencia aos jesuítas e impondo mudanças à Universidade de Coimbra.¹⁹³ Conforme Hespanha,¹⁹⁴

¹⁸⁷ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

¹⁸⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas em **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978. p. 73

¹⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. **Revista Estudos Filosóficos** n. 14, p. 92-116, 2015. p. 103

¹⁹⁰ FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 300

¹⁹¹ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3pa730.htm>>. Acesso em 10 jan. 2020

¹⁹² HESPANHA, Antônio Manuel. Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas em **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978. p. 89

¹⁹³ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 201

¹⁹⁴ HESPANHA, Antônio Manuel. Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas em **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978. p. 101-111

o objetivo da reforma universitária era eliminar do ensino jurídico tudo o quanto fosse inútil para obter um conhecimento funcional; incluir aquilo que fosse útil ao conhecimento funcional; e unir prática à teoria; de forma que o ensino do Direito deixa de ser informar acerca de todas as normas jurídicas, mas formar os estudantes na utilização dos princípios gerais da metodologia da ciência jurídica e nos princípios do Direito positivo. Para Lopes, estava sendo preparada a nova onda de juristas do Estado nacional e da burguesia, da ordem do mercado, do contrato, da propriedade e da paz administrada pela resolução de disputas individuais.¹⁹⁵ Assim, Almeida Costa e Marcos¹⁹⁶ afirmam que a revolução iluminista que chega tardiamente em Portugal repele a tradição aristotélica-escolástica no ensino jurídico, e que restringiu o acesso às universidades, pois apenas poderiam ingressar na Universidade de Coimbra aqueles dotados de uma sólida instrução prévia.

De volta ao Brasil, o processo de racionalização do Direito pela Modernidade se confundiu com a descoberta de jazidas de ouro no interior. A extração de minérios ampliou as regras portuguesas no Brasil. Tal qual em relação às outras riquezas exploradas em território brasileiro, a monarquia portuguesa cobrava tributos, um quinto de todo o minério extraído ou um imposto pago pelo número de escravos.¹⁹⁷ Esses achados estimulariam a expansão demográfica do território brasileiro, que antes se concentrava na costa. O centro econômico da colônia se deslocaria para a região sudeste e sua capital seria deslocada de Salvador ao Rio de Janeiro. Tal desenvolvimento econômico alteraria a estrutura da população do Brasil, criaria uma camada média social inédita na colônia, formada por padres, advogados, médicos, professores, militares, comerciantes e burocratas da monarquia. Entretanto, a mineração e o comércio em seu entorno não provocariam maior distribuição de riqueza que em outras regiões do território brasileiro, servindo para enriquecer uma seleta minoria branca e escravista que dominava os engenhos.¹⁹⁸ Vemos que nesse período, a sociedade brasileira era predominantemente rural e orbitava em torno de grandes propriedades privadas. Não havia espaço público e a população não

¹⁹⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 203

¹⁹⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de; MARCOS, Rui de Figueiredo. A reforma pomabilina dos estudos jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXV. Coimbra, 1999, p. 67-98

¹⁹⁷ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 98-101

¹⁹⁸ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 Ed. Sao Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p

participava da vida política. Tal contexto se refletia na participação política direta, por meio de organizações da sociedade civil.

As reformas pombalinas também seriam dirigidas à colônia brasileira. Em 1755 e 1759, a monarquia portuguesa criaria, respectivamente, a Companhia Geral de Comércio do Grão-Pará e Maranhão e Companhia Geral de Comércio de Pernambuco e Paraíba na forma de sociedades anônimas por ações que exerciam suas atividades por monopólio e tinha a missão de dinamizar as atividades do Norte e do Nordeste do Brasil.¹⁹⁹ Assim, a monarquia reconhecia a instituição de pessoas jurídicas de direito privado, mas as criava sob a sua tutela. Naquele mesmo ano, a monarquia portuguesa retomaria os territórios concedidos a privados na forma de capitânicas hereditárias.²⁰⁰ Ainda no mesmo ano, a monarquia expulsaria a Companhia de Jesus jesuítica de Portugal e de suas colônias, incluindo o Brasil, em política de subordinação da Igreja ao Monarca,²⁰¹ e assunção da função educacional pela monarquia na formas de aulas régias seculares.

Em 1757, foi implantado o português como idioma oficial do Brasil e banido o uso do nheengatu, de origem tupi-guarani, tida até então como língua geral entre portugueses e indígenas. A medida era entendida como necessária à civilização dos indígenas, eis que “a implantação do idioma nacional no seio dos povos conquistados constituía um dos meios mais eficazes para desterrar de gentes rústicas a barbaridade dos seus antigos costumes” e que “a aculturação pela via linguística coincidia com o sistema observado em todas as nações polidas do mundo”.²⁰² As novíssimas escolas públicas se encarregariam de ensinar meninos e meninas indígenas a ler, escrever e contar em português.

O século XIX se inicia sob signo do absolutismo ilustrado e das revoluções burguesas iluministas nos Estados Unidos da América e na França.²⁰³ Nesse período começa a surgir a ideia de que os textos constitucionais poderiam ser orientadores do poder, contendo-o, garantindo a liberdade. A Declaração francesa de 1789, por

¹⁹⁹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

²⁰⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 62

²⁰¹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

²⁰² MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

²⁰³ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254

exemplo, afirmaria que as sociedades que não tivessem direitos assegurados, nem organização social que garantisse a separação dos poderes não teriam uma constituição. Essa é a marca daquilo que se denominou constitucionalismo moderno, que reconhece a norma constitucional como garantia de proteção das liberdades fundamentais.²⁰⁴

Conforme Hunt,²⁰⁵ a Declaração de Independência dos EUA e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consideradas precursoras na afirmação de direitos humanos, consideravam que os direitos nelas declarados eram verdades auto evidentes. Para Hunt, eram não apenas instrumentos para afirmar direitos inalienáveis, sagrados e naturais do homem, mas mecanismos capazes de estabelecer as linhas que orientariam os governos. A auto evidência estaria vinculada a um conjunto de proposições sobre a autonomia individual. Para ser sujeito de direito, a pessoa deveria ser capaz de exercer julgamentos morais (capacidade de raciocinar), possuir livre discernimento (capacidade de decidir por si mesmo) e sentir empatia pelos outros.²⁰⁶ A vinculação entre racionalidade e reconhecimento da condição de sujeito de direito também foi abordada por Douzinas²⁰⁷ que afirma que o direito moderno, oriundo das revoluções burguesas, tem no conceito de “direitos” o seu fundamento, desse modo, “o conceito de direitos é ao mesmo tempo o fundamento e a culminância da visão de mundo filosófica, jurídica e moral da modernidade.”²⁰⁸

Os avanços militares bonapartistas obrigariam a família real portuguesa e sua Corte a se transferirem para o Brasil. O Príncipe-Regente Dom João VI chegaria ao Rio de Janeiro em janeiro de 1808, dando início a uma série de mudanças que consagrariam a liberdade econômica na colônia. Ainda em 1808, a monarquia portuguesa transferiu todo o aparato burocrático administrativo à colônia; abriu os portos, colocando fim à política de *mare clausum*; autorizou a instalação de manufaturas e isentou de tributos a importação de matéria-prima destinada a

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

²⁰⁵ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 13-14, 16, 24-27

²⁰⁶ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24-27

²⁰⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 242

²⁰⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 248

indústria;²⁰⁹ criou o Banco do Brasil; criou a Imprensa Nacional; criou a Junta de Comércio; dentre outras medidas, de forma que “resplandecia, enfunado pelos novos ventos, o pavilhão da liberdade de navegação, de comércio e de indústria”.²¹⁰ A nós parece que, entretanto, sem alternativas de retorno, a família real portuguesa precisava desenvolver o Brasil como se metrópole fosse.

Em 1815, o Brasil seria elevado à condição de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, para justificar a permanência da família real em território colonial perante a comunidade internacional.²¹¹ A administração da colônia foi transferida definitivamente ao Rio de Janeiro, que seria alçado à categoria de Corte e Capital; e as antigas capitanias passariam a ser denominadas províncias.²¹² Em 1816, Dom João VI assumiria a condição de rei português. Em 1821, ele retornaria a Portugal em resposta à Revolução do Porto, em que burgueses iluministas exigiam a convocação das Cortes para a redação da primeira Constituição Portuguesa, aprovada somente em 24 de outubro de 1822; o retorno imediato da Corte a Portugal, como forma de restaurar sua dignidade ante o abandono de 1808; e a restauração da política de *mare clausum*. Após o retorno do rei, as Cortes se reuniriam imediatamente. O critério de representação constituinte garantia a participação de deputados das colônias, Brasil, Madeira, Açores e Cabo Verde. O Brasil seria representado por mais de setenta deputados em um total de duzentos e vinte e dois,²¹³ que confrontaram os interesses portugueses de controle do comércio no Brasil, fomentando uma ideia de “autonomia nacional”.²¹⁴

Conforme Lopes, tal processo constituinte e sua tensão política terminaria por acelerar a independência do Brasil. Dom Pedro I, deixado como príncipe regente quando do retorno de Dom João VI a Portugal, declararia a independência do Brasil. Em 9 de janeiro de 1822, Dom Pedro I responderia às Cortes portuguesas que exigiam seu imediato retorno a Portugal “se é para o bem de todos e felicidade geral da nação,

²⁰⁹ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 120-122

²¹⁰ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

²¹¹ ARAÚJO, Ana Cristina Bartolomeu. O Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves 1815-1822, em **Revista de História das Ideias**, vol 14, 1992. p. 233.

²¹² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 125

²¹³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 129-130

²¹⁴ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 254-255

estou pronto! Diga ao povo que fico!” passando a afastar da administração pública aqueles que não lhe jurassem lealdade.²¹⁵ Em 7 de setembro de 1822, Dom Pedro I declararia “para o meu sangue, minha honra, meu Deus, eu juro dar ao Brasil a liberdade. Independência ou morte!”, selando a independência do Brasil em relação à Portugal. Em 22 de setembro de 1822, aniversário da coroação de Dom João VI, Dom Pedro I seria coroado e o Brasil “teria um rei português”.²¹⁶

Nesse tema, interessante notarmos que a declaração de independência não alterou de forma substantiva a estrutura social brasileira. Conforme Carvalho, à época da independência a economia brasileira era composta de

grandes latifúndios voltados para produção de mercadorias exportáveis, como o açúcar, o tabaco, o algodão; fazendas dedicadas à produção agropecuária para o mercado interno (cereais, leite e carne) e à criação de gado, estas últimas sobretudo no norte e no sul; e centros mineradores já em fase de decadência. Acrescente-se ainda grande número de pequenas propriedades voltadas para a agricultura e a pecuária de subsistência. Nas cidades costeiras, capitais de províncias, predominavam o grande e o pequeno comércio. Os comerciantes mais ricos eram os que se dedicavam ao tráfico de escravos.²¹⁷

A independência do país também não altera de qualquer forma a ordem social vigente. A elite econômica e política e, por consequência, o Estado Imperial, continuaria sendo ocupado por homens brancos portugueses, ou descendentes de portugueses, enquanto as mulheres, os indígenas, os negros, os mestiços e os trabalhadores pobres de uma maneira geral continuariam afastados de quaisquer espaços de poder. Para Lopes,²¹⁸ o liberalismo encontrado no Brasil não se confundia com a democracia. A democracia “radical” foi rejeitada por medo da instabilidade. O interesse na independência era, sobretudo, “contra o sistema colonial, contra os monopólios e estancos, o fisco, a antiga administração da justiça, e a administração

²¹⁵ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 132

²¹⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 134

²¹⁷ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 21

²¹⁸ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 255

portuguesa”, abrigava monarquistas e republicanos sob a bandeira da autonomia da metrópole.²¹⁹

A declaração de independência seria seguida da instalação de Assembleia Constituinte em maio de 1823, que tivera suas atividades agendadas antes mesmo de o Brasil se tornar independente. Dom Pedro I dizia estar disposto a defender uma Constituição que fosse digna não apenas do Brasil, mas dele mesmo enquanto Imperador, o que lhe conferia a última palavra sobre o texto constitucional.²²⁰ Ante a notícia de que a Assembleia se preparava para votar uma Constituição que não permitisse que o Imperador tivesse o poder de dissolver a futura Câmara dos Deputados, Dom Pedro I ordenou que o exército cercasse o prédio e a dissolvesse, já que para ele, o Poder Executivo deveria ter a capacidade de “enfrentar tendências democráticas e desagregadoras”, configurando, para Bonavides e Andrade,²²¹ em um Golpe de Estado. A tarefa de redação da Constituição seria entregue a um grupo de juristas nobres da confiança do monarca,²²² todos brasileiros natos.²²³ O projeto seria enviado às Câmaras municipais, com a sugestão de que fosse utilizado por uma nova Assembleia Constituinte, entretanto, as Câmaras sugeririam sua adoção imediata como Constituição do Brasil independente.²²⁴

Influenciada pelas ideias liberais francesas e estadunidenses, a Constituição Imperial foi outorgada por Dom Pedro I em 1824. A Constituição refletia os interesses do Imperador, conferindo segurança ao despotismo esclarecido e evitando o despotismo democrático.²²⁵ Anunciou o Brasil era um país livre de governo monárquico hereditário, que adotava a religião Católica Apostólica Romana, tal qual durante o período colonial, como religião do Império. Dentre as principais inovações propostas pelo texto de 1824, estava a separação dos poderes. A Constituição reconheceu quatro poderes: o Executivo, o Legislativo, o Judicial e o Moderador. Esse último era

²¹⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 255

²²⁰ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 148-149

²²¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 46

²²² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 148-149

²²³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **O Brasil Monárquico: o processo de emancipação**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976, p. 253

²²⁴ LIMA, Manuel de Oliveira. **O Império brasileiro**. São Paulo: USP, 1989, p.60

²²⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 25; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **O Brasil Monárquico: o processo de emancipação**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976, p. 184.

hierarquicamente superior, permitindo que o Imperador interferisse em todos os demais.²²⁶

Inserindo-se na tradição das declarações liberais de direito, a Constituição²²⁷ de 1824 garantia liberdade, propriedade, segurança da vida e dos bens. Se afirmava que a constituição escrita seria o meio de emancipação, da dignidade e da liberdade do homem.²²⁸ A liberdade repousava na legalidade, “[n]enhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei” e na igualdade “[a] Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. Entretanto, a Constituição silenciava sobre o regime de escravidão que permanecia vigente. Os cidadãos eram divididos entre aqueles aptos a votar, os homens com mais de vinte e cinco anos que tivessem renda mínima de 100 mil-réis; e aqueles que não eram eleitores. Assim, eram cidadãos ativos ou cidadãos passivos, mantendo-se os privilégios de uma burguesia predominantemente portuguesa. Para Lopes Filho e Lima, isso se justificaria porque,

“[n]osso movimento de independência não buscava [...] uma ruptura clamada por intestina convulsão social levada a efeito pelo povo. A própria existência de povo como uma classe suficientemente organizada capaz de formular e impor reivindicações era amplamente contestada. Tínhamos um contingente de índios e negros a não possuírem relevo social, mesmo porque não eram considerados cidadãos e existia o flagelo da escravidão. Os pequenos comerciantes e trabalhadores rurais eram iletrados e miseráveis, a se preocuparem com a subsistência, restando doutrinados pelo catolicismo que, a partir de um sentimento de culpa do pecado original, indicava o sofrimento mundano como uma oportunidade a ser aproveitada para colher os ingressos para adentrar, posteriormente, às portas do céu, pregando, portanto, uma passividade e um estoicismo inconciliáveis com qualquer movimento revolucionário.”²²⁹

²²⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional do Império. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** Disponível em: <<http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-MARTONIO-Origens-do-constitucionalismo-brasileiro.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2020

²²⁷ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional do Império. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** Disponível em: <<http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-MARTONIO-Origens-do-constitucionalismo-brasileiro.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2020

²²⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional do Império. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** Disponível em:

Após a declaração da independência do Brasil, a Assembleia Constituinte havia decidido pela vigência dos regimentos, alvarás e outras normas editadas pelo rei de Portugal até 1821,²³⁰ até que fosse expressamente revogado pelo Direito formulado em território brasileiro, o que aconteceria progressivamente. A Constituição²³¹ anunciava o anseio pela codificação do Direito por seus ramos, “[o]rganizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. O Código Criminal²³² de 1830; o Código de Processo Criminal²³³ de 1832. O processo civil seria informado pelo Regulamento 737 de 1850²³⁴ e os negócios pelo Código Comercial²³⁵ de 1850. Dessa forma, de um lado estava a Constituição, responsável por enunciar e limitar os poderes do Estado, e de outro lado estavam os Códigos responsáveis por regular a sociedade civil. Conforme Ludwig, foi mormente devido aos movimentos oitocentistas de constitucionalismo e codificação, e o decorrente esforço de sistematização de enunciados jurídicos, que se originou a dicotomia contemporânea público-privado.²³⁶

A instrução constitucional para a criação de um Código Civil seria atendida apenas em 1854, quando a tarefa foi confiada a Augusto Teixeira de Freitas. Em quatro anos, Freitas entregaria a “Consolidação das Leis Cíveis do Império” que, em novos quatro anos, se tornariam o “Esboço do Código Civil”. Somava mais de 4.900 artigos, divididos em parte geral e parte especial, e possuía forte inspiração liberal, em especial do Código Napoleônico. O Esboço foi submetido à análise de uma comissão de juristas designada pelo Império, que o desaprovou por não levar em

<<http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-MARTONIO-Origens-do-constitucionalismo-brasileiro.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2020

²³⁰ BRASIL. **Câmara**. Lei de 20 de outubro de 1823. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em 10 jan. 2020.

²³¹ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²³² BRASIL. **Planalto**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²³³ BRASIL. **Planalto**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 10 jan. 2

²³⁴ BRASIL. **Câmara**. Decreto No 737, de 25 novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no Processo Comercial. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/389155>> Acesso em 10 jan. 2

²³⁵ BRASIL. **Planalto**. Lei No 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm> Acesso em 10 jan. 2

²³⁶ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87-117. p. 96

consideração os costumes sociais do império e, com isso, ser inaplicável.²³⁷ O Direito Civil continuaria a ser informado pelas Ordenações Filipinas, até que fossem revogadas pelo Código Civil de 1916.

O Direito que nascia no Império tal qual na colônia continuaria sendo aplicado de maneira desigual no território brasileiro. Carvalho²³⁸ afirma que o Direito era limitado a certos grupos, pois não atingia regiões mais afastadas dos grandes centros urbanos, mas também porque os grandes proprietários de terra insistiam em aplicar sua própria justiça. Mesmo no caso em que o Direito era aplicado por magistrados, estava sujeito à corrupção e à ausência de autonomia dos magistrados. Conforme Lopes²³⁹ indígenas, africanos ou homens livres e pobres eram discriminados pelo Estado Imperial e não poderiam exercer direitos como homens livres e iguais.

A partir de 1830, teria início o ciclo cafeeiro no Brasil, ultrapassando o açúcar e o tabaco²⁴⁰ e deslocando o centro econômico do nordeste para o sudeste. Inicialmente, a mão de obra utilizada foi aquele excedente da economia mineira que decaiu, usando, assim, a mão de obra escrava. Entretanto, o aumento do custo do tráfico de escravos, pela sua criminalização, impôs que uma nova força de trabalho rentável fosse utilizada.²⁴¹ A partir de 1840, a “falta de mão de obra” foi solucionada com a atração de centenas de milhares de colonos italianos, alemães e portugueses para o trabalho nos cafezais. A escolha por migrantes dessas nacionalidades partia da crença da superioridade inata do trabalhador europeu, baseadas no darwinismo social e na eugenia racial,²⁴² era uma imigração subsidiada pela Coroa portuguesa.²⁴³ Mesmo após a proclamação da República, em 1890, seria proibida a entrada de migrantes de origem africana e asiática.²⁴⁴

²³⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 253, 282, 390; JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 197-242;

²³⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 21

²³⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 314-315

²⁴⁰ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 21

²⁴¹ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 Ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p

²⁴² VAINFAS, Ronaldo. **Dicionário do Brasil Imperial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, p. 152

²⁴³ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 Ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p

²⁴⁴ BRASIL. **Câmara**. Decreto No. 528, de 28 de junho de 1890. Regulariza o serviço da introdução e localização de imigrantes na República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:

A mão-de-obra escrava foi extinta em 1888.²⁴⁵ A Lei Eusébio de Queirós, de 1850, já havia estabelecido medidas para a repressão do tráfico de negros africanos;²⁴⁶ a Lei do Ventre Livre havia declarado que os filhos das mulheres escravas nascidos após 28 de setembro de 1871 seriam livres;²⁴⁷ e a Lei dos Sexagenários havia concedido a liberdade aos escravos com mais de 60 anos de idade.²⁴⁸ As consequências da abolição oficial da escravidão em 1888, sem qualquer política de compensação ou de integração à sociedade brasileira, relegou às margens a população africana no país.

A derrocada da monarquia portuguesa no Brasil teria fatores diversos.²⁴⁹ Os militares estavam contrariados à submissão ao Imperador e seu Gabinete de Ministros Civis para decisões envolvendo a segurança nacional, sensação de desprestígio que apenas se aprofundaria em meio à Guerra do Paraguai, entre 1864 e 1870. Por sua vez, grandes fazendeiros estavam contrariados pela abolição da escravidão sem qualquer tipo de compensação pelos libertos, ainda que os cafeicultores paulistas tivessem aderido à mão de obra migrante há algumas décadas. Ainda, eram constantes as interferências do Império nos assuntos da Igreja. Além disso, havia questões humanas a serem consideradas, como o estado enfermo de Dom Pedro II e o casamento de sua herdeira, a Princesa Isabel, com o Conde d'Eu, risco fundado de que o Brasil fosse governado de fato por um francês.²⁵⁰

Nesse contexto, o Marechal Deodoro da Fonseca, por meio de um golpe militar, proclamaria a República e enviaria a família imperial para o exílio em 1889. Se após a declaração de Independência, o Brasil havia continuado sob jugo da família real

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁴⁵ BRASIL. **Planalto**. Lei No 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁴⁶ BRASIL. **Planalto**. Lei No 581, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Imperio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁴⁷ BRASIL. **Planalto**. Lei No. 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁴⁸ BRASIL. **Planalto**. Lei No. 3.270, de 28 de setembro de 1885. Regula a extinção gradual do elemento servil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁴⁹ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001. p. 133

²⁵⁰ BALEEIRO, Aliomar. **1891**: Coleção Constituições brasileira: v. 2. 3ª Ed. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 11

portuguesa, impondo para nós dúvida razoável sobre o fim do colonialismo, após a proclamação da República, termina sem sombra de dúvidas o jugo da família real portuguesa sobre o Brasil. Entretanto, permanece a influência portuguesa sobre o Brasil na forma de herança colonial. A proclamação da República alteraria algumas instituições, mas a estrutura econômica e social e a cultura jurídica portuguesa permaneceriam praticamente intactas.²⁵¹ Identificar essa herança a partir da República não é tarefa simples e exige maior detalhamento. Dessa forma, optamos por encerrar aqui a análise ampla e iniciar a análise específica sobre a regulação da sociedade civil pela técnica do direito fundamental à liberdade de associação, presente em todas as Constituições brasileiras desde 1891.

2.2 A regulação moderna da liberdade de associação no Brasil

Nesse subcapítulo, nosso objetivo específico é responder como o Direito brasileiro regulou e regula a liberdade de associação. Acreditamos que isso é essencial à realização do nosso objetivo geral, eis que a análise da regulação da liberdade de associação ao longo da história brasileira permitirá identificar características estruturais do direito fundamental.

Assim, detalhamos a evolução do direito fundamental à liberdade de associação no Brasil, iniciando pela ausência na Constituição do Império de 1824, e passando pelo surgimento na primeira Constituição da República de 1891, pela ampliação e detalhamento pela Constituição de 1934, pela restrição autoritária pela Constituição de 1937, pela restauração democrática pela Constituição de 1946, pela nova restrição autoritária pela Constituição de 1967, e pela nova restauração democrática e o amplo detalhamento pela Constituição de 1988.

Em seguida, a partir de diálogo com juristas brasileiros, detalhamos as características do direito fundamental à liberdade de associação, como prerrogativa garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil para unirem esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não-intervenção do Estado.

²⁵¹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 340

2.2.1 Análise da face exposta

A Constituição Imperial de 1824 foi outorgada por Dom Pedro I, dois anos após a declaração de independência do Brasil de Portugal. Dom Pedro I ordenou a dissolução da Assembleia Constituinte eleita e a invasão do Congresso pelo exército para que fossem interrompidos os trabalhos constituintes. Entregou a redação do projeto de Constituição a um grupo de juristas de sua confiança, apresentando o projeto às Câmaras Municipais, formadas por vereadores eleitos, que a aprovaram e sugeriram sua imediata adoção pelo Império.²⁵²

Apesar do processo conturbado de sua elaboração, a Constituição de 1824 teria seu conteúdo influenciado em parte pelas ideias liberais difundidas no hemisfério norte, em especial, pela Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e pela Constituição da França, de 1791. Para Dom Pedro I, a Constituição deveria ser aquela em que “[...] os três poderes sejam bem divididos [...] que, pondo barreiras inacessíveis ao despotismo quer real, aristocrático, quer democrático, afugente independência e anarquia”.²⁵³ Ou seja, servia a um projeto político complexo, garantia o *imperio* da família real portuguesa sobre o país, evitando o “despotismo democrático”, enquanto restringia esse mesmo *imperio*, evitando o “despotismo real e aristocrático”, por concessão aos liberais europeus e brasileiros.

Diferentemente do constitucionalismo francês, no Brasil não houve o repúdio à autoridade real, e tampouco a oposição entre Igreja e Estado. De acordo com Lopes Filho e Lima,²⁵⁴ a manutenção das relações com a monarquia portuguesa e ausência de separação entre Estado e Igreja se justificava pelo “progresso” experimentado no Brasil sob o domínio de Portugal. Além disso, a constituinte brasileira não observava os cânones de separação de poderes, característico do constitucionalismo liberal, pois inaugurou uma espécie de “auto poder de legislar”, onde além de dispor sobre o texto constitucional, determinaria a elaboração de leis ordinárias.²⁵⁵ De um lado os ideais

²⁵² LIMA, Manuel de Oliveira. **O Império brasileiro**. São Paulo: USP, 1989. p.60

²⁵³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 25; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **O Brasil Monárquico: o processo de emancipação**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976, p. 184.

²⁵⁴ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional do Império. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos** Disponível em: <<http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-MARTONIO-Origens-do-constitucionalismo-brasileiro.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 35-37

liberais e iluministas orientavam o constitucionalismo brasileiro, de outro esse mesmo ideário foi implementado por instituições do antigo regime.

Nogueira aponta a influência do constitucionalismo inglês à Constituição de 1824, “segundo o qual é constitucional apenas aquilo que diz respeito aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais”.²⁵⁶ A Constituição de 1824 registraria no artigo 178 os limites de seu conteúdo, declarando constitucional tudo o que dissesse respeito sobre os “limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias”.²⁵⁷ Ainda, não possuía cláusulas pétreas, podendo todo seu conteúdo ser alterado por atividade legislativa, plasticidade que permitiu sua adaptação, com apenas uma emenda, em seus 65 anos de vigência.²⁵⁸

A Constituição anunciou o Brasil como uma nação livre de governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, em seus artigos 1º e 3º. Seguindo o modelo adotado no período colonial, a religião Católica Apostólica Romana era a religião do Império, conforme o artigo 4º.²⁵⁹ Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição seriam quatro: o Executivo, o Legislativo, o Judicial e o Moderador. Esse último, “chave de toda organização política”, seria hierarquicamente superior aos demais podendo interferir em suas decisões para garantir a manutenção da harmonia imperial. Era entregue privativamente ao Imperador, que não era “sujeito a responsabilidade alguma”, para que “incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”, conforme seus artigos 98 e 99.²⁶⁰ Nas palavras de Pimenta Bueno, à época, o Poder Moderador poderia ser caracterizado como “a suprema inspeção da Nação, e o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos”.²⁶¹

²⁵⁶ NOGUEIRA, Octaciano. **1824: Constituições Brasileiras** Volume 1. 3ª Edição. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 10

²⁵⁷ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

²⁵⁸ NOGUEIRA, Octaciano. **1824: Constituições Brasileiras** Volume 1. 3ª Edição. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 11

²⁵⁹ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

²⁶⁰ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

²⁶¹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1857. p. 203

A Constituição de 1824 garante a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, uma vez que “tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade”, conforme seu artigo 179, *caput*.²⁶² Também garantia o princípio da legalidade, de maneira que nenhum cidadão seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei, conforme o artigo 179, inciso I. Para Sousa, então, a liberdade humana consistiria no gozo e governo da própria pessoa, e no exercício das próprias faculdades.²⁶³ Igualmente, Pimenta Bueno diria que a liberdade é a faculdade do homem de “fazer ou não fazer tudo quando queira sem outro limite que não seja a proibição da lei natural, ou por outra, tudo quanto não viole seus deveres com Deos, para com outros homens e para consigo mesmo”.²⁶⁴ Em comentário da época, que revela a influência do ideário jusnaturalista iluminista que se emprestava à Constituição, Rodrigues diria ser

incontroverso que, quando os homens se reunirão em sociedade, foi com a condição de que a mesma sociedade lhes apresentaria as leis, segundo as quaes terião de regular as suas acções ficando porém a cada um a liberdade natural relativamente áquelles actos sobre os quaes tivessem as leis guardado silencio, e que não offendessem directos de terceiro. Sendo assim, é claro que haveria violação manifesta. do pacto social, e um verdadeiro e violento attentado contra a liberdade natural, desde que se estabelecesse que os cidadãos serião obrigados a fazer, ou deixar de fazer o que não estivesse determinado por uma lei anterior.²⁶⁵

A Constituição trataria da liberdade amplamente considerada e mesmo de algumas de suas espécies, como a liberdade religiosa, a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão e a liberdade de ir e vir. Entretanto, a Constituição foi silente em relação à liberdade de associação. Mas a ausência de previsão expressa não impediu que formulações doutrinárias a alcançassem. Pimenta Bueno escreveu sobre como o direito de associação é virtual e logicamente reconhecido pelo artigo 179 da Constituição, de forma que

²⁶² Essas três bases ou fundamentos, seriam adotadas por todas as Constituições brasileiras até o presente.

²⁶³ SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e Commentario da Constituição Política do Imprio do Brazil**, Volume II. São Luís: S/Ed, 1870. p. 423

²⁶⁴ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1857. p. 403

²⁶⁵ RODRIGUES, José Carlos. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1863. p. 141-142

[o] princípio de associação está implantado na natureza humana, é um dos seus caracteres distintivos, moraes e inteligentes; o destino do homem é de ser social; essa é a base de todo progresso humano. [A legislação que impedisse, ou dificultas. e o elesmol imento desse princípio, liberdade, e necessidade da intelligencia, seria eminentemente contradictoria, porque condemnaria o proprio factio da respectiva existencia, da sua própria a associação civil e politica; a sociedade. é mesmo menos um acto legal que natural. ²⁶⁶

Contudo, a Constituição aboliu as corporações de ofício, seus juízes, escrivães e mestres, artigo 179, inciso XXV.²⁶⁷ Em seu comentário à Constituição, Pimenta Bueno diria que tal abolição estaria relacionada à liberdade laboral, eis que essas corporações “não servião senão para disputar privilégios e monopólios”, impedindo o livre exercício das profissões e a concorrência que levava ao aperfeiçoamento e à liberdade para escolher produtos pelo melhor preço.²⁶⁸ Publicado à sua sequência, o Código Criminal do Império apontava como tipo penal as “sociedades secretas”, a reunião de mais de dez pessoas em uma casa em determinados dias quando para fim de que se exija segredo dos associados, artigo 282. Tal tipo penal não se confundia, ressaltamos, com os “ajuntamentos illicitos”, a reunião de três ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para cometerem algum delito ou para privarem ilegalmente a alguém do gozo de direito ou dever, artigo 283.²⁶⁹ Assim, para Pimenta Bueno, a restrição à liberdade de associação pode ser encontrada no Código, “têm os Brazilleiros a mais ampla liberdade de formar as sociedades políticas que quiserem e para o fim que julgarem conveniente, salva a participação que devem fazer a autoridade pública”. E, por isso, qualquer restrição deveria ser “muito bem fundamentada e demonstrada, pois que estamos em um estado livre e não sob um regimen absoluto”.²⁷⁰

Entretanto, a abolicão da escravidão (ANO) gerou a insatisfação de fazendeiros que, juntamente com militares descontentes com a submissão a Dom Pedro II e a

²⁶⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1857. p. 403

²⁶⁷ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brazil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁶⁸ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1857. p. 393.

²⁶⁹ BRASIL. **Planalto**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Codigo Criminal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁷⁰ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1857. p. 408x

lideranças civis de seu gabinete para a deliberação de temas de segurança nacional contribuíram à consolidação da República e ao fim do Império do Brasil. Com a participação de militares, o Marechal Deodoro da Fonseca proclamaria a República em 15 de novembro de 1889, e instituiria o Governo Provisório. A Constituição de 1824 foi substituída pela Constituição de 1891, c. O projeto da Constituição foi elaborado pela “Comissão dos Cinco”, cinco homens que representavam o projeto republicano, a ser aprovado pelo Congresso Nacional após a aprovação do Governo Provisório.²⁷¹

A nova Constituição possuía uma influência liberal ainda maior, sendo redigida à semelhança da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1789, e da França, de 1791, ainda que a realidade nacional estivesse bastante distante da realidade desses países.²⁷² Aboliu as instituições imperiais e cargos de nobreza, de forma que o novo Estado “não admite privilégios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho”, artigo 72. Também instituía a separação entre a Igreja e o Estado brasileiro, que deixaria de ter uma religião oficial. Transformou o país em uma República Federativa, entregando mais poder e autonomia para os Estados, e garantiu a separação de competências entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁷³

O texto constitucional republicano apresentou significativo progresso em relação aos direitos previstos na constituição anterior, garantindo-os aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, artigo 72, caput, redação que seria adotada por todas as Constituições desde então. Para Bonavides e Andrade, “[o] texto de 1891 [...] veio a ser, em termo jurídico, o grande momento de nossa erudição liberal.”²⁷⁴ havendo, segundo eles, uma espécie de “aperfeiçoamento liberal de garantia de direitos da pessoa humana”,²⁷⁵ pois a Constituição de 1891 reconhecia que os direitos nela

²⁷¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 213

²⁷² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 260

²⁷³ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁷⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 250

²⁷⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 251

consagrados não se tratavam de um rol taxativo, mas poderiam compreender outros direitos e garantias resultantes da ordem de governo.

Foi a primeira Constituição brasileira a garantir os direitos de reunião e associação, prevendo que “[a] todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica”, conforme o artigo 72, parágrafo 8º.²⁷⁶ Para Cavalcanti,

[q]uanto às associações, comprehende-se que, além de respeitáveis, como exercício de um direito, desde que se mantenham nos limites da ordem jurídica, desde que tenham propósitos lícitos e não tragam perigo á tranquillidade publica, ellas são de immensa vantagem para o estado, para a comunhão. Ellas redobram as forças individuaes, dão expansão ás industrias, multiplicam os capitães, promovem a diffusão do ensino, o desenvolvimento das sciencias, das artes, servem grandemente a caridade publica, e com isso alliviam o estado de uma multidão de serviços que não lhe competem e muito efficaçmente o secundam em outros. Por ellas, tornam-se realidade empreendimentos que de outro modo affrontariam a capacidade e recursos individuaes não colligados. E tal é sua importancia na vida dos povos, que considera-se a aptidão para formal-as nas diferentes esferas de actividade como um dos principaes signaes de avançada civilisação.²⁷⁷

Pelas palavras de Cavalcanti é possível formular diversas observações. A primeira delas é a abrangência do direito às organizações com e sem fim lucrativo, de (a “expansão ás indústrias” e “multiplicam capitaes”). A segunda, é que já se vê à época da proclamação da República a presença da sociedade civil diversificada (“ensino”, “sciencias”, “artes”) e relevante (“servem grandemente à caridade pública” e “aliviam o estado de uma multidão de serviços”). Por fim, é possível observar a relação entre a associação a noção de sociedade civil/civilização.

A Constituição de 1891 estava, grande parte, ancorada nos interesses dos produtores agropecuários da região sudeste de forma que São Paulo e Minas Gerais revezavam-se na presidência na política “Café com Leite” O voto não era mais censitário, como no império, mas estendido a todos homens alfabetizados. Entretanto, a vida social e política ainda orbitava nas grandes propriedades rurais, de maneira que na transição do Império para a República Velham os coronéis continuam

²⁷⁶ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁷⁷ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira** – Comentários. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902. p. 315

exercendo poder e influência política sobre seus empregados e sobre aqueles que orbitam no território de poder, a propriedade rural.²⁷⁸

Esse cenário seria alterado em poucas décadas. A nascente industrialização brasileira implicaria no aumento da população urbana e na organização das massas insatisfeitas em sindicatos.²⁷⁹ Fausto²⁸⁰ afirma que a intenção do presidente Washington Luis em não dar sequência à política “Café com Leite”, indicando um paulista e não um mineiro à sucessão, aproximou acordos entre mineiros e gaúchos que se alinharam para lançarem Getúlio Vargas como candidato da oposição. Vargas compunha com João Pessoa a candidatura para presidente e vice pela Aliança Liberal, cujo programa reletia as aspirações das classes dominantes cafeeiras. As eleições foram vencidas por Júlio Prestes, candidato indicado por Washington Luis. O resultado não foi aceito pela oposição, que iniciou um movimento de conspiração revolucionária armada, o qual, somado à crise do café, à Crise Financeira Internacional de 1929 e ao assassinato de João Pessoa, pode depor Washington Luis da presidência e impedir que Júlio Prestes assumisse o mandato.

Explica Poletti²⁸¹ que a Constituição de 1934 nasceu de duas revoluções, a de 1930, que acompanhava um ideário liberal, e na de 1932, com aspirações constitucionalistas. Assim, o novo texto constitucional seria influenciado tanto pelos ideais da Revolução de 1930, quanto necessidade de constitucionalização do país, pois “[p]ara que a República nova [em oposição à República Velha] se efetivasse, era preciso uma Constituição fiel aos novos tempos, capaz de ser a síntese das aspirações nacionais.”²⁸²

Em 1934, nova Constituição brasileira foi promulgada, como desfecho de disputas que opunham oligarquias nacionais nos estados de São Paulo, Minas Gerais, e Rio Grande do Sul. O Presidente eleito nas eleições de 1930, Júlio Prestes, foi impedido de assumir e exilado pelo candidato oposicionista, Getúlio Vargas, que assumiu o “governo provisório”. Contudo, tropas paulistas entrariam em confronto com o exército brasileiro em 1932, durante a “Revolução Constitucionalista”. A Assembleia

²⁷⁸ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, exada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, [s/a], [s/p]

²⁷⁹

²⁸⁰ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EdUSP, 2001, p. 178-183

²⁸¹ POLETTI, Ronaldo. **1934**. Coleção Constituições brasileiras: V. 3. 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 2012, p. 9

²⁸² POLETTI, Ronaldo. **1934**. Coleção Constituições brasileiras: V. 3. 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 2012, p. 11

Constituinte foi convocada em 1934, redigindo e promulgando a segunda Constituição do país, onde participavam representantes de todos os membros da federação, com predominância de representantes de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, além de representantes dos empregados, dos empregadores e profissionais liberais.²⁸³

À direita e à esquerda do espectro político existiam debates sobre o papel do Estado e as influências a serem consideradas em relação ao aumento do papel do Poder Executivo e à garantia constitucional de direitos sociais. À direita, podemos citar a ascensão dos movimentos fascistas na Alemanha, Itália, na Espanha e em Portugal, que entregavam maiores poderes aos sindicatos em chamado à comunhão nacional. À esquerda, podemos citar a ascensão dos movimentos comunistas na Rússia Soviética e populares no México. O texto constitucional de 1934 adicionou direitos sociais pela primeira vez à ordem constitucional brasileira, prevendo o direito à saúde, educação e, em especial, direitos relacionados ao trabalho. Em seu artigo 121, proibia a diferença salarial por motivos de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; criava o salário mínimo; proibia o trabalho infantil; garantia o repouso semanal; garantia as férias anuais remuneradas; e garantia a indenização do trabalho dispensado sem justa causa.²⁸⁴

A Constituição de 1934 ampliou e especificou direitos sobre a liberdade de associação. Inovou ao dispor os direitos de reunião e associação em dispositivos distintos. Garantia a todos o direito de se reunirem sem armas, não podendo a autoridade intervir senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública; podendo, para esse fim, a autoridade pública estabelecer local onde a reunião se deva realizar contanto que isso não a impossibilite ou frustre, artigo 113, parágrafo 11. Também garantia a liberdade de associação para fins lícitos, não podendo ser dissolvida nenhuma associação sem sentença judiciária, artigo 113, parágrafo 12.

Nas palavras de Pontes de Miranda, associação seria “toda coligação voluntária de algumas ou muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direcção unificante”.²⁸⁵ Nesse sentido, entende que o

²⁸³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 319

²⁸⁴ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II, artigos 104-187. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p.162

direito constitucional não seria estendido às pessoas jurídicas ainda que o legislador infraconstitucional pudesse fazê-lo. Também, que o direito constitucional não abrange as associações de fim ilícito, nulas de pleno direito, que seriam dissolvidas compulsoriamente apenas por sentença judiciária que declarasse tal nulidade. Por fim, que seria vedada qualquer limitação preventiva do direito à liberdade de associação, mesmo pelo legislador infraconstitucional, ainda que não infringisse tal direito a exigência estatal de autorização, de concessão ou de deferimento de fiscalização para que as associações se personifiquem ou lhes seja lícito determinado comércio ou a exploração de indústrias de interesse coletivo.²⁸⁶

Contudo, a Constituição de 1934 vigoraria até ser suspensa pela Lei de Segurança Nacional em 1935,²⁸⁷ dando poder ao governo para perseguir adversários políticos à esquerda do governo. A nova constituição seria outorgada por Getúlio Vargas em 1937, apelidada de Constituição “Polaca”, pela inspiração no governo fascista polonês. Seu conteúdo aumentava as competências do Poder Executivo, entregando ao Presidente a competência para nomear interventores estaduais e, a esses, a competência para nomear interventores municipais.²⁸⁸ O texto constitucional foi elaborado pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, e deveria ser submetida a um plebiscito que lhe conferiria legitimidade popular. Entretanto, o plebiscito nunca ocorreu, o que faz com que Bonavides e Andrade afirmem que a Constituição de 1937 não corresponde aos anseios populares e sequer possuiu legitimidade popular.²⁸⁹

De caráter autoritário, a Constituição de 1937 garantia formalmente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança e à propriedade, sem os reconhecer, contudo, como direitos invioláveis. No artigo 132, as liberdades de reunião e de associação, teriam suas redações alteradas de forma autoritária e antidemocrática. A liberdade de associação foi garantida desde que seus fins não fossem contrários à lei penal e aos bons costumes, parágrafo 9º. A liberdade

²⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II, artigos 104-187. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p.163

²⁸⁷ BRASIL. **Planalto**. Lei No. 38, de 4 abril de 1935. Define crimes contra a ordem pública e social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0038.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁸⁸ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 331

de reunião foi garantida, desde que pacificamente e sem armas; sendo as reuniões a céu aberto submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública, parágrafo 10.²⁹⁰ Na conjuntura autoritária, a limitação pelos “bons costumes” servia de mecanismo de subjetividade para dissolver entidades associativas que se opunham ao regime varguista.²⁹¹ Ainda assim, com a entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial e a decretação de estado de guerra no território nacional, o direito às liberdades de associação e reunião foram suspensos.²⁹²

Como escasso saldo positivo, podemos indicar que, com a Constituição de 1937, o Estado passa a, constitucionalmente, compartilhar atividades de saúde, educação e assistência social com a sociedade civil. O texto reconhecia que a arte, a ciência e o ensino seriam livres à iniciativa privada das associações, a pessoas coletivas públicas ou particulares, conforme o artigo 127. Ainda, indicava que o dever estatal de conferir ensino a crianças e adolescentes poderia ser executado por iniciativas individuais ou por associações particulares e profissionais, artigo 129. Também podemos mencionar a primeira menção às cooperativas, que constava no inciso XIX do artigo 16.²⁹³

A próxima Constituição brasileira seria promulgada em 1946. Como uma tentativa de retorno à ordem democrática prévia à ditadura varguista, o novo texto constitucional retoma expressões utilizadas na Constituição de 1934, sobretudo no que se refere à restauração da equidade entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A Assembleia Constituinte foi aberta junto com a nomeação do Presidente Eurico Gaspar Dutra, em 31 de janeiro de 1946, e encerraria seus trabalhos com a promulgação da Constituição, em 18 de setembro de 1946.

A Constituição inovou ao garantir o registro de partidos políticos pela Justiça Eleitoral, conforme o artigo 119, inciso I. Contudo, vedou a organização, o registro ou

²⁹⁰ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁹¹ ACCIOLY, João Pedro. Liberdade de associação: trajetória histórica, direito comparado e âmbitos de proteção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 110/2018, 2018, p. 135-175, p. 140

²⁹² BRASIL. **Planalto**. Decreto No 10.358, de 31 de Agosto de 1942. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁹³ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.²⁹⁴ Com efeito, a Assembleia Constituinte seria a primeira na história brasileira com a participação do Partido Comunista Brasileiro, posteriormente cassado pelo Tribunal Superior Eleitoral e que passaria a atuar clandestinamente a partir de 1947.

O texto constitucional tornou a garantir a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, por seu artigo 141, *caput*. Acrescentou dentre eles o direito à vida. Para Aliomar Baleeiro, os constituintes “partiam do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é fim em si mesmo, mas meio para o fim. [...] O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física, moral e intelectualmente *o homem*.”²⁹⁵

O direito à liberdade de reunião retornaria à redação dada pela Constituição de 1934, de que todos podem se reunir sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderia a polícia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustrasse ou impossibilitasse, parágrafo 11. Da mesma forma, a redação à liberdade de associação retornaria, sendo garantida a liberdade de associação para fins lícitos e não podendo nenhuma associação ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária, parágrafo 12. Como se nota, foram excluídos os “bons costumes” em relação aos fins e retornou da garantia de dissolução apenas por sentença judiciária. Também tornaria a ser prevista expressamente a liberdade para criar sindicatos, no artigo 159.²⁹⁶

A Constituição de 1946 seria substituída pela Constituição outorgada em 1967. Por meio de um golpe civil militar, as forças armadas haviam tomado o poder no país em 1º de abril de 1964 e o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco assumiria o governo federal no lugar do eleito João Goulart, dando início ao Regime Civil Militar. Por meio do Ato Institucional número 1, o autoproclamado “Comando Supremo da Revolução” conferiu a si mesmo a competência para, no interesse da paz e da honra

²⁹⁴ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁹⁵ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **1946**. Coleção Constituições brasileira: v. 5. 3ª Ed. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 13

²⁹⁶ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.²⁹⁷ Na sequência, o mesmo Comando publicaria Ato suspendendo os direitos políticos dos cem principais líderes da oposição.²⁹⁸ O Ato Institucional número 4 serviria para transformar o Congresso Nacional, sem os líderes da oposição, em Assembleia Constituinte, para discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.²⁹⁹ O projeto foi aprovado sem grandes alterações.

Baseada na Constituição de 1937, a Constituição de 1967 apresentou principal preocupação com a “segurança nacional”, centralizando o poder na União, especificamente no Executivo. A Constituição de 1967 reafirmaria o reconhecimento de 1946 à inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade aos brasileiros e aos não nacionais residentes no país, conforme seu artigo 150, *caput*.

A redação da garantia da liberdade de reunião se manteve, permitindo a todos a reunião sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem, e deixando à lei ordinária discriminar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião, parágrafo 27. Da mesma forma, permaneceu inalterada a redação da liberdade de associação, permitindo-a e garantindo que nenhuma associação poderia ser dissolvida senão em virtude de decisão judicial.³⁰⁰ Contudo, perversa inovação foi introduzida em seu artigo 151. Conforme o texto, seria possível suspender os direitos políticos daqueles que *abusassem* das liberdades de expressão, de laborar, de reunião e de associação para “atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção”, evidenciando seu nítido caráter autoritário.³⁰¹

²⁹⁷BRASIL. **Planalto**. Ato Institucional No. 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe obre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁹⁸BRASIL. **Câmara**. Ato do Comando Supremo da Revolução No. 1, de 10 de abril de 1964. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocsr/1960-1969/atodocomandosupremodarevolucao-1-10-abril-1964-364826-publicacaooriginal-1-csr.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

²⁹⁹BRASIL. **Planalto**. Ato Institucional No. 4, de 7 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³⁰⁰BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³⁰¹BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

Apesar desses dispositivos restritivos, o Governo Militar não observava os limites constitucionais, perseguindo, em distintas oportunidades, entidades associativas que se encontravam à margem da legalidade. Já no início do Regime Militar, foram expedidas normas infraconstitucionais que restringiam e mitigavam a liberdade de associação de grupos opositores, é o caso da Lei número 4.464/1964 que regulava a representação estudantil e que, na prática, tornou ilegal a União Nacional dos Estudantes e outros movimentos, além de impor restrições à criação, funcionamento e elegibilidade de cargos diretivos discentes.³⁰²

A Constituição de 1967 só seria substituída pela Constituição de 1988. Com a eleição do último presidente do Regime Militar, João Batista Figueiredo, deu-se início a um processo de distensão lenta e gradual. O sucessor civil de Figueiredo, Tancredo Neves, que faleceu antes que pudesse assumir, legando o lugar ao seu Vice, José Sarney, foi indiretamente eleito em 1985. Assim, em meio ao Governo Sarney, e como parte do processo de redemocratização nacional, foi instalada a Assembleia Constituinte em 1987 que daria origem à “Constituição Cidadã”. A Constituinte de 1987 foi a que mais contou com participação popular, ainda que isso não signifique a adoção de todas as propostas populares que eram enviadas ao Congresso. Essa participação foi sendo enfraquecida ao longo dos debates, de modo que as sugestões e reinvidicações constantes em emendas populares acabaram sendo defendidas por um pequeno número de constituintes.³⁰³

A Constituição de 1988 mantém o enunciado das Constituições anteriores e garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, adicionando entre eles a igualdade perante a lei, artigo 5º, *caput*. Conforme Martins, o fato de a redação do artigo 5º, *caput*, ser praticamente idêntica aos outros textos constitucionais brasileiros demonstraria que o constitucionalismo brasileiro possui larga tradição de positivar a liberdade em sentido amplo. Para ele, ao reconhecer a liberdade e os

³⁰² ACCIOLY, João Pedro. Liberdade de associação: trajetória histórica, direito comparado e âmbitos de proteção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 110/2018, 2018, p. 135-175, p. 141

³⁰³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 475

demais direitos como invioláveis, a Constituição de 1988 se aproximaria das declarações de direito e de uma matriz filosófica liberal.³⁰⁴

A liberdade de reunião continuou sendo garantida, apesar de ter sua redação parcialmente alterada, uma vez que, agora, todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, como consta no inciso XIV do referido artigo.³⁰⁵

A garantia à liberdade de associação, tão violada durante o Regime Civil-Militar, foi dissecada na Constituição de 1988. O artigo 5º, inciso XVII, garante a liberdade de associação para fins lícitos e inova ao vedar o caráter paramilitar. O inciso XVIII, de maneira inovadora, liga associações e cooperativas e garante “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. O inciso XIX garante que “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”, explicitando que para dissolução, ao contrário das redações constitucionais anteriores, não basta sentença, é preciso trânsito em julgado. O inciso XX garante que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Por fim, os incisos XXI e LXX garantem que as “entidades associativas” tem legitimidade para representar seus associados, quando expressamente autorizadas, e que, especificamente, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Ainda, em seu artigo 174, *caput* e parágrafo 2º, o texto constitucional informa que “[c]omo agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público

³⁰⁴ MARTINS, Leonardo. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 435-445

³⁰⁵ BRASIL. **Planalto**. Lei No 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

e indicativo para o setor privado” e, assim, lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.³⁰⁶

Da mesma forma, vêm minuciosamente abordadas a liberdade sindical e a liberdade partidária. Conforme o artigo 8, *caput* e inciso I, é livre a associação profissional ou sindical e a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical. Por sua vez, o artigo 17, *caput*, garante a livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana.³⁰⁷

2.2.2 Características modernas da regulação da liberdade de associação

Como vimos, o direito fundamental à liberdade de associação foi regulado de diferentes formas no Direito Brasileiro. Entretanto, seu núcleo permanece o mesmo desde a primeira vez em que foi enunciado, em 1891. Pontes de Miranda definiu o direito fundamental à liberdade de associação como “toda coligação voluntária de algumas ou muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante”.³⁰⁸ Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho caracterizou a associação como “um agrupamento de homens, organizado e permanente, para fim lícito” e a liberdade de associação como o direito de criar ou de aderir a uma associação.³⁰⁹ Recentemente, Silva aponta como elementos do direito de associação a base contratual, a permanência, e o fim lícito.³¹⁰ Ainda, Branco diz que se forma uma associação quando pessoas se coligam em caráter estável sob

³⁰⁶ BRASIL. **Planalto**. Lei No 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³⁰⁷ BRASIL. **Planalto**. Lei No 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II, artigos 104-187. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p.162

³⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 622-623

³¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 269

direção comum para fins lícitos.³¹¹ O direito fundamental à liberdade de associação é prerrogativa, assegurada a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país para que unam esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não intervenção do Estado.

A associação depende de um ato vontade público e plurissubjetivo,³¹² de forma que duas ou mais pessoas devem demonstrar interesse em unir esforços para atingir um fim comum. As prerrogativas relativas à liberdade de associação foram esmiuçadas na Constituição de 1988. Nela são garantidos os direitos de criação de associações independente de autorização; de não suspensão de atividades, senão por decisão judicial; de não dissolução compulsória, senão por decisão judicial com trânsito em julgado; e de não ser compelido a se associar ou permanecer associado.

De acordo com Pinheiro,³¹³ a voluntariedade seria ínsita à própria ideia de liberdade. Não é livre aquele indivíduo que for incapaz de expressar sua vontade ou que tenha sua vontade dissimulada. Logo, para Storto,³¹⁴ o exercício da liberdade de associação congregaria quatro dimensões: o direito de criação; o direito de adesão voluntária e de não se associar; o direito a não ser compelido a permanecer e, logo, o de deixar uma associação e o direito de dissolução espontânea, por parte dos associados. Mas a vontade de uma pessoa apenas não basta para uma associação por sua própria natureza. Para Branco,³¹⁵ a associação é uma união de pessoas, ainda que não haja número mínimo para que se configure, assim, um grupo formado por indivíduos que dele participam por obrigação legal, como um conselho fiscalizador de profissão, não constitui uma associação.

³¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1273.

³¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1273.

³¹³ PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008, p. 136

³¹⁴ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 13

³¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1273

Pinheiro e Accioly³¹⁶ afirmam que o direito de associação é um direito individual de exercício, ou expressão, coletivo, pois embora conferido a cada um individualmente, apenas pode ser realizado coletivamente. Para Storto,³¹⁷ se trataria de uma liberdade pública, voltada à ação coletiva. Assim, a titularidade seria individual, mas o exercício coletivo. De acordo com Mujica Petit,³¹⁸ trata-se de um direito e de uma liberdade, com dimensão individual e coletiva. A dimensão individual da liberdade de associação reconhece a liberdade de a pessoa formar e ser parte de uma associação, de não se associar ou ainda de deixar de ser associado. A dimensão coletiva estaria vinculada ao direito da organização, a sua auto-gestão, à possibilidade de defender judicial e extrajudicialmente os interesses de seus associados.

Pela análise literal dos textos constitucionais, poderíamos pensar que tal direito fundamental seria estendido apenas a brasileiros e estrangeiros residentes no país, tal como previsto em todas as Constituições desde 1891. Ou seja, apenas às pessoas físicas. Entretanto, a possibilidade de titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas é tema que tem sido enfrentado há décadas.

O jurista brasileiro Pontes de Miranda, ao analisar a Constituição de 1967, afirmou que os direitos fundamentais assegurados em seu texto beneficiariam apenas pessoas físicas e, especificamente, que não pode invocar a liberdade de associação, uma vez que “a pessoa jurídica que se proponha a associar-se a outras pessoas jurídicas, ou a pessoas físicas; nem a que deseje aderir ao negócio jurídico de associação”.³¹⁹ Contudo, para Silva,³²⁰ é possível visualizar já no texto constitucional direitos estendidos às pessoas jurídicas, como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade e o direito adquirido; e para Branco,³²¹ que admite a possibilidade de

³¹⁶ PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008, p. 143-144; ACCIOLY, João Pedro. Liberdade de associação: trajetória histórica, direito comparado e âmbitos de proteção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 110/2018, 2018, p. 135-175, p. 135

³¹⁷ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 14

³¹⁸ MUJICA PETIT, Javier. Libertad de asociación. In: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine. (Ed.) **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentario. 2 Ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, p. 443-476, p. 467-468

³¹⁹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. 1ª Ed. Tomo. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 569.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 194

³²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1274

associação de pessoas jurídicas e cita as confederações sindicais como exemplo, uma associação formada exclusivamente por pessoas jurídicas; e por Sarlet,³²² para quem a finalidade de estender direitos fundamentais às pessoas jurídicas é, muitas vezes, forma de proteger os direitos fundamentais das pessoas que as compõem ou que por ela são representadas. Nesse sentido, a Constituição de 1988, artigo 5º, incisos XXI e LXX, permite que as associações representem os interesses de seus associados.

A forma perene e organizada não está prevista expressamente em qualquer das Constituições brasileiras, mas é elemento de diferenciação entre a liberdade de reunião e a liberdade de associação. Tais direitos estiveram em um mesmo dispositivo na Constituição de 1891, mas, desde a Constituição de 1934, são regulados por dispositivos distintos. A liberdade de reunião e a liberdade de associação possuem características comuns, a dependência de um ato de vontade público plurissubjetivo e a busca de um fim lícito e pacífico. Entretanto, o exercício das liberdades de associação e de reunião se define pela forma. De acordo com o entendimento de Silva,³²³ “reunião é uma formação grupal passageira, no que ela se estrema da associação, que é organização permanente e de base contratual, fundada, portanto, no acordo de vontades dos aderentes”. Pinheiro³²⁴ utiliza a expressão “direção unificante” para descrever a organização sem a qual as atividades associativas se tornam impraticáveis. Podemos dizer que a liberdade de associação depende da liberdade de reunião, eis que não há união de esforços que perdure no tempo de forma organizada ou que produza resultados sem a realização de reuniões periódicas entre os associados.

As Constituições brasileiras já utilizaram diferentes redações para tratar dos fins associativos. A Constituição de 1891, que ainda mantinha juntas as liberdades de reunião e associação, utilizava a expressão “sem armas”. A Constituição de 1934 utilizava a expressão “fins lícitos”, redação retomada pela Constituição de 1946. A Constituição autoritária de 1937 utilizava a expressão “contrários à lei penal” e “bons costumes”. A igualmente autoritária Constituição de 1967 utilizava a expressão “fins

³²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

³²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 267

³²⁴ PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008, p. 121

lícitos”, mas prometia suspender os direitos políticos daqueles que abusassem das liberdades de expressão, de laborar, de reunião e de associação para “atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção”. Por sua vez, a Constituição de 1988 utiliza as expressões “fins lícitos” e “caráter paramilitar”. Assim, como lembra Regules, a liberdade de associação é plena, mas não absoluta ou incontrastável.³²⁵

Para Branco,³²⁶ não basta que os fins sejam lícitos para que as associações estivessem resguardadas pela Constituição, isto é, que não sejam tipificados em lei penal, mas que também não sejam contrários aos “bons costumes”. Discordamos. É certo que os costumes constituem fonte subsidiária de direito, conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,³²⁷ mas se costumes são constructo social formados por formadores de grupos sociais particulares, de quais grupos seriam os “bons” costumes e de quais seriam os “maus costumes”? Dada a sua importância e a história brasileira, parece-nos que a liberdade deva ser limitada com mais cautela, conforme o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sob pena de violação do direito por discricionariedade arbitrária do intérprete.

Para Regules,³²⁸ a expressão “paramilitares” estaria relacionada a organizações que, com ou sem o uso de armas, assumem organização de feição militar e utilizam a força para alcançar seus propósitos. De acordo com Pinheiro, o “motivo de tal vedação encontra-se no sentido político-ideológico da associação que, por ser militarizada, organiza-se com o objetivo de obter seus fins a qualquer custo inclusive com o uso da força e constrangimento de seus associados”.³²⁹ Por outro ângulo, Storto³³⁰ cita a dissolução compulsória de torcidas organizadas por se desviarem de sua finalidade original e fomentarem a violência nos estádios de futebol.

³²⁵ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Perfil constitucional do direito à livre associação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 25, 1998, p. 205-240, p. 223.

³²⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300

³²⁷ BRASIL. **Planalto**. Decreto-Lei No. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³²⁸ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Perfil constitucional do direito à livre associação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 25, 1998, p. 205-240, p. 226

³²⁹ PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008, p. 156

³³⁰ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 13

Ainda, entendemos que a presença de tal vedação seria redundância, já que o monopólio do uso da força é garantido pela Constituição de 1988, em seus artigos 142 e 144, ao exército e às forças de segurança pública.

A garantia de não-intervenção estatal no exercício da liberdade de associação já encontrou diferentes redações constitucionais. A Constituição de 1891, que abordava de forma conjunta as liberdades de reunião e de associação, garantia a não-intervenção policial, senão para manter a ordem pública.³³¹ As Constituições de 1934,³³² 1946³³³ e 1967,³³⁴ garantiam a impossibilidade de dissolução senão por “sentença judiciária” ou “decisão judicial”. A autoritária Constituição de 1937³³⁵ não garante a não-intervenção do Estado. Por fim, a Constituição de 1988,³³⁶ por seu artigo 5º, incisos XVIII e XIX, garante que a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independente de autorização e vedada a interferência estatal em seu funcionamento; e que as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

Tratam-se de três garantias de natureza negativa, no âmbito das associações em relação ao Estado previstas na Constituição de 1988. A primeira é que o Estado não pode exigir autorização à criação de associações, exceção feita às cooperativas, no que fiz respeito à forma legal. A segunda é que o Estado não pode interferir em seu funcionamento, em relação ao modelo organizativo, aos fins ou às atividades para realização destes fins. A terceira é que o Estado não pode suspender as atividades, senão por decisão judicial, e tampouco dissolver a associação, senão por decisão

³³¹ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³³² BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³³³ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³³⁴ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³³⁵ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

³³⁶ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

judicial com trânsito em julgado, para o que, conforme Branco³³⁷ e Silva,³³⁸ apenas a ilicitude e o caráter militar seriam fundamento.

Segundo Storto,³³⁹ a participação na vida pública deve ser compreendida não apenas como a possibilidade de associar-se ou não, mas como a possibilidade de as associações representarem seus associados, interferindo na dinâmica social e econômica. Além disso, a participação contemplaria a existência e a resistência de organizações com atuação comunitária e sua capacidade de preservar interesses de grupos específicos, como aquelas associações vinculadas a comunidades tradicionais e de grupos em risco, propiciando formas alternativas para a disputa política. Ainda para Storto³⁴⁰ a não interferência estatal traz consigo uma obrigação positiva ao Estado. Deve ele criar um ambiente jurídico que favoreça o surgimento de associações, regular seu funcionamento e sua auto-organização.

Para Mujica Petit,³⁴¹ a liberdade de associação possui um componente organizacional, que estaria vinculado à faculdade de agrupar-se coletivamente e constituir uma associação com uma finalidade determinada, e outro componente dinâmico, o qual garante que a liberdade de associação está vinculada ao funcionamento da entidade. Assim, a autonomia orgânica é condição essencial para a existência da liberdade de associação.

O direito fundamental à liberdade de associação guarda relação com outros direitos. Podemos dizer que seu exercício depende da liberdade amplamente considerada, conforme a Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, que toma forma pelo princípio da legalidade, artigo 5º, inciso II, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Uma das formas de exercer tal prerrogativa seria então, a associação.

³³⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1278

³³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 270

³³⁹ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 40-41, 43

³⁴⁰ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 40

³⁴¹ MUJICA PETIT, Javier. Libertad de asociación. In: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine. (Ed.) **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentario. 2 Ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, p. 443-476

Também podemos dizer que o direito à liberdade de associação guarda relação com as liberdades de crença, manifestação e expressão, artigo 5º, incisos IV e IX que podem ser exercidas no seio das associações, privadamente, ou fora dessas, publicamente. Também com os direitos à imagem e à personalidade, artigo 5º, incisos V e X, reconhecida a identidade coletiva que se distingue da identidade dos indivíduos que compõem essa coletividade.

Ainda, a inviolabilidade da “casa”, que pode ser estendida nesse contexto como a sede em que são realizadas as atividades da associação, ou das comunicações, consideradas aquelas entre os indivíduos que a compõe ou entre a associação e terceiros, artigo 5º, incisos XI e XII. Encerrando, mas sem intenção de exaustão, há o direito à propriedade, artigo 5º, inciso XXII, que pode ser exercido de acordo com a forma assumida pela associação.

Por fim, é possível encontrarmos divergência quanto à abrangência do direito à liberdade de associação. Pinheiro³⁴² e Celso Bastos³⁴³ sustentam posição mais restritiva, de que o direito à liberdade de associação protegeria apenas as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Para Pinheiro, a finalidade lucrativa desfiguraria a essência do direito constitucional e o fim lucrativo não estaria previsto na Constituição, em seu artigo 5º. Para Bastos, as entidades que tenham finalidade lucrativa são protegidas pela liberdade de empresa ou pela livre iniciativa, mas não pela liberdade de associação.³⁴⁴

Storto e Silva sustentam posições intermediárias, de que o direito abrangeria pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos. Ambos identificam a base contratual, que constitui a personalidade jurídica, como um dos elementos das associações. Para Storto “a liberdade de associação possibilita às pessoas se unirem efetivamente, de forma voluntária, contratual e duradoura em torno de uma finalidade comum”.³⁴⁵ Para Silva, seriam elementos de qualquer associação, “base contratual, permanência (ao

³⁴² PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008, p. 124

³⁴³ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Perfil constitucional do direito à livre associação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 25, 1998, p. 205-240, p. 235

³⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 188

³⁴⁵ STORTO, Paula Racanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 11

contrário da reunião), fim lícito (não contrário ao direito)”³⁴⁶ de forma que o texto constitucional incluiria associações em sentido estrito, mas também em sentido amplo, como sociedades, partidos políticos e sindicatos.

Ao final, Branco sustenta posição mais abrangente, de que o direito à liberdade de associação protegeria as associações com ou sem fins lucrativos, personificadas juridicamente ou não, ainda que “imperativos de segurança jurídica cobram que o legislador preveja formas de associação que viabilizem aos grupamentos atingir plenamente seus objetivos”³⁴⁷. Estamos alinhados à posição abrangente de Branco. Defendemos que deve ser destacada a diferença entre o “direito de se associar” e o “direito de constituir uma associação”, ambos protegidos pelo direito à liberdade de associação.

O direito de se associar decorre da liberdade, amplamente considerada, conforme a Constituição, artigo 5º, *caput*, “[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]”; do princípio da legalidade, artigo 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e da liberdade de associação, artigo 5º, inciso XVII “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.³⁴⁸

Da leitura do texto constitucional, compreendemos que a liberdade de associação é uma prerrogativa garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país para unirem esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não-intervenção do Estado. No texto constitucional, não há menção à obrigatoriedade de constituição de pessoa jurídica ou mesmo à adoção de determinada forma jurídica para a simples associação entre indivíduos, embora sejam considerados como limites a ilicitude e o caráter paramilitar. Assim, estariam abrangidas pela proteção constitucional associações não personificadas, como movimentos sociais e organizações tradicionais. Por sua vez, o “direito de

³⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 269

³⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1276, 1277

³⁴⁸ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

constituir uma associação”, por sua vez, seria uma das formas de exercer o direito à liberdade de associação.

Retornando a Branco, reconhecemos que a segurança jurídica cobra que o legislador regulamente tipos associativos para que os grupos, amplamente consideradas, possam atingir seus objetivos.³⁴⁹ Contudo, não há no texto constitucional menção à obrigatoriedade de forma sem fins lucrativos. Dessa forma, estariam abrangidas pela proteção constitucional as pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos, como as associações, estritamente consideradas, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos, as empresas individuais de responsabilidade limitada, as cooperativas, os sindicatos e as associações profissionais.

³⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1276, 1277

3 A FACE OCULTA

Neste capítulo, apresentamos o “homo”, a “societas” e o “ius” portugueses e brasileiros desde uma perspectiva descolonial. Essa nova perspectiva nos permite enxergar a outra face da Modernidade, a Colonialidade, coisa oposta ou, se se preferir, a mesma coisa desde outros pressupostos epistêmicos reconhecida a unidade entre as partes. Chamamos essa nova narrativa de “face oculta”, discurso não-eurocêntrico ou o europeu pelo americano e ainda o americano pelo americano. Eis a antítese de nosso processo dialético.

Dussel³⁵⁰ propõe uma nova narrativa não-eurocêntrica sobre a Modernidade, que seria um fenômeno social mundial que tem início em 1492. O autor sustenta que até esse momento nunca houve, empiricamente, história mundial; que, até então, impérios ou sistemas culturais coexistiam, e que apenas a partir da expansão ibérica o mundo se torna o lugar de uma só história mundial e tem início a organização política e econômica mundial em um sistema-mundo. Nesse sentido, a relação entre Europa e América Latina seriam o determinante fundamental da Modernidade e os demais determinantes, como a subjetividade, a propriedade privada e a liberdade contratual o resultado de um século de Modernidade e não seu ponto de partida.³⁵¹

A superioridade militar europeia, que garantiu a imposição da vontade do luso-hispânico sobre o indígena americano, permitiu o acúmulo de riquezas, de conhecimentos, de experiências e, assim, uma vantagem comparativa aos antigos impérios e sistemas culturais antagônicos ao europeu.³⁵² Nas palavras de Dussel, o “coberto” foi “des-coberto”: ego cogito cogitatum, europeizado, mas imediatamente “en-coberto” como Outro. O outro constituído como o Si-mesmo. O ego moderno “nasce” nesta autoconstituição perante as outras regiões dominadas”.

O *ego cogito* (eu penso) cartesiano seria antecedido *ego conquiro* (eu conquisto). O ego europeu constitui-se no encontro com o Outro americano, constituído não como Outro igual, mas como Si mesmo inferior, a ser conquistado,

³⁵⁰ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 26-29

³⁵¹ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 29

³⁵² DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade.** 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 7-8

civilizado e integrado à sociedade civil, mas sempre em uma condição de subalternidade. Dessa forma,

[a] “conquista” é um processo militar, prático, violento que inclui dialeticamente o Ou-tro como “o si-mesmo”. O Outro em sua distinção, é negado como Outro e é sujeita-do, subsumido, alienado a se incorporar à Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como “encomendado”, como “assalariado” (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar e outros produtos tropicais).

A conquista militar e o domínio político e econômico impostos foram constitutivos da sociedade “civil” colonial. Na Europa Moderna, os homens saíam do Estado de natureza pela assinatura de um contrato social, por leis civis que submetem as vontades individuais a um Soberano e que impõem ônus maior que bônus a quem as desrespeita.³⁵³ Assim, abdicam de parte de sua liberdade individual para viver em uma sociedade civil, uma comunidade confortável, segura e pacífica em que são garantidas suas propriedades.³⁵⁴ Contudo, o contrato social apresentado pelos europeus aos sujeitos subalternizados em suas colônias possuía mais cláusulas. Não bastava que abdicassem de parcela de sua liberdade, para que fossem integrados à sociedade civil, mas toda. Também deveriam abdicar de seu território e das riquezas neles encontradas, de sua força de trabalho, de seu governo, de sua sexualidade, de seus conhecimentos, sua forma de vida tradicional, com recurso à violência sempre que a resistência tornasse necessário, para que abandonassem a condição de natureza, de bestas, e fossem integrados à sociedade civil/civilizada ainda que sempre em posição subalterna.

Somente assim foi possível o enriquecimento dos povos europeus, o que levou Quijano a afirmar que “o capitalismo mundial foi, desde o início, colonial/moderno e eurocentrado”.³⁵⁵ As relações econômicas e políticas que o constituem sistema-mundo colonial/moderno são viabilizadas pelo Direito: a propriedade privada, a produção escravizada/explorada e a circulação internacional de riquezas estão validadas por

³⁵³ HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002, p. 70

³⁵⁴ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 468

³⁵⁵ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005, p. 117-142, p. 110

instrumentos jurídicos, como contratos. Se para David,³⁵⁶ é possível identificar matrizes históricas comuns para a formulação de conceitos, regras, técnicas de interpretação e, inclusive, uma concepção de ordem social que determina o modo de aplicação e a própria função do Direito. Para a perspectiva descolonial, contudo, é necessário identificar os povos e os grupos que disputaram o poder em contexto histórico e que consolidaram suas posições sociais de domínio e subalternidade pelo uso de conceitos, regras, técnicas, de interpretação e pela imposição de uma ordem social que determina o modo de aplicação e a própria função do Direito.

Contemporaneamente, questionamos o uso do conceito moderno “sociedade civil” para descrever fenômenos sociais americanos. Conforme Losekann e Ballestrin,³⁵⁷ a maior parte da produção acadêmica sobre a sociedade civil ainda está no Norte, ainda que as experiências sejam dinamizadas no Sul. Formulado para descrever fenômenos sociais diversos dos encontrados na América Latina, o conceito sociedade civil, como espaço autônomo ao Estado e ao Mercado, nem sempre “encaixa” teoricamente nos fenômenos sociais encontrados por aqui. Em especial, são um problema a divisão rígida entre Estado e Sociedade Civil e a desconsideração de grupos sociais que estiverem fora dos moldes de modernidade/civilidade. O primeiro problema seria relevante para o Brasil na medida em que o processo de colonização português deu origem a uma sociedade que tinha como centro a grande propriedade rural em que as fronteiras entre o público e o privado eram difusas, em resgate por Faoro³⁵⁸ e Carvalho.³⁵⁹ O segundo problema seria relevante na medida em que as tensões de dominação/resistência nem sempre seriam expressas pelas formas prescritas pela modernidade, como já apontado por Dagnino³⁶⁰ e Avritzer.³⁶¹

Como vimos, o Direito Brasileiro continua regulando a sociedade civil pela técnica do direito fundamental à liberdade de associação, a prerrogativa garantida a

³⁵⁶ DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010. p. 12

³⁵⁷ LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana. A abertura do conceito de sociedade civil: desencaixes, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. **Colombia Internacional**. n. 78, 2013. p. 181-210, p. 193

³⁵⁸ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001.

³⁵⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

³⁶⁰ DAGNINO, Evelina; OLIVEIRA, Alberto; PANFICHI, Aldo. **A Disputa pela Construção Democrática na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

³⁶¹ AVRITZER, Leonardo. Sociedade e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Volume 18, Número 2. Campinas, novembro de 2012. p. 384.

todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil para unirem esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não-intervenção do Estado. Entretanto, entendemos que influenciado pela colonialidade esse direito impacta a existência e o exercício da sociedade civil.

Neste capítulo, nosso objetivo é compreender o homem moderno/colonial português em meio ao processo de dominação e exploração de indígenas, africanos e mulheres no território brasileiro para a formação de uma sociedade civil/civilizada regulada pelo Direito e, especificamente, pelo direito fundamental à liberdade de associação. Para cumprir esse objetivo, dividimos o capítulo em dois subcapítulos. No primeiro, apresentamos o “Mito da Modernidade” como narrativa possível de domínio e exploração portuguesa no Brasil, dando origem a Homens, Sociedades e Direitos diferenciados e hierarquizados por imposição colonial. No segundo subcapítulo, analisamos descolonialmente a regulação da liberdade de associação no Brasil, a partir de padrões modernos/coloniais que indicam a pretensão de universalidade dos seus sujeitos e dos valores, sua extensão, sua garantia de não-intervenção e seus limites civis.

3.1 O Direito brasileiro como imposição portuguesa

Entendemos que o Direito originado na Europa para regular as relações das sociedades que ali estavam seria “imposto” a partir do século XV para suas colônias e não “expandido” tal qual afirma David.³⁶² Conforme Wolkmer, o processo colonizador “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”,³⁶³ de forma que nem indígenas nem, adiante, africanos, puderam contribuir à formação do Direito Brasileiro. Wolkmer³⁶⁴ afirma que exame do fenômeno jurídico pressupõe a análise de sua estrutura, das situações históricas que o atravessaram. O exame da origem do Direito Brasileiro, portanto, requer que se verifique se, como e por que as ideias jusfilosóficas europeias foram impostas ao longo do processo de colonização portuguesa. Dessa

³⁶² DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010, p. 52.

³⁶³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45

³⁶⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45

maneira, é compreender a dinâmica jurídica brasileira e seu reflexo na constituição de uma sociedade civil/civilizada moderna/colonial.

O sucesso do empreendimento colonizador e da imposição jurídica portuguesa ao Brasil esteve vinculado à corriqueira associação entre Europa e Modernidade. Segundo Dussel,³⁶⁵ essa associação esconde o fato de que a construção da Europa é um mito, necessário à consolidação do projeto colonial iniciado por Portugal e Espanha, que permitiu que a Europa fosse considerada o berço da civilização. A Europa tem sua origem nos fenícios, semitas considerados bárbaros quando o “centro” do mundo era ao sul da Macedônia, na Grécia e em Roma, e que aquilo se denominava Ásia (a atual Turquia) e África (o atual Egito), eram as culturas mais desenvolvidas. O que hoje chamamos Europa “moderna” localiza-se ao Norte e ao Oeste da Grécia e era considerado pelos gregos clássicos o lugar incivilizado, não-humano. Nesse cenário, o “Ocidental” correspondia ao império romano, enquanto o “Oriental” era o império helenista, não havendo “lugar” para aquilo que seria convencionalmente chamado de Europa.

No século XI, as cruzadas iniciaram uma tentativa de imposição da Europa-latina ao Mediterrâneo Oriental, porém, com o seu fracasso, a cultura europeia é tida como periférica, secundária em oposição à turca-mulçumana, predominante. Assim, Dussel afirma que o lugar histórico da formação da Europa corresponde à justaposição das histórias romana, persa, hindu, de Sião, da China, do mundo meso-americano ou inca, posicionado no limite ocidental do mercado afro-asiático, tangencial ao mundo muçulmano e periférica no extremo ocidental do “continente euro-afro-asiático”.³⁶⁶ A localização da Europa como herdeira das culturas e experiência Greco-Romana foi uma criação da “ideologia eurocêntrica” do final do século XVIII, para dizer que se trata do centro da história mundial.³⁶⁷ Aquilo que hoje compreendemos como “Europa” é, portanto, um mito criado para ascender em termos históricos e geopolíticos uma região originada na periferia do mundo, ao posto de centro da geopolítica moderna. Experiências culturais, fenômenos jurídicos, tradições

³⁶⁵ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 24.

³⁶⁶ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 26.

³⁶⁷ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 24

históricas que nela surgem são, assim, transformados no que há de mais avançado no mundo, e aqueles que nela não são se originaram, como as tradições helenísticas, por exemplo, são por ela cooptados.

Entendemos que a centralidade da Europa na história Ocidental, o “eurocentrismo”, enquanto mito, permite reconhecermos que a inclusão de Portugal no Império Romano e, assim, como parte de uma tradição cultural milenar que servirá de fundamento para a construção do Direito Ocidental moderno, é uma herança mitológica. Até o século III, o território que hoje conhecemos como Portugal não fazia parte do Império Romano; a conquista romana sob a Península Ibérica não tardou, já que no século V a região foi invadida pelos bárbaros, e, no século VIII, ocupada pelos mouros, que somente foram expulsos completamente no século XIV. Nesse sentido, até o século XV, quando se iniciam as navegações, o território português tinha sido mais tempo conquista moura, nove séculos, e bárbara, três séculos, que romana, dois séculos.

O discurso mítico de formação da Europa, e de Portugal por consequência, não apenas superdimensiona a relevância romana, como também apaga a relevância moura e bárbara. Tal discurso é relevante porque fundamenta uma falácia histórica, a de que “[o] empreendimento colonizador lusitano [...] trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano”.³⁶⁸ Como indica Justo,³⁶⁹ com a formação de Portugal a partir da expulsão dos mouros, em 1139, o Direito do Reino de Leão, vigente no Condado Portucalense se torna Direito Português, ainda que seus antecedentes remontem a um passado celta, ibérico, romano, germânico e muçulmano. A centralização do poder na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, exigia um Direito que extrapolasse o meramente local,³⁷⁰ mas também, que estabelecesse a diferenciação e a hierarquia entre indivíduos a partir de suas peculiaridades. O Direito português, a partir da reunião das Cortes em 1211, por exemplo, separaria a sociedade entre nobres,

³⁶⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45

³⁶⁹ JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 198

³⁷⁰ GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992. p. 130, 205

clérigos e demais; entre cristãos, cristãos novos e hereges (muçulmanos e judeus que permaneceram após a expulsão); ou entre homens e mulheres.³⁷¹

O discurso eurocêntrico reconhece a Modernidade como uma forma de emancipação, uma saída da imaturidade pela razão enquanto processo que possibilitaria o desenvolvimento do ser humano. Tal discurso também regionaliza a Modernidade enquanto fenômeno histórico. Esse processo ocorreria na Europa, no século XVIII, a partir da Reforma, da Ilustração e da Revolução Francesa.³⁷² Assim, a Modernidade corresponderia a um conjunto de narrativas originadas durante o Renascimento Europeu e que pertencem à cosmologia cristã ocidental de humanidade, que foi complementada por narrativas seculares de ciência, progresso econômico, democracia e política.³⁷³ Essa é a face exposta da Modernidade, diz Dussel.³⁷⁴

Entretanto, é possível adotarmos outras lentes para enxergar a face oculta da Modernidade. Isso nos permite desregionalizá-la enquanto fenômeno histórico. Dussel³⁷⁵ propõe que a chegada dos europeus à América constitui o marco da Modernidade. Ao colonizar a América, a Europa, pela primeira vez, institui a si mesma como centro de uma “tradicional” e “superior” civilização. Para Dussel³⁷⁶ é impossível compreender a Modernidade como fenômeno exclusivamente europeu. Nesse sentido, 1492 marca tanto o ano de “descobrimento” da América, quanto o ano de surgimento da Modernidade. Aquilo que estava “coberto”, é “des-coberto”, para logo ser “en-coberto”. Ao se confrontar com seu Outro, e controla-lo, e vence-lo e violenta-lo, o europeu define seu “ego” conquistador próprio da Modernidade.³⁷⁷ Assim funciona o “mito” da Modernidade

³⁷¹ OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. **Da organização judiciária em Portugal no Período das Leis Gerais (1211-1446)**. 2010. 89 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2010, p 1

³⁷² DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 26-29

³⁷³ MIGNOLO, Walter D. Decolonial option. In: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, praxis*. Durham: Duke University Press, 2018, p.138-139

³⁷⁴ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 26-29

³⁷⁵ DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 7-8

³⁷⁶ DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 7.

³⁷⁷ DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 8.

1. A civilização moderna autodescreve-se como mais desenvolvida e superior (o que significa sustentar inconscientemente uma posição eurocêntrica). 2. A superioridade obriga a desenvolver os mais primitivos, bárbaros, rudes, como exigência moral. 3. O caminho de tal processo educativo de desenvolvimento deve ser aquele seguido pela Europa (é, de fato, um desenvolvimento unilinear e à europeia o que determina, novamente de modo inconsciente, a “falácia desenvolvimentista”). 4. Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se necessário for, para destruir os obstáculos dessa modernização (a guerra justa colonial). 5. Esta dominação produz vítimas (de muitas e variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com o sentido quase-ritual de sacrifício; o herói civilizador reveste a suas próprias vítimas da condição de serem holocaustos de um sacrifício salvador (o índio colonizado, o escravo africano, a mulher, a destruição ecológica, etcetera). 6. Para o moderno, o bárbaro tem uma “culpa” (por opor-se ao processo civilizador) que permite à “Modernidade” apresentar-se não apenas como inocente mas como “emancipadora” dessa “culpa” de suas próprias vítimas. 7. Por último, e pelo caráter “civilizatório” da “Modernidade”, interpretam-se como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da “modernização” dos outros povos “atrasados” (imaturos), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser frágil, etcetera.³⁷⁸

O Direito conferiu legitimidade à Modernidade através de acordos entre os reinos de Portugal e Espanha, como o Tratado de Tordesilhas, que dividia entre eles as regiões que deveriam ser conquistadas e evangelizadas. A justificação religiosa por trás desses acordos trazia consigo um processo de evangelização e de expansão da fé cristã, que permitia, não só afirmava, a superioridade civilizatória Europeia, como sua “obrigação moral” de desenvolver os povos incultos e primitivos. Tanto a Modernidade foi utilizada como fundamento de racionalidade, de desenvolvimento e de progresso, quanto foi alicerce para constituição de mito de que a civilização europeia é superior às demais. Tal sentimento de superioridade não é afetado pelo fato de que até 1492, a Europa não passasse da periferia dos grandes impérios. Essa superioridade lhe confere a carga moral para desenvolver as regiões consideradas por ela como primitivas, bárbaras, com base em suas crenças. Ironicamente, cabe ao civilizado destruir o bárbaro, inclusive pelo uso da violência, em suas diversas formas, abrindo caminho para o progresso. Caso esse violento processo de desenvolvimento gerasse vítimas, isso deveria ser interpretado como algo inevitável, como único mecanismo para modernização e salvação da barbárie que acometia as outras

³⁷⁸ DUSSEL, Enrique. “Europa, modernidad y eurocentrismo”. In: LANDER, Edgardo. (org.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2000. p. 49.

regiões do mundo, de maneira que seria a modernidade a possibilidade de emancipação dessas vítimas.³⁷⁹

Para Quijano,³⁸⁰ o processo de colonização da América permite que inicie o sistema-mundo moderno/colonial, quando todas as regiões do mundo estariam interligadas por relações econômicas e políticas. É o fundamento do capitalismo europeu, já que a América serviu de laboratório para o experimento de novas formas de controle da vida e do trabalho. Analisando o fenômeno da colonização junto a Wallerstein, afirma que o empreendimento colonial dá início a um novo padrão de dominação mundial, o “sistema-mundo moderno/colonial”.³⁸¹ Descreve o processo de “descoberta”, “conquista” e “domínio” português sobre o território brasileiro, quando seria estabelecida uma relação de exploração e domínio dos indígenas e, logo, dos africanos, por meio do trabalho escravo, da religião e do Direito.

O “laboratório americano” serviu para experimento de novas formas de controle e demarca a divisão internacional do trabalho. Fez isso a partir de um novo critério, a raça.³⁸² Tal critério hierarquiza as relações de trabalho e dominação por um “degrada racial”. Aos indígenas foi destinada, primeiramente, a tarefa de auxiliar os portugueses na exploração do pau-brasil.³⁸³ Eram considerados incapazes de aprender, lhes sendo destinadas tarefas menos complexas, porém, também foram submetidos a escravidão. Aos negros africanos, traficados ao Brasil a partir de 1540, cabia papel de mão de obra escravizada, e, quando a escravidão foi abolida, em 1888, foram deixados sem qualquer amparo. Enquanto isso, ao trabalhador europeu, sobretudo italianos que começaram a chegar ao país em 1840, eram destinadas as atividades

³⁷⁹ DUSSEL, Enrique. “Europa, modernidad y eurocentrismo”. In: LANDER, Edgardo. (org.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2000. p. 24-32, p. 29.

³⁸⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142, p. 117

³⁸¹ QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como Concepto, o América en el Moderno Sistema Mundial. **Revista Internacional de Ciencias Sociales**. Vol. XLIV, no. 4, 1992, p. 583-591, p. 583

³⁸² QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142, p. 117; QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como Concepto, o América en el Moderno Sistema Mundial. **Revista Internacional de Ciencias Sociales**. Vol. XLIV, no. 4, 1992, p. 583-591, p. 584-585;

³⁸³ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p.41-42; PRADO JR, Caio. **História econômica do Brasil**. 26ª Ed. São Paulo: Brasiliense, [s/a], p. 45-48

de mão de obra livre assalariada e recebiam apoio institucional.³⁸⁴ Até então inexistentes, essas categorias serviram tanto à divisão do trabalho, quanto à hierarquização de indivíduos.³⁸⁵ Com base nesse modelo de exploração e produção, outras relações capital-salário foram inseridas no capitalismo global. Geraram novos padrões de poder, atrelados ao local onde era produzida a atividade e ao indivíduo que a realizava. Permitiam que às “raças inferiores” no eixo geográfico e geopolítico da periferia do sistema-mundo, isto é, aos povos dominados, fosse destinado o trabalho não assalariado, escravo, servil.³⁸⁶

Conforme o discurso eurocêntrico, a história do Brasil começa em 1500, ainda que o território brasileiro fosse ocupado por indígenas a milhares de anos. Entretanto, Ailton Krenak³⁸⁷ afirma que a narrativa de conquista do Brasil é uma invenção, jamais tendo havido um evento fundador do Brasil. Segundo ele, a invenção nasce da invasão, inicialmente feita por portugueses, posteriormente por holandeses, franceses e que nunca teve fim. Os portugueses que chegaram ao litoral de Porto Seguro não teriam qualquer condição física para uma “guerra de conquista”, já que se não fossem os indígenas acolhe-los, teriam morrido por inanição, escorbuto, e outras doenças. De acordo com Krenak, a chegada dos portugueses ao território brasileiro tratou-se muito mais de uma recepção de indígenas que, por mais de 100 anos, socorreram brancos flagelados, do que um processo de conquista.

Esses indígenas já contariam com, pelo menos, dois mil anos de história, de compreensão de si enquanto povo, de relação com os povos andinos e de desenvolvimento de técnicas de agricultura, práticas medicinais. Ribeiro³⁸⁸ indica que os primeiros indígenas que tiveram contato com os portugueses, os indígenas Tupi, habitavam o território, ao menos, dez mil anos antes da chegada lusa, e desenvolveram uma cultura milenar de cultivo e exploração agrícola, além de

³⁸⁴ NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo**: documentos de uma militância pan-africanista. 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2019

³⁸⁵ QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como Concepto, o América en el Moderno Sistema Mundial. **Revista Internacional de Ciencias Sociales**. Vol. XLIV, no. 4, 1992, p. 583-591, p. 584

³⁸⁶ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142, p. 118-120

³⁸⁷ **GUERRA de conquista**. In: GUERRAS do Brasil.doc. Brasília: Ancine, 2019. Episódio 01, (526 min 43 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VeMISgnVDZ4&t=1329s>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁸⁸ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31-33

estabelecerem confederações regionais com outras etnias. Em igual sentido, Eloy Amado,³⁸⁹ apoiado em Dussel, sustenta que houve, por parte dos portugueses, um “encobrimento” da história anterior a 1500. Para ele, quando os europeus desembarcaram no território que foi denominado “Brasil”, existiam diversas sociedades/comunidades indígenas, cada qual com sua própria língua, crenças, costumes, organização e que utilizavam de um direito indígena para a resolução de seus conflitos, que já habitavam a região, pelo menos, trezentos anos antes, como era o caso de comunidades do centro-oeste brasileiro, os Guarani de Yvy Katu.

Ainda para Krenak, a chegada dos portugueses ao território brasileiro demarca uma dualidade comportamental: os indígenas admitiram os brancos como “mais um na diferença”, enquanto os brancos chegaram com a intenção de assaltar a terra e escravizar o povo.³⁹⁰ As comunicações feitas entre Pêro Vaz de Caminha ao Rei português indicam que além do interesse na exploração do território, os portugueses viram, de imediato, a possibilidade de conversão do gentio. Caminha, apoiado na superioridade europeia, descrevia os indígenas como “gente bestial de pouco saber”, para explicar a razão pela qual os indígenas não permaneciam nos navios com Cabral e não se adaptavam, de imediato, a hábitos ocidentais.³⁹¹ Essas características, aliadas à curiosidade dos indígenas nas missas celebradas em território brasileiro, faziam Caminha acreditar na possibilidade de eles serem convertidos à fé católica, destacando que o “melhor fruto” que poderia se originar na nova terra era a salvação desses povos.³⁹²

A pretensão salvacionista e evangelizadora também pode ser observada na carta de Manuel da Nobrega a Simão Rodrigues de Azevedo. Em sua carta, o jesuíta reconhecia a nova colônia portuguesa como um lugar de “pecado” e nela narrava os avanços de evangelização que desempenhava no Brasil. A terra era considerada a “empresa jesuítica”, de maneira que além de relatar eventos que ocorriam no Brasil, Manuel da Nobrega fazia solicitações para que fosse possível a conversão do

³⁸⁹ ELOY AMADO, Luiz Henrique. **Poké`exa ûti: o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local.** 2014. 124 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014, p. 19-21

³⁹⁰ **GUERRA de conquista.** In: GUERRAS do Brasil.doc. Brasília: Ancine, 2019. Episódio 01, (526 min 43 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VeMISgnVDZ4&t=1329s>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁹¹ VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil.** Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 17, 33

³⁹² VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil.** Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 51

gentio.³⁹³ Argumentando, compara o esforço da Igreja em salvar almas em Portugal e na colônia, “[n]ão deixe lá vossa reverendíssima mais que uns poucos para aprender, os mais venham. Tudo lá é miséria quanto se faz: quando muito ganham-se cem almas, posto que corram todo o reino; cá é grande mancheia”.³⁹⁴ A lógica mercantil de esforço e resultado, impregnava até mesmo a Igreja, que percebia ser possível lucrar mais almas em terras brasileiras que em portuguesas.

Dussel sustenta que a efetividade do processo salvacionista civilizatório iniciado com a chegada dos europeus na América esteve fundamentado em quatro pilares capazes de controlar o indivíduo não europeu: conhecimento e subjetividade; sexualidade; economia; e autoridade.³⁹⁵ O primeiro pilar garante que o conhecimento tido como culto, racional, e mais tarde científico, assim, capaz de fundamentar qualquer proposição seria aquele produzido pela Europa. O segundo restringe aos homens o exercício da sexualidade e as relações a ela inerentes. O terceiro garante o padrão capitalista europeu de produção e exploração a nível global, excluindo a possibilidade de relações válidas que não fossem embasadas na lógica da acumulação. Por fim, o quarto, trata daqueles que possuíam na lógica das relações de raça a capacidade para exercê-la, os europeus.

A sexualidade e a administração familiar foram controladas por homens, restringindo as mulheres à vida privada a partir da negação da plena capacidade civil. Nos contextos colonial e imperial, as mulheres ocupavam posição peculiar na sociedade. As brancas eram as únicas a constituírem famílias organizadas e legalizadas. Tinham situação privilegiada em relação às outras mulheres, sobretudo suas escravas, mas não escapavam ao sistema patriarcal, que as submetia ao poder do chefe da família. Eram excluídas da vida política e mesmo da vida civil, ficando confinadas aos limites da casa grande ou do sobrado. No extremo oposto, as mulheres escravizadas, indígenas ou negras, ocupavam a posição mais baixa da escala social, inferior até mesmo à do homem escravo. Além do trabalho forçado, eram obrigadas a se submeter às investidas sexuais dos senhores e dos filhos destes. As mulheres livres pobres, na maioria não-brancas, embora não estivessem sujeitas aos

³⁹³ NÓBREGA, Manuel da. **Nesta terra há um grande pecado**. 1549. Disponível em: <<https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>>. Acesso em 10 jan. 2020

³⁹⁴ NÓBREGA, Manuel da. **Nesta terra há um grande pecado**. 1549. Disponível em: <<https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>>. Acesso em 10 jan. 2020

³⁹⁵ MIGNOLO, Walter. **The darker side of western modernity**: global futures, decolonial options. London: Duke University Press, 2011, p. 8-9.

constrangimentos sociais das brancas ricas e legais das escravas, não escapavam ao domínio de pais e companheiros, pois o patriarcado impregnava a escala social de alto a baixo. Ao lado da grande propriedade e da escravidão, o patriarcalismo constituía uma terceira coluna no edifício que sustentava a sociedade.³⁹⁶

A autodeclarada superioridade portuguesa lhe conferia a carga moral para desenvolver a região considerada como primitiva, bárbara, com base em suas crenças. Ironicamente, cabe ao civilizado destruir o bárbaro, inclusive pelo uso da violência, em suas diversas formas, abrindo caminho para o progresso. Caso esse violento processo de desenvolvimento gerasse vítimas, isso deveria ser interpretado como algo inevitável, como único mecanismo para modernização e salvação da barbárie que acometia as outras regiões do mundo, de maneira que seria a modernidade a possibilidade de emancipação dessas vítimas.³⁹⁷ Assim, o discurso salvacionista empregado por Caminha não foi o único empreendimento do processo de colonização do Brasil. Os povos indígenas, assim como os negros africanos, foram submetidos a diferentes tratamentos inumanos, os quais eram usados como medida de correição quando não aderiam às imposições do colonizador. A monarquia criaria, então, condições jurídicas para a escravização de indígenas e negros africanos.

A legislação portuguesa imposta ao Brasil conferia legitimidade ao processo de escravidão de negros africanos e de seus descendentes. As Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas permitiam até quarenta açoites aos escravos fugidos que fossem encontrados e não informassem quem era o seu “senhor”;³⁹⁸ a lei portuguesa proibiu que os indígenas fossem escravizados, permitia a escravização daqueles que “forem tomados em guerra justa que os portugueses fizerem aos ditos gentios, [...]”; ou aqueles que costumam saltar os portugueses, ou a outros gentios para os comerem; [...]”.³⁹⁹ Negros e indígenas não apenas não participaram do processo de formação do

³⁹⁶ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34.

³⁹⁷ DUSSEL, Enrique. “Europa, modernidad y eurocentrismo”. In: LANDER, Edgardo. (org.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2000. p. 24-32, p. 29.

³⁹⁸ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3pa730.htm>>. Acesso em 10 jan. 2020; PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020, Livro V, Título XII

³⁹⁹ PORTUGAL. **Lei sobre a liberdade dos gentios**. Évora, 20.03.1570. Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/201804/Lei_de_liberdade_dos_indios_de_1570.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

Direito no território brasileiro, na condição de sujeitos, mas eram tratados pelo Direito Português e, logo pelo Direito Brasileiro, como coisas, bens semoventes.

Para Mignolo,⁴⁰⁰ a centralidade dos meios e dos padrões de produção a um marco “europeu” e as características subjetivas dos indivíduos são mecanismo não só de dominação daqueles, como de dominação epistêmica. Há uma cumplicidade entre as revoluções econômica e epistêmica originadas na Europa. A revolução econômica europeia não apenas instaurou um mecanismo de exploração que desmantelou as estruturas econômicas das comunidades ameríndias, que não apresentavam economias orientadas à acumulação do capital, como também está diretamente relacionada à ascensão do racionalismo renascentista europeu, o qual irá ser fundamento do racismo ontológico capaz de hierarquizar os seres humanos na ordem da divisão internacional do trabalho. A respeito, Mignolo sustenta que “[o] conceito de homem e de humanidade foi o ponto de referência para medir, classifica, julgar e avaliar tanto aos habitantes quanto as regiões do planeta.”⁴⁰¹

A conciliação entre a exploração e a dominação, uniformizadas em uma perspectiva global, evidenciam a existência de uma **matriz colonial de poder**.⁴⁰² Para Aníbal Quijano, enquanto o colonialismo diz respeito à relação de dominação direta, política, social e cultural dos europeus sobre os conquistados em todos os continentes e que foi derrotado na ampla maioria dos casos; a colonialidade refere-se às estruturas de dominação produzidas em meio à colonização, como parte de um processo sistemático de discriminação étnico-racial, repressão epistêmica e apagamento de subjetividades; que persistem no tempo para além da colonização europeia.⁴⁰³

A relação entre a face exposta, Modernidade enquanto projeto civilizatório ancorado na razão, e a face oculta, Modernidade enquanto prática capaz de violar direitos fora da Europa, pode ser traduzida no binômio Modernidade/Colonialidade, tendo em vista que a colonialidade, a dominação sacrificial dos povos originários, é o lado negado e silenciado do discurso da Modernidade. Afirmam Mignolo e Grosfoguel

⁴⁰⁰ MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**. Universidad de Granada. No. 1, 2008, p. 3-22, p. 5-7.

⁴⁰¹ No original: “El concepto de Hombre y de Humanidad fue el punto de referencia para medir, clasificar, juzgar y evaluar tanto a los habitantes como a las regiones del planeta.” (MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**. Universidad de Granada. No. 1, 2008, p. 3-22, p. 7

⁴⁰² QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. p. 11-12. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 12.

⁴⁰³ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. p. 11-12. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 12.

que “a retórica positiva da modernidade justifica a lógica destrutiva da colonialidade”.⁴⁰⁴

Embora o “período” histórico que representa o colonialismo já tenha se encerrado, as práticas de dominação colonial persistem. Encerra-se o “colonialismo”, mas não a “colonialidade”. No Brasil, o colonialismo é inaugurado em 1500 pela chegada dos portugueses até a costa brasileira e se estende até 1822, quando Dom Pedro I declara a independência do Brasil à Monarquia portuguesa. Contudo, mesmo após a independência, Dom Pedro I, se referia a si mesmo ainda como “Príncipe Regente do reino do Brasil e seu defensor perpétuo”,⁴⁰⁵ e como “súdito que muito venera”⁴⁰⁶ o rei de Portugal, demonstrando que a administração estava mantida sob a tutela da família real portuguesa.

A declaração de independência do Brasil em relação à Portugal não conta com qualquer participação popular direta, já que contava apenas com a influência de políticos do “partido brasileiro”. Ainda, a estrutura econômica e social brasileira não seria alterada: a divisão e hierarquização racial da sociedade com papéis definidos continua. Tampouco houve uma ruptura com o Direito português que regulava as relações sociais no Brasil. O artigo 1 da Lei de 20 de outubro de 1823,⁴⁰⁷ não revogou o direito de Portugal, pelo contrário, reconheceu que seriam essas as normas que regulariam as relações no Brasil independente. A revogação das normas portuguesa ocorreria apenas em 1916, com o Código Civil.⁴⁰⁸ Mesmo a proclamação da República em 1889 não teria alterado essa estrutura econômica e social. Pela formulação original de Quijano, a colonialidade se manifestaria, até hoje, por uma “matriz colonial

⁴⁰⁴MIGNOLO, Walter; GROSGUÉL, Ramón. Intervenciones Descoloniales: una breve introducción. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 29-37, p. 32.

⁴⁰⁵ALCÂNTARA, Pedro de. XXXIII. Rio, 2 de Setembro de 1822. In: ALCÂNTARA, Pedro de. **Cartas de D. Pedro, Príncipe Regent do Brasil a seu pae D. João VI, Rei de Portugal** (1821-1822). São Paulo: Typographia Brasil, De Rothschild & Cia, 1916, p. Brasil, p. 153-155, p. 154

⁴⁰⁶ALCÂNTARA, Pedro de. XXXIII. Rio, 2 de Setembro de 1822. In: ALCÂNTARA, Pedro de. **Cartas de D. Pedro, Príncipe Regent do Brasil a seu pae D. João VI, Rei de Portugal** (1821-1822). São Paulo: Typographia Brasil, De Rothschild & Cia, 1916, p. Brasil, p. 153-155, p. 155

⁴⁰⁷BRASIL. **Planalto**. Lei 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM....-20-10-1823.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020

⁴⁰⁸BRASIL. **Planalto**. Lei No 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

de poder”.⁴⁰⁹ Tal formulação foi ampliada, de forma que hoje se fala em três formas de colonialidade: do poder, do saber e do ser.⁴¹⁰

As relações sociais modernas/coloniais estão orientadas pelo colonialismo europeu e, conseqüentemente, atreladas a mecanismos de poder instaurados pelo estabelecimento de identidades opostas aos sujeitos colonizador e colonizado.⁴¹¹ O degrade racial imposto pela Modernidade permitiu que os indivíduos fossem separados sob uma óptica racista e capitalista, que ao mesmo tempo em que era estabelecida por uma espécie de “colonialidade do controle do trabalho”, também era regida por eixos geográficos capazes de estabelecer relações de subordinação uns aos outros a partir da utilização da raça com instrumento de dominação.⁴¹²

No paradigma moderno, os contratualistas entenderam que o Estado civil é a saída do Estado de natureza. Com ele e com a sociedade civil, os homens podem unir-se em comunidade para proteger suas propriedades, ou para harmonizar os interesses privados dos cidadãos.⁴¹³ Porém, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, as ideias contratualistas são tão importantes pelo que dizem quanto pelo que silenciam. Dizem que os sujeitos modernos, que pertencem à metrópole, abandonam o estado de natureza pelo contrato social e formam a sociedade civil identificada com o absolutismo monárquico. Contudo, silenciam que assim se cria uma vasta região do mundo em estado de natureza, que “desconhecia o contrato social” que lhe permitiria aceder à sociedade civil. Assim, nas palavras de Santos, a modernidade ocidental, não significa o abandono do estado de natureza e a passagem para a sociedade civil, mas “a coexistência de sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemônico”⁴¹⁴ que está na metrópole

⁴⁰⁹ MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da Modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Volume 32, Número 94. Junho de 2017. p. 5.

⁴¹⁰ LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana. A abertura do conceito de sociedade civil: desencaixes, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. **Colombia Internacional**. n. 78, 2013. p. 181-210, p. 193.

⁴¹¹ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da invenção do outro. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, p. 80-87, p. 83

⁴¹² QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, p. 117-142, p. 110, 114

⁴¹³ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 468; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a desigualdade**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril, 1979, p. 74

⁴¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83, p. 36-37

civilizada, na sociedade civil, deixa de ver e declara efetivamente como não existente o estado de natureza. O projeto salvacionista moderno passa pela integração do não-europeu à sociedade civil, pela força militar, religiosa ou jurídica, mas sempre em uma posição de subalternidade em relação ao europeu.

Nesse sentido, Ribeiro afirma que por mais que os portugueses tentassem impor no Brasil um padrão de sociedade que seguisse um modelo ideal de europeidade, isso não foi possível. Como não era permitido a negros e indígenas participar dessa sociedade, surgiu um modelo de civilização “[n]ão nas formas que a chamada civilização ocidental assume nos núcleos cênicos, mas com as deformações de uma cultura espúria, que servia a uma sociedade subalterna”.⁴¹⁵

Quijano sustenta que uma das faces do projeto da modernidade é a **colonialidade do poder**.⁴¹⁶ O eixo da colonialidade que fundamenta e permite a dominação política, social, cultural e subjetiva dos povos colonizados em relação aos colonizadores. Por intermédio de categorias como raça, sexo, divisão do trabalho, a Modernidade/colonialidade do poder, impõe a autoridade colonial a partir de 1492. Tal forma de exercer a autoridade se pauta na necessidade de fundamentar os fenômenos naturais, sociais e, inclusive, jurídicos, por meio de formulações estritamente europeias, permitindo uma espécie de colonização da cognição das sociedades colonizadas com base em instrumentos e fundamentos que sustentam a pretensa hegemonia europeia.⁴¹⁷ No contexto colonial, essa cognição se atrelava a fatores como divisão do trabalho, hierarquização racial dos indivíduos e a necessidade de inserir o laboratório dessas novas experiências do capitalismo europeu, a América, na lógica mercantilista.⁴¹⁸

Para Mignolo, “a colonialidade do poder é o eixo que organizou e continua organizando a diferença colonial, a periferia como natureza”.⁴¹⁹ É estratégia

⁴¹⁵ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 117

⁴¹⁶ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. p. 11-12. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20.

⁴¹⁷ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 61-63.

⁴¹⁸ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 467.

⁴¹⁹ MIGNOLO, Walter. D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, p. 33-49, p. 34

epistêmica e ontológica que hierarquiza seres humanos entre colonizadores e colonizados sob um critério racial, permitindo que constataremos que alguns seres humanos são considerados superiores, racionais e modernos, enquanto outros, são inferiores, irracionais e atrasados, e, necessariamente, devem ser “salvos” pelo progresso.

A diferença entre colonizador e colonizado também era vista na administração colonial portuguesa. O Brasil servia aos interesses portugueses; existia para Portugal e em função de Portugal.⁴²⁰ O poder era centralizado em poucos indivíduos e o regime jurídico da administração portuguesa remetia a outras experiências que Portugal vivera na lógica da colonialidade.⁴²¹ Raymundo Faoro⁴²² explica que no sistema patrimonial monárquico, o administrador “é o outro eu do rei”, uma sombra de suas atribuições. Se é por meio da burocracia portuguesa no Brasil que “amolda-se o complexo metropolitano e se homogeneiza o mundo americano”,⁴²³ entendemos que a centralização do poder naqueles que representavam e tinham a confiança do rei, como clérigos, nobres e aristocratas portugueses, servia de mecanismo de manutenção das decisões em Portugal e da exclusão da participação de grupos locais nessa dinâmica. As sesmarias, por exemplo, eram conferidas a colonos selecionados pela monarquia;⁴²⁴ as capitanias eram transmitidas a membros da nobreza portuguesa, e só poderiam ser assumidas por aqueles que eram católicos;⁴²⁵ a produção de açúcar era privilégio de donatários a quem o Direito conferia benefícios tributários.⁴²⁶ As crenças católicas, a disciplina e o servilismo orientaram o Direito Português, fazendo com que a cultura jurídica metropolitana fosse “senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica”.⁴²⁷

⁴²⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 38

⁴²¹ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

⁴²² FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 199

⁴²³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 203

⁴²⁴ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, p. 291; LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 332-335

⁴²⁵ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, p. 291

⁴²⁶ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 Ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p; FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 58-59

⁴²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43

Esse Direito propagado pela Metrôpole sustentava a manutenção de privilégios na Colônia e centralizava o “poder” naqueles que tinham a capacidade de disseminar os valores portugueses e católicos.

A imposição de instituições administrativas definidas desde Portugal legitimadas na colônia pelo arcabouço normativo português demonstra que o Direito é medida capaz de consolidar a prática colonial. Segundo Wallerstein,⁴²⁸ o sistema-mundo requer a criação de aparatos estatais fortes, ensejando a tradição jurídica moderna. Paradoxalmente, essa tradição construída em parte pela burguesia moderna tanto quer o desmonte de um Estado absolutista, quanto requer a existência de um Estado forte que lhe garanta segurança aos negócios pela força.

A base doutrinária utilizada para fundamentação da colonialidade do poder é o eurocentrismo. É com base nele que se alça a cultura europeia a um patamar de poder capaz de orientar as estruturas laborais, sociais, políticas criadas a partir de 1492, garantindo a dualidade europeu/não europeu, colonizador/colonizado, civilizado/primitivo, moderno/passado.⁴²⁹ Ao mesmo tempo, esse dualismo, sustentará a classificação e subjugação de povos não europeus, bem como os meios utilizados para “modernizá-los”, “salvá-los”: a barbárie, a expropriação, a invasão, a exploração.⁴³⁰

Quando da chegada dos portugueses ao Brasil, habitavam o território mais de dois milhões de indígenas, que ao passar dos anos foram sendo dezimados, de maneira que, em 1998, havia não mais de trezentos mil indígenas no território brasileiro.⁴³¹ A despovoação está relacionada não apenas com enfermidades contraídas pelos indígenas e que levava a seu óbito, mas à lógica instaurada pela administração portuguesa segundo a qual “a guerra aos índios fora sempre oficialmente dada como defensiva, sua sujeição como benéfica aos que se sujeitavam e as leis como interessadas no seu bem-estar geral, seu acesso à sociedade civil e

⁴²⁸ WALLERSTEIN, Immanuel. **The Modern World-System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century**. New York: Academic Press, 1976.

⁴²⁹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 107-131, p. 127.

⁴³⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12

⁴³¹ IBGE. **Território brasileiro e povoamento**. Os números das populações indígenas. Disponível em: <<https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

ao cristianismo”.⁴³² Manuela Carneiro da Cunha⁴³³ adverte que quando a mão de obra indígena escravizada se torna economicamente desinteressante, os colonos e a Monarquia direcionam seus olhares às terras indígenas, dando início à política indigenista. Com as reformas pombalinas e a expulsão dos jesuítas do território brasileiro, não havia mais oposição à escravização indígena.

O Direito português acompanha e modula esses interesses escravocratas. A Lei de 20 de março de 1570⁴³⁴ reconheceu que os indígenas deveriam ser livres, exceto aqueles sujeitos à “guerra justa”, que poderiam ser escravizados; a Lei de 30 de junho de 1609 estabelecia que a conversão do gentio à fé católica deveria prevalecer ante todos os interesses; o Regimento das missões do Estado do Maranhão e Grão-Pará, de 21 de dezembro de 1686, fornecia o uso de mão-de-obra indígena para o trabalho missionário; o Diretório de 1755⁴³⁵ proibia a escravidão indígena, mas estabelecia medidas, como ensinar a doutrina cristã, para que eles fossem integrados à vida colonial, pois não se podia permitir que eles continuassem a viver na “barbaridade”.

Entre 1701 e 1810, o tráfico de escravos africanos trouxe ao Brasil, apenas dos territórios que hoje conhecemos como Costa do Marfim e Angola, quase dois milhões de pessoas sequestradas.⁴³⁶ De 1791 a 1800, mais de vinte e dois mil africanos foram sequestrados e trazidos ao Brasil. O número de africanos sequestrado certamente superava o daqueles que chegavam ao território brasileiro. As condições desumanas da viagem da África à América, a superpopulação dos navios, a falta de alimentação contribuiu para que os negros que levavam grilhões nas mãos e nos pescoços não sobrevivessem à rota.⁴³⁷ Quando chegavam ao Brasil, eram submetidos à “violência mais crua e de coerção permanente, exercida através dos castigos mais atrozes.

⁴³² CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil**: histórias, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 87

⁴³³ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil**: histórias, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 20-25

⁴³⁴ PORTUGAL. **Lei sobre a liberdade dos gentios**. Évora, 20.03.1570. Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/201804/Lei_de_liberdade_dos_indios_de_1570.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

⁴³⁵ BRASIL. **Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará, e Maranhão, enquanto Sua Majestade não mandar o contrário**. Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/2018-04/Diretorio_dos_indios_de%29_1757.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

⁴³⁶ IBGE. **Territórios e povoamento**. Regiões de origem dos negros. Disponível em: <<https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/negros/regioes-de-origem-dos-escravos-negros.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

⁴³⁷ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 119

Semanalmente vinha um castigo preventivo, pedagógico para não pensar em fuga” e quando o fazia “podia ser marcado com ferro em brasa, tendo um tendão cortado.”,⁴³⁸ contribuindo para que não sobrevivessem. O Direito português era parte integrante da política escravista.

As estruturas de poder inauguradas pela modernidade estabelecem um cânone único a ser aplicado: aquele que permite e faculta os anseios da colonialidade, ao passo em que extingue meios que não são capazes de manter essas estruturas de poder.⁴³⁹ Por isso, Santiago Castro-Gomez afirma que a “colonialidade do poder e a colonialidade do saber se localizam numa mesma matriz genética.”⁴⁴⁰

Outra face do projeto moderno é a **colonialidade do saber**, conforme formulação de Quijano.⁴⁴¹ As relações entre a Europa e a América, no caso que examinamos, entre Portugal e Brasil, transcendem a mera economia, a expansão de mercados e produção capitalista de riquezas. Diferentes culturas passavam a conviver. Se de um lado na Europa era preciso conciliar relações entre judeus, cristãos, muçulmanos, de outro, na América, os europeus veem-se “obrigados a conviver” não mais com divergências religiosas, senão com o inculto, com o selvagem, com o inapropriado.⁴⁴² Tal cenário exigiu que, para manter a relação hierárquica dos indivíduos, se questionasse quem é o “homem” e o categorizasse, para o que era necessário um tipo de conhecimento irrefutável, a ciência.⁴⁴³

A principal característica dessa ciência é que a autorização para pensar, criar e conhecer está restrita à epistemologia europeia, o que impede aos povos do Sul a legitimidade de produzi-la.⁴⁴⁴ É um mecanismo epistêmico que fundamenta que o paradigma dominante, válido de conhecimento é aquele originado no Norte, enquanto que os saberes oriundos no Sul são subdesenvolvidos, primitivos, irracionais, não

⁴³⁸ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 120

⁴³⁹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12

⁴⁴⁰ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da invenção do outro. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, p. 80-87, p. 84

⁴⁴¹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12

⁴⁴² GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017, p. 113.

⁴⁴³ GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017, p. 113

⁴⁴⁴ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12

científicos e, conseqüentemente, estão à margem dos fundamentos acadêmicos e políticos.⁴⁴⁵

Apenas os conhecimentos oriundos da Europa possuem pretensão de universalidade de análise, podendo ser aplicáveis para todas as situações e todos os povos,⁴⁴⁶ independentemente de suas características e conhecimentos tradicionais. O legado epistêmico moderno permite que o mundo seja compreendido exclusivamente sob as lentes europeias, excluindo formas outras de compreendê-lo. Os europeus que chegavam ao Brasil agiam como se seu senso de totalidade fosse o mesmo para todos. Acreditavam que suas formas de conhecimento abrangiam tudo aquilo que era conhecido, diminuía e excluía qualquer outro modo que colocasse em risco sua episteme. Com base nisso, acreditava-se que a América era um continente habitado por pessoas sem conhecimento e sem conhecimento de Deus.⁴⁴⁷ Assim, ao mesmo tempo em que os povos indígenas foram considerados seres bestiais que deveriam ser salvos, pois desconheciam Deus, o que justificava o projeto salvacionista europeu, a mesma bestialidade servia para que todo o seu conhecimento não fosse validado, já que não formulado a partir dos parâmetros eurocêntricos.

A colonização desconsiderou as diferentes sociedades, organizações sociais, cosmovisões dos povos e etnias que viviam na América. Eles passaram a ser incluídos na categoria “índios” ou “indígenas”, o que os marcava como bárbaros, inferiores, sem religião, desumanizados, negando a pluralidade desses povos. Com isso, políticas de assimilação foram implementadas buscando não apenas apagar tradições e conhecimentos tradicionais, mas permitindo a exploração da mão-de-obra da escravidão, autorizada pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas, e a conversão.⁴⁴⁸

Em 1775, por exemplo, o Diretório publicado por Marques de Pombal proibia que os indígenas falassem tupi-guarani. Sob a justificativa de que “introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma [...] é um dos meios mais eficazes para

⁴⁴⁵ SANTOS, Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. 7ª Edição. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-32.

⁴⁴⁶ LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 8-23, p. 10

⁴⁴⁷ MIGNOLO, Walter D. Decolonial option. In: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis**. Durham: Duke University Press, 2018, p.195-196

⁴⁴⁸ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade**. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 59, 61-62

desterrar dos povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes”,⁴⁴⁹ a proibição de Pombal se inseria no processo de racionalização do direito romano e de “modernização do direito português”.⁴⁵⁰ O processo de dominação e criação do conhecimento apenas nos centros portugueses, então, era afirmado por meio do rebaixamento de sua cultura e, conseqüentemente, do rebaixamento desses povos.⁴⁵¹ Nesse sentido, Mignolo reconhece que a supressão da linguagem e a organização hierárquica de diferentes línguas, como aquelas admitidas e não admitidas, fazia parte do projeto civilizador europeu e de sua ideia de progresso,⁴⁵² já que, ao excluir o tupi-guarani, por exemplo, mostram-se enraizados na perspectiva eurocêntrica de saber e compreensão de mundo.

Não era novidade a existência de métodos distintos de produção de conhecimento além-mar.⁴⁵³ Contudo, tal multiplicidade não oferecia uma resposta eficaz aos ensaios da Modernidade, relegando-os à periferia, ao mesmo tempo em que a Modernidade se utiliza da secularização científica e filosófica o fundamenta epistêmico para estabelecer a sociedades europeias capazes de determinar todos os fundamentos e enunciações epistêmicas existentes.⁴⁵⁴ Ou seja, a Modernidade exclui formas outras de conhecimento que não aquelas admitidas pela racionalidade científica, àquelas que não aplicam e/ou utilizam métodos racionalistas e ocidentais, como o cartesianismo, restringindo o saber a um único *locus* epistêmico: universalismo racionalista europeu.⁴⁵⁵

A universalidade Moderna tem como produtos uma série de padrões, hoje institucionalizados, que nascem da mesma matriz cultural, europeia, e afastam das tradições dos povos originários, como é o caso da democracia representativa, do

⁴⁴⁹ BRASIL. **Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará, e Maranhão, enquanto Sua Majestade não mandar o contrário.** Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/2018-04/Diretorio_dos_indios_de%29_1757.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020, parágrafo 6

⁴⁵⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 249-250; JUSTO, Antônio Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 197-242;

⁴⁵¹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 13-14.

⁴⁵² MIGNOLO, W. D. **La idea de América Latina:** La herida colonial y la opción de colonial. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005, p. 94

⁴⁵³ GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017, p. 111

⁴⁵⁴ MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**. Universidad de Granada. No. 1, 2008, p. 3-22, p. 12

⁴⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7ª Ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 20-29.

Direito, do constitucionalismo liberal.⁴⁵⁶ Portanto, podemos afirmar que o Direito está colonizado, é “o sistema de normas que regula ações, estabelecendo o que pode e o que não pode ser feito; cria obrigações e concede direitos de acordo com uma determinada visão de mundo”.⁴⁵⁷

Para Antônio Carlos Wolkmer,⁴⁵⁸ a cultura jurídica produzida na Modernidade é condicionada sob o engendramento da formação social burguesa, pelo desenvolvimento do capitalismo, pela justificação dos interesses liberais e individualistas e pela estrutura estatal centralizada. Nesse sentido, a cultura jurídica moderna é constituída a partir da ideia de que há uma prática jurídica dominante para cada período histórico e de que o Direito é o produto da vida organizada. Com efeito, no dizer de Wolkmer,⁴⁵⁹ o Direito Moderno é definido como o direito estatal, centralizado, escrito, previsível e normativo, cuja estrutura se concretiza por um conjunto de normas abstratas, pessoais, coercíveis e de teor geral, abstrato. Sua influência liberal-individualista concretiza-se no significado ideológico de ocultar a desigualdade real para estabelecer uma igualdade formal e aparente, a igualdade perante a lei.

No caso brasileiro, os diferentes povos indígenas haviam construído sistemas próprios de resoluções de suas controvérsias, que não estavam separados da religião, da cosmovisão e de regras morais. Do mesmo modo, os negros africanos traficados traziam consigo experiências jurídicas e relações sociais características de suas regiões. Segundo Wolkmer, nem os indígenas, nem os negros escravizados puderam contribuir à construção da formação jurídica brasileira. Enquanto os indígenas eram tratados como objeto de proteção, os negros escravizados, alijados de seus direitos, foram submetidos a uma condição servil e foram aculturados de modo tal que não lhes era permitido influenciar no pensamento jurídico brasileiro. Assim, a experiência desses povos não foi considerada na formulação daquilo que é reconhecido como “direito brasileiro”, suas experiências foram marginalizadas, restringindo a produção

⁴⁵⁶ SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade.** Orientador: Prof. Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2017, 160f, p. 13.

⁴⁵⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo. A colonialidade no Direito. **Empório do Direito.** Publicado em 07 de março de 2016a. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-colonialidade-no-direito>>. Acesso em 16 de junho de 2019.

⁴⁵⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

⁴⁵⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 27.

do conhecimento jurídico a um locus europeu (ou europeizado), a uma normativa oficial que implementava as condições necessárias para institucionalizar o projeto colonial.⁴⁶⁰

Como observamos, a experiência jurídica vivenciada no Brasil até a Proclamação República foi, eminentemente, a aplicação do direito português além-mar. O modelo de povoamento e as regras de administração foram importadas de outras experiências coloniais portuguesas: as capitanias já haviam sido usadas 100 anos da chegada dos portugueses ao Brasil nas outras possessões e se mostravam um empreendimento lucrativo;⁴⁶¹ as cartas forais deixavam sob domínio da Metrópole as regras para exploração;⁴⁶² o Governo Geral centralizava a administração da justiça nas determinações portuguesas;⁴⁶³ a regulação social foi feita pelo direito português, as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas foram aplicadas na colônia brasileira, como território português ultramarino, sem que houvesse qualquer alteração e/ou adaptação à realidade colônia.⁴⁶⁴

As leis aplicadas no Brasil eram formuladas em Portugal por portugueses.⁴⁶⁵ Os litígios eram resolvidos, em última instância, por tribunais portugueses e, mesmo os tribunais em território brasileiro podiam ter desembargadores de qualquer parte do Império.⁴⁶⁶ Isso ocorre porque, a burocracia no Brasil, assim como em Portugal e no resto de seu Império, é ordenada pelo Rei. Outros cargos seriam hereditários, como escrivães e tabeliães, que somente poderiam ser transmitidos a outra pessoa que não fizesse parte do descentes com a autorização monárquica.⁴⁶⁷ Assim, Wolkmer afirma que o processo colonizador “instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade

⁴⁶⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 46, 49

⁴⁶¹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, 91

⁴⁶² FERNANDES, Ernesto; RÉGO, Aníbal. **História do Direito Português**. Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941, p. 202-203

⁴⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 242-243

⁴⁶⁴ JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 197-242; MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

⁴⁶⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 43

⁴⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.

⁴⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 216-217

‘avançada’ sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal”.⁴⁶⁸ Dessa forma, os indígenas também foram “salvos” de sua própria ideia de justiça.

Nesse sentido, é importante situar a relação do Brasil com Portugal na perspectiva colonial. O direito português aplicado no Brasil colônia é o direito inserido na Modernidade. É no âmbito da lei moderna que os sistemas jurídicos contemporâneos à Modernidade são estabelecidos. Segundo Sparemberger,

[...] A relação entre o direito oficial e o direito tradicional da colônia foi de exclusão e não reconhecimento deste último. Não havia o reconhecimento de outro direito além do direito português. O direito que brotava das relações sociais existentes na colônia era ignorado pelo direito oficial português. A segunda expressão tem, de certa forma, ligação com a primeira. São os direitos dos povos indígenas que viviam no Brasil no tempo da colonização. Qualquer ideia de pluralidade foi totalmente desconsiderada pelo direito oficial português.⁴⁶⁹

Tampouco havia autorização para pensar, criar e saber o conhecimento jurídico em terras brasileiras. O Direito “brasileiro”, ou melhor, o Direito válido no Brasil, funciona de maneira sistemática e unificada em relação ao Império português. De um lado, porque não há uma “recepção” do Direito português, como indicaria David, ele é o direito imperial português; de outro, pois Portugal proibia a criação de universidades em suas colônias,⁴⁷⁰ todos eram formados na Universidade de Coimbra,⁴⁷¹ e, conseqüentemente, aplicavam e desenvolviam o direito português, o que inviabilizava a formação e o desenvolvimento de um direito eminentemente brasileiro. As leis portuguesas, assim, definiam o dever ser para todos, serviam de categorias de análise aplicáveis a qualquer realidade, sendo as únicas válidas.⁴⁷²

⁴⁶⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 45

⁴⁶⁹ SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direitos humanos e descolonialidade: uma leitura a partir da (anthropos)logia jurídica e formas “outras” de conhecimento. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. (Org.). **Pós-colonialismo, pesamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. 2 Ed. Santo Ângelo: FuRI, 2015, p. 99-111, p. 104.

⁴⁷⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 23

⁴⁷¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 215

⁴⁷² LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 8-23, p. 10

Mesmo quando houve a permissão, em 1827, de que fossem criadas as Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo,⁴⁷³ a produção do conhecimento jurídico seguia a premissa da colonialidade. O Decreto 7.247 de 1879 que reformou o ensino primário, secundário e superior reconhecia que o ensino seria livre, porém, estabelecia que as faculdades de direito deveriam orientar o ensino a partir do seguinte paradigma: “[o] estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos.”⁴⁷⁴ Em uma espécie de auto subordinação, o Direito brasileiro era colocado em uma condição de inferioridade em relação às produções legislativas das antigas metrópoles.

A aplicação do direito português durante esse largo período impôs “[...] uma enorme tradição jurídica, cuja pesada herança ainda pode ser vista debaixo da camada mais recente da cultura legal.”⁴⁷⁵ As Ordenações Filipinas, por exemplo, vigoraram no Brasil até 1916, ainda que o Código Comercial de 1850 regulasse questões de índole mercantil. O direito processual civil seguiu a linha colonial até a promulgação de 1850 com a promulgação do Decreto 737 de 1850⁴⁷⁶ que regulava os litígios comerciais. Os demais temas processuais civis, a despeito da promulgação de leis extravagantes, somente tiveram uma legislação e eminentemente pátria em 1973.

Diferentemente do afirmado por David, de que jamais teria “se levantou a possibilidade de repudiar essa tradição”,⁴⁷⁷ Wolkmer indica que práticas jurídicas informais não-oficiais eram comumente praticadas no Brasil, já que tanto algumas comunidades indígenas, quanto os quilombos cultivavam práticas jurídicas próprias,

⁴⁷³ ZIMMERMANN, Rafael. **Apontamentos sobre a história do direito no Brasil**. Revista Direito em Debate. N. 23. V. 41, 2014, p. 72-95

⁴⁷⁴ BRASIL. **Câmara**. Decreto No. 7.247, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario da Côrte e o superior em todo o Imperio. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020, artigo 23, parágrafo 25

⁴⁷⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 253

⁴⁷⁶ BRASIL. **Câmara**. Decreto No 737, de 25 novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no Processo Commercial. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/389155>> Acesso em 10 jan. 2

⁴⁷⁷ No original: Conforme las nuevas sociedades en América se fueron desarrollando, el derecho práctico se aproximó al derecho erudito: derecho doctrinal impartido en las universidades de América¹ y de la metrópoli y posteriormente, derecho incorporado en códigos redactados a imagen y semejanza de los códigos europeos. En ningún momento se planteó la posibilidad de repudiar esta tradición. (DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille. **Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos**. 11^a Ed. Ciudad de México DF: UNAM, 2010., p. 52)

o que, segundo ele contraria o “mito da centralização jurídica ocidental moderna, fundada na unicidade territorial de um Direito estatal e formal”.⁴⁷⁸ Para além de um possível pluralismo jurídico comunitário, o apagamento de experiências outras de formulações jurídicas no Brasil remete à discussões acerca da natureza daqueles que as produziam, da legitimidade e da capacidade jurídica que era negada tanto a indígenas, quanto a negros, quanto a mulheres.

A exclusão das experiências indígenas e negras na regulação das relações sociais no Brasil contribuiu para que o Direito brasileiro fosse, em realidade, o Direito português aplicado além-mar. A colonialidade do poder e a colonialidade do saber permitem compreender como a domínio institucional dos sujeitos e a centralidade de produção do conhecimento orientam projetos geopolíticos e subjetividades corpolíticas, incidiram sobre a formulação do direito brasileiro. Porém, o projeto religioso, moral e jurídico colonialista servia, também, para a institucionalização do controle, da desumanização, da violência e discriminação de indígenas e negros escravizados, servindo de meio para a “negar o outro”.⁴⁷⁹ Essa negação permitiria não apenas que o direito português pudesse ser a norma jurídica validamente reconhecida, como permitiria que os objetivos do empreendimento colonial fossem alcançados.

A **colonialidade do ser**, conceito desenvolvido por Nelson Maldonado Torres, está diretamente relacionada à experiência vivida pelo indivíduo colonizado.⁴⁸⁰ Além da raça, a matriz colonial do poder moderna impõe opressões baseadas no sexo e na localização geopolítica dos indivíduos. Dessa forma, são hierarquizados indivíduos por diferentes caracteres que lhes são intrínsecos, a colonialidade do ser, o que permitiu questionar se os indígenas possuíam alma. Bragato⁴⁸¹ afirma que a lógica da Modernidade estabelece um processo de desumanização, tornando possível sustentar que alguns indivíduos não sejam considerados plenamente humanos. A ausência de pertencimento, o “não-ser”, é a exata medida pela qual se impede que indivíduos que estão à margem dos pressupostos da colonialidade sejam

⁴⁷⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51

⁴⁷⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 55

⁴⁸⁰ MALDONADO-TORRES. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 396-443, p. 415-416.

⁴⁸¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 04, 2016, p. 1806-1823., p. 1807.

reconhecidos nas relações sociais, políticas⁴⁸² e até mesmo jurídicas. A colonialidade do ser permite a desumanização, justamente, dos indivíduos a quem a Modernidade nega o pertencimento.

Mignolo⁴⁸³ afirma que o ser humano não representa uma “entidade”, foi inventado. Trata-se de um imaginário da Renascença e do Iluminismo que procurava representar a “humanidade do humano” com a pretensão de universalidade, auto identificável. Para ele, a religião e raça, assim como sexualidade permitiam que alguém se identificasse como humano. No que toca à religião, humanos foram diferenciados de sarracenos, cananeus e pagãos. Na esfera sexual, homens foram diferenciados de mulheres, essas, entre elas, foram distinguidas entre mulheres necessárias (esposas que garantiriam a regeneração da espécie) e dispensáveis (as bruxas, inventadas por homens). Isso permitiu que quando os cristãos encontrassem terras, batizassem os indígenas e as terras. Com a inserção de escravos africanos na engrenagem colonial, foi necessário situar homem e humanidade em relação àqueles que a Bíblia não explicava: os habitantes das Índias Orientais tornaram-se *índios*; os africanos escravizados, *negros*, todos eles inferiores ao protótipo de humano, o *branco*. De acordo com ele, na América, o racismo se manifestava na esfera da religião, em relação àqueles que não tinham religião.

A ausência de pertencimento tanto justifica a pretensa superioridade europeia, quanto serve de aporte epistêmico para justificar a violência colonial e a destruição das culturas de indivíduos inferiores. É mecanismo que, por intermédio de pressupostos racistas, torna neutro qualquer discurso a fim de retirar a legitimidade epistêmica dos indivíduos negados pela Modernidade.⁴⁸⁴ Por questionar a humanidade do “outro” para que se promova a violação dos sujeitos colonizados, Maldonado-Torres afirma que a Modernidade é sustentada pela “não-ética da guerra”, um guia comportamental que os europeus aplicavam aos povos colonizados e que lhes permitia aplicar pressupostos éticos que permitiam a violência, a escravização, a guerra justa, e a inferiorização por conta de indivíduos por sua raça, crença, sexo.

⁴⁸² MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**. Universidad de Granada. No. 1, 2008, p. 3-22, p. 11

⁴⁸³ MIGNOLO, Walter D. Decolonial option. In: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis**. Durham: Duke University Press, 2018, p. 157-159

⁴⁸⁴ MALDONADO-TORRES. A topologia do ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 396-443, p. 437

Assim, qualquer indício de ameaça à ordem social instaurada pela colonialidade, permitiria que os europeus agissem como se em guerra estivessem.⁴⁸⁵

Os primeiros contatos entre colonizador português e colonizado são narrados como encontros pacíficos, marcados pela curiosidade de ambos, pela cooperação entre eles, tendo os indígenas contribuído à exploração do pau-brasil.⁴⁸⁶ Entretanto, interessada nas terras indígenas, a monarquia passou a fundamentar a escravização do gentio pela guerra justa. Essa justificção permitiu que mesmo após a abolição da escravidão indígena pelo Diretório Pombalino, os indígenas fossem escravizados e conquistados, para que suas terras fossem declaradas “devolutas” e, conseqüentemente, se tornassem terras da Coroa. Uma vez declara devoluta, a terra do indígena conquistado, escravizado, era favorecida ao colono “civilizado”, aos fazendeiros que seriam responsáveis por ensinar aos indígenas o trabalho agrícola e por convertê-los à fé católica.⁴⁸⁷ Por conta disso, Eloy Amado afirma que enquanto a “máquina colonial se enraizava no território, por meio de ações estatais e religiosas, expedientes normativos eram ‘fabricados’ no intuito de legitimar a posse de não indígenas, garantindo o ‘sucesso’ do empreendimento colonial”.⁴⁸⁸ Para Sartori Júnior, antes de ser um projeto de salvação, a catequese e a civilização eram medidas de coação, e violência, que permitiam submeter os indígenas aos trabalhos forçados tanto dos colonos, quanto das ordens religiosas, além de servir de meio de tomada de territórios.⁴⁸⁹

Não se trata, portanto, de uma expansão ou de uma recepção do direito português à colônia brasileira. Ao contrário do que afirma David, as colônias americanas não eram desabitadas e suas civilizações não estavam destinadas a

⁴⁸⁵ MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 127-167, p. 136-137, 139-140

⁴⁸⁶ VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997, p. 24, 33, 51; SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade**. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 61;

⁴⁸⁷ CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil: histórias, direitos e cidadania**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 99-104

⁴⁸⁸ ELOY AMADO, Luiz Henrique. **Vukápanavo: o despertar do povo Terena para seus direitos: movimento indígena e confronto político**. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Antropologia Social). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Museu Nacional. Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2019, p. 57

⁴⁸⁹ SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade**. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 62

desaparecer.⁴⁹⁰ A população indígena que estava na casa dos milhões quando da chegada dos portugueses, foi reduzida a menos de 900 mil indivíduos.⁴⁹¹ Mais de 5 milhões de negros africanos foram trazidos à força para o Brasil, parte deles morria antes do fim da viagem, e aqueles que sobreviviam eram submetidos a condições desumanas. Assim, o desaparecimento dessas populações e de suas experiências jurídicas não decorre de um suposto “destino”, mas do projeto colonial.

Para Gordon,⁴⁹² a colonização da América faz com que “surjam” novas pessoas que antes não existiam nas dinâmicas europeias. Para esses novos indivíduos há uma relação paradoxal: tornam-se indivíduos específicos e sua condição só existe naquele sistema. Um indígena, um negro, apenas será classificado como tal para aquele mundo europeu que se instaura, mas, ao mesmo tempo, não lhes é conferida a possibilidade de pertencer a este mundo. O surgimento do “não europeu” é o que também possibilita que os europeus definam a si próprios como superiores. Assim, a Modernidade podia “inferiorizar, por meio do conceito de raça, para dominar em nome de interesses econômicos e políticos”.⁴⁹³

O encontro entre europeus e indígenas impôs a necessidade de o Direito regular as novas relações sociais que dele se originavam, as relações entre europeus e os novos seres e o novo mundo que era descoberto. Era preciso uma “solução” capaz de justificar a expropriação do território e daqueles que nele se encontravam.⁴⁹⁴ Nesse contexto, transpor o Direito português e as práticas administrativas exitosas de outras empreitadas coloniais seria, a nosso ver, medida capaz de estabelecer o controle desse novo domínio.

Uma das primeiras justificativas à expropriação dos territórios descobertos na América foi o questionamento da humanidade, da alma, dos povos indígenas, o que permitiu que os colonizadores promovessem guerras justas contra os indígenas que

⁴⁹⁰ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

⁴⁹¹ SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade**. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 59

⁴⁹² GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017, p. 115

⁴⁹³ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 04, 2016, p. 1806-1823, p. 1814

⁴⁹⁴ BARRETO, José-Manuel. Imperialism and decolonization as scenarios of human rights history. In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and international law**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140-171, p. 144-145;

não se adequassem aos ditames coloniais e não se convertessem ao catolicismo.⁴⁹⁵ Wallerstein⁴⁹⁶ afirma que a política de exploração contou com quatro pilares de defesa: a irracionalidade indígena, que os reconhecia como bárbaros, iletrados, incapazes de aprender; a guerra justa que fundamentava toda a violência quando os indígenas não aceitavam a subjugação europeia e não “respeitavam a lei divina”⁴⁹⁷; o salvacionismo e o mito do fardo heroico europeu; e a evangelização cristã.

Ao longo dos ciclos econômicos da colônia, como a extração de minérios, a exploração de cana de açúcar, de café, os indígenas foram submetidos à escravização, permitida pelas legislações então vigentes (Ordenações Manuelinas e Ordenações Afonsinas) e somente proibida em 1831.⁴⁹⁷ A escassez de mão de obra e a busca por maiores lucros na produção de açúcar estimulou o saques de negros africanos e sua escravização. Submetidos a condições degradantes de vida e trabalho, todas legitimadas pelo ordenamento jurídico então vigente, os escravos africanos eram castigados fisicamente, e considerados propriedade dos senhores de engenho.⁴⁹⁸ Segundo Wolkmer,⁴⁹⁹ a escravização de negros africanos era justificada religiosa, moral e juridicamente, enquanto um projeto cristão-colonialista, de modo que o direito vigente à época conferia fundamento e legitimação às normas de escravidão. O critério raça e a hierarquização da divisão internacional do trabalho fundamentou que o lugar que deve ser ocupado pelos negros africanos é a lugar de escravizados.⁵⁰⁰

Dos três grupos étnicos que constituíram nossa nacionalidade, somente a do colonizador português trouxe influência dominante e definitiva à nossa formação jurídica. Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os

⁴⁹⁵ SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade.** 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 45

⁴⁹⁶ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder.** Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 33-34

⁴⁹⁷ SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade.** 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 61-62

⁴⁹⁸ FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 51; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26 Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 48

⁴⁹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 55

⁵⁰⁰ QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como Concepto, o América en el Moderno Sistema Mundial. **Revista Internacional de Ciencias Sociales.** Vol. XLIV, no. 4, 1992, p. 583-591, p. 585

nativos não conseguiram impor seus "mores" e suas leis, participando mais "na humilde condição de objeto do direito real", ou seja, objetos de proteção jurídica.

A política indigenista demonstra a condição dos indígenas enquanto objeto. A colonização "uniformizou" as diferentes matrizes e identidades culturais dos indígenas; após a chegada de portugueses e espanhóis na América, todos tornaram-se "índios", reafirmando o eixo da diferença colonial, que não se importava entre os colonizados, mas apenas as diferenças entre eles e os colonizadores. A assimilação dos indígenas perdurou durante praticamente todo o período colonial; através dele, se fundamentava a guerra justa e as práticas de violência empreendidas contra as populações indígenas, e se pregava a necessidade de convertê-los à fé católica. O integracionismo ascendeu no final do século XIX, com a República e fundamentado nos ideais iluministas; tratava os povos indígenas como membros de um grupo "inferior" na história da humanidade e que deveria ser gradualmente integrado à sociedade; buscava-se protegê-los, pacificá-los e integrá-los a sociedade moderna a partir de instituições e premissas eurocêntricas.⁵⁰¹

Diferentemente, em relação ao negro africano, não havia o discurso de tutela. Os escravos eram considerados propriedade de seus senhores, o que acentuava sua objetificação. Abdias do Nascimento afirma que "a aristocracia colonial portuguesa e todo o grupo colonizador do Brasil foram incondicionalmente racistas e trataram os africanos escravizados como se destituídos fossem de qualquer humanidade [...]".⁵⁰² No Brasil, a substituição do escravo era mais barata que em outras colônias, devido à proximidade das rotas de tráfico, o que fazia com que as condições de vida dos negros escravizados no Brasil fossem mais degradantes e violentas do que em outras, já que o escravo tornava-se um objeto facilmente substituível.⁵⁰³ O tráfico e a escravização do povo negro africano foi considerado por Dussel "segundo holocausto da Modernidade", iniciado em 1504, em Santo Domingo, e intensificado após 1520, com o fim do ciclo do ouro e o início do ciclo do açúcar, desenvolvido mediante o trabalho de escravos trazidos para viver e morrer nos engenhos para que se mantivesse o valor

⁵⁰¹ SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal: análise da tese do "marco temporal da ocupação" sob a perspectiva da colonialidade.** 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017, p. 55-67

⁵⁰² NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista.** 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2019, [s/p]

⁵⁰³ NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista.** 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2019, [s/p]

original do capital.⁵⁰⁴ Na colônia portuguesa, esses escravos perdiam a condição de humanidade, de um lado por que eram objetificados, açoitados e escravizados; de outro por que o Direito não lhes reconhecia a cidadania e tampouco a condição de sujeito de direitos.

As mulheres também foram sujeitadas pela colonialidade do ser, retirando-as a condição de sujeito e, em algumas circunstâncias, conferindo-as a posição de “objeto” a ser tutelado pelo Direito. Conforme Ochy Curiel⁵⁰⁵ e María Lugones,⁵⁰⁶ embora Quijano situe a raça como critério que determina a posição de um indivíduo na divisão sexual internacional do trabalho, apenas menciona sua relação com sexo e sexualidade, e o restringe a categorias binárias, não estabelecendo como o gênero influenciou na dominação colonial e no apagamento de sujeitos. Para Lugones, a intersecção entre raça, gênero e sexualidade fez com que a colonialidade atingisse de modo diferente as mulheres: as colonizadas, isto é, as não brancas foram desprovidas de qualquer poder. No projeto colonial, os “homens” seriam os brancos, heterossexuais, burgueses; as “mulheres” as brancas, heterossexuais, burguesas; o “negro” seria o macho heterossexual negro; a mulher negra e a mulher indígena, e ainda a mestiça, não encontrariam lugar e reconhecimento nessa sociedade.⁵⁰⁷

Segundo Curiel, a tese de que a homogenização cultural melhoraria as raças da América e da África, transformou as “mujeres de color”, em suas palavras,⁵⁰⁸ em um instrumento, objeto, para satisfação sexual do colonizador. Elas eram reduzidas a papéis de reprodutoras de escravos, amas de leite, objeto sexual de seus senhores, força de trabalho do sistema escravista. Igualmente, Karina Bidaseca⁵⁰⁹ compreende que com a chegada dos europeus na América cria-se uma nova categoria, “novas subalternas”. Lugones⁵¹⁰ sugere a existência de uma “colonialidade do gênero”, já que,

⁵⁰⁴ DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p.162

⁵⁰⁵ CURIEL, Ochy. Críticas poscolonial desde las políticas del feminismo antirracista. **Nómadas** (Col.). N. 26, Bogotá, 2006, p. 99-101

⁵⁰⁶ LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 73-101, p. 79

⁵⁰⁷ LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 73-101, p. 78

⁵⁰⁸ CURIEL, Ochy. Críticas poscolonial desde las políticas del feminismo antirracista. **Nómadas** (Col.). N. 26, Bogotá, 2006, p. 99-101, p. 98

⁵⁰⁹ BIDASECA, Karina. Afrodescendencia. Aproximaciones contemporáneas de América Latina y el Cabire. **Colección de ensayos del Centro de Información de las Naciones Unidas para México, Cuba y Rca. Dominicana, en el marco del Año Internacional de los Afrodescendientes**. ONU, México, 2012. p. 40-50

⁵¹⁰ LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 73-101, p. 85-87

segundo ela, a colonização impôs uma organização do sexo e do gênero que também seguia os padrões eurocêntricos, introduzindo diferenças de gênero onde antes não havia. Assim, transcende a posição de Quijano, ao entender que o gênero não era princípio organizador de muitas comunidades da América, algumas eram matriarcais, mas se tornou após a colonização.⁵¹¹ No mesmo sentido, Rita Segato⁵¹² compreende que embora algumas sociedades indígenas e afro-americanas se organizassem sob uma estrutura patriarcal, a Modernidade as acentou, pois teria havido uma “superinflação” do papel do homem na sociedade colonial.

A “Mulher” (Woman), enquanto criação cultural e ideológica eurocêntrica, construída através de discursos literários e jurídicos, irá diferir daquelas “mulheres” (women), sujeitos históricos que não estão *locus* hegemônico, que se encontra nas colônias. A “Mulher” hegemônica é a autorizada pelo discurso humanista ocidental, levando à falaciosa ideia de que todas as mulheres sofreram e sofrem as mesmas opressões.⁵¹³ Nesse contexto, “mulheres de pele escura”, no dizer e compreensão de Spivak,⁵¹⁴ se tornam também mero objeto de necessária proteção, pois cabe ao homem branco, salvá-las dos homens de pele escura e delas próprias, lhes tolhendo a capacidade ser considerada racional para livremente decidir.

A experiência colonial no Brasil também colocou as mulheres na condição de “objeto”. As mulheres brancas eram objeto de proteção, deveriam casar e gerar os futuros herdeiros da colônia, tinham suas vidas orientadas pelos ditames da Igreja e do sistema familiar patriarcal, estando seus maridos autorizados a assassina-las em caso de adultério, conforme o Livro V das Ordenações Filipinas.⁵¹⁵ As mulheres negras e as indígenas sequer eram tuteladas pelo direito. A elas, o sistema jurídico colonial lhes conferiu o lugar de exploração sexual e serviçal.

⁵¹¹ LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 73-101, p. 87

⁵¹² SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves da leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. Epistemologias feministas: ao encontro da crítica radical. **E-cadernos CES**. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. N. 18. Coimbra, 2012. p. 106-131.

⁵¹³ MOHANTY, Chandra Talpade. Power, Representation and Feminist Critique Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses. In: MOHANTY, Chandra Talpade; RUSSO, Ann; TORRES, Lourdes. (Ord.). **Third World women and the politics of feminism**. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 1991, p. 51-80

⁵¹⁴ SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 91, 93-98, 101-111

⁵¹⁵ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3pa730.htm>>. Acesso em 10 jan. 2020, Livro V, Título XXXVIII

As mulheres indígenas foram as que primeiro estiveram sob o olhar julgador do homem branco europeu sob seus corpos. A nudez era tema alarmante entre os portugueses e que fora narrada tanto por Pêro Vaz de Caminha,⁵¹⁶ quanto por Manuel da Nobrega.⁵¹⁷ A preocupação com a nudez das mulheres indígenas foi observada nas regulações jurídicas da colônia. O Diretório Pombalino, por exemplo, condenava a nudez, especialmente das mulheres indígenas, “não consentindo de modo algum, que andem nus, especialmente as mulheres em quase todas as Povoações, com escândalo da razão e horror da mesma honestidade.”⁵¹⁸ As indígenas também foram tidas como objetos a serem salvas. Manuel da Nobrega sugerira que as mulheres fossem enviadas a Portugal, para que lá cassassem e para evitar que os homens mantivessem relações não monogâmicas, demonstrando a intenção de “salvar” as almas que viviam em pecado na colônia.⁵¹⁹ No projeto colonial, as indígenas também seriam objeto de escravização e obrigadas a manter relações sexuais com portugueses e promover o povoamento do território.

Lélia Gonzales afirma que as mulheres negras permitiram condições de vida mais amenas às mulheres brancas, pois a algumas escravas eram conferidas tarefas domésticas e a criação dos filhos dos senhores, ao mesmo tempo em que tinham de amparar seu companheiro escravo, de sofrer os castigos e de compartilhar a senzala com os outros escravos e escravas. A escrava também deveria servir aos desejos sexuais do homem branco. Essa mulher deveria ser “ocultada, recalcada, tirada de cena.”⁵²⁰ Além disso, essas mulheres eram culpadas, pela Igreja, pela depravação na colônia.⁵²¹

Entendemos que essa condição está diretamente vinculada à influência da colonialidade na fundamentação do Direito, e da fundamentação dos direitos

⁵¹⁶ VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997

⁵¹⁷ NÓBREGA, Manuel da. **Nesta terra há um grande pecado**. 1549. Disponível em: <<https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵¹⁸ BRASIL. **Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará, e Maranhão, enquanto Sua Majestade não mandar o contrário**. Disponível em: <http://leamad.fflch.usp.br/sites/leamad.fflch.usp.br/files/2018-04/Diretorio_dos_indios_de%29_1757.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020, artigo 15

⁵¹⁹ NÓBREGA, Manuel da. **Nesta terra há um grande pecado**. 1549. Disponível em: <<https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵²⁰ GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**. ANPOCS, 1984, P. 223-244

⁵²¹ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003, p. 51

humanos/fundamentais. Para a narrativa modera, Locke⁵²² estabelece a relação necessária para o processo de regulação do sistema mundo pelo direito. O autor fundamenta a propriedade enquanto um direito natural, o qual, ironicamente, apenas pode ser exercido por indivíduos que detenham legitimidade por serem dotados de razão. Essa condição de “ser racional” para ter direito ao gozo da propriedade será vista no processo de colonização e de hierarquização de indivíduos. A racionalidade é, portanto, o elemento capaz de estabelecer se um indivíduo é, ou não, sujeito de direitos. Contudo, a retórica tem em si um caráter excludente, a busca por restringir o pleno de exercício de direitos àqueles indivíduos negados pela Modernidade.⁵²³ Quando dizemos que ser racional é ser sujeito de direitos, estamos dizendo, implicitamente, que aqueles que não são racionais, não são sujeitos de direito de direito. Assim, é possível negar a esses sujeitos as condições mais básicas de existência.⁵²⁴

Sob a lógica da Modernidade o “ter direitos” passa a estar condicionado não só ao critério “ser proprietário”, como também a questões de raça. Quando a colonialidade estabelece um *locus* pretensamente neutro e universal para enunciar conhecimentos e direitos, está criando um “sujeito de direitos” pretensamente universal que é encoberto para manter aspirações geopolíticas racistas e excludentes.⁵²⁵ A partir dessa tentativa de universalidade, além de controlar quem tem acesso ao conhecimento, a colonialidade controla quem é capaz de enunciá-lo.⁵²⁶

O sujeito de direitos, assim como o sujeito enunciador do conhecimento e o sujeito reconhecido pela Modernidade são todos o mesmo: o europeu, homem, branco, burguês, cristão, heterossexual.⁵²⁷ Toda a vez que um indivíduo se afasta

⁵²² LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 36.

⁵²³ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005, p. 117-142, p. 129;

⁵²⁴ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005, p. 117-142, p. 129

⁵²⁵ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 459

⁵²⁶ MIGNOLO, Walter. Who Speaks for the “Human” in Human Rights? In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and international law**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 44-64, p. 51

⁵²⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 04, 2016, p. 1806-1823, p. 1809-1810

dessas características, cada vez mais, deixa de ser sujeito de direitos. O Direito é instrumento não apenas de opressão, mas de expansão e consolidação do colonialismo. Também é instrumento de invisibilização jurídica e epistêmica de indivíduos.⁵²⁸ Para Douzinas,⁵²⁹ é por intermédio do Direito, e do conceito de direitos que se determina o fundamento e se logram os pressupostos da Modernidade.

O Direito servia de fundamento à desumanização desses grupos, a partir de fundamentos como “guerra justa”, não reconhecimento da humanidade, da negação da condição de sujeito e da objetificação, foram criadas leis que autorizavam os tratamentos desumanos. A título de exemplo, destacamos a Lei de 20 de março de 1570 que reconheceu que os indígenas deveriam ser livres, exceto aqueles sujeitos à “guerra justa”; as Ordenações Manuelinas e Filipinas que permitiam a escravização dos indígenas; o Alvará de 29 de março de 1549 autorizava a escravização de negros africanos da Guiné e da Ilha de São Tomé para trabalharem nos engenhos; a Carta Régia de 25 de março de 1559 que permitia o pagamento de escravos vindos do Congo; as Ordenações Manuelinas e Filipinas que embora tratassem da posse sobre os escravos, regulavam o modo de devolução dos fugitivos, os casos de nulidade de venda de escravos doentes, penalizavam aqueles que ajudavam escravos fugitivos, ambas impunham a obrigação de batizar o escravos tão logo chegassem ao Brasil; o Alvará de 20 de fevereiro de 1696 que proibia que as escravas vestissem determinados tecidos (seda, cambraia, Holanda, renda); o Alvará de 3 de março de 1741 que mandava marcar com a letra “F” a ferro quente as costas dos escravos fugitivos; a Lei de 24 de janeiro de 1756 que punia os escravos que andassem com faca; a Lei número 4 de 10 de junho de 1835 que previa as penas de açoite e a pena de morte aos escravos que ofendiam ou agrediam seus senhores ou companheiros; a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas reconhecia os escravos como bens móveis, tal como semoventes;⁵³⁰ o Código Penal de 1830, cujo artigo 60 estabelecia penas cruéis aos escravos.⁵³¹ Assim, embora a Modernidade europeia buscasse fundamentos de emancipação racional para emancipar certos grupos, a

⁵²⁸ ARAÚJO, Sara. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. **Sociologias** [online], v.18, n.43, 2016, p.88-115, p. 111.

⁵²⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 248

⁵³⁰ BANDECCHI, Brasil. Legislação básica sobre a escravidão africana no Brasil. **Revista de História USP**. V. 44. N. 89, 1972, p. 207-213

⁵³¹ BRASIL. **Planalto**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

colonialidade correspondente ao tratamento aos indivíduos colonizados, era justificada por uma prática irracional de violência que via naquele que não se submetia ao domínio europeu a culpa pelo tratamento desumano.⁵³²

A autorização do direito brasileiro ao processo de desumanização apontava para os processos de desumanização a nível discursivo e prático, denunciados por Bragato, aos quais certos seres humanos são submetidos e que permitiu, a partir da conquista da América, a violação seletiva de direitos. A partir do reconhecimento seletivo de quais homens possuíram “direitos inatos”, os europeus puderam restringir esse grupo, violando direitos daqueles que se encontravam no além-mar. A prática discursiva que restringia os sujeitos de direito, não contemplando homens e mulheres negros e indígenas, seguindo a lógica da colonialidade, de violência permitida pelo não reconhecimento da humanidade e pela crença de que esses indivíduos seriam inferiores.⁵³³ Além dos conceitos de Direito e de sujeito de direitos, a colonialidade condiciona conceitos derivados, como justiça. Nesse sentido, é preciso retomar, conforme alerta Gonzalo Gonsalves que

[o] fato de que a concepção de justiça esteja determinada pela histórica dos povos e por sua própria subjetividade, nos remete a que a justiça não tem um caráter universal e tampouco a-histórico. A concepção de justiça é um processo permanente de constituição em base às formas em que se desenvolvem as práticas jurídicas, ao como se estruturam as instituições e ao como se vão se transformando os problemas gerais formulados pela ciência jurídica em determinado território e momento histórico.⁵³⁴

O conceito de Direito fundado na razão como critério para que um indivíduo faça parte da humanidade teve papel fundamental na formação do sujeito de direitos, mas falhou enquanto critério universal de determinação do “ser humano”, porque

⁵³² BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 04, 2016, p. 1806-1823

⁵³³ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 04, 2016, p. 1806-1823, p. 1807-1808, 1811

⁵³⁴ No original: “El hecho de que la concepción de la justicia esté determinada por la historia de los pueblos y por su misma subjetividad, nos remite a que la justicia no tiene un carácter universal y menos ahistórico. La concepción de justicia es un proceso permanente de constitución en base a las formas en que se van desarrollando las prácticas jurídicas, a cómo se estructuran las instituciones y a cómo se van reconceptualizando los problemas generales planteados por la ciencia jurídica en determinado territorio y momento histórico (GONSALVEZ, Gonzalo. **Descolonización de la justicia**. Justicia indígena originaria campesina. La Paz, 2011. Disponível em: <<http://pdba.georgetown>>. Acesso em 20 jan. 2020)

desvelou as diferenças que pretendia homogeneizar.⁵³⁵ Mesmo após a independência do Brasil, a titularidade de direitos foi negada a indígenas, negros e mulheres. A Constituição de 1824 classificava os cidadãos como ingênuos e libertos,⁵³⁶ mas não contemplava escravos e tampouco reconhecia direitos a mulheres,⁵³⁷ mantendo a estrutura oligárquica patriarcal. Os negros permaneceriam escravizados até a Lei Imperial 3.353 de 1888. O Código Civil de 1916 considerava os indígenas como relativamente incapazes.⁵³⁸ As mulheres apenas tiveram direito à voto com o Decreto 21.076 de 1932.⁵³⁹

A resposta ao processo de desumanização e ao apagamento de experiências de regulação normativa constitui em diferentes formas de resistência. A luta pela libertação dos negros africanos encontrou nos quilombos um local capaz de permitir a organização, a resistência sob um regime jurídico comunitário, com práticas de convivência que dirimiam atritos e confrontos sociais,⁵⁴⁰ que apontam para o repúdio à imposição da regulação colonial portuguesa. Nascimento⁵⁴¹ examina a formação dos quilombos e as insurreições de escravos durante o período colonial. Para ele, quando os escravos formaram a sociedade secreta OGBNI entre 1807 e 1809, deram início a revoltas e levantes contra as práticas coloniais e que eram violentamente reprimidos. Nesse cenário, os quilombos eram estruturas onde os escravos buscavam abrigo, podiam planejar as revoltas e estabelecer suas próprias formas de convivência e produção onde “reproduziam a tradição africana do comunitarismo agrícola.”; os quilombos eram meio para que os escravos e as escravas, livres da exploração pela fuga pudesse organizar a própria existência.

⁵³⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1, jan.-abr., 2014, p. 201-230, p. 216.

⁵³⁶ BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020, Artigo 6

⁵³⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 289-290; CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: um longo caminho. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 29-30

⁵³⁸ BRASIL. **Planalto**. Lei No 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵³⁹ BRASIL. **Câmara**. Decreto No 21.076 de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 10 jan. 2020, Artigo 6

⁵⁴⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 56

⁵⁴¹ NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo**: documentos de uma militância pan-africanista. 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2019, [s/p]

As revoltas e os movimentos de insurreição, como a Inconfidência Mineira, a Conjuração Baiana, a Cabanagem, a Balaiada, a Sabinada, foram, cada uma a sua maneira, respostas ao autoritarismo e repressão portuguesa e imperial. Para Ribeiro, buscavam “uma reordenação da sociedade que, rompendo com a trama constritiva da dominação colonial e com a estreiteza da ordenação colonial classista interna, abrissem ao povo melhores condições de desempenho na civilização emergente”.⁵⁴² Por exemplo, a Inconfidência Mineira, embora fosse uma revolta da classe alta e da elite letrada, propunha um projeto alternativo ao colonial e à coordenação da sociedade, em que a sociedade brasileira se estruturaria aos moldes da estadunidense, aboliria a escravidão, decretaria a liberdade de comércio e promoveria a industrialização.⁵⁴³ A Cabanagem foi marcada pela sublevação de populações rurais e urbanas, no Pará e no Amazonas, que inicia como um movimento anticolonialista, e transforma-se em uma revolução republicana e separatista que buscava “dar cabo de tudo quanto for branco”; disputava a etnia nacional, propondo uma nova nação, a dos “cabanos” que não eram nem índios, nem negros, nem portugueses, nem brasileiros; propunha uma forma de “estruturação do povo brasileiro gestado entre os índios destribalizados da Amazônia”.⁵⁴⁴ Na Balaiada, os escravos negros, os balaios, se revoltaram contra a produção de algodão e lutavam contra a ordem social que os fazia “escravos”.⁵⁴⁵

Segundo Dussel, entendemos que é possível **descolonizar** ao enxergar a Modernidade a partir do “outro” encoberto, reconhecendo a existência de um lado oculto da Modernidade, o das vítimas do colonialismo. Ao negar o mito da Modernidade, buscamos superar a retórica da emancipação, da libertação, do desenvolvimento, da civilização que a encobre. Somente assim poderemos compreender o papel da América Latina, da face dominada, explorada, oculta da Modernidade, assim como dos indígenas, dos negros africanos escravizados, das mulheres, na Modernidade.⁵⁴⁶ Entendemos que somente uso de lentes descoloniais nos

⁵⁴² RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 378

⁵⁴³ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 319

⁵⁴⁴ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 319

⁵⁴⁵ RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 321

⁵⁴⁶ DUSSEL, Enrique. **1492: O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 24; DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In:

permite enxergar a existência de sociedades outras na dinâmica da modernidade, aquelas consideradas “incivis”, e de que maneira o Direito impede, a partir de pressupostos universais, que determinados grupos façam parte da sociedade civil.

Nesse sentido, Mignolo afirma que descolonizar o saber e o ser, entidades, permite saber e ser, ação, de forma antes impedida pela colonialidade. Essa seria a tarefa principal da descolonialidade, enquanto “tomar o Estado” seria a tarefa principal da descolonização.⁵⁴⁷

A ação e o pensamento descoloniais pretendem a desvinculação dos pressupostos epistêmicos eurocêntricos, consolidados no Renascimento e no Iluminismo, e que influenciam todas as áreas do conhecimento.⁵⁴⁸ Nesse sentido, Nelson Mandonado-Torres⁵⁴⁹ cunhou a expressão “giro descolonial”, correspondente ao movimento de resitência à Modernidade e à Colonialidade. Para ele, o giro descolonial procura representar tanto o projeto de transformações sistemática dos pressupostos da Modernidade, quanto para expressar a mudança de perspectiva das práticas e formas de conhecimento dos sujeitos colonizados. O giro também busca reconhecer todo o ser humano enquanto membro rela da comunidade política.

Pazello, em uma leitura sobre a obra de Quijano, afirma que o direito pode ser entrevisto sob o paradigma das formas, de maneira que o colonialismo, distinto da colonialidade,⁵⁵⁰ faz preponderar aspectos políticos e formais no bojo da institucionalidade; de outro lado, a colonialidade é a forma social. Nesse sentido, “o direito é, então, elemento do controle, principalmente, de autoridade, mas seus significados são subjacentes todas as demais relações de poder.”⁵⁵¹

A colonialidade é a marca definidora dos mecanismos de implementação e controle das leis. Essa marca explica por que o direito oficial reproduz as assimetrias

LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 31.

⁵⁴⁷ MIGNOLO, Walter D. Decolonial option. In: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis.** Durham: Duke University Press, 2018, p.136

⁵⁴⁸ MIGNOLO, Walter D. Decolonial option. In: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. **On decoloniality: concepts, analytics, praxis.** Durham: Duke University Press, 2018, p.110

⁵⁴⁹ MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 127-167, p. 160-162)

⁵⁵⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos.** v. 19, n. 1, jan.-abr., 2014, p. 201-230, p. 207

⁵⁵¹ PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito.** 2014. 545 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 88.

das relações de poder. Considerar a colonialidade presente no Direito implica compreender a existência de estratégias forçadas na aplicação de determinadas leis em detrimento de outras ou, mais ainda, na apreensão do direito por uma lógica de invisibilidade alicerçada no racional-individualismo moderno. De acordo com Fernanda Bragato,

[é] justamente o fato de a racionalidade ser considerada a última ratio dos direitos humanos, o que explica como foi possível a constituição do universo colonial em que determinados seres da espécie homo sapiens puderam ser escravizados, discriminados, exterminados, oprimidos justamente por quem construía o discurso humanista em suas terras. Explica, ainda, a própria contradição entre a retórica das declarações modernas de direitos, segundo a qual todos nascem livres e iguais, e o fato de não terem sequer pretendido garantir uma vida em igualdade de condições a todos os seres humanos e em todas as partes do mundo.⁵⁵²

Assim, tomamos o entendimento de Boaventura de Sousa Santos⁵⁵³ para descolonizar o Direito. Entender que o Direito possui linhas abissais que separa o conhecimento aceito do não aceito, o legítimo do não legítimo, nos possibilita ver que também o Direito é influenciado pela Colonialidade. De um lado, está sua construção e fundamentação racional, o “Direito legítimo”; de outro, aquilo que embora produzido em conformidade com o Direito, não é reconhecido como parte do sistema jurídico, excluindo conhecimentos camponeses, populares, indígenas, trata-se do “não Direito”. Ainda Boaventura⁵⁵⁴ indica que a ecologia dos saberes permite um pensamento “pós abissal” que reconhece a diversidade epistêmica, a pluralidade de formas de conhecimento. Requer admitir que existem diferentes formas de conhecimento e conceitos da sociedade, do Direito. Optar pela ecologia dos saberes implica “a comparação entre o conhecimento que está a ser apreendido e o conhecimento que nesse processo é esquecido e desaprendido.”⁵⁵⁵

⁵⁵² BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1, jan.-abr., 2014, p. 201-230, p. 222.

⁵⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83, p. 31-35.

⁵⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83,, p. 54-65

⁵⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83, p. 56

3.2 A regulação colonial da liberdade de associação no Brasil

Neste subcapítulo, nosso objetivo específico é compreender como o Direito brasileiro regulou e regula a liberdade de associação pelo uso de marcadores de colonialidade. Acreditamos que isso é essencial à realização do nosso objetivo geral, eis que indicam limites que não podem ser enxergados a partir de uma epistemologia moderna. Nesse sentido, como resultado, apresentamos a regulação colonizada da liberdade de associação.

Dividimos o subcapítulo em duas seções. Na primeira, partimos de matriz metodológica descolonial formulada por Martins e Benzaquen⁵⁵⁶ para analisar a regulação da liberdade de associação no Brasil. Buscamos padrões entre os textos e marcadores de colonialidade do poder, do saber e do ser.

Na segunda, a partir do diálogo com autores do grupo Modernidade/Colonialidade, detalhamos os padrões de influência da colonialidade na regulação do direito fundamental à liberdade de associação no Brasil: a pretensão de universalidade dos seus sujeitos e dos valores dos direitos fundamentais, a sua extensão, sua garantia de não-intervenção e seus limites civis.

3.2.1 Análise da face oculta

Coletamos e organizamos os textos constitucionais de forma a constituir um corpo de análise exaustivo, pela não omissão de qualquer parte; representativo, pela qualidade das partes em relação ao todo; homogêneo, em relação ao tema, às técnicas de coleta, e aos indivíduos; pertinente, pela adaptação das partes à resposta do problema de pesquisa; e exclusivo, pela classificação de um elemento por categoria.⁵⁵⁷ Dividimos o texto bruto em trechos e reagrupamos em categorias significativas previamente estabelecidas, para que, a partir da frequência com que certas características surgem, sejam identificadas tendências e padrões relevantes, buscando-se uma compreensão em nível de abstração mais elevado.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ MARTINS, Paulo Henrique; BENZAQUEN, Júlia Figueiredo. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. **Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, Recife, Vol. II, N. 11, 2017, p. 11-31. p. 22

⁵⁵⁷ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**, 1ª Edição, 3ª Reimpressão. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

⁵⁵⁸ LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. **Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas**. 1ª Edição São Paulo: EDU, 1986. p. 45.

Partimos da matriz metodológica descolonial formulada por Martins e Benzaquen,⁵⁵⁹ capaz de organizar informações teóricas e práticas sobre os fundamentos do objeto em análise. Nas palavras dos autores, trata-se de uma forma de imaginação sociológica e política que visa conhecer as condições de possibilidade da esperança e definir princípios de ação que promovam a realização dessas condições. Entendemos o uso da matriz metodológica para estudos descoloniais como um exercício de prática na teoria e de teoria na prática.

Os autores utilizam para a construção de marcadores descoloniais o conceito de “colonialidade” de Quijano. Com o suporte de outros autores descoloniais, desdobram a colonialidade em três: a colonialidade do poder, o estabelecimento de hierarquia das raças e a imposição do domínio institucional de uns sujeitos (europeus/brancos/burgueses) sobre outros (não-europeus/não-brancos/não-burgueses); a colonialidade do saber, o estabelecimento de hierarquia dos conhecimentos e a assunção de neutralidade e universalidade epistemológica de um saber sobre os demais; e a colonialidade do ser, o estabelecimento de hierarquia por elementos intrínsecos aos sujeitos, além da raça (branco, negro, indígena), o sexo (masculino ou feminino).

Para Martins e Benzaquen, os marcadores são “dispositivos simbólicos, morais, estéticos e cognitivos que são mobilizados na dinâmica de reprodução dos sistemas sociais, não sendo fixos, mas flutuantes de acordo com a perspectiva analítica”.⁵⁶⁰ Por isso, alertam para o fenômeno da mediação e seu potencial de ambivalência sobre a operacionalização do sistema. A mediação permite a significação e ressignificação desses marcadores por sujeitos distintos. Por exemplo, o marcador “raça” foi utilizado por colonizadores “brancos” para inferiorizar os “não-brancos”, significação, mas pode ser utilizado, ressignificação, por movimentos negros e indígenas para legitimar sua ação política. Entretanto, o impacto potencialmente ambivalente de um marcador determina seu significado pela face pela qual é visto. Como exemplo nosso, o marcador “religião” pode significar simultaneamente “ópio do povo” ou “libertação do povo”.

⁵⁵⁹ MARTINS, Paulo Henrique; BENZAQUEN, Júlia Figueiredo. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. **Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, Recife, Vol. II, N. 11, 2017, p. 11-31. p. 22

⁵⁶⁰ MARTINS, Paulo Henrique; BENZAQUEN, Júlia Figueiredo. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. **Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, Recife, Vol. II, N. 11, 2017, p. 11-31. p. 24

Ainda para os autores,⁵⁶¹ os marcadores são definidos por meio de estruturas mais ou menos fixas, assim, marcadores como raça, patriarcalismo, meio ambiente, sexualidade, consumo são ressignificadas permanentemente de acordo com as exigências da crítica teórica e das particularidades dos casos estudados. Para nós, trata-se de um louvável exercício acadêmico de adequar a teoria à prática e não o contrário. Por isso, não há preocupação em criar entre esses marcadores hierarquias morais ou cognitivas, proporcionando uma análise multidimensional e interativa do objeto, acionados a depender do objeto.

Realizamos a análise do conjunto de textos constitucionais selecionados sobre a regulação da liberdade de associação no Brasil em busca de marcadores de colonialidade. Sabemos que nem sempre os marcadores de colonialidade presentes nos textos normativos são “visíveis a olho nu”. Assim, adotamos ferramentas de análise para a garantia de conclusões úteis à compreensão descolonial e à ação descolonizadora. Lemos os textos normativos em busca de marcadores de colonialidade do poder; de colonialidade do saber; e de colonialidade do ser. Os textos, finalmente, selecionados foram:

a) a Constituição da República de 1891, cujo texto estabelece:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 8º A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.⁵⁶²

b) a Constituição de 1934, cujo texto estabelece:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁵⁶¹ MARTINS, Paulo Henrique; BENZAQUEN, Júlia Figueiredo. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. **Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, Recife, Vol. II, N. 11, 2017, p. 11-31. p. 25

⁵⁶² BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.⁵⁶³

c) a Constituição de 1937, cujo texto estabelece:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes;⁵⁶⁴

d) a Constituição de 1946, cujo texto estabelece:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.⁵⁶⁵

e) a Constituição de 1967, cujo texto estabelece:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.⁵⁶⁶

f) a Constituição de 1988, cujo texto estabelece:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵⁶³ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵⁶⁴ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵⁶⁵ BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵⁶⁶ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;⁵⁶⁷

O primeiro padrão encontrado indica a pretensão moderna de universalidade dos sujeitos de direitos. Essa forma de texto elimina a oposição discursiva entre o grupo dominante, aqueles que enunciam o direito, e o grupo dominado, aqueles que são enunciados ou os sujeitos de direito a quem o texto se destina.⁵⁶⁸ Ao destinar os direitos fundamentais a “todos brasileiros e estrangeiros residentes no país”, como se vê no quadro que elaboramos, as Constituições ocultam diferenças entre os sujeitos de direito, garantindo aparência de neutralidade ao enunciador/colonizador/representante-constituente e aparência de neutralidade na fruição do direito pelo enunciado/colonizado/representado-constituído.

Quadro 1 – Liberdade de Associação: Sujeitos

1891	A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz [...]
1934	

⁵⁶⁷ BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

⁵⁶⁸ GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 459.

	A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País [...]
1937	A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País [...]
1946	A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]
1967	A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]
1988	[...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]

Fonte: elaborada pelo autor

O segundo padrão encontrado marca a pretensão de universalidade dos valores modernos ao enunciar os direitos à liberdade, à segurança (individual), e à propriedade, como direitos dos quais se desdobram todos os demais em todas as Constituições, conforme quadro abaixo. A escolha por tais direitos atende a uma necessidade moderna/europeia/burguesa de direitos fundamentais centrados no indivíduo e em sua propriedade (para ter), em sua liberdade (para contratar), e em sua segurança (para não lhe tirarem o que tem).⁵⁶⁹

QUADRO 2 – Liberdade de Associação: Valores

1891	
------	--

⁵⁶⁹ MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Daniel Bensaid; Wanda Caldeira Brandt. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 123-131

	[...] inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade [...]
1934	[...] a inviolabilidade dos direitos concernentes liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade [...]
1937	[...] o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade [...]
1946	[...] a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]
1967	[...] a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]
1988	[...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Fonte: elaborada pelo autor

O terceiro padrão encontrado diz respeito à garantia moderna de liberdade de associação como prerrogativa de se associar, de não se associar, de permanecer associado, de constituir uma associação e de dissolver uma associação, conforme, o quadro que elaboramos. Em relação a esse ponto, cabe também sublinhar o debate em relação ao alcance da liberdade de associação: se alcança apenas as pessoas jurídicas de direito privado e sem fins econômicos ou lucrativos, se alcança as pessoas jurídicas de direito privado com ou sem fins econômicos, ou se alcança também organizações não personificadas juridicamente. Tal discussão se trata de expressão do confronto entre o moderno e o colonial, na medida em que condiciona a liberdade de associação à adoção das formas enunciadas pelo Direito moderno.

QUADRO 3 – Liberdade de Associação: Prerrogativa

1891	[...] associarem-se e reunirem-se livremente [...]
1934	[...] é garantida a liberdade de associação [...]
1937	[...] a liberdade de associação [...]
1946	É garantida a liberdade de associação [...]
1967	[...] é garantida a liberdade de associação [...]
1988	[...] é plena a liberdade de associação [...]

Fonte: elaborada pelo autor

O quarto padrão encontrado diz respeito à garantia de não intervenção do Estado, conforme o quadro que elaboramos. O enunciado oculta o conjunto de obrigações necessárias para a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado, como uma associação em sentido estrito, no Brasil. É o Estado, por meio do Direito, quem indica quais as formas aceitáveis de organização para concessão de personificação jurídica e seus efeitos consequentes. As formas aceitáveis são aquelas que se aproximam dos interesses do moderno/colonizador/burguês/proprietário, são baseadas na igualdade formal dos sujeitos (contratantes), que exercem sua liberdade (autonomia da vontade), com registro escrito, público e oponível a terceiros (segurança jurídica), com garantia da preservação de seu patrimônio pessoal (risco controlado). As formas inaceitáveis são proibidas ou ignoradas, até que, pouco a pouco, deixem de existir por não produzirem os efeitos sociais esperados.

QUADRO 4 – Liberdade de Associação: Não intervenção

1891	[...] não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica [...]
1934	[...] nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária [...]
1937	-
1946	Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.
1967	[...] nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial;
1988	[...] independente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento [...]; As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

Fonte: elaborada pelo autor

O quinto padrão encontrado diz respeito aos limites modernos da liberdade de associação, os fins lícitos e a pacificidade, ligados por uma noção de moralidade à civilidade e desenvolvimento. Escondem a violência constitutiva da Modernidade,⁵⁷⁰ que se apoiou no roubo e no assassinato do território de povos indígenas; no

⁵⁷⁰ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 29.

sequestro, escravização, e assassinato de africanos; na exploração e violência doméstica contra mulheres; e na exploração inconsequente das riquezas naturais do território colonizado. A violência, mesmo que fruto da resistência, é condenada *a priori*, seus agentes são considerados incivilizados e suas demandas descartadas.

QUADRO 5 – Liberdade de Associação: Limites

1891	[...] sem armas [...] para manter a ordem pública [...]
1934	[...] para fins lícitos [...]
1937	[...] desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes [...] -
1946	[...] para fins lícitos [...]
1967	
1988	[...] para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

Fonte: elaborada pelo autor

Os padrões encontrados são características modernas da regulação da liberdade de associação pelo Direito brasileiro, sua face exposta. Ao analisá-los de forma descolonial, podemos ver a colonialidade, sua face oculta. É coisa oposta ou ou, se se preferir, da mesma coisa desde outros pressupostos epistêmicos, reconhecida a unidade entre as coisas opostas. Na próxima seção, abordamos com maiores detalhes cada um dos cinco padrões encontrados.

3.2.2 Características coloniais da regulação da liberdade de associação

A nossa análise descolonial permitiu encontrarmos nos textos constitucionais brasileiros, ao regularem a liberdade de associação, cinco padrões cujos marcadores indicam características modernas/coloniais. Os primeiros dois padrões indicam a pretensão de universalidade dos sujeitos e dos valores modernos, os “brasileiros e estrangeiros residentes no brasil” e “liberdade”, a “segurança” e a “propriedade, respectivamente, e são pressupostos orientadores dos três últimos padrões, a liberdade de associação como prerrogativa, como garantia de não-intervenção do Estado, e como direito limitado apenas pela licitude e pelo pacifismo.

O primeiro padrão encontrado indica a pretensão moderna de universalidade dos sujeitos de direito. Essa forma de texto elimina a oposição discursiva entre o grupo dominante, aqueles que enunciam o direito, e o grupo dominado, aqueles que são enunciados. Ao destinar os direitos fundamentais a “todos brasileiros e estrangeiros residentes no país”, garante a aparência de neutralidade entre o enunciador/colonizador/representante-constituente e na fruição do direito pelo enunciado/colonizado/representado-constituído. Entretanto, a história brasileira evidencia que o sujeito enunciador/colonizador é incapaz de praticar a alteridade, legisla sozinho conforme seus próprios valores e interesses. No padrão que agora examinamos, analisamos esse sujeito. No próximo, seus valores e como eles permitem a fruição dos direitos enunciados pelos sujeitos de direito pretensamente universais, mas concretamente considerados.

Como apontamos, a colonialidade do saber foi o instrumento discursivo utilizado para que a Europa pudesse dominar a construção e o acesso ao conhecimento. A racionalidade foi o fundamento para que esse instrumento pudesse operar, pois permitiu que se afastasse todos os saberes que não estivessem inseridos no padrão europeu de racionalidade.⁵⁷¹ A eliminação das oposições discursivas dos grupos subordinados ao modelo europeu de conhecimento válido foi operada tanto

⁵⁷¹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12 ; LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 8-23, p. 10

porque se considerava que não eram suficientemente hábeis para explicar as relações modernas, quanto porque sequer eram considerados conhecimentos válidos.⁵⁷²

No Brasil, a primeira Constituição, a Imperial de 1824, foi escrita por um grupo de juristas indicados por Dom Pedro I, após dissolver a constituinte formada por portugueses de sua confiança.⁵⁷³ Desde uma perspectiva descolonial, não nos importa tanto que a constituinte tenha sido dissolvida, eis que tanto ela quanto a comissão de juristas eram formadas por homens/brancos/proprietários/colonizadores. Nos importa mais que estivessem ausentes em ambas as mulheres, os indígenas, e os negros, aqueles subalternizados pela colonialidade.

Esse padrão se repete na história das Constituições brasileiras. Podem ser consideradas outorgadas as Constituições de 1824, 1937, e 1967, e promulgadas as Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988, ainda que as Constituições de 1891 e 1934 tenham sido promulgadas em momentos históricos de grande instabilidade institucional. Ou seja, mais da metade das Constituições brasileiras foram criadas em momentos de incerteza democrática, o que é relevante desde uma perspectiva moderna. Contudo, desde uma perspectiva descolonial, importa saber a presença dentre os constituintes. Sarmiento esclarece que, na Constituinte de 1987

[d]o ponto de vista da representação regional, havia uma distorção em favor dos Estados menos populosos do Norte e Centro-Oeste, e em desfavor daqueles do Sudeste, se levarmos em consideração os respectivos eleitorados. [...] No que concerne ao perfil econômico-profissional dos constituintes, [...] antes da Assembleia, 37,7% deles recebiam a maior parte da sua renda do capital (empresários e investidores), 24,9% de funções na administração e gestão de empresas, 36,3% de trabalhos de “colarinho branco” na iniciativa privada ou na Administração Pública, e apenas 1,1% (6 constituintes) eram trabalhadores manuais. Dentro do segmento capitalista, havia predominância do setor agrícola (43, 1%), seguido pelo financeiro/bancário (22,7%), indústria (11,8%), comércio e serviços (10,9%), mídia (7,6%) e outros (3,9%). [...] Do ponto de vista do gênero, as mulheres estavam absolutamente subrepresentadas na Assembleia Constituinte, contando com apenas 26 congressistas (4,6% do total). O fenômeno também ocorria com afrodescendentes e indígenas: havia apenas 11 constituintes negros ou mulatos (2%) e

⁵⁷² QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12 ; LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 8-23, p. 10

⁵⁷³ LIMA, Manuel de Oliveira. **O Império brasileiro**. São Paulo: USP, 1989. p.60

nenhum indígena. [...]. Cerca de 86,9% deles tinham curso superior, com absoluto predomínio absoluto do Direito [...].⁵⁷⁴

Os dados da Constituinte de 1987 permitem lermos o contexto de produção do conhecimento jurídico e a determinação de enunciados normativos que garantem direitos e definiam os sujeitos que seriam atingidos por ele enquanto um contexto que se manteve dominado por homens, brancos, proprietários. Nesse sentido, nos parece que o texto constitucional encobre seu enunciador para, assim, encobrir também o seu “enunciado”, seja “enunciado” enquanto aquilo que está sendo dito, seja “enunciado” como aquele sobre quem se diz.

A colonização e a colonialidade dependem da neutralização e da eliminação do discurso e da capacidade institucionalização política da fala do colonizado, da necessidade de descaracterizá-lo como enunciador. Segundo Grosfoguel,⁵⁷⁵ é justamente essa descaracterização que permite inserir o colonizador nessa posição e transformá-lo em um indivíduo neutro, capaz de produzir saberes universais. Assim, a Modernidade permite a dissociação do *locus* geopolítico do enunciador ao conferir-lhe a pretensa “neutralidade” necessária para a produção de conhecimentos supostamente neutros, pois apenas esses atingiriam a universalidade, uma vez que saberes locais levariam a particularidades cuja aplicação global seria impossível.⁵⁷⁶

O processo de neutralização do enunciador permitiu que o homem europeu, branco, proprietário, fosse capaz de formular teorias, inclusive jurídicas, com pretensão de universalidade. Isso permitiu que ele fosse apresentado como um sujeito neutro, cujo ponto de vista seria irrelevante para a formulação do conhecimento, já que a sua produção seria destinada a “todos”. Em um primeiro momento, foi apagado o “local” de onde esse indivíduo enunciava.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **DPU**. N. 30. 2009, p. 7-41, p. 14-15

⁵⁷⁵ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 459.

⁵⁷⁶ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 459.

⁵⁷⁷ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 459.

Sendo o Direito brasileiro uma imposição colonial, entendemos que tanto o sujeito que enuncia o conhecimento jurídico, quanto aquele a quem o Direito é enunciado, são encobertos pelo “ponto zero” do conhecimento. Para o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, o Direito também traçaria distinções entre conhecimento aceitos e conhecimentos não aceitos. Fundamentado no projeto eurocêntrico positivista e racional, o conhecimento jurídico aceito seria aquele formulado pelo Estado e por ele legitimado; o conhecimento jurídico não aceito corresponderia às formulações não autorizadas pelo Estado.⁵⁷⁸

Assim, há o apagamento do discurso do colonizado e de seu reconhecimento enquanto “Outro”.⁵⁷⁹ Ao estabelecer e restringir o conhecimento a um *locus* e um sujeito capaz de produzi-lo, a modernidade opera por meio de relações de poder racializadas que desconsideram o indivíduo oprimido pela colonialidade.⁵⁸⁰ Para Maldonado-Torres, assim, cria-se uma espécie de “privilégio do conhecimento”,⁵⁸¹ o qual ontologicamente nega a capacidade cognitiva dos sujeitos racializados ao mesmo tempo em que privilegia aqueles capazes de produzi-lo. Nesse contexto, o fato de o acesso ao conhecimento tornar-se uma ferramenta privilegiada na sociedade moderna, a sua restrição é mecanismo de hierarquização dos indivíduos, constituindo, também mecanismo de exclusão e opressão.

No caso brasileiro, recordamos que foram proibidas as faculdades na colônia, e quando permitida, no caso das faculdades de direito, essas consideravam o Direito produzido na Europa como o Direito “moderno”, sendo o Direito local inferior a ele. Além disso, durante largo período da história jurídica brasileira, toda a regulação social foi feita a partir de textos exclusivamente portugueses, excluindo-se e apagando qualquer experiência africana e/ou indígena.⁵⁸² Isso demonstra que a tradição jurídica brasileira encobre o enunciado a partir de uma lógica de universalidade.

⁵⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83, p. 34-35.

⁵⁷⁹ GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017, p. 120

⁵⁸⁰ MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**. Universidad de Granada. No. 1, 2008, p. 3-22, p. 6.

⁵⁸¹ MALDONADO-TORRES Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 127-167, p. 145

⁵⁸² SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direitos humanos e descolonialidade: uma leitura a partir da (anthropos)logia jurídica e formas “outras” de conhecimento. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. (Org.). **Pós-colonialismo**,

A pretensão de neutralidade e universalidade é denominada por Castro-Gomez⁵⁸³ como “ponto zero de conhecimento”, onde todos os conhecimentos universais se originam de um *locus* neutro e racional. Ocorre que o ponto zero é utilizado como estratégia discursiva que, propositalmente, impõem uma transparência e neutralidade ao único local autorizado a produzir conhecimento, o Norte global, com a finalidade de esconder suas pretensões e interesses. Somente desse modo é possível pleitear e arguir a universalidade.⁵⁸⁴ Nesse sentido, Gordon afirma que “os modos de produzir conhecimento podem ser colocados a serviço da colonização”.⁵⁸⁵

O ponto zero não apenas encobre o indivíduo apto a enunciar e produzir o conhecimento, como o local dessa produção e as aspirações de ambos.⁵⁸⁶ Por intermédio dele, é possível a hierarquização de formas e locais de produção de conhecimento, bem como dos povos onde eles são originados. Isso impossibilita que determinados indivíduos ocupem a posição de enunciador, pois o seu *locus* de enunciação não seria aquele capaz de produzir um conhecimento universal.⁵⁸⁷ Da mesma forma, entendemos que o ponto zero também encobre o sujeito sobre que esse conhecimento, ou, em nosso caso, esse Direito, é enunciado, e suas aspirações. As Constituições brasileiras, ao falarem que os direitos constitucionais em geral, e sobre o direito à liberdade de associação em especial, se destinam a todos “os brasileiros e estrangeiros residentes no país”, mascaram as diferenças entre enunciadores e enunciados e a relação colonial de poder entre eles.

O segundo padrão encontrado na análise das Constituições marca a pretensão de universalidade dos valores modernos ao enunciar os direitos à propriedade, à liberdade e à segurança, como os direitos dos quais se

pesamento descolonial e direitos humanos na América Latina. 2 Ed. Santo Ângelo: FuRI, 2015, p. 99-111, p. 104; WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51

⁵⁸³ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 16, 18

⁵⁸⁴ MIGNOLO, Walter. **The darker side of western modernity: global futures, decolonial options**. London: Duke University Press, 2011, p. 80

⁵⁸⁵ GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017

⁵⁸⁶ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491, p. 460-461

⁵⁸⁷ GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491

desdobram todos os demais. O discurso moderno indica que a gênese dos direitos fundamentais é encontrada nas revoluções liberais burguesas, como a estadunidense e a francesa, que buscavam garantias de não intervenção do Estado, para assegurar direitos individuais, ou direitos de primeira geração. A Magna Carta, a Declaração de Direitos da Virgínia, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, assim como as constituições estadunidense e francesa de 1791, que influenciaram as experiências jurídicas ocidentais, eram fundamentadas em interpretações liberais e no jusnaturalismo.⁵⁸⁸ Há pretensão de universalidade nos direitos enunciados, mas o afastamento dos sujeitos de direitos do sujeito enunciador/colonizador e conseqüentemente de seus valores impacta em sua fruição. Se no padrão anterior, analisamos o sujeito enunciador/colonizador, nesse padrão analisamos seus valores e o sujeito enunciado/colonizado.

As revoluções liberais burguesas aproximaram o sujeito de direitos à figura do burguês e enunciaram um direito predominantemente individualista, fundamentado no Iluminismo.⁵⁸⁹ A condição da razão foi novamente utilizada por teóricos que tinham na liberdade e na propriedade os direitos inatos ao homem racional. O projeto iluminista prometia a emancipação do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado, reconhecia que todos os seres humanos seriam iguais, livres e independentes, sendo a liberdade, a vida a propriedade seus direitos inatos. Bragato⁵⁹⁰ afirma que a escolha por esses direitos servia para viabilizar o projeto liberal-burguês de sociedade, sacralizando a propriedade e livre iniciativa. Nesse projeto, a racionalidade era, novamente, limite para o exercício desses direitos apresentados como universais.

O jusnaturalismo permitiu não só aqueles habilitados a ocupar a posição de enunciador, como também classificou os indivíduos com base na pretensa racionalidade. Assim, encobriu a pretensão europeia de universalidade de conceitos e regulações sociais e permitiu que atrocidades fossem cometidas em face daqueles que, propositalmente, não tinham sua humanidade alcançado e reconhecida pelo

⁵⁸⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Das insuficiências do discurso dominante à contribuição latino-americana para a afirmação dos direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 313-331, julho/dezembro de 2013, p. 315-316;

⁵⁸⁹ MIGNOLO, Walter. Who Speaks for the “Human” in Human Rights? In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and international law**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 44-64, p. 53

⁵⁹⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídico**. Vol. 19. N. 1. 2014, p. 201-230, p. 208-209

“ponto zero” do conhecimento. A tradição jurídica romano germânica acompanhou esses desenvolvimentos teóricos e, então, o “direito moderno” passou a ter no conceito de “direitos” o seu principal fundamento, de modo que o homem se tornou o “o ponto de chegada da ciência jurídica burguesa”.⁵⁹¹

A passagem europeia da Idade Média ao Renascimento foi marcada pelo reconhecimento da pessoa enquanto substância individual de natureza racional. A secularização vivenciada, propiciou o abandono do misticismo cristão e a adoção da racionalidade como fundamento para que algo ou alguém possua direitos e deveres.⁵⁹² Para Douzinas, o reconhecimento de direitos e, conseqüentemente, de sujeitos de direito responde à construção de conceitos que funcionam em um dado sistema normativo que, sobretudo na tradição positivista e romano germânica, relaciona-se a normas, regras que regulam as relações sociais. O sujeito de direitos seria, nesse sistema, uma ficção, um retrato parcial de pessoas reais construídos e regulados por lei, que conferiria a personalidade jurídica.⁵⁹³

A tradição e a disputa pela definição dos traços desse retrato remontam à disputa entre os fundamentos da filosofia moderna. Desde Tomás de Aquino podemos observar a busca pela definição de “pessoa” e a aproximação dela à racionalidade. Para o teólogo escolástico, pessoa era o indivíduo com natureza racional. Com Hobbes, a ideia de “sujeito” se atrela definitivamente ao direito. Enquanto aquele representa uma parcela de homens, que nascem livre e iguais, o direito se torna a pretensão de agir de cada um, que se limitaria apenas pela razão subjetiva do indivíduo.⁵⁹⁴

A relação entre ser sujeito e ter razão será, então, aperfeiçoada ao longo da modernidade. Locke vinculará o direito natural à propriedade, à liberdade e à vida ao indivíduo pelo mero fato de aquele ser pessoa. Seria a razão que permitiria ao homem deixar o Estado de Natureza, e o tornaria sujeitos de direitos.⁵⁹⁵ Razão e racionalidade

⁵⁹¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 242

⁵⁹² MIGNOLO, Walter. Who Speaks for the “Human” in Human Rights? In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective: critique, history and international law**. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 44-64, p. 47

⁵⁹³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241-242

⁵⁹⁴ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídico**. Vol. 19. N. 1. 2014, p. 201-230, p. 208-209

⁵⁹⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes, p. 36.

também serão considerados por Kant como atributos necessários para o reconhecimento do indivíduo, do sujeito de direito, afirmando que “[s]ó um ser racional tem capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípio, ou: só ele tem uma vontade”; o direito serviria para concretizar as capacidade do indivíduo.⁵⁹⁶ Relacionar indivíduo e racionalidade permitirá converter o fundamento divino do direito natural em um fundamento subjetivo e racional.⁵⁹⁷

Para Douzinas, o sujeito de direitos é uma ficção jurídica. Tanto as pessoas físicas, quanto as pessoas jurídicas são artificiais, são suportes lógicos às relações jurídicas que apenas existem se a lei lhes confere a possibilidade de ser sujeito. É a lei que constrói todas as características desse sujeito, define suas capacidades, poderes, direitos, deveres, imunidades,⁵⁹⁸ e permite que as pessoas físicas e as jurídicas sejam consideradas sujeitos de direito.⁵⁹⁹ Com base em Kelsen, Douzinas afirma que a pessoa física é uma construção mais artificial que a pessoa jurídica, já que sua condição de ser humano faz com que se esqueça que ela é uma construção da lei.⁶⁰⁰

A dissociação entre pessoa e sujeito permitiu a construção do sujeito de direitos. As pessoas encontram-se no mundo dos fatos; o sujeito que tem personalidade jurídica é uma construção do Direito. Quando comparada à imagem pessoa, o sujeito de direito não é uma representação nítida. É um reflexo embaçado, uma representação ora exagerada, ora indiferente a características particulares daquele que está no mundo dos fatos. O sujeito de direitos é, então, uma imagem exagerada da racionalidade da pessoa, afastando suas particularidades e complexidades, é um ser puramente racional com direitos, prerrogativas e deveres.⁶⁰¹

Entretanto, a liberdade apresentada no *caput* dos artigos constitucionais que anunciam direitos fundamentais, não é a mesma liberdade de se associar apresentada em seus incisos. O sujeito é livre, mas em perspectiva descolonial, devemos nos perguntar, que sujeito? que liberdade? livre para que? Ainda que aceitássemos a ideia

⁵⁹⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Edições 70, 2009, p. 47

⁵⁹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Edições 70, 2009, p. 64.

⁵⁹⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 240-241

⁵⁹⁹ BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHUCK, Simone; SCHROEDER, Paulo Victor. O resgate de narrativas silenciadas como possibilidade de uma perspectiva descolonial dos direitos humanos. **Revista Culturas Jurídicas**. V. 4, 2017, p. 298-313, p. 301

⁶⁰⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 241

⁶⁰¹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 244-246

de que existem direitos universais e abstratos, não seria universal sua fruição, eis que realizada por sujeitos concretos, com raças concretas, sexos concretos, em lugares concretos e com finalidades concretas.

Douzinas recupera Marx, afirmando que os direitos apenas se materializam quando há condições institucionais, materiais e emocionais para sua concretização, e que embora os direitos pertençam formalmente a uma categoria “universal” e abstrata, promovem os interesses do burguês.⁶⁰² Bragato e Schuck também recorrem a Marx, vinculando ao pensamento de Douzinas, entendem que a possibilidade de diferenciar direitos homem de direitos do cidadão está vinculada à característica de abstração do sujeito.⁶⁰³

A perda da identidade, a abstração, do sujeito de direito permite que Marx estabeleça a diferença entre direitos do homem e direito do cidadão. Examinando a Constituição Francesa critica a ideologia que fundamenta esses direitos. Para ele, os direitos do homem são os direitos dos membros da sociedade burguesa, individualista, já que estão vinculados a liberdade, segurança e propriedade. A liberdade levaria ao individualismo, separando o homem de sua comunidade, já que o indivíduo se encontra limitado em si mesmo. A propriedade privada garante o disfrute do patrimônio sem que outros indivíduos sejam considerados, seria o “direito ao proveito próprio”. Liberdade individual e propriedade são a base da sociedade burguesa. A segurança, finalmente, é para ele “o conceito social supremo da sociedade burguesa”; é ele garante a conservação de outros direitos, e que garante os objetivos da sociedade burguesa.⁶⁰⁴

Essa mesma reflexão pode ser utilizada no contexto brasileiro, quando Bragato diz que, quando os ideais democráticos e liberais entraram o Brasil, ainda antes de nossa independência de Portugal, “restringiram seus efeitos apenas às classes dominantes de forma que os direitos previstos nas Constituições não deixaram de expressar os velhos privilégios de uma classe dominante”.⁶⁰⁵ A liberdade é direito

⁶⁰² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 170, 240

⁶⁰³ BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHUCK, Simone; SCHROEDER, Paulo Victor. O resgate de narrativas silenciadas como possibilidade de uma perspectiva descolonial dos direitos humanos. **Revista Culturas Jurídicas**. V. 4, 2017, p. 298-313, p. 302

⁶⁰⁴ MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Daniel Bensaid; Wanda Caldeira Brandt. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 123-131

⁶⁰⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 269 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2009, p. 200

abstrato fruído em concreto pelos descendentes da nobreza e da burguesia portuguesa que em terras brasileiras se instalaram.

O terceiro padrão encontrado diz respeito à garantia moderna de liberdade de associação, como prerrogativa de se associar, de não se associar, de permanecer associado, de constituir uma associação e de dissolver uma associação. Enquanto a filosofia moderna construiu o sujeito de direito, inicialmente, como a pessoa natural, como o homem dotado de racionalidade a quem o Direito atribuiria direitos e obrigações aqueles que define como devidos detentores, as relações sociais por eles desenvolvidas impuseram que o critério de “sujeito” fosse repensado. Foi preciso reconhecer não apenas as pessoas, os homens, enquanto sujeitos direitos, mas outros atores que passaram a influenciar na ordem jurídica e social.⁶⁰⁶

Como explica Resende,⁶⁰⁷ “pessoa” é a designação dada pelo Direito brasileiro ao ente capaz de exercer direitos e contrair obrigações. Essas pessoas podem ser físicas ou jurídicas. A personalidade de uma pessoa física se inicia pelo nascimento, ou ainda antes deste, se consideramos a garantia dos direitos do nascituro, ou jurídicas. Entretanto, como destaca Paes, “o indivíduo não encontra em si forças e recursos suficientes para desenvolver sozinho todas as atividades que almeja e assim suprir todas as suas necessidades e as da comunidade”.⁶⁰⁸ Nesse sentido, novamente para Resende,⁶⁰⁹ o Poder Público teria entendido que para viabilizar a organização social, seria necessário estabelecer que os grupos de pessoas ou o patrimônio vinculado ao bem de uma coletividade ou ao bem comum deveriam ter, uma personalidade própria, independente da personalidade das pessoas que se juntaram para integra-lo ou administra-lo.

O conceito de pessoa enquanto ente capaz de exercer direitos e contrair obrigações não é novo no sistema jurídico romano-germânico, remonta ao século XIII,

⁶⁰⁶ KOESSLER, Maximilian. The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation. **Louisiana Law Review**. Vol. 9. N. 4, 199, p. 435-449, p. 441-442

⁶⁰⁷ RESENDE, Tomaz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. **Roteiro do Terceiro Setor: associações, fundações e organizações religiosas**. 6 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 17

⁶⁰⁸ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 48

⁶⁰⁹ RESENDE, Tomaz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. **Roteiro do Terceiro Setor: associações, fundações e organizações religiosas**. 6 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 18

quando Sinibaldo dei Fieschi lançou as bases da teoria sobre a personalidade jurídica para a administração autônoma de patrimônio ligado à Igreja Católica.⁶¹⁰

No século XIX, Savigny apontava que a personalidade jurídica dos entes morais, coletivos, seria uma ficção jurídica, uma construção do direito. Para ele, enquanto a personalidade jurídica das pessoas naturais decorreria de sua mera existência, a das pessoas jurídicas seria uma construção do direito, que não existe na realidade, mas são meras criações jurídicas.⁶¹¹ O fundamento de Savigny repousa na ideia de que a liberdade é característica intrínseca ao Direito, sendo que apenas são dotados de liberdade os indivíduos, de maneira que somente eles, portanto, podem ser considerados titulares e pessoas das relações jurídicas.

A ontologia defendida por Savigny estaria apenas na pessoa física.⁶¹² O fundamento da pessoa jurídica está na ordem jurídica, não sendo possível que o direito diferencia entre o indivíduo como sujeito de direitos subjetivos e a pessoa jurídica como algo distinto dele, já que as pessoas física e jurídica responderiam a um conjunto de obrigações expressas metaforicamente no conceito de pessoa.⁶¹³

Foi o pensamento de Savigny que influenciou grande parte do pensamento jurídico da Europa Ocidental na ascensão da modernidade. Em Portugal, a teoria ficcionista passou a tratar as pessoas jurídicas como entidades não humanas que pretendiam a persecução de fins humanos,⁶¹⁴ e, como ao longo de todo o período colonial o direito no Brasil era o direito português, podemos concluir que também no Brasil esse foi o fundamento de criação e regulação de pessoas jurídicas.

Ramalho⁶¹⁵ afirma que é possível fazer referência às pessoas jurídicas, ou coletivas, ainda no período das ordenações portuguesas. Embora as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas não apresentassem um tratamento geral para essas pessoas, a legislação extravagante portuguesa, ainda que de modo escasso e disperso, já abrangia o tema. O Direito brasileiro sofria influência dessa ausência de

⁶¹⁰ SERENS, M. Nogueira. **Em tema de fundações**. Coimbra: Coimbra Jurídica, 2019, p. 43

⁶¹¹ SAVIGNY, M. F. C. **Traité de Droit Romain**. Tome Premier. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1839, p. 234-235

⁶¹² KOESSLER, Maximilian. The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation. **Louisiana Law Review**. Vol. 9. N. 4, 199, p. 435-449, p. 442

⁶¹³ RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Revista Direito GV**. São Paulo. V. 15. N. 13, 2019, p. 1-13, p. 6

⁶¹⁴ RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Revista Direito GV**. São Paulo. V. 15. N. 13, 2019, p. 1-13, 6

⁶¹⁵ RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Revista Direito GV**. São Paulo. V. 15. N. 13, 2019, p. 1-13

regulamentação. Embora Carvalho⁶¹⁶ indique que entre 1500 e 1899, existisse uma legislação voltada à regulação normativa de associações, fundações e outras entidades, e que incluía tanto as ordenações do Rei de Portugal, quanto leis extravagantes aplicadas exclusivamente ao Brasil, o que percebemos é que essas normas regulavam instituições já existentes, mas não indicavam modelos ou requisitos para sua existência. A título exemplificativo, indicamos o Decreto No. 82/1841 que fundou o Hospital destinado ao tratamento de pessoas com deficiência mental (Hospício de Pedro Segundo) e que seria anexo à Santa Casa de Misericórdia da Corte.⁶¹⁷ O Decreto No. 682/1850 alterou o Estatuto do Recolhimento das Orphãs da Santa Casa de Misericórdia da Corte, que havia sido instituído em 1842.⁶¹⁸ Também o Decreto No. 931/1852 fundou o Recolhimento de Santa Theresa para asilo de meninas indigentes que não podiam ingressar no Recolhimento de Orphãs.⁶¹⁹

O Direito brasileiro só regularia as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, genericamente consideradas a partir da Lei 173 de 1893.⁶²⁰ Em seu artigo 1º, previa que as associações que se fundassem para fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, poderiam adquirir “individualidade” jurídica, inscrevendo o contrato social no registro civil da circunscrição onde estabelecessem sua sede. Essas exigências dão início a uma tradição de regulação das associações. Pelo artigo 3º, passe-se a exigir que o contrato social, ou estatuto, devidamente autenticado seja arquivado no momento do registro, e que conste a denominação, finalidade, sede, modo pelo qual se dá a administração, seus representantes, a responsabilidade de seus membros. Ainda, pelo artigo 5º, as associações que observavam essas diretrizes eram constituídas e passavam a gozar

⁶¹⁶ CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes até 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899, p. 45

⁶¹⁷ BRASIL. **Senado**. Decreto N. 82 – de 18 de julho de 1841. Fundando um Hospital destinado privativamente para tratamento de Alienados, com denominação Hospício de Pedro Segundo. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>>. Acesso em 10 jan. 2020

⁶¹⁸ BRASIL. **Câmara**. Decreto N. 682, de 11 de julho de 1850. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-682-11-julho-1850-560010-publicacaooriginal-82519-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

⁶¹⁹ BRASIL. **Câmara**. Decreto N. 931, de 14 de março de 1852. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-931-14-marco-1852-558930-publicacaooriginal-80641-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

⁶²⁰ BRASIL. **Camara**. Lei No. 173, de 10 de setembro de 1893. Regula a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, Moraes, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3º, da Constituição. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-173-10-setembro-1893-540973-publicacaooriginal-42519-pl.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

de capacidade jurídica, distintas de seus membros e com a capacidade de exercer todos os direitos civis relativos aos seus interesses.

A Lei seria substituída pelo Código Civil de 1916.⁶²¹ O Código, por seu artigo 13, classifica as “pessoas jurídicas” como de direito público, interno ou externo, e de direito privado. Nas palavras de Bevilacqua,⁶²² “pessoa jurídica” eis que não é encontrada na natureza, mas apenas na sociedade, e é o Direito quem lhe dá o que necessita para subsistir e se desenvolver, motivo pelo qual só pode sobreviver na ordem jurídica. Dando continuidade à Lei 173 de 1893, o Código definiu que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado começa pelo registro de seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no registro público, artigo 18, *caput*. Tal registro inclui a denominação, os fins e a sede da pessoa jurídica; o modo pelo qual se administra e representa, ativa e passiva, judicial e extrajudicialmente; se os estatutos, o contrato ou o compromisso são reformáveis no tocante à administração, e de que modo; se os membros respondem, ou não, subsidiariamente pelas obrigações sociais; e as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio nesse caso, artigo 19. Além disso, o Código define que as pessoas jurídicas têm existência jurídica para além de seus membros, artigo 20, *caput*. Para Bevilacqua, o registro das pessoas jurídicas seria de “indiscutível conveniência” eis que a pessoa jurídica é distinta dos indivíduos que a formam, ou que, simplesmente a dirigem. Nesse sentido, para segurança do interesse dos que com ela tratam, o registro declara de modo público e autêntico a sua constituição, a sua capacidade aquisitiva e obrigacionais e quem a representa.⁶²³

O Código Civil de 1916 seria substituído pelo Código Civil de 2002. O novo Código preservou o velho tanto quanto possível. Conforme Reale,⁶²⁴ preservaram “as disposições do código atual (1916), porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas”. No mesmo sentido, o jurista brasileiro José Carlos Moreira

⁶²¹ BRASIL. **Planalto**. Lei No 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

⁶²² BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**, Volume 1, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. p. 202

⁶²³ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**, Volume 1, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 216

⁶²⁴ REALE, Migue. **O novo código civil e seus críticos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em 10 jan. 2020

Alves,⁶²⁵ responsável pela redação da Parte Geral, ao comentá-la argumenta que “verifica-se que não há originalidade alguma no sentido de se criarem princípios dentro do sistema jurídico privado, até porque um Código Civil não é campo de experimentação”. De fato, podemos observar que a regulação da sociedade civil pouco foi alterada em essência no Código Civil de 2002 em relação ao Código Civil de 1916 ainda que tenha sido mais analítico, passando de dezessete a vinte e nove artigos sobre a matéria.

O novo Código mantém a classificação das pessoas jurídicas em direito público, interno ou externo, e direito privado, artigo 40. As pessoas jurídicas de direito privado tampouco são alteradas de forma substantiva. Originalmente, o novo Código resumia tais pessoas a associações, sociedades e fundações, artigo 44. Entretanto, foram acrescentadas as organizações religiosas, os partidos políticos, e as empresas individuais de responsabilidade limitada. Conservando o exposto no Código anterior, o novo Código indica que a existência legal das pessoas jurídicas pela inscrição no respectivo registro precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo, artigo 45. Também, de forma muito semelhante, o novo Código aponta o conteúdo da declaração de registro público, a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração, e o fundo social, quando houver; o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e, de que modo; se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino de seu patrimônio no caso ; e, como acréscimo ao antigo Código, o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores.

Pela análise conjunta da Lei 173 de 1893, do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, podemos perceber que pouco mudou na regulação das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. As formas jurídicas, associação e fundação, permanecem as mesmas e presentes, ainda que os nomes e algumas formas especiais a que se lhes atribuem sejam diferentes, como sociedades científicas, organizações religiosas ou partidos. A forma, percebemos, atende ao ideário burguês de direitos fundamentais centrados no indivíduo. Entretanto, os

⁶²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. **Projeto do Código Civil**: A parte heral do Projeto do Código Civil. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/62489773/A-Parte-Geral-do-Codigo-Civil-Moreira-Alves>>. Acesso em 10 jan. 2020

sujeitos de direitos não são iguais, seja pela essencialização de suas identidades, seja pela exploração de seu trabalho, seja pela hierarquização de seus saberes e qualquer coletividade que fuja a esta forma será combatida ou silenciada.

É nesse momento que vale retomar o debate que abordamos no primeiro capítulo. Há divergência dentre os juristas brasileiros sobre o alcance do direito fundamental à liberdade de associação. Pinheiro⁶²⁶ e Celso Bastos⁶²⁷ sustentam posição mais restritiva, de que o direito à liberdade de associação protegeria apenas as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Storto⁶²⁸ e Silva⁶²⁹ sustentam posições intermediárias, de que o direito abrangeria pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos. Ambos identificam a base contratual, que constitui a personalidade jurídica, como um dos elementos das associações. Ao final, Branco⁶³⁰ sustenta posição mais abrangente, de que o direito à liberdade de associação protegeria as associações com ou sem fins lucrativos, personificadas juridicamente ou não, ainda que “imperativos de segurança jurídica cobram que o legislador preveja formas de associação que viabilizem aos grupamentos atingir plenamente seus objetivos”.

Àquele tempo, já nos posicionamos ao lado de Branco. Agora, retomamos esse debate a partir de nossa perspectiva colonial. Estamos alinhados à posição abrangente de Branco. Defendemos que deve ser destacada a diferença entre o “direito de se associar” e o “direito de constituir uma associação”, ambos protegidos pelo direito à liberdade de associação. Em especial, entendemos que a realidade colonial deve ser parâmetro interpretativo do Direito. Se os sujeitos são tão diferentes entre si, sujeitos e objetos das relações impostas pela matriz colonial de poder surgida no século XV, é de se esperar que se organizem de formas distintas, sem que, para isso, lhes seja negado o Direito. Não é o mesmo para um homem/branco/burguês e para uma mulher/indígena/trabalhadora criarem uma associação que os represente

⁶²⁶ PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008, p. 124

⁶²⁷ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Perfil constitucional do direito à livre associação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 25, 1998, p. 205-240, p. 235

⁶²⁸ STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014, p. 11

⁶²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 269

⁶³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300, p. 1276, 1277

na defesa de seus interesses. No texto constitucional, não há menção à obrigatoriedade de constituição de pessoa jurídica ou mesmo à adoção de determinada forma jurídica para a simples associação entre indivíduos, embora sejam considerados como limites a ilicitude e o caráter paramilitar. Assim, estariam abrangidas pela proteção constitucional associações não personificadas, como movimentos sociais e organizações tradicionais. Por sua vez, o “direito de constituir uma associação” seria uma das formas de exercer o direito à liberdade de associação.

O quarto padrão encontrado diz respeito à garantia moderna de liberdade de associação, como garantia de não intervenção do Estado, enunciado que oculta o conjunto de obrigações enunciadas pelo Direito para a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado no Brasil. É o Estado, por meio do Direito, quem indica quais as formas aceitáveis de organização para concessão de personalidade jurídica e de seus efeitos consequentes. As formas aceitáveis são aquelas que se aproximam dos interesses do moderno/colonizador/burguês/proprietário, são baseadas na igualdade formal dos sujeitos (contratantes), que exercem sua liberdade (autonomia da vontade), com registro escrito, público e oponível a terceiros (segurança jurídica), com garantia da preservação de seu patrimônio pessoal (risco controlado). As formas inaceitáveis são proibidas ou ignoradas, até que, pouco a pouco, deixem de existir por não produzirem os efeitos sociais esperados. Além disso, a imposição de forma jurídica às associações não reconhece os saberes e as experiências dos indivíduos colonizados. O fato de a lei garantir a todos a possibilidade de associar-se a realidade concreta dos sujeitos a quem o texto constitucional se aplica.

Hoje, aqueles que desejarem constituir uma associação devem seguir caminho tão ou mais complexo, moroso e custoso. Devem, (1) realizar uma reunião ou mais reuniões para definir, na forma dos artigos 46 e 54 do Código Civil de 2002,⁶³¹ denominação; fins; sede da associação; o tempo de duração; fundo social (quando houver); o modo como se administra e representa a Associação ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; se o estatuto é reformável, no tocante à administração, e de que modo; se os associados respondem ou não subsidiariamente pelas obrigações sociais; as condições de extinção da Associação; o destino de seu patrimônio no caso de extinção; os requisitos para admissão, demissão e exclusão dos associados; os

⁶³¹ BRASIL. **Planalto**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para manutenção da Associação; (2) formular edital de convocação; (3) publicar o edital de convocação, convidando aqueles que porventura tenham interesse em fazer parte da associação; (4) formular minuta de Estatuto Social; (5) realizar Assembleia Geral de Constituição, conforme as informações do edital publicado, em que será debatido e aprovado o Estatuto e a constituição da Associação e eleita sua primeira diretoria; (6) formular ata da Assembleia de Constituição, qualificando seus fundadores e diretores e colhendo sua assinatura em duas ou mais vias; (7) contratar advogado que vise os documentos constitutivos, exigência da Lei 8.906 de 1994,⁶³² artigo 1º, parágrafo 2º, pagando seus honorários pelo serviço em duas ou mais vias; (8) rubricar o representante todas as folhas dos documentos constitutivos; (9) obter aprovação da autoridade competente quando se faça necessário; (10) formular requerimento ao Cartório de Registro; (11) pagar ao Cartório de Registro as custas pelo serviço. Caso não haja solicitação de alteração ou correção dos documentos apresentados, o Cartório de Registro aprova o registro e devolve uma cópia autenticada dos documentos registrados. Então, a associação assume personalidade jurídica. Eis os passos para constituir uma associação no Brasil contemporâneo.

O procedimento é custoso especialmente àqueles que se distanciam do sujeito moderno/colonizador. Marés⁶³³ aponta que os membros de um povo indígena conhecem sua organização social sem que seja necessário o contrato que formaliza essa “organização tradicional” como uma “organização formal”, eis que vivem a partir de pressupostos sociais distintos da modernidade capitalista, que não tem no indivíduo e nos direitos individuais o centro da vida social. Mesmo o Direito brasileiro reconheceria aos indígenas sua organização social a partir da Constituição de 1988, artigo 231, caput. Entretanto, os indígenas ainda são obrigados a constituir “organizações formais” quando precisam se relacionar com partes da sociedade civil/civilizada capitalista, o que podemos entender não apenas como uma violação à garantia de não intervenção do Estado à liberdade de associação, mas uma exigência violenta aos indígenas. Conforme Marés,

⁶³² BRASIL. **Planalto**. Lei 8.906 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

⁶³³ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Organizações indígenas. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 17-20. p. 17

[a]s sociedades indígenas, para sua própria organização, não precisam de papel, e, se a forma moderna substituir a forma tradicional, a cultura indígena está sendo violentada e, o que é tão ruim quanto, está sendo desorganizada. Lá no início se dizia que as sociedades indígenas são as mais organizadas da América com suas estruturas tradicionais. Se a sociedade perde a tradicionalidade, perde sua organização, corre um grande risco de desmoronar, de deixar de existir enquanto povo tradicional. O risco, portanto, é muito grande.⁶³⁴

Também, Storto⁶³⁵ aponta que as formas jurídicas de pessoas jurídicas de direito privado autorizadas pelo Código Civil em seu artigo 44, impõem limitação organizativa à sociedade civil e representam verdadeira violência aos povos indígenas eis que “o processo de escolha de suas estruturas e lideranças seguem padrões tradicionais, que não passam necessariamente pelo crivo assemblear previsto na lei civil”. Ou seja, há reconhecimento constitucional da liberdade de associação e da organização social indígena, mas como diz Dora, “na vida real, os povos indígenas são instados a constituir associações civis, no modelo determinado pelo Código Civil vigente, para poder realizar parcerias com instituições públicas e privadas”.⁶³⁶

Marés⁶³⁷ diferencia as organizações indígenas, criadas conforme as regras do Direito brasileiro, das comunidades indígenas, criadas conforme a organização social indígena e seus costumes tradicionais. No mesmo sentido, Oliveira Pankararu⁶³⁸ aponta que as organizações mantêm relação de complementariedade com as comunidades indígenas, na defesa dos interesses e dos direitos indígenas perante a sociedade moderna capitalista, mas que “o Estado não tem a prerrogativa de exigir dos povos indígenas que constituam organizações formais para acessarem políticas públicas, uma vez que se fizesse tal exigência violaria o reconhecimento da organização social”.

⁶³⁴ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Organizações indígenas. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 17-20. p. 17

⁶³⁵ STORTO, Paula Rascanello. Liberdade de Associação e Organizações Indígenas no Brasil. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 37-41. p.39

⁶³⁶ DORA, Denise Dourado. Conclusão. Como e por que debater o direito de livre associação para os povos indígenas. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 85-87. p.86

⁶³⁷ MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **O Renacer dos Povos Indígenas para o Direito**, 1ª Edição (1998), 8ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012. p. 90

⁶³⁸ OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de. Povos Indígenas e reconhecimento da autonomia. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 21-28. p. 22

Maia⁶³⁹ também diferencia comunidades e organizações indígenas. As primeiras, o autor define como grupo local pertencente a um povo que “se considera segmento distinto da sociedade nacional, em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-coloniais. E organizações indígenas são pessoas jurídicas de direito privado constituídas por indígenas com finalidade de promoção e defesa de seus direitos e interesses. Essas podem receber nomes diversos, como o Conselho Indígena de Roraima (CIR), a Organização dos Povos Indígenas da Amazônia (OPIAM) ou, acrescentamos, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB).

Além dos indígenas, outros sujeitos subalternizados brasileiros cuja organicidade social é exercida desde pressupostos não modernos são obrigados a recorrer ao contrato e às organizações ditas formais como as comunidades quilombolas e as comunidades tradicionais.

Maciel⁶⁴⁰ questiona a imposição da constituição de associações pelos povos indígenas e comunidades tradicionais para terem a possibilidade de lutar pela efetivação de seus direitos territoriais, ambientais, étnicos e culturais, avaliando se não implicaria na desarticulação das formas jurídicas específicos desses grupos. A partir da experiência das quebradeiras de coco babaçu do Maranhão, que criaram a Associação do Movimento Interestadual de Quebradeiras de Coco Babaçu (AMIQCB), o autor afirma que, devido à pluriétnicidade brasileira, as associações não se limitam às delimitações jurídicas. Para ele, a rigidez em conceitos dogmáticos como “sujeitos de direitos” ou “finalidade” não observaram as diferentes culturas e características daqueles que querem se associar no Brasil.

Essas coletividades vêm se apropriando das formas jurídicas para exercer-las de outras formas, aliançadas com sua forma de organização social tradicional. No caso das quebradeiras de coco, a forma jurídica “estar associado” traria consigo uma ideia individualista de que seria essa condição para que usufruir direitos. A condição “ser associado” não seria, segundo ele, aquela que caracterizaria uma associação de povos ou grupos tradicionais, já que o vínculo identitário e o conhecimento que

⁶³⁹ MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e organizações indígenas, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a Constituição. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 282; 291-292

⁶⁴⁰ MACIEL, Luciano Moura. Descolonização jurídica das associações pelas práticas socioculturais: a experiência das quebradeiras de coco babaçu do Maranhão e dos piaçabeiros do Amazonas. **Videre:** Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. v. 10, n. 19, 2018, p. 30-52

possuem para realizar determinado trabalho seriam suficientes para que fossem reconhecidos como associação.⁶⁴¹

Outras são as organizações constituída pelos negros no Brasil no período que se seguiu à abolição da escravidão, mas que persistem até a contemporaneidade. Conforme Cardoso,⁶⁴² “são consequência direta de uma confluência entre o movimento abolicionista, as sociedades de ajuda e de alforria e dos agrupamentos culturais negros. Seu papel é o de legitimar a existência do negro dentro da sociedade”. Pelo Direito saiu o homem moderno do Estado de natureza e, seria de se esperar que, também pelo Direito sairiam os sujeitos subalternizados, exceto que pelo exercício da colonialidade o sujeito enunciador/colonizador garante a manutenção do sujeito enunciado/colonizado na condição de subalternidade, senão pela enunciação do Direito, pela frustração de seu exercício. Conforme Gonzales,⁶⁴³ a depender do tipo de atividade que desempenhassem, essas organizações poderiam ser consideradas entidades negras recreativas, com anseios ideológicos, ou culturais de massas, como afoxés, maracatus e blocos e escolas de samba. Em suas palavras, tais entidades sempre tiveram de se submeter “às regras impostas pelas autoridades eis que “qualquer aglomeração de negros é encarada como caso de polícia”.

O quinto padrão encontrado foram os limites à liberdade de associação pelo fim lícito e a pacificidade ligados por uma noção de moralidade à civilidade e desenvolvimento. Escondem a violência constitutiva da Modernidade,⁶⁴⁴ que se apoiou no roubo e no assassinato do território de povos indígenas; no sequestro, escravização, e assassinato de africanos; na exploração e violência doméstica contra mulheres; e na exploração inconsequente das riquezas naturais do território colonizado. A violência, mesmo que fruto da resistência, é condenada a priori, seus agentes são considerados incivilizados e suas demandas descartadas.

⁶⁴¹ MACIEL, Luciano Moura. Descolonização jurídica das associações pelas práticas socioculturais: a experiência das quebradeiras de coco babaçu do Maranhão e dos piaçabeiros do Amazonas. **Videre:** Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. v. 10, n. 19, 2018, p. 30-52, p. 45-46

⁶⁴² CARDOSO, Hamilton. apud GONZALES, Lélia. Experiências e tentativas. In: GONZALES, Lélia; HASENBALG, Carlos. (org) **Lugar de negro**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982. p. 21-29. p. 21

⁶⁴³ GONZALES, Lélia. Experiências e tentativas. In: GONZALES, Lélia; HASENBALG, Carlos. (org) **Lugar de negro**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982. p. 21-29. p. 21-22

⁶⁴⁴ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32, p. 28-29.

Ao analisar fundamentos para responder se poderá o direito ser emancipatório, Boaventura de Sousa Santos⁶⁴⁵ apresenta a sociedade civil a partir de três características essenciais, cujos tamanhos relativos definem as sociedades modernas. Estas características são: *íntima* (hiper-inclusão, direitos civis, políticos, socioeconômicos e culturais privatizam o Estado); *estranha* (onde ocorre um misto de inclusão e exclusão; exclusão atenuada e não-irreversível; acesso mais ou menos livre a direitos civis e políticos, dificuldade de acesso a direitos sociais e econômicos e, em maior medida, aos direitos culturais); e *incivil* (total exclusão; invisibilidade; círculo do fascismo social).⁶⁴⁶ Em síntese, podemos dizer que a sociedade íntima é onde há uma privatização do Estado, a estranha é onde há o exercício de direitos e a incivil é a sociedade invisibilizada.

De acordo com o que analisamos na face exposta de nossa narrativa, podemos perceber que a dinâmica imperial tende a fazer com que aumente a sociedade civil incivil pelo aumento da desigualdade. A solução proposta por Boaventura é o que ele denomina de “cosmopolitismo subalterno”: um contramovimento que é o resultado do choque das linhas abissais globais desde as décadas de setenta e oitenta, uma outra via, um outro direito e uma outra política para derrotar o fascismo social.⁶⁴⁷

Já Luciana Ballestrin afirma que a relação entre a sociedade civil e a violência é um tabu. Isso porque o estado moderno é quem produz a violência sob várias formas, o que é socialmente legitimado. De outro lado, o elemento civil aparece como “domesticação da violência”, oposto ao incivil. Para a autora, o triunfo do modelo representativo neoliberal desautoriza a violência como ferramenta de transformação.⁶⁴⁸

Dito em outros termos, há uma relação entre sociedade civil e violência que é pouco explorada. Visualizamos essa relação a partir do par conceitual “incivilidade” e “civildade” cuja polissemia permite a oposição de três lógicas epistemologicamente localizadas no Norte Global: *contratual*, oposto ao Estado de Natureza; *civilizacional*,

⁶⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; ANDRADE, Orlando Aragón. Revisitando “Poderá o direito ser emancipatório?”. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 06, N. 10, 2015, p. 1-25

⁶⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010., p. 42.

⁶⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010, p. 47

⁶⁴⁸ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 143, 146

oposto ao bárbaro; *legal*, oposto às permissões da lei.⁶⁴⁹ Ou seja, a democracia produz violência, mas a recíproca não é verdadeira.

A lógica da modernidade sobre o Estado o coloca como o ente legitimamente violento e aprioristicamente democrático, o que leva à negligência do tratamento, em termos epistemológicos e legais, conferido à sociedade civil. No bojo do discurso moderno, a sociedade civil é sempre vista como um projeto, de modo que o fim do “civil” ou a aceitação do “não-civil” pode significar o fim “da última utopia”.⁶⁵⁰ O tabu da incivilidade coloca a sociedade civil sob uma concepção hegemônica, domesticada e privatizada, que apaga versões periféricas ou indesejadas do debate.⁶⁵¹

Diante disso, concordamos com Ballestrin⁶⁵² no que tange à inexistência de limites específicos à sociedade civil nos tempos atuais, uma vez que, enquanto pressuposto da modernidade, sua concepção é a de um “campo civilizado oposto ao Estado”, ocultando-se, assim, a violência deste. A ausência de debate ou mesmo de localização da sociedade civil perante a violência do Estado pode transformar uma sociedade civil para uma sociedade “incivil”, nos termos de Leonardo Avritzer resgatados por Ballestrin:⁶⁵³ uma sociedade caracterizada por: Estado fraco, incapaz de garantir condições para existência da sociedade civil, por relações sociais privatizadas, por uma sociedade política inexistente ou muito fraturada, que vê a própria sociedade civil como perigo. A ausência de Estado e o excesso de mercado são os principais responsáveis por essa transformação.

Devemos considerar, ainda, outras formas de pertencimento ao civil. O “não civil” pode ser visto como um rompimento com neoliberalismo (representação individual de interesses) e com o institucionalismo (como espaço legítimo da política), abrindo espaço ao reconhecimento de questões culturais identitárias.⁶⁵⁴ Mais amplo, o “não-civil não-pejorativo” descoloniza o conceito de civil (ou “não civil”), que, agora original, exclui a violência, mas não o problema civilizacional.

⁶⁴⁹ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 148.

⁶⁵⁰ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 148.

⁶⁵¹ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 148.

⁶⁵² BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 154.

⁶⁵³ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 150.

⁶⁵⁴ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 151

Em sentido semelhante, Chandhoke⁶⁵⁵ questiona a relação entre a sociedade civil e a institucionalização da violência e a institucionalização da violência na sociedade civil como fatores que ameaçam a noção de tolerância e violência na sociedade civil. No primeiro caso, a autora alerta para a diferença entre ideologias de poder, lucro e patriarcado inscritas em instituições do Estado, do mercado e da assistência que colonizam a sociedade civil; e ideologias de dominação, como a guerra ao terror, que subordinam os projetos de sociedade civil à sua lógica. No segundo, levanta situações em que as organizações da sociedade civil podem ser constituídas em modelos intolerantes eis que imersas em contexto de violência ou guerra em que grupos levantaram armas uns contra os outros e dialogam apenas através da violência. Em suas palavras,

[p]orque vivemos em um mundo orientado pelo conflito, e porque o conflito se tornou um estilo de vida, a paz surge como um oposto binário do conflito, ou como a ausência de conflito. Contudo, essa é uma noção superficial de paz, paz como a ausência de conflito, de forma que uma noção profunda de justiça deveria significar muito mais. Razoavelmente, a paz só é assegurada quando a justiça, o reconhecimento e a tolerância são propriedades das relações humanas.⁶⁵⁶

A resposta ao processo de violência colonial pode assumir aparência violenta, pode ser violento ou o sujeito enunciador/colonizador pode utilizar o Direito como ferramenta para, argumentando violência do enunciado/colonizado, fazer cessar reivindicações democráticas. O MST é, por exemplo, uma associação que é considerada um novo sujeito social, mas não uma associação civil, uma vez que flutua entre ações legítimas da esfera pública e a desobediência (não) civil. Santos e Carlet⁶⁵⁷ apontam que o MST utiliza um misto de estratégias de reivindicação políticas, como a ocupação coletiva provisória ou permanente de espaços rurais que descumprem a função social determinada em lei; marchas ao longo de rodovias e

⁶⁵⁵ CHANDHOKE, Neera. Is violence constitutive of civil society?. **NGPA Working Paper Series**. Non-governmental Public Action. 2007.

⁶⁵⁶ No original: "Because we live in a conflict ridden world, and because conflict has become a way of life, peace appears to be the binary opposite of conflict, or as no conflict. But this is a thin notion of peace, peace as the absence of conflict, whereas a stronger notion of peace should mean much more. Arguably peace is secured only when justice, recognition, and toleration are properties of human relations." CHANDHOKE, Neera. Is violence constitutive of civil society?. **NGPA Working Paper Series**. Non-governmental Public Action. 2007.

⁶⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Souza; CARLET, Flávia. The movement of landless rural workers in Brazil and their struggles for access to law and justice. *In* **Marginalized Communities and Access to Justice**. New York: Routledge, 2010. p. 67

idades; jejuns e greves de fome; vigílias de um dia em frente a órgãos públicos; e manifestações públicas em grandes cidades; e estratégias de reivindicação jurídicas, utilizando as ferramentas legais disponíveis, mas também a construções de interpretações alternativas da o Direito.

Dessa forma é possível visualizarmos um exemplo concreto de associação excluída pela ausência de um conceito compartilhado de sociedade civil e suas variantes antagônicas: o Estado enuncia se a sua finalidade é lícita, o Estado não aceita a divisão do monopólio da violência e o Estado descarta, *a priori*, as pretensões do movimento, que reivindica prioritariamente a reforma agrária. A associação é excluída e seus manifestantes são caracterizados como incivis/bárbaros.

A fim de enfrentar qualquer pretensão de neutralidade sobre a sociedade civil, apresentamos materialmente os limites modernos da liberdade de associação no direito brasileiro. Nos textos constitucionais, vimos que são três limites primordiais à liberdade de associação: armas, finalidade lícita e estrita legalidade. Isso significa que a constituição de uma associação só deve existir dentro destes limites e as associações que estiverem fora de tais limites são consideradas não civis e excluídas do campo normativo da sociedade civil. Compreendê-los corresponde a reconhecer os constitutivos anticivis e não civis que compõem as dimensões da sociedade civil, de maneira a sobrelevar o componente democrático em cada associação, tendo em vista que a sociedade civil é um campo de disputa sobre o elemento civil em si mesmo.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162, p. 158.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final desse trabalho e seria útil retornarmos ao início, ao brocado latino, “ubi homo, ibi societas”, “ubi societas, ibi jus”, “ergo: ubi homo, ibi societas” ou “onde houver a homem, haverá sociedade”, “onde houver sociedade, haverá Direito”, “logo, onde houver a homem, haverá Direito”. Entendemos que exploramos suficientemente a pergunta a que homens, a que sociedades e a que direitos esse brocado latino se refere. A Modernidade que o traz até nós, com roupagem de progresso e civilização, desde 1492, é a mesma Colonialidade, que roubou de nós brasileiros brocados indígenas e africanos. É mesma Colonialidade que destruiu civilizações baseada no pressuposto irracional de existência e hierarquia entre raças. Modernidade e Colonialidade, como duas faces opostas de um mesmo fenômeno por aqui se entrelaçaram na construção do Direito brasileiro e da regulação da liberdade de associação no Brasil.

Nessa pesquisa, nosso objetivo geral era compreender como a colonialidade influencia a regulação liberdade de associação no Brasil. Pela complexidade do objetivo geral, foi útil desmembrá-lo em objetivos específicos. Desde uma perspectiva descolonial, queríamos compreender a influência do sistema jurídico romano-germânico e, principalmente, portuguesa na formação do Direito brasileiro; e compreender como o Direito brasileiro regulou e regula a liberdade de associação. Nossa hipótese, constructo de nossas experiências pretéritas que foi confirmada pelo exercício investigativo, era que a influência da colonialidade na regulação da liberdade de associação no Brasil poderia ser identificada pela análise descolonial da Constituições brasileiras e seria obstáculo ao exercício desse direito por sujeitos historicamente subalternizados.

Para atingir nossos objetivos, coletamos dados empíricos, de forma direta, pelo levantamento de textos constitucionais sobre a liberdade de associação no Brasil. Também coletamos dados, de forma indireta, pelo levantamento de textos sobre a perspectiva descolonial, teoria de base escolhida para nossa análise; sobre a sociedade civil e sobre o Direito, desde a perspectiva descolonial; de textos jurídicos sobre os textos normativos sobre a regulação da liberdade de associação no Brasil; e de textos históricos que oferecessem contexto à origem e desenvolvimento do Direito brasileiro. Analisamos os textos normativos em busca de marcadores de colonialidade que indicassem pistas sobre sua influência na regulação da liberdade de associação

no Brasil. Utilizamos método dialético para a construção das conclusões. Ao final, escrevemos o resultado da pesquisa com estilo literário acadêmico implicado.

Escolhemos como teoria de base para essa pesquisa a perspectiva descolonial, defendida pelo Grupo Modernidade/Colonialidade, coletivo de pensadores criado no final da década de 1990. Em apertada síntese, podemos apresentar as teses centrais do Grupo Modernidade/Colonialidade. Conforme Dussel,⁶⁵⁹ a chegada dos europeus ao continente americano inaugura a Modernidade, utilizada como fundamento mítico de racionalidade e desenvolvimento que engendram o processo de diferenciação entre os europeus e os não-europeus e, assim, constituem suas identidades. Por sua vez, Quijano argumenta que a constituição das identidades logo dá origem à hierarquização baseada na raça e justifica o domínio e a exploração colonial dos europeus sobre os não-europeus. Assim, podemos diferenciar o “colonialismo”, relação de dominação direta, política, social e cultural dos europeus sobre os conquistados em todos os continentes e que foi derrotada na ampla maioria dos casos; e a “colonialidade” que se refere às estruturas de dominação produzidas em meio à colonização, como parte de um processo sistemático de discriminação étnico-racial, repressão epistêmica e apagamento de subjetividades; que persistem no tempo para além da colonização europeia.⁶⁶⁰ Mignolo afirma que a colonialidade é a “face oculta” da modernidade, sem a qual essa não pode existir. Nesse sentido, “descolonizar” significa optar pela desobediência epistêmica, é se desvincular dos fundamentos ocidentais do conhecimento, e se desvincular não é negar completamente ou ignorar propositalmente, mas se permitir conhecer desde outros fundamentos.⁶⁶¹ Os conceitos apresentados são fundamentais para a análise dos textos constitucionais levantados.

Construímos as conclusões sobre esses fenômenos históricos de forma dialética com base materialista. Apoiados em Wolkmer,⁶⁶² entendemos que o que exame do fenômeno jurídico pressupõe a análise de sua estrutura, das situações históricas que o atravessaram. Apontamos como tese a “modernidade”, compreendida como o fundamento da Sociedade Civil, do Direito e, o que nos interessa, da regulação

⁶⁵⁹ DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 7-8

⁶⁶⁰ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 1, 11-20, p. 12.

⁶⁶¹ MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade *em* política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: literatura, língua e identidade, n. 34, 2008, p. 287-324. p. 290

⁶⁶² WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 35-36

da sociedade civil pelo Direito brasileiro. Apontamos como antítese a “colonialidade”, compreendida como coisa oposta ou, se se preferir, da mesma coisa desde outros pressupostos epistêmicos, reconhecida a unidade entre as coisas opostas. A síntese é a descolonialidade, que por um lado não se trata da negação da modernidade, a colonialidade, mas da negação da negação que supera a contradição entre ambas; e que, por outro lado, só pode ser atingida por um salto, o sucesso de um projeto de descolonização da regulação da sociedade civil no Brasil. Ao final, redigimos os resultados da pesquisa com estilo implicado.

Dividimos o trabalho em dois capítulos que, por sua vez, se dividem em dois subcapítulos. Organizamos a exposição dos resultados da pesquisa na forma de um espelho a evidenciar didaticamente as duas faces de um mesmo fenômeno social, a Modernidade e a Colonialidade.

No primeiro capítulo, nosso objetivo era compreender o homem moderno português em meio ao processo de “descobrimento”, “conquista” e “ocupação” coloniais do território brasileiro para a formação, em contato com indígenas e africanos, de uma sociedade civil regulada pelo Direito e, especificamente, pelo direito fundamental à liberdade de associação. Para cumprir esse objetivo, dividimos o capítulo em dois subcapítulos. No primeiro, apresentamos a formação de Portugal, de sua Sociedade e de seu Direito, para, logo, apresentamos o Brasil, sua Sociedade e seu Direito, enquanto herança colonial portuguesa. No segundo, apresentamos a regulação do direito fundamental à liberdade de associação em todas as constituições brasileiras e suas características a partir da definição como prerrogativa garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil para unirem esforços de forma perene e organizada em busca de um fim lícito e pacífico, garantida a não-intervenção do Estado.

No segundo capítulo, nosso objetivo era compreender o homem moderno/colonial português em meio ao processo de dominação e exploração de indígenas, africanos e mulheres no território brasileiro para a formação de uma sociedade civil/civilizada regulada pelo Direito e, especificamente, pelo direito fundamental à liberdade de associação. Para cumprir esse objetivo, dividimos o capítulo em dois subcapítulos. No primeiro, apresentamos o “Mito da Modernidade” como narrativa possível de domínio e exploração portuguesa no Brasil, dando origem a Homens, Sociedades e Direitos diferenciados e hierarquizados por imposição colonial. No segundo subcapítulo, analisamos descolonialmente a regulação da

liberdade de associação no Brasil, a partir de padrões modernos/coloniais que indicam a pretensão de universalidade dos seus sujeitos e dos valores, sua extensão, sua garantia de não-intervenção e seus limites civis.

Coletamos e organizamos os textos constitucionais de forma a constituir um corpus de análise. Analisamos o texto da Constituição do Império de 1824, da Constituição da República de 1891, da Constituição de 1934, da Constituição de 1937, da Constituição de 1946, da Constituição de 1967, e da Constituição de 1988. Partimos o texto bruto em trechos e reagrupamos em categorias significativas previamente estabelecidas, para que, a partir da frequência com que certas características surgirem, sejam identificadas tendências e padrões relevantes, buscando-se uma compreensão em nível de abstração mais elevado.⁶⁶³

Partimos da matriz metodológica descolonial formulada por Martins e Benzaquen,⁶⁶⁴ capaz de organizar informações teóricas e práticas sobre os fundamentos do objeto em análise, uma forma de imaginação sociológica e política que visa conhecer as condições de possibilidade da esperança e definir princípios de ação que promovam a realização dessas condições. Utilizamos o conceito de Modernidade/Colonialidade formulado por Quijano,⁶⁶⁵ que com o suporte de outros autores do grupo Modernidade/Colonialidade desdobramos em três: a colonialidade do poder, o estabelecimento de hierarquia das raças e a imposição do domínio institucional de uns sujeitos (europeus/brancos/burgueses) sobre outros (não-europeus/não-brancos/não-burgueses); a colonialidade do saber, o estabelecimento de hierarquia dos conhecimentos e a assunção de neutralidade e universalidade epistemológica de um saber sobre os demais; e a colonialidade do ser, o estabelecimento de hierarquia por elementos intrínsecos aos sujeitos, além da raça (branco, negro, indígena), o sexo (masculino ou feminino).

Com o apoio desses marcadores descoloniais, analisamos o texto da Constituição do Império de 1824, e passando pelo surgimento na primeira Constituição da República de 1891, pela ampliação e detalhamento pela Constituição de 1934, pela restrição autoritária pela Constituição de 1937, pela restauração

⁶⁶³ LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. **Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas**. 1ª Edição São Paulo: EDU, 1986. p. 45.

⁶⁶⁴ MARTINS, Paulo Henrique; BENZAQUEN, Júlia Figueiredo. Uma proposta de matriz metodológica para os estudos descoloniais. **Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE**, Recife, Vol. II, N. 11, 2017, p. 11-31. p. 22

⁶⁶⁵ QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 11-20, p. 12

democrática pela Constituição de 1946, pela nova restrição autoritária pela Constituição de 1967, e pela nova restauração democrática e o amplo detalhamento pela Constituição de 1988.

O primeiro padrão encontrado indica a pretensão moderna de universalidade dos sujeitos a quem a lei se destina. Podemos ler nas Constituições, 1891 “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz [...]”; 1934 “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País [...]”; 1937 “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País [...]”; 1946 “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]”; 1967 “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais [...]”; 1988 “[...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]”. Entendemos que esse texto garante a aparência de neutralidade entre o enunciador/colonizador/representante-constituente e na fruição do direito pelo enunciado/colonizado/representado-constituído. Entendemos que esse texto elimina a oposição discursiva entre o grupo dominante, aqueles que enunciam o direito, e o grupo dominado, aqueles que são enunciados ou a quem o texto se destina. Ao destinar os direitos fundamentais a “todos brasileiros e estrangeiros residentes no país”, as Constituições mascaram as diferenças entre enunciadore e enunciados e a relação colonial de poder entre eles.

O segundo padrão diz respeito aos valores da Constituição. Podemos ler nas Constituições, 1891, “[...] inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade [...]”; 1934, “[...] a inviolabilidade dos direitos concernentes liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade [...]”; 1937, “[...] o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade [...]”; 1946, “[...] a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]”; 1967, “[...] a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”; 1988, “[...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”. Entendemos que esse texto marca a pretensão de universalidade dos valores modernos ao enunciar os direitos à liberdade, à segurança (individual), e à propriedade, como direitos dos quais se desdobram os demais. A escolha por tais direitos atende a uma necessidade moderna/europeia/burguesa de direitos fundamentais centrados no indivíduo e em sua propriedade (para ter), em sua liberdade (para contratar), e em sua segurança

(para não lhe tirarem o que tem). Há pretensão de universalidade nos direitos enunciados, mas o afastamento dos sujeitos de direitos do sujeito enunciator/colonizador e conseqüentemente de seus valores impacta em sua fruição.

O terceiro padrão diz respeito à garantia moderna de liberdade de associação como prerrogativa de se associar, de não se associar, de permanecer associado, de constituir uma associação e de dissolver uma associação. Podemos ler nas Constituições, 1891, “[...] associarem-se e reunirem-se livremente [...]”; 1934, “[...] é garantida a liberdade de associação [...]”; 1937, “[...] a liberdade de associação [...]”; 1946, “É garantida a liberdade de associação [...]”; 1967, “[...] é garantida a liberdade de associação [...]”; 1988, “[...] é plena a liberdade de associação [...]”. Discutimos o debate em torno da construção do sujeito de Direito e destacamos em relação a esse ponto de divergência jurídica nacional sobre o alcance do direito à liberdade de associação, apenas pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos, apenas pessoas jurídicas, independente dos fins serem econômicos ou não, ou se todas as associações não personificadas. Entendemos que deve ser destacada a diferença entre o “direito de se associar” e o “direito de constituir uma associação”, ambos protegidos pelo direito à liberdade de associação. Em especial, entendemos que a realidade colonial deve ser parâmetro interpretativo do Direito, considerando a realidade de sujeitos diferentes entre si pelas relações impostas por uma matriz colonial de poder.

O quarto padrão encontrado diz respeito moderna de liberdade de associação como não intervenção do Estado. Podemos ler nas Constituições, 1891, “[...] não podendo intervir a policia senão para manter a ordem publica [...]”; 1934, “[...] nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária [...]” 1937, (ausente); 1946, “Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária”; 1967, “[...] nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial”; 1988, “[...] independente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento [...], “As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”. Entendemos que o texto mascara o conjunto de obrigações necessárias para a constituição de uma pessoa jurídica de direito privado, como uma associação, no Brasil. É o Estado, por meio do Direito, quem indica quais as formas aceitáveis de organização para concessão de personificação jurídica e seus efeitos conseqüentes.

As formas aceitáveis são aquelas que se aproximam dos interesses do moderno/colonizador/burguês/proprietário, são baseadas na igualdade formal dos sujeitos (contratantes), que exercem sua liberdade (autonomia da vontade), com registro escrito, público e oponível a terceiros (segurança jurídica), com garantia da preservação de seu patrimônio pessoal (risco controlado). As formas inaceitáveis são proibidas ou ignoradas, até que, pouco a pouco, deixem de existir por não produzirem os efeitos sociais esperados.

O quinto padrão diz respeito aos limites modernos à liberdade de associação, os fins lícitos e a pacificidade. Podemos ler nas Constituições, 1891, “[...] sem armas [...] para manter a ordem pública [...]”; 1934, “[...] para fins lícitos [...]”; 1937, “[...] desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes [...]”; 1946, “[...] para fins lícitos [...]”; 1967, (ausente); 1988, “[...] para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Entendemos o texto esconde a violência constitutiva da Modernidade, que se apoiou no roubo e no assassinato do território de povos indígenas; no sequestro, escravização, e assassinato de africanos; na exploração e violência doméstica contra mulheres; e na exploração inconsequente das riquezas naturais do território colonizado. A violência, mesmo que fruto da resistência, é condenada a priori, seus agentes são considerados incivilizados e suas demandas descartadas. Nesse sentido, a relação entre a sociedade civil e a violência é negada. O Estado moderno é quem produz a violência sob várias formas, o que é socialmente legitimado. De outro lado, o elemento civil aparece como “domesticação da violência”, oposto ao incivil.

Se começamos com um brocado latino, que possamos terminar com uma reflexão indígena brasileira. Conforme o líder Ailton Krenak, “[c]antar, dançar e viver a experiência mágica de suspender o céu é comum em muitas tradições. Suspender o céu é ampliar o nosso horizonte, não o horizonte prospectivo, mas um existencial”.⁶⁶⁶ Entendemos essas palavras como anúncio de um conveniente projeto que desnaturaliza a episteme hegemônica ao identificar sem essencialismos os sujeitos colonizadores e os sujeitos colonizados e a relação de poder entre eles em direção a algo novo, um projeto descolonial. Nossa capacidade de fazer isso - que inclui a capacidade de imaginar outros modelos de regulação social da atividade coletiva e, a partir deles, outros futuros possíveis - dirá sobre o sentido de sermos uma sociedade civilizada ou civil.

⁶⁶⁶ KRENAK, Aílton. **Ideias para adiar o fim do mundo**, 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 32

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Pedro. Liberdade de associação: trajetória histórica, direito comparado e âmbitos de proteção. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 110/2018, 2018, p. 135-175
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de; MARCOS, Rui de Figueiredo. A reforma pomabilina dos estudos jurídicos. **Boletim da Faculdade de Direito**. V. LXXV. Coimbra, 1999, p. 67-98
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 9(2), 2017, p. 136-150
- ARAÚJO, Sara. O primado do direito e as exclusões abissais: reconstruir velhos conceitos, desafiar o cânone. **Sociologias** [online], v.18, n.43, 2016, p.88-115
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Opinião Pública**, Volume 18, Número 2. Campinas, novembro de 2012
- AZAMBUJA, Marcelo Andrade de. **Semeando justiça**: a relação entre a advocacia popular e os movimentos sociais populares na busca do acesso à justiça. 2014. 76 f. Monografia (Graduação em Direito). Curso de graduação em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2014.
- BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **1946**. Coleção Constituições brasileira: v. 5. 3ª Ed. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012
- BALEEIRO, Aliomar. **1891**: Coleção Constituições brasileira: v. 2. 3ª Ed. Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012
- BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Sociedade civil, democracia e violência. **Revista brasileira de Ciências Sociais**. 2015, vol.30, n.87, p.143-162
- BANDECCHI, Brasil. Legislação básica sobre a escravidão africana no Brasil. **Revista de História USP**. V. 44. N. 89, 1972, p. 207-213
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**, 1ª Edição, 3ª Reimpressão. São Paulo: Edições 70, 2011
- BARRETO, José-Manuel. Imperialism and decolonization as scenarios of human rights history. In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective**: critique, history and international law. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 140-171

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua**, Volume 1, 3ª Edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927

BIDASECA, Karina. Afrodescendencia. Aproximaciones contemporáneas de América Latina y el Caribe. **Colección de ensayos del Centro de Información de las Naciones Unidas para México, Cuba y Rca. Dominicana, en el marco del Año Internacional de los Afrodescendientes**. ONU, México, 2012. p. 40-50

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991

BRAGATO, Fernanda Frizzo; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. Das insuficiências do discurso dominante à contribuição latino-americana para a afirmação dos direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 313-331, julho/dezembro de 2013

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHUCK, Simone; SCHROEDER, Paulo Victor. O resgate de narrativas silenciadas como possibilidade de uma perspectiva descolonial dos direitos humanos. **Revista Culturas Jurídicas**. V. 4, 2017, p. 298-313

BRAGATO, Fernanda Frizzo. A colonialidade no Direito. **Empório do Direito**. Publicado em 07 de março de 2016a. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-colonialidade-no-direito>>. Acesso em 16 de junho de 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio Iuris**. v. 9. n. 04, 2016, p. 1806-1823

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 19, n. 1, jan.-abr., 2014, p. 201-230;

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 269 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2009, p. 20

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Comentário ao artigo 5º, incisos XVI a XXI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1258-1300

BRASIL. **Câmara**. Ato do Comando Supremo da Revolução No. 1, de 10 de abril de 1964. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/atocsr/1960-1969/atodocomandosupremodarevolucao-1-10-abril-1964-364826-publicacaooriginal-1-csr.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Câmara**. Decreto N. 682, de 11 de julho de 1850. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-682-11-julho-1850-560010-publicacaooriginal-82519-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Câmara**. Decreto N. 931, de 14 de março de 1852. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-931-14-marco-1852-558930-publicacaooriginal-80641-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Câmara**. Decreto No 21.076 de 24 de fevereiro de 1932. Decreta o Código Eleitoral. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Câmara**. Decreto No 737, de 25 novembro de 1850. Determina a ordem do juízo no Processo Comercial. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/389155>> Acesso em 10 jan. 2

BRASIL. **Câmara**. Decreto No. 528, de 28 de junho de 1890. Regularisa o serviço da introdução e localização de imigrantes na Republica dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Câmara**. Decreto No. 7.247, de 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario da Côrte e o superior em todo o Imperio. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Câmara**. Lei de 20 de outubro de 1823. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anteriores/1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>. Acesso em 10 jan. 2020.

BRASIL. **Camara**. Lei No. 173, de 10 de setembro de 1893. Regula a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, Moraes, scientificos, artísticos, políticos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3º, da Constituição. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-173-10-setembro-1893-540973-publicacaooriginal-42519-pl.html>>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará, e Maranhão, enquanto Sua Majestade não mandar o contrário**. Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/2018-04/Diretorio_dos_indios_de%29_1757.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Ato Institucional No. 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe obre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Ato Institucional No. 4, de 7 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Constituição Política do Império do Brazil (25 de março de 1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Decreto No 10.358, de 31 de Agosto de 1942. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Decreto-Lei No. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei 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 10 jan. 2020.

BRASIL. **Planalto**. Lei 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM....-20-10-1823.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei 8.906 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

BRASIL. **Planalto**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm> Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No 581, de 4 de setembro de 1850. Estabelece medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No. 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os

escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No. 3.270, de 28 de setembro de 1885. Regula a extinção gradual do elemento servil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Planalto**. Lei No. 38, de 4 abril de 1935. Define crimes contra a ordem pública e social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1930-1949/L0038.htm>. Acesso em 10 jan. 2020

BRASIL. **Senado**. Decreto N. 82 – de 18 de julho de 1841. Fundando um Hospital destinado privativamente para tratamento de Alienados, com denominação Hospício de Pedro Segundo. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>>. Acesso em 10 jan. 2020

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve e C, 1857

BURGOS, Raúl. Sem glória, mas com certa pena: mais uma vez sobre o conceito de sociedade civil no Brasil. **Movimentos sociais e engajamento político: trajetórias e tendências analíticas**. Florianópolis: UFSC, 2015

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A “Lei da Boa Razão” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. **Revista Estudos Filosóficos** n. 14, p. 92-116, 2015. p. 103

CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**, 4ª Edição. Lisboa: Verbo, 2000

CARDOSO, Hamilton. apud GONZALES, Lélia. Experiências e tentativas. In: GONZALES, Lélia; HASENBALG, Carlos. (org) **Lugar de negro**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982. p. 21-29

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Índios no Brasil: histórias, direitos e cidadania**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

CAROTHERS, Thomas. Civil Society. **Foreign Policy**. N. 17. Washington. 1999-2000

CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes até 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008

CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileira. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Orgs.). **Sistema político brasileiro**. São Paulo: Editora da UNESP/Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2007. p. 19-34

CARVALHO, Roberta Lobão. Crônica e História: **a Companhia de Jesus e a Construção da História do Maranhão**. 2012. 208 f. Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade Federal Fluminense (UFF), 2012

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramón. Prologo. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramón **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2007

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal Brasileira – Comentários**. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographia, 1902

CHANDHOKE, Neera. Is violence constitutive of civil society?. **NGPA Working Paper Series**. Non-governmental Public Action. 2007.

CRUZ, Antônio. Do início da reconquista à fundação do Condado Portucalense. In: SARAIVA, José Hermano. **História de Portugal**. [S.l.] Alfa, 1983

CURIEL, Ochy. Críticas poscolonial desde las políticas del feminismo antirracista. **Nómadas** (Col.). N. 26, Bogotá, 2006, p. 99-101

DAGNINO, Evelina; OLIVEIRA, Alberto; PANFICHI, Aldo. **A Disputa pela Construção Democrática na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

DAVID, René; JAUFRETT-SPINOSI, Camille, **Los grandes sistemas jurídicos contemporâneos**, 11 Edição. Ciudad de México DF: UNAM, 2010

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Porto Alegre: L&PM, 2013

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

DORA, Denise Dourado. Conclusão. Como e por que debater o direito de livre associação para os povos indígenas. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 85-87

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009

DUSSEL, Enrique. “Europa, modernidad y eurocentrismo”. In: LANDER, Edgardo. (org.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2000

DUSSEL, Enrique. **1492 O encobrimento do Outro: a origem do mito da Modernidade**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1993

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 4-32

EDWARDS, Michael. Introduction: Civil Society and the Geometry of Human Relations In **The Oxford's handbook of civil society.** Michael Edwards (org.). New York: Oxford University Press, 2011.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. **Poké`exa ûti: o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento local.** 2014. 124 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Local). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local. Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2014

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo. El programa de investigación de modernidad/colonialidad latino-americano. **Tabula Rasa,** Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Bogotá, Colombia, n.1, 2003, p. 51-86

FALABRETTI, Ericson Sávio. Sociedade civil: o lugar e as faces do conflito. **Revista de Filosofia Aurora.** Curitiba, v. 20, n. 26, p. 27-38, jan./jun. 2008

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro.** 3ª Ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil.** São Paulo: EdUSP, 2001

FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12 Ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006

FERNANDES, Ernesto; RÊGO, Aníbal. **História do Direito Português.** Súmula das lições proferidos pelo Exmo. Prof. Doutor Marcelo Caetano no Curso do 1º ano Jurídico de 1940-1941 na Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa, 1941

FERNANDES, Rubem César. **Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira,** 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1984

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala.** Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48ª Ed. São Paulo: Global, 2003

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil.** 32 Ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 2005, s/p

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991

GIL, Antonio Carlos. **Método e técnicas de Pesquisa Social,** 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008

GILISSEN, John, **Introdução Histórica ao Direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992

GLENN, H. Patrick. **Legal traditions of the world: sustainable diversity in law**. 2 Ed. New York: Oxford University Press, 2004

GOMES DA SILVA, José Nuno Espinosa. **História do Direito Português**. 4ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian, 2004

GONSALVEZ, Gonzalo. **Descolonización de la justicia**. Justicia indígena originaria campesina. La Paz, 2011. Disponível em: <<http://pdba.georgetown>>. Acesso em 20 jan. 2020

GONZALES, Lélia. Experiências e tentativas. In: GONZALES, Lélia; HASENBALG, Carlos. (org) **Lugar de negro**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1982. p. 21-29

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**. ANPOCS, 1984

GORDON, Lewis R. Decadência disciplinar e a de(s)colonização do conhecimento. **Epistemologias do Sul**. Foz do Iguaçu/PR, 1 (1), p. 110-126, 2017

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 455-491

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

GUERRA de conquista. In: GUERRAS do Brasil.doc. Brasília: Ancine, 2019. Episódio 01, (526 min 43 s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VeMISgnVDZ4&t=1329s>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012

HOBBS, Thomas. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução de Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **O Brasil Monárquico: o processo de emancipação**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

HOMEM, Armando Luís de Carvalho. Rei e “Estado real” nos textos legislativos da Idade Média portuguesa. **En la España Medieval**. n. 22, 1999. p. 117-185.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009

IBGE. **Estimativa da População Brasileira**. 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

IBGE. **Território brasileiro e povoamento**. Os números das populações indígenas. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html>. Acesso em 10 jan. 2020

IBGE. **Territórios e povoamento**. Regiões de origem dos negros. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/negros/regioes-de-origem-dos-escravos-negros.html>. Acesso em 10 jan. 2020

JUSTO, António Santos. A influência do direito português na formação do direito brasileiro. **RevJurFA7**. v. V, N. 1, 2008, p. 198

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Edições 70, 2009

KOESSLER, Maximilian. The Person in Imagination or Persona Ficta of the Corporation. **Louisiana Law Review**. Vol. 9. N. 4, 199, p. 435-449

KRENAK, Aílton. **Ideias para adiar o fim do mundo**, 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. 1a. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 8-23

LAVALLE, Adrian Gurza. Sociedade, Estado e autonomia: argumentos, contra-argumentos e avanços no debate. **Opinião Pública**, Campinas vol. 21, n. 1, abril 2015, p. 157-187

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, exada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, [s/a]

LIMA, Manuel de Oliveira. **O Império brasileiro**. São Paulo: USP, 1989

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. s/a. Editora Vozes

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional do Império. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-MARTONIO-Origens-do-constitucionalismo-brasileiro.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2011

LOPEZ, Felix Garcia. **Perfil das organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: IPEA, 2018

LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana. A abertura do conceito de Sociedade Civil: desencaixes, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. **Colombia Internacional**. n. 78, 2013. p. 181-210, p. 193.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. **Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas**. 1ª Edição São Paulo: EDU, 1986

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 87-117

LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 73-101

MACIEL, Luciano Moura. Descolonização jurídica das associações pelas práticas socioculturais: a experiência das quebradeiras de coco babaçu do Maranhão e dos piaçabeiros do Amazonas. **Videre: Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD**. v. 10, n. 19, 2018, p. 30-52

MAIA, Luciano Mariz. Comunidades e organizações indígenas, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antônio Fabris Editor, 1993

MALDONADO-TORRES Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 127-167

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. **História do direito brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book, s/p

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**, 1ª Edição (1998), 8ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico. Organizações indígenas. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 17-20

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O Direito Romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

MARTINS, Leonardo. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 435-445

MARX, Karl. **O capital**. Crítica da economia política, Volume 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradução de Daniel Bensaid; Wanda Caldeira Brandt. São Paulo: Boitempo, 2010

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MIGNOLO, W. D. **La idea de América Latina**: La herida colonial y la opción de colonial. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005

MIGNOLO, Walter D. Decolonial option. In: MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. **On decoloniality**: concepts, analytics, praxis. Durham: Duke University Press, 2018

MIGNOLO, Walter; GROSGUÉL, Ramón. Intervenciones Descoloniales: una breve introducción. **Tabula Rasa**. Bogotá - Colômbia, n. 9, jul-dez, 2008, p. 29-37

MIGNOLO, Walter. Colonialidade: o lado mais escuro da Modernidade. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Volume 32, Número 94. Junho de 2017

MIGNOLO, Walter. D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, p. 33-49

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade *em* política. **Cadernos de Letras da UFF**, Dossiê: literatura, língua e identidade, n. 34, 2008, p. 287-324

MIGNOLO, Walter. La opción descolonial. **Revista Letral**. Universidad de Granada. No. 1, 2008, p. 3-22

MIGNOLO, Walter. **The darker side of western modernity**: global futures, decolonial options. London: Duke University Press, 2011

MIGNOLO, Walter. Who Speaks for the “Human” in Human Rights? In: BARRETO, José-Manuel. **Human Rights from a Third World Perspective**: critique, history and international law. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 44-64

MOHANTY, Chandra Talpade. Power, Representation and Feminist Critique Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses. In: MOHANTY, Chandra Talpade; RUSSO, Ann; TORRES, Lourdes. (Ord.). **Third World women and the politics of feminism**. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 1991, p. 51-80

MUJICA PETIT, Javier. Libertad de asociación. In: STEINER, Christian; FUCHS, Marie-Christine. (Ed.) **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Comentario. 2 Ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, p. 443-476

NASCIMENTO, Abdias. **O quilombismo**: documentos de uma militância pan-africanista. 3ª Ed. São Paulo: Perspectiva, 2019, [s/p]

NÓBREGA, Manuel da. **Nesta terra há um grande pecado**. 1549. Disponível em: <<https://www.correioims.com.br/carta/nesta-terra-ha-um-grande-pecado/>>. Acesso em 10 jan. 2020

OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de. Povos Indígenas e reconhecimento da autonomia. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 21-28

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares**: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito. 2014. 545 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, 2014

PEREIRA, Luciene. **As sesmarias em Portugal e no Brasil**: a colonização do Brasil analisada por meio das cartas de doação e dos forais. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 2010

PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. 2014. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2008

POLETTI, Ronaldo. **1934**. Coleção Constituições brasileiras: V. 3. 3ª Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições técnicas, 2012

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Tomo II, artigos 104-187. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936

PORTUGAL. **Lei sobre a liberdade dos gentios**. Évora, 20.03.1570. Disponível em: <http://lemad.fflch.usp.br/sites/lemad.fflch.usp.br/files/201804/Lei_de_liberdade_dos_indios_de_1570.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

PORTUGAL. **Ordenações Afonsinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3pa730.htm>>. Acesso em 10 jan. 2020

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas**. Disponível em:

<<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>>. Acesso em 10 jan. 2020,

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo**. Colônia. E-book. [s/l]. Companhia das Letras, [s/a]

QUIJANO, Aníbal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como Concepto, o América en el Moderno Sistema Mundial. **Revista Internacional de Ciencias Sociales**. Vol. XLIV, no. 4, 1992, p. 583-591

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. **Perú Indígena**. 13(29), 1992, p. 1, 11-20

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 107-131

RAMALHO, Joaquim. A personalidade jurídica das pessoas coletivas: evolução dogmática. **Revista Direito GV**. São Paulo. V. 15. N. 13, 2019

REALE, Migue. **O novo código civil e seus críticos**. Disponível em:

<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em 10 jan. 2020

REGULES, Luis Eduardo Patrone. Perfil constitucional do direito à livre associação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 25, 1998, p. 205-240

RESENDE, Tomaz de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. **Roteiro do Terceiro Setor: associações, fundações e organizações religiosas**. 6 Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

RODRIGUES, José Carlos. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1863

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. **Investigación anfibia: la investigación-acción en un mundo multimedia**. 2ª Ed. Bogotá: Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade, 2015

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a desigualdade**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril, 1979

SANTOS, Boaventura de Sousa; ANDRADE, Orlando Aragón. Revisitando “Poderá o direito ser emancipatório?”. **Revista Direito e Práxis**. Vol. 06, N. 10, 2015, p. 1-25

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7ª Ed. São Paulo: Cortez, 2010

SANTOS, Boaventura de Souza; CARLET, Flávia. The movement of landless rural workers in Brazil and their struggles for access to law and justice. *In* **Marginalized Communities and Access to Justice**. New York: Routledge, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **DPU**. N. 30. 2009, p. 7-41

SARTORI JÚNIOR, Dailor. **Terras indígenas e o Supremo Tribunal Federal**: análise da tese do “marco temporal da ocupação” sob a perspectiva da colonialidade. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, 2017

SAVIGNY, M. F. C. **Traité de Droit Romain**. Tome Premier. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1839

SEGATO, Rita Laura. Gênero e colonialidade: em busca de chaves da leitura e de um vocabulário estratégico descolonial. *Epistemologias feministas: ao encontro da crítica radical*. **E-cadernos CES**. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. N. 18. Coimbra, 2012. p. 106-131.

SERENS, M. Nogueira. **Em tema de fundações**. Coimbra: Coimbra Jurídica, 2019

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SILVEIRA, Marta de Carvalho. O livro das leis e posturas: uma proposta de análise. In: Anais do Encontro Internacional e XVIII Encontro de História da Anpuh-Rio: História e percerias. 2018, Rio de Janeiro. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <https://www.encontro2018.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1529361903_ARQUIVO_Trabalho_ANPUH_REGIONAL.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020

SOUSA, Joaquim Rodrigues de. **Analyse e Commentario da Constituição Política do Imprio do Brazil**, Volume II. São Luís: S/Ed, 1870

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direitos humanos e descolonialidade: uma leitura a partir da (anthropos)logia jurídica e formas “outras” de conhecimento. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; LUCAS, Douglas Cesar; SANTOS, André Leonardo

Copetti. (Org.). **Pós-colonialismo, pesamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. 2 Ed. Santo Ângelo: FuRI, 2015, p. 99-111

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Tradução de Sandra Regina Goulart Almeida, Marcos Pereira Feitosa, André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010

STORTO, Paula Raccanello. **Liberdade de Associação e Defesa das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2014.

STORTO, Paula Rascanello. Liberdade de Associação e Organizações Indígenas no Brasil. In: OLIVEIRA PANKARARU, Paulo Celso de (Org.) **Fortalecimento dos povos e das organizações indígenas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. p. 37-41

VAINFAS, Ronaldo. **Dicionário do Brasil Imperial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002

VAZ DE CAMINHA, Pêro. **Carta a El-Rei D. Manuel sobre o achamento do Brasil**. Lisboa: Parque EXPU, 1997

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007

WALLERSTEIN, Immanuel. **The Modern World-System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century**. New York: Academic Press, 1976

WALZER, Michael. **The idea of Civil Society: a path to social reconstruction** In Community Works: the revival of civil society in America. Washington DC: Brookings Institution Press, 1998

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**, 3a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002

ZIMMERMANN, Rafael. Apontamentos sobre a história do direito no Brasil. **Revista Direito em Debate**. N. 23. V. 41, 2014, p. 72-95