



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Denise Pozzani de Freitas Barbosa

Editora: UNIANCHIETA

Prof. Me. João Vasconcelos

Diretor Acadêmico

Prof. Dr. Cláudio Antônio Soares Levada

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo

Coordenador-adjunto do Curso de Direito

Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova

Coordenador da Revista de Direito Civil

CONSELHO EDITORIAL

- Profª. Dra. Ana Maria Motta Ribeiro (**Universidade Federal Fluminense, UFF**)
- Profª. Dra. Ana Paula Teixeira Delgado (**Pós-graduação da Unesa**)
- Prof. Dr. André Augusto Salvador Bezerra (**TJSP, ENFAM, AJD**)
- Prof. Dr. Antonio Carlos Morato (**Universidade de São Paulo, USP**)
- Profª. Dra. Carolina Pereira Lins Mesquita (**Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ**)
- Prof. Me. Arnaldo Lemos Filho (**PUCAMP**)
- Prof. Dr. Cláudio A. Soares Levada (**Fadipa, TJSP**)
- Prof. Dr. Cláudio Ribeiro Lopes (**Univ. Federal do Mato Grosso, UFMS**)
- Prof. Dr. Dalmir Lopes Junior (**Universidade Federal Fluminense - UFF**)
- Prof. Dr. Dimitri Salles (**PUC/SP e AASP**)
- Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Jr. (**Universidade Federal de Santa Catarina**)
- Prof. Me. Elvis Brassaroto Aleixo (**Faculdade de Direito Padre Anchieta**)
- Prof. Dr. Ênio José da Costa Brito (**PUC/SP**)
- Prof. Dr. Ivan de Oliveira Durães (**Faculdade de Direito Bras Cubas**)
- Prof. Dr. Jorge E. Carvajal Martinez (**Universidade da Colômbia**)
- Prof. Dr. Luis Renato Vedovato (**UNICAMP**)
- Prof. Dr. Luiz Otávio Ribas (**Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ**)
- Profª. Dra. Luzia B. de Oliveira Silva (**Pós-graduação stricto sensu, USF**)
- Profª. Dra. Marcia Simoni Fernandes (**Ordem dos Advogados do Brasil, RP**)
- Dr. Massimiliano Verde (**Accademia Napoletana, Nápoles, Itália**)
- Prof. Dr. Mauro Alves de Araújo (**Faculdade de Direito Padre Anchieta**)
- Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (**Ordem dos Advogados do Brasil, SP**)
- Prof. Dr. Pietro Nardella Dellova (**PUC/SP, UFF e Fadipa**)
- Prof. Dr. Wilson Madeira Filho (**Universidade Federal Fluminense, UFF**)

SUMÁRIO

Apresentação.....	03
	<i>Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova</i>
Pierre Proudhon e sua Teoria da Propriedade: O Percorso Proudhoniano do Droit D’aubane à Função Libertária da Propriedade.....	06
	<i>Pietro Nardella Dellova</i>
A Relação entre o Direito de Família e o Direito Internacional Privado: Análise do Casamento Poliafetivo e a Questão da Violação da Ordem Pública.....	86
	<i>Carolina Piccolotto Galib Luís Renato Vedovato Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini Viviane de Arruda Pessoa Oliveira</i>
Fundamentos para a Admissibilidade do Divórcio Unilateral Perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	104
	<i>Daniel Dela Coleta Eisaqui Manuela Cibim Kallajian</i>
Direito Ambiental e Direito do Consumidor.....	123
	<i>Camila Fernanda Pinsinato Colucci</i>
Responsabilidade Civil do Estado e o Controle do Corpo Criminoso Encarcerado: Genealogia do Sistema Prisional Brasileiro.....	148
	<i>Marcia Simoni Fernandes</i>
A Construção do Conceito de Pessoa Humana e a Ideia de Direitos Humanos Universais.....	177
	<i>Marcus Fabiano Gonçalves Palloma Borges Guimarães de Souza</i>

O Direito de Propriedade e a Educação: A Religião como Princípio Constitutivo da Propriedade Privada nas Sociedades Ágrafas.....197

*Renata Ary
Luzia Batista de Oliveira Silva*

Autonomia de Vontade nos Contratos e a Arbitragem no Brasil - Mitigação da Inconstitucionalidade.....210

*Marcia Simoni Fernandes
Kairon Bruno Furniel*

A Mediação como Forma de Garantia Social de Acesso à Justiça e Redução dos Impactos Gerados no Processo.....231

*Taysa Matos
Larissa Magalhães Aguiar
Tháise Ribeiro Santos Lima*

Famílias e Cidadania - Uma Proposta de Reflexão.....249

*Ana Patrícia Bortoti Franceschini
Géraldine Challe*

Paradigmas Jurídicos no Código Civil e no Código de Processo Civil: A Estrutura das Revoluções Normativas.....263

José Antonio Callegari

Políticas Públicas de Atendimento à Criança e ao Adolescente: Desafios Pautados em uma Visão Multidimensional de Desenvolvimento Humano.....282

*Ana Larissa Raynara da Silva Domingos
Francisca Carminha Monteiro de Lima*

Violazione dei Diritti dei Minori, Diritti Linguistici: Il Caso Napolitano.....300

Massimiliano Verde

APRESENTAÇÃO

Com grande satisfação, apresentamos a Edição nº 3 da nossa Revista de Direito Civil da Fadipa, promovida pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Desde seu nascimento, esta Revista de Direito Civil nasceu com a missão de provocar a reflexão, a construção de um pensamento sistêmico com propostas de análises críticas, a fim de possibilitar ao Estudante e, também, aos Profissionais do Direito, entre os quais os Docentes, o alcance de uma melhor e mais profunda compreensão do Direito Civil, especialmente, o Direito Civil com base na Constituição Federal, comumente chamado de Direito Civil Constitucional.

Recebemos inúmeras mensagens expressando gratidão pela oportunidade de haver, disponível a todos, uma Revista com grande qualidade, amplitude temática e um Conselho Editorial de primeira grandeza. Nossa resposta às inúmeras mensagens é simplesmente continuar esse trabalho prazeroso, humana e intelectualmente, e manter a Revista de Direito Civil em publicações semestrais.

Na presente edição, reunimos Artigos em torno do conceito da Pessoa Humana, base fundamental para o Direito Privado, cujas estruturas normativas são analisadas, e, além disso, princípio maior do texto constitucional e, a partir disso, trouxemos Artigos que abordam o tema dos Núcleos Familiares, tanto no sistema nacional quanto internacional, natureza das relações familiares, as relações da propriedade com a pessoa humana e sua origem religiosa, como sugere Fustel de Coulanges. Além disso, a pessoa humana, cujo conceito se desenvolve aqui, e suas relações com o direito ambiental e consumidor. Aborda-se, também, a base de responsabilidade civil do Estado quando cumpre seu papel de juiz e executor da pena em relação à pessoa humana colocada sob sua tutela. Por último, também, a autonomia de vontade, clássico princípio contratual, é objeto de estudo em face dos novos caminhos de composição e solução de conflitos, que mantém o caráter privatístico, mas modernamente encontra abrigo nos textos processuais, além de busca incessante de pacificação social, tanto extrajudicial quanto judicial.

Enfim, uma vez mais, colocamos à disposição de estudiosos do Direito Civil a nossa Revista, na esperança de poder colaborar com a formação e desenvolvimento jurídicos, e com a certeza de cumprimento de um relevante papel e função sociais. A todos - e todas, nosso abraço e amizade.

Eis aqui a nossa Revista de Direito Civil.

Fevereiro de 2020

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

NOTA

Os textos aqui publicados, bem como seus posicionamentos teóricos, filosóficos, políticos, culturais e sociais, são de inteira responsabilidade de seus autores e coautores, não refletindo o pensamento desta Revista, Coordenação ou da Instituição que a abriga.

Coordenação

**PIERRE PROUDHON E SUA TEORIA
DA PROPRIEDADE: O PERCURSO
PROUDHONIANO DO DROIT
D'AUBANE À FUNÇÃO LIBERTÁRIA
DA PROPRIEDADE**

Pietro Nardella Dellova¹

¹ **Pietro Nardella Dellova** é Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, UFF; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP; Mestre em Ciência da Religião pelo Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciência da Religião da PUC/SP; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de SBC; Pós-graduado em Literatura pela Faculdade de Direito da UniMarco; Formado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia da Universidade Franciscana, e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito SBC. É membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP – São Paulo; Membro da Comissão de Notáveis da OAB/BC, Balneário de Camboriú, Santa Catarina; Membro da “Accademia Napoletana per la Cultura di Napoli”, Nápoles, Itália; Associado ao Grupo Martin Buber, de Roma, para o Diálogo entre Israelenses e Palestinos; Associado à Resistência Democrática Judaica (grupo judaico para defesa da Democracia). É Autor de vários livros, artigos e pareceres jurídicos; é Poeta, com vários livros de Poesia publicados, e membro da UBE – União Brasileira de Escritores; em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador e Coordenador do Grupo de Estudos do Programa de Pós-graduação, *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado), em Educação da CNPq/USF. É Professor, desde 1990, de Literatura, Direito Civil, Filosofia, História do Direito e Direitos Humanos em vários Cursos (graduação e pós-graduação), entre os quais, Universidade Federal Fluminense, Fadipa, ESA – Escola

RESUMO

Entre as inquietações libertárias, algumas dizem respeito diretamente aos fundamentos econômicos e, no dizer de Proudhon, à estrutura das sociedades burguesas e comunistas, pois uns e outros endeusaram a propriedade, aqui coletiva, ali privada. A propriedade é mesmo um roubo, criadora da miséria, e por isso deve ser controlada pelo Estado? É a pergunta que Proudhon se faz, e em sua resposta seguirá por toda a sua vida: começa afirmando que é roubo do modo como está disciplinada pelo direito, mas pode servir à liberdade, bastando ser compreendida, não por uma suposta origem, mas para uma função: liberdade do indivíduo frente ao autoritarismo estatal. Mas é possível realizar a *utopia* libertária? É possível uma *topia* com bases libertárias?

Palavras-chave: *função libertária da propriedade, droit d'aubane, direito de propriedade, proudhonismo, liberdade econômica.*

ABSTRACT

Among the libertarian concerns, some concern directly to economic fundamentals and, in Proudhon's words, to the structure of bourgeois and communist societies, because both of them deified the property, here

Superior da Advocacia, Direito Unimep, EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Atuou como Professor visitante (2011-2013) na Faculdade de Direito da USP, abordando o tema “Direito Hebraico Comparado”. É Pesquisador bolsista CAPES no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”. Atualmente desenvolve estudos e pesquisas em New York, USA.

collective, there private. Is property the same as theft, a misery generator and, therefore, should it be controlled by the State? This question has been asked by Proudhon and his answer remains the same throughout all his life: he starts off by stating property is theft as determined by the laws, however, it could be related to freedom as long as it is understood, not regarding an origin, but a function instead: individual freedom as opposed to the State's authoritarianism. But is it possible to make the libertarian *utopia* come true? Is it possible a *topia* based on libertarian roots?

Key-words: *libertarism, property, proudhonism, droit d'aubane, freedom, libertarian function of property*

INTRODUÇÃO

Pierre-Joseph Proudhon nasceu em Besançon, França, a 15 de janeiro de 1809, sendo ele o quinto filho de uma família muito pobre, trabalhou desde pequeno com o pai na fabricação de cerveja e, depois, no pastoreio. Ao conseguir uma bolsa de estudos, começou a estudar aos onze anos em um colégio de sua cidade, demonstrando, desde então, grande interesse pela leitura, conjugando a vida de pastor com a escola e fugas para a biblioteca da sua cidade. Mas, quando sua família perdeu as terras e a possibilidade de continuar no pastoreio, teve que se retirar dos estudos para

ajudar nas despesas da casa, não podendo terminar seus estudos. Em 1827, aos treze anos, é enviado para trabalhar na tipografia dos Gauthier. Desde essa época passou a cultivar a imprensa.

Durante os anos seguintes trabalhou como tipógrafo em Neuchâtel, Marselha e Draguignan, tempo em que, como autodidata, estuda hebraico, latim e grego e, em 1830, resolve mudar-se para Paris, vivendo na casa do seu amigo Gustave Fallot, tempo em que completa a leitura da Bíblia e de obras teológicas que, como consequência, desperta-lhe aversão à religião dos teólogos. Em 1833 retorna a Besançon para dirigir a tipografia dos Gauthier. Em 1837 escreve *Essai de Grammaire Générale*, que lhe traz menção honrosa, e lhe dá condições de se candidatar, em 1838, à pensão Suard (atribuída a jovens pobres da região que tivessem vocação para a carreira de letras ou ciências), com o texto *Candidature a la Pension Suard*, recebendo a bolsa.

Em 1839 imprime sua primeira obra importante, *De l'Utilité de la Célébration du Dimanche, considérée sous les rapports de l'hygiène publique, de la morale, des relations de famille et de cité*, e no ano seguinte, 1840, publica a obra que lhe fará conhecido e polêmico, *Qu'est-ce que la Propriété?*

ou *Recherches sur le principe du Droit et du Gouvernement*, por conta da qual quase perde sua bolsa, mas tem que responder diante da Academia de Besançon.² Em 1842, transferindo-se para Lion, vai trabalhar em uma empresa de transportes marítimos, publicando em 1843 a sua *De La Création de l'ordre dans l'Humanité*". Em 1845 passa o inverno em Paris, onde Marx o conhece. Em 1846, publica o "*Système des Contradictions Économiques ou Philosophie de la Misère*". Em 1848 participa ativamente da Revolução de 1848 e se elege deputado na Assembleia Nacional, momento em que propõe reformas radicais na economia, quando recebe o mote de *homem-terror* tanto de socialistas quanto da burguesia.

Vota contra a Constituição e, com eleição de Luiz Bonaparte à presidência, passa a atacá-lo com artigos em jornais, em função dos quais será processado, condenado e encarcerado em 1849, ficando preso até 1852, quando encontrou os socialistas desterrados pelo golpe de 1851. Desde então, Proudhon escreverá várias obras, entre as quais, a *Théorie de la Propriété*, terminada em 1862, e que

² Giampietro Berti. *La Dimensione Libertaria di Pierre-Joseph Proudhon*. Roma: C. Nuova, 1982, p. 79

será publicada apenas em 1865, após sua morte, que se deu a 19 de janeiro de 1865. No conjunto sua obra contribuirá não apenas para o anarquismo, mas para toda a ciência econômica e social, bem como jurídica.

Pontes de Miranda, por exemplo, coloca-o como essencial para a crítica da explicação e elaboração do direito, especial entre os vários autores da Sociologia e Doutrinas científicas,³ e Ruy Barbosa utiliza-o elogiosamente em seus textos.⁴

1. PROUDHON E SUA TEORIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

Proudhon, desde cedo, demonstrou sua inquietude libertária e a tendência à polêmica, seja com a burguesia, seja com os socialistas, característica que o acompanhou até a morte, mas dois aspectos são fundamentais em sua vida e obra. O primeiro deles refere-se à sua pessoa, de origem humilde, proletária e consciente, aliás, uma virtude que Marx reconhece ao analisar e defender a obra proudhoniana *Qu'est-ce que la*

³ Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito* (de 1922). RJ: Borsoi, 1972, pp. 16 e segs.;

⁴ Ruy Barbosa. *Teoria Política*. SP: W. M. Jackson, 1964, pp. 303 e segs., usando sua *De la Célébration du Dimanche* (1839).

Propriété? ou Recherches sur le principe du Droit et du Gouvernement (de 1840). Para Marx, que comenta⁵ esta obra em 1844,

“Proudhon não a escreveu apenas no interesse dos proletários, já que ele mesmo é um *ouvrier*;⁶ a obra (Qu’est-ce que la Propriété?) é um manifesto científico do proletariado francês, e por isso tem um significado histórico.”⁷

Marx, naquela oportunidade, realmente admirou o trabalho de Proudhon,⁸ e manifestou-lhe respeito, o que está claro na Carta que lhe dirige em 5 de maio de 1846,⁹ convidando-o a participar de rede de correspondentes socialistas alemães, ingleses e, com Proudhon, franceses. Proudhon recusou o convite na Carta de 17 de maio de 1846,¹⁰ aliás, na resposta a Marx, não

apenas recusou, mas sugeriu ainda que Marx não criasse um tipo de *teologia* comunista nem pretenda *doutrinar o povo*, e muito menos colocar-se como chefes de uma nova intolerância ou como *apóstolos de uma nova religião*, cabendo a eles, socialistas, dar ao mundo o *exemplo da tolerância, sábia e prudente*. A amizade entre Proudhon e Marx termina exatamente aí.

Marx não gostou da resposta, rompeu com Proudhon, e manteve, a partir de então, uma crítica ácida e constante, inclusive após a morte (e em função da morte) do pensador francês. De *ouvrier* (trabalhador), e autor de um *manifesto científico do proletariado francês*, representante da classe proletária francesa (1844), bem como de “meu querido Proudhon”, e “creia na amizade muito sincera do seu devotado” (maio de 1846), Marx passará a rotulá-lo impiedosamente de *petit bourgeois tout pur* (pequeno-burguês, simples e puro) e representante da burguesia.

Após as fatídicas Cartas de maio, Proudhon lançou a sua *Filosofia da Miséria* (em outubro de 1846), que se tornou objeto crítico de outra Carta de Marx a *Annenkov*, em 28 de

⁵ Karl Marx e Friedrich Engels. *A Sagrada Família*. Td. M. Backes. SP: Boitempo, 2011, p. 34;

⁶ Marx utiliza *ouvrier* (trabalhador), no meio do seu texto em alemão;

⁷ Karl Marx e Friedrich Engels. *Op. cit.* pp. 53-54;

⁸ Vladimir I. Lenin (1869-1919). *Quaderni Filosofici*. Trad. I. Ambrogio. Roma: Riuniti, 1969, pp. 12-56;

⁹ Karl Marx. *Carta a Proudhon de 5.5.1846*, in *Anexos à A Miséria da Filosofia*, SP: Global, 1985, p. 199;

¹⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *Carta a Karl Marx di 17 Maggio, 1846*, in *Epistolario*. Trad. I. Reggio. Milano: Ist. Italiano, 1917, p. 33. A Carta encontra-se, também, nos *Anexos à A Miséria da Filosofia*, de Karl

Marx, *Filosofia da Miséria*. Trad. de João Paulo Netto. SP: Global, 1985, p. 199;

dezembro de 1846,¹¹ na qual ataca impiedosamente a pessoa de Proudhon, chamando de *pequeno-burguês*, considerando suas *críticas ao comunismo como ridículas* e qualificando a sua obra como *amorfa e presunçosa*, o que se repetirá no seu livro *A Miséria da Filosofia* (1847), totalmente escrito para contradizer a *Filosofia da Miséria*. No Manifesto do Partido Comunista, de 1848, Marx e Engels criticam novamente a obra proudhoniana, considerando-a ainda como representante de um socialismo burguês.

Fora dos encontros pessoais entre ambos, no inverno de 1844/1845, e a resposta enviada a Marx, Proudhon não menciona Marx em qualquer de seus textos (o que pode ser até expressão da arrogância de que Marx lhe acusou). Sobre o livro de Marx,

¹¹ Karl Marx. *Carta a AP. V. Annenkov de 28 de Dezembro de 1846*, in *Anexos. Op. cit.* p. 205.

Esta Carta foi o embrião da *Miséria da Filosofia*, de Karl Marx (1847), contra a *Filosofia da Miséria* de Proudhon (1846). O livro de Proudhon, além de ser o objeto da crítica marxiana, *será lembrado, sempre com o desprezo de Marx, em vários outros escritos, como por exemplo, no Manifesto Comunista (1848) e na Carta de Marx sobre a morte de Proudhon (1865). É de se notar, sem que se queira afirmar coisa alguma, que todas as críticas de Marx a Proudhon apareceram, e ganharam força, apenas depois de Proudhon ter recusado o seu convite para fazer parte da rede de socialistas (maio de 1846).*

Miséria da Filosofia, Proudhon limitou-se a escrever uma nota (que só foi publicada em 1923):

“o verdadeiro sentido da obra de Marx é o seu desgosto por eu ter pensado tudo como ele e por tê-lo dito antes dele. Compete ao leitor crer que é Marx que, depois de me ter lido, lamenta pensar como eu! Que homem!”¹²

Pois bem, esta origem humilde (que, apesar dos ataques de Marx, foi sempre proletária), bem como o sentimento de honra e dignidade, foram expressos pelo próprio Proudhon, e de forma cabal, na mencionada carta para a *Candidature a la Pension Suard*, de 1838, ocasião em que Proudhon buscava conquistar a bolsa de estudos:

“Nascido e educado na classe de trabalhadores, e dela fazendo parte ainda hoje, e sempre, pelo coração, pelo espírito, pelos hábitos, e sobretudo pela comunhão de interesses e aspirações, a maior alegria do candidato, se conseguisse a vossa aprovação, seria, não duvideis, Senhores, ter atraído sobre sua pessoa a vossa justa atenção para esta interessante parte da sociedade tão bem ornada com o nome de trabalhadora (d’ouvrière), de ter sido julgado digno de ser seu primeiro representante diante de vós, e de poder,

¹² P-J. Proudhon. in *Extractos*, apud George Gurvitch. *Proudhon*. Porto: Ed. 70, 1983, p. 82. A mesma observação faz J. Hampden Jackson. *Marx, Proudhon e o Socialismo Europeu*, op. cit., 54;

*daqui em diante, trabalhar sem descanso, com a filosofia e a ciência, com toda a energia da sua vontade e todas as forças do seu espírito para a completa defesa dos seus irmãos e companheiros.”*¹³

O trecho acima demonstra um referencial que não se afastará de Proudhon por toda a sua vida, a partir do qual ele compreende o meio social em que vive. Quando fala dos trabalhadores como parte da sociedade, ele está dizendo algo sobre um grupo que era, então, invisível e, sobretudo, invisível no contexto da filosofia e da ciência. Um grupo do qual faz parte, aproveitando as boas palavras de Marx.

Proudhon afirma seu sentimento de dignidade e felicidade, não pelo pedido de uma bolsa de estudos, mas por conseguir propiciar um ponto de referência, um ângulo, pelo qual essa classe – trabalhadores – pode ser vista – e vista a partir da ciência. Em todos os seus trabalhos, ele procurará a base científica para estudar as diversidades e as contradições socioeconômicas. Finalmente, ele nomeia esta *parte da sociedade*, da qual faz parte, chamando-a de *d’ouvrière* (trabalhadores), nome

que considera honrosamente como ornamento!

O segundo aspecto de sua evolução conceitual é a busca ininterrupta pelos princípios econômicos, sociais e políticos. Proudhon não aceita, como assinalado anteriormente, a visão dos chamados *socialistas utópicos*, cujos sistemas são unidimensionais e levam, parece não haver dúvida, a certo contexto político de absolutização e, além disso, partem de uma visão externa à sociedade, e não dela e de suas realidades. No primeiro capítulo deste trabalho chamou-se a isso de *topias*. A dada realidade a partir da qual é possível pensar em rupturas, transformações ou, em menor grau, reformas – mas, sempre, a partir do centro, da existência real e cientificamente estudada: *topias*!

De modo diverso, Proudhon compreende que há as pluralidades econômicas e sociais e, mais que pluralidades, ele considera as diversidades econômicas como ponto de partida para a sua teoria. Daí que seu pensamento se pauta principalmente pela busca, a partir da realidade, de composições ou equilíbrio dos contrários. A igualdade de condições, tópico explícito desde a Revolução de 1789, que levou, inclusive, a convulsões na sociedade francesa, não poderia ser,

¹³ Pierre-Joseph Proudhon. *Lettre de Candidature a la Pension Suard* (1838), in *Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926, p. 16

para Proudhon, apenas mais uma teoria que, assim como a dos socialistas utópicos, estava fadada ao insucesso e, sobretudo, ao desaparecimento.

A teoria que desenvolvesse o tema “igualdade” deveria verticalizar, buscando nas entranhas da sociedade sua razão de ser, mas, também, não se perder de determinados princípios que regem a sociedade e, de resto, das relações interpessoais: *princípio da liberdade e princípio da autoridade* e, ademais, o equilíbrio de tais forças ou princípios. Não se trata, para Proudhon, de anular uma ou outra, mas de mantê-las em equilíbrio.

Para Proudhon, não bastaria falar em igualdade, o que levaria a uma igualdade formal, textual e utópica (no sentido negativo) e, por isso mesmo, alienada. A desigualdade, fonte de tantas injustiças, já está revelada, descoberta, descortinada. *E, agora?*, perguntou-se Proudhon por toda a sua vida. O passo seguinte é protegê-la profundamente, e descobrir seus princípios na dimensão econômica. Um dos pontos importantíssimos, que será verticalizado adiante, é o papel da *propriedade*. Para Proudhon, a *propriedade* do modo como fora

concebida, e regrada no Direito Civil,¹⁴ estava mal colocada e não demonstrava, com exatidão, seus efeitos. Ela é, e Proudhon será contundente ao afirmar, o elemento de injustiça e, não poucas vezes, injustiça com aspectos de sacralidade, haja vista idolatrada por todos.

Tal a percepção da *sacralidade* da propriedade,¹⁵ que dava ao seu titular o direito absoluto, inclusive de vida e de morte (*ius vitae ac necis*),¹⁶ faltando apenas converter-se em entidade divina, um tipo de *res divini iuris*,¹⁷ pois já era *sacra privata*, o que não afasta o pensamento de Proudhon de um preciso referencial de análise: a saber, a evolução histórica da propriedade enquanto direito *erga omnes*, isto é, contra tudo e contra todos, ligado à família, de *famulus, familiam*,¹⁸ designativo para o conjunto religioso patrimonial romano, e sujeito a um *pater familias* – senhor (dono),¹⁹ sacerdote, realizador do culto doméstico da família, cujo território, ou espaço

¹⁴ Código Civil Francês. Artigos 544 e segs.;

¹⁵ Os romanos usavam o termo *domínio*;

¹⁶ Caio Mario da S. Pereira. *I. de Direito Civil: Direito de Família*. RJ: Gen/Forense, 2016, p. 31

¹⁷ Luis R. Argüello. *Derecho Romano: Historia e Instituciones*. B. Aires: Astrea, 1997, pp. 168, 219 e 397;

¹⁸ Luis R. Argüello. *Idem*. p. 400;

¹⁹ Caio Mario da S. Pereira. *Idem*. p. 31;

sagrado, era exatamente o *domus* – casa ou lugar onde se lançavam raízes, e na qual, diuturnamente, mantinha-se aceso o *fogo sagrado* dedicado aos deuses domésticos,²⁰ *lares e manes*, respectivamente, relacionados aos fundadores daquela família e aos membros ilustres já passados.²¹

Por isso mesmo, dirá Proudhon, acerca do direito de propriedade, estabelecido como *direito sagrado* burguês na Revolução de 1789, conforme o texto da Declaração: “*sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado...*”²², que o mesmo fora divinizado, *objeto e sujeito* ao mesmo tempo, a serviço de deuses domésticos, e cultuado diuturnamente. Disse ele que *a propriedade ainda não fez os seus mártires: ela é o último dos falsos deuses.*”²³

Como foi dito na primeira parte deste trabalho, ao utilizar a expressão *mártires*, Proudhon está ironizando fala de Edmund Burke, o político inglês que

fez duras críticas à Revolução Francesa de 1789. Blanc, um socialista, utiliza a palavra “mártires”, proferida por Burke, em sua obra, talvez para provocar Proudhon, a quem se opunha.

A aguda ironia de Proudhon, jogando com as palavras *mártires, revolução e propriedade*, dá-se porque ele não considera que qualquer revolução tenha, em sua base, algum outro motivo que não seja a propriedade. O que ele quis dizer é que quaisquer vítimas de qualquer revolução não são realmente vítimas da revolução, mas da propriedade, em função da qual ocorrem as revoluções.

Porém, não basta descobrir a propriedade como fonte das desigualdades e, por via social, real, científica, econômica, estabelecer a igualdade de todos, sobretudo, da classe de trabalhadores, a fim de que ela possa também desfrutar desse direito. A igualdade real e, portanto, econômica, é uma condição para a liberdade, assim como a própria liberdade e o direito de associação livre de qualquer natureza, em especial, civil.

E qual o estado de igualdade? Proudhon pretende investigar esse tema, porque para logo um problema se apresenta, ou seja:

²⁰ Fustel de Coulanges. *A Cidade Antiga*. Lisboa: Clássica, 1950, pp. 29 e segs.;

²¹ Luis R. Argüello. *Derecho Romano: Historia e Instituciones*. *op. cit.* p. 400;

²² Art. 17 da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*;

²³ Pierre-Joseph Proudhon. *De La Célébration du Dimanche* (1839), in *Oeuvres Complètes de P.-J. Proudhon*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926, p. 60

“encontrar um estado de igualdade social que não seja, nem comunidade (aqui ele se refere ao comunismo), nem despotismo, nem desmembramento, nem anarquia, mas liberdade na ordem e independência na unidade. E, uma vez resolvido este primeiro ponto, restaria um segundo: indicar o melhor modo de transição. Aqui está todo o problema humanitário”²⁴

Proudhon insiste na chave da diversidade, da pluralidade e, ainda, da propriedade como centro de organização, ou desorganização, da sociedade. Não basta que a propriedade seja regulada no Código Civil, tendo em vista que, antes de ser um direito burguês codificado, é um fato econômico. E o fato econômico envolve, ao menos, dois atores: *burguesia e proletariado*.

O pensamento proudhoniano, de início, considera o proletário²⁵ como antítese da propriedade – não da burguesia. Porque para ele, a propriedade é uma verdadeira entidade, anterior à própria burguesia e, depois, formadora da burguesia. Portanto, a questão é que a partir da perspectiva da igualdade econômica, como modificar os vértices dialéticos desta dada

realidade, contrapondo-se, como realmente contrapostas estão, as classes da burguesia e proletariado, a fim de, a partir disso, encontrar-se a síntese. Proudhon não trabalha com a hipótese messiânica de um tempo de paz e com a destruição das classes. As classes estão aí, como sempre estiveram – e estarão por muito tempo.

Ao final de sua teorização, Proudhon afirmará que o proletariado não pode ficar como antítese da propriedade, mas que essa, prestando um serviço de equilíbrio na diversidade, deve ser a síntese (no sentido proudhoniano de síntese) entre a tese e a antítese: burguesia e proletariado; e, nesse sentido, servir para a emancipação da própria classe proletária, e garantir sua liberdade.

Em qualquer caso, o Estado não pode, em um primeiro momento, fazer parte do triângulo dialético proudhoniano e, conforme o caso, deve mesmo desaparecer. Desaparecer não significa que o princípio da autoridade desapareça com ele, mas que ele não pode, enquanto uma ficção política que é, ser ator irreal no cenário de atores reais, ou seja, *burguesia, proletariado e propriedade*: os atores e sua expressão econômica de produção. Eis as bases da realidade.

²⁴ P-J. Proudhon. Pierre-Joseph Proudhon. *De La Célébration du Dimanche*. *op. cit.* p. 61;

²⁵ De *proles*, mão de obra servil, constituída para o trabalho;

Não é por outra razão que Proudhon dedica uma boa parte de sua obra para pesquisar e aprofundar a propriedade. Ela é *todo o problema humanitário*.²⁶ Não é a harmonia fantasiosa, na qual Proudhon não acredita, mas a igualdade efetiva e real de condições econômicas que, conforme os pressupostos da razão, deve ser considerado como *elemento irrecusável no direito*.²⁷

Na diversidade, ou seja, na compreensão da diversidade, e diversidade que não se muda com ideias ou sistemas sociais e econômicos fechados e *utópicos*, bem como no equilíbrio – e não na superação – dos opostos, está a chave para compreender o pensamento proudhoniano e a evolução de sua obra.

2. ASPECTOS GERAIS DAS OBRAS DE PROUDHON ACERCA DA PROPRIEDADE

Desde 1840, com a publicação de *Qu'est-ce que la Propriété? ou Recherches sur le principe du Droit et du Gouvernement*, passando pela *Système des Contradictions Économiques ou Philosophie de la*

²⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *De La Célébration du Dimanche* (1839), *op. cit.*, p. 61;

²⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* p. 59;

Misère,²⁸ de 1846, até a sua *Théorie de la Propriété*,²⁹ escrita em 1862, e publicada depois da sua morte, Proudhon foi desenvolvendo sua teorização da propriedade, numa constante e ininterrupta investigação, como ele mesmo testemunha, a fim de encontrar o porquê do direito de propriedade, seu nascedouro e desdobramentos socioeconômicos.

Mas não teve a pretensão de entregar alguma teoria pronta e acabada, pois não se trata de um tema que possa ser resolvido de modo fácil. Segundo ele, é o maior assunto proposto à razão, e o último que ela conseguirá resolver, depois de resolver o problema do destino do homem,³⁰ ou seja, a propriedade não foi até hoje, e tudo indica que continuará não sendo, compreendida em alto e profundo. Ela está além de um dispositivo do Direito Civil.

O Que é a Propriedade? tornou-se motivo de escândalo e oposições, sobretudo, da classe burguesa, e, também, de elogios, como o de Marx.

²⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*. 2 Vols. Trad. Antonio G. da Silva e Ciro Mioranza. SP: Escala, 2007;

²⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà, 1865)*. Trad. A. Klitsche de la Grange, Roma: Bottega dell'Antiquario, 1947;

³⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* 169;

Por outro lado, o seu *Sistema de Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*, de modo diverso, deu motivo à crítica ácida de Marx, marcando, como foi visto, de modo definitivo a ruptura com Proudhon.

E, finalmente, a *Teoria da Propriedade*, obra que segue relativamente desconhecida por marxistas e anarquistas, e, principalmente, por civilistas e economistas, embora seja nela que ele justifique e complete as anteriores.

O pensamento de Proudhon, a partir de suas obras, é um processo contínuo de análise e ponderação sobre a propriedade, e aqui é considerada apenas a propriedade de terras rurais, responsáveis pela produção de alimentos. No processo, Proudhon vê e denuncia a propriedade como abuso e, daí, um roubo!³¹ Chama-a de roubo, embora isso não signifique dizer que ele negue simplesmente a propriedade. Significa dizer, isso sim, que a vê do modo como ela estava estabelecida, inclusive juridicamente, em seu tempo, *como roubo*, sendo esse direito o divisor de classes econômicas: de um lado,

³¹ Utilizaremos para a expressão “*la propriété c’est le vol*”, a tradução “a propriedade é um roubo”, embora pudesse ser, também, “é um furto” ou, no contexto da obra: “é um latrocínio”; No Direito Penal, “roubo” é mais que “furto” e menos que “latrocínio”.

aqueles que tinham e exploravam a propriedade da terra, e, de outro, aqueles que não a tinham, e eram explorados. É contra aquela propriedade de caráter egoístico, destrutivo, explorador e abusivo que Proudhon lança seu ataque inicial.

Da primeira obra, então, em que afirma textualmente, em 1840: “*la propriété c’est le vol*” (a propriedade é um roubo), até o final das suas reflexões sobre esse tema, em 1862, sua compreensão completa-se, e a propriedade passa a ser (ou pode ser), se reconhecida como direito de todos, um instrumento de liberdade contra as opressões do Estado. Sendo, então, neste sentido, um desdobramento do princípio da liberdade. Isso não significa que Proudhon, ao final, tenha mudado o seu pensamento, ou feito alguma defesa impensada ou contraditória da mesma, mas que ele, em constante movimento de pesquisa, aprimorou a sua análise e lhe deu a forma final e esclarecimento final. A propriedade é um fato estabelecido e juridicamente consagrada, seja odiada ou amada, por isso a questão é protegê-la e usá-la como instrumento de libertação.

Em 1840, Proudhon tem diante de si a questão da propriedade, ou seja, um direito de propriedade, de caráter

absoluto, cujo titular era o burguês, em detrimento do povo em geral, especulativa, destrutiva, empobrecedora e escravista. É esse tipo de propriedade que ele ataca. Mas, em 1862, ele conclui pela possibilidade de a propriedade ser compreendida e, uma vez modificada, transformada, a fim de não continuar a servir como opressão e, quiçá, emancipar a pessoa humana de um estado de submissão.

É sua constante defesa da liberdade contra a autoridade, especialmente em um século de culto à autoridade,³² ou em face da autoridade, especialmente a que se manifesta no processo estatizante, que o faz perceber este possível caráter positivo da propriedade. A propriedade, a partir disso, nas palavras de Proudhon, por se tornar um escudo e um ponto de segurança para os mais fracos. Para Proudhon, ao final de suas reflexões, aliás, pouco antes da sua morte, a propriedade é uma necessidade e não exatamente um bem. Dirá mais, que é um mal necessário para os fins de garantir a pessoa em sua integridade e inibir relações hierárquicas, pois ela teria a função de igualar pela concorrência e, ao mesmo tempo,

despertar o senso da mutualidade, isto é, ajuda mútua entre proprietários.

Por isso mesmo, nessa obra derradeira, ele afasta, não apenas a propriedade exclusiva de uma pequena classe burguesa, como a propriedade comunista, tendo em vista que, em ambos os casos, a desigualdade é determinante pela opressão. Diz ele nesse sentido:

“porque entre os detentores legítimos haveria igualdade e não hierarquia, já que em vez de ver na propriedade apenas o gozo e a renda, o detentor encontraria a garantia da sua independência e da sua dignidade, porque o proprietário será um cidadão digno, consciente do seu dever e do direito, o guardião avançado da liberdade contra o despotismo e contra a usurpação. A propriedade transformada, humanizada e purificada do abuso. (...) Eu desenvolvi reflexões que levam a propriedade a ser compreensível, racional e legítima, pois fora disso ela se mantém usurpadora e odiosa. E mesmo nessas condições ela mantém algo de egoístico que me parece sempre antipático. A minha razão que aspira à igualdade, contra o estatismo, inimiga da brutalidade e do abuso da força, pode admitir e apoiar a propriedade como um escudo e um ponto de segurança para os fracos, embora meu sentimento não será jamais em seu favor.”³³

³² Max Nettlau. *Breve Storia dell'Anarchismo*. Td. Giuseppe Rose. Cesena: Stampa, 1964, p. 97;

³³ Pierre-Joseph Proudhon. *La Proprietà (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, pp. 193-194;

A propriedade criticável da terra, e realmente criticada por Proudhon, era, no seu entender, aquela no domínio da burguesia, que se considerava com um direito vertical e divino e, portanto, hierárquico: os que têm, de um lado, contra os que não têm, de outro. Era, então, a propriedade do desequilíbrio e da perversidade. Se, conforme pensa Proudhon, a propriedade da terra se torna estatal e, conforme Proudhon, comunista – expressão do estatal, o desequilíbrio continuaria e, neste caso, ainda deixando as pessoas sob a opressão do Estado.

Por isso mesmo, embora criticasse a propriedade, a mesma propriedade poderia ser utilizada para igualar, e ser, por outro modo, expressão da liberdade horizontal de todos. Conforme ele afirma: *é propriedade para todos*. E, assim, a propriedade serviria como equilíbrio entre dois absolutos: o egoístico e o estatal.³⁴ Os defensores da propriedade, profundamente sacralizada, contra a qual Proudhon havia se insurgido em 1840, defendiam uma liberdade ilimitada. Era, na verdade, a mesma liberdade e defesa proudhoniana: liberdade sem qualquer limitação.

³⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 190;

A diferença fundamental está em que, à época de Proudhon, os apologistas da propriedade faziam abstrações da coletividade, ou seja, falavam em nome dela, mas como uma entidade intangível, e tornavam o mundo econômico abstrato, idealizado, enquanto Proudhon estava vendo, e vivendo, uma realidade econômica concreta, composta de *forças e fenômenos econômicos externos ao direito*. E nisto entra a propriedade, *regulada* (e não sacralizada), conforme Proudhon, para manter o equilíbrio. A propriedade, portanto, pode ser entendida, finalmente, do ponto de vista dialético *proudhoniano*, já que ela é, na teoria de Proudhon, a possibilidade da síntese:³⁵ liberdade.

3. A CRÍTICA PROUDHONIANA À DESONRA DA PROPRIEDADE: *ROUBO E MISÉRIA*

Proudhon fez a seguinte colocação crítica (de início, dirigida a acadêmicos e juristas, e não ao povo), logo no início de sua obra *O Que é a Propriedade?*, em 1840:

Se eu tivesse que responder à seguinte pergunta: o que é a escravidão? e respondesse

³⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* pp. 191-193;

*sem hesitar: é o assassinio, o meu pensamento ficaria perfeitamente expresso. Não precisarei fazer um grande discurso para mostrar que o poder de privar o homem do pensamento, da vontade e da personalidade, é um poder de assassiná-lo. Por que, então, a essa outra pergunta: o que é a propriedade? não posso responder simplesmente: é o roubo, ficando com a certeza de que me entendem, embora esta segunda proposição não seja mais que a primeira, transformada?*³⁶

Esta afirmação, crítica por certo, apesar de todas as discussões sobre a real autoria da frase, resta, de qualquer modo, consagrada a Proudhon: a *propriedade é um roubo!* Assim a frase será lembrada, repetida e, não poucas vezes, temida. Proudhon fora acusado de plágio e de ser agitador. Entre os vários oponentes, encontra-se Louis Blanc que o acusa, dizendo que a frase seria de Brissot.³⁷

Marx, muitos anos depois, de modo bastante ácido, dá fôlego para essa acusação, amplificando-a na Carta que escreve em janeiro de 1865 para falar sobre a morte do pensador

francês.³⁸ Proudhon, por sua vez, em sua última obra sobre o assunto, *Teoria da Propriedade*, 1862, retoma mais uma vez o assunto para se defender, dizendo que Brissot, a quem não conhecera e de quem jamais houvera lido qualquer texto, utilizou a expressão “a propriedade é um roubo!” em um sentido hiperbólico, e não como base de uma teoria,³⁹ o que não era o seu caso. Realmente, ele cita o episódio, não em si, ou com a preocupação de ver-se livre de uma acusação, calúnia ou difamação, mas porque está no específico capítulo fazendo uma retrospectiva sobre a evolução de sua teoria da propriedade e, entretanto, começa por falar da obra publicada em 1840. A acusação de plágio é apenas um detalhe de todo o capítulo.

E tal é a despreocupação de Proudhon com a acusação de plágio, que ele considerava, caso alguém tivesse antecipado qualquer de suas falas, muito melhor, pois assim se sentiria mais confiante em si mesmo e com coragem para continuar.⁴⁰ Definitivamente a acusação de plágio

³⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *O que é a Propriedade?*. Lisboa: Estampa, 1997, p. 11;

³⁷ Conforme nota de rodapé em P-J. Proudhon. *Qu'est-ce que la Propriété?*. *op. cit.* p. 131;

³⁸ K. Marx. *Sobre Proudhon*, in *Obras Escogidas*. Vol. II, *Obras Escogidas*, trad. soviética. Moscou: 1974, pp. 20-27 e 465;

³⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* pp. 160-161;

⁴⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 160;

não preocupou Proudhon, e sim, o desenvolvimento de sua teoria. Assim, logo na primeira página, encontra-se:

*“A propriedade é um roubo!
Eis o grande barulho das
revoluções!”⁴¹*

A questão não é quem inventou a frase, pois esse assunto é banal, e surpreende que o próprio Marx se tenha permitido registrar isso, especialmente após a morte de Proudhon, pois é, conforme o mesmo Proudhon, uma ideia subjacente, e também expressa, provavelmente por milhares de bocas, desde as revoluções e, em especial, nos anos que se seguiram à Revolução de 1789. Ademais, a frase em si não diz nada, e Proudhon reconhece, e ainda afirma: *Brissot não entendeu a frase.*

Seu trabalho, aliás, sua afirmação ecoará como um escândalo, e mesmo espíritos intelectualmente liberais e elevados, como o de Stuart Mill, seu contemporâneo, serão atingidos com a expressão: *propriedade é um roubo!* Ao defender firmemente a liberdade de opinião em seu livro *On Liberty*, de 1859 (dezenove anos depois da publicação de Proudhon), vê-se em seu texto o incômodo com a afirmação proudhoniana. Sem citá-lo

⁴¹ Pierre-Joseph Proudhon. *O que é a Propriedade*. 3ª ed.. Trad. de Marília Caeiro. Lisboa: Estampa, de 1997. p. 11;

nominalmente, escreve Mill, na condição de filósofo:

A ideia de que os comerciantes de cereais matam de fome o pobre, ou a de que a propriedade privada é um roubo, não devem molestar ninguém enquanto sejam simplesmente escritas e divulgadas em jornais, mas são suscetíveis de penalização quando ditas oralmente no meio de uma multidão enlouquecida e excitada diante da loja daquele comerciante, ou se afixe, com um cartaz, entre pessoas da plebe descontentes.⁴²

A frase lida açodadamente, e a obra não lida, ou lida parcialmente, atingirá civilistas extremamente dogmáticos de grandeza histórica, como Luiz da Cunha Gonçalves⁴³ e Washington de Barros Monteiro, este na condição de Juiz desde 1935, Desembargador e Professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo, começou a publicar seu Curso de Direito Civil desde o início dos anos 1970, referência nas Faculdades de Direito.

Washington toma a frase em si, e escreve que Proudhon, entre outros, era inimigo da propriedade e dos

⁴² John Stuart Mill. *La Libertà*. Trad. di Luigi Einaudi. Torino: P. Gobetti Ed, 1925, pp. 83-84;

⁴³ Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil*. Vol XI, Tomo I. SP: Max Limonad, 1955, p. 191;

proprietários e, com sua frase *a propriedade é um roubo*, queria, na verdade, um massacre de todos os proprietários. Ensinava o Prof. Washington de Barros Monteiro em suas aulas de Direito Civil:

Não hesitamos em responder que o direito de propriedade deve ser conservado, porque ela é um fato histórico que remonta à mais alta Antiguidade. Preexiste às leis que a regulam presentemente; sua organização atual resulta de constante evolução e, como a família ou o casamento, a propriedade corresponde a uma força social, que se desenvolve em meio de perenes vicissitudes; e, por esse motivo, não se deve tocá-la irrefletidamente, porque a experiência comprova que se não rompe impunemente com o passado; além disso, a propriedade tem justificada sua sobrevivência pelos incontestáveis serviços prestados à humanidade (...)

Seus inimigos, porém, existirão sempre, fazendo coro com Proudhon, para quem ela era um roubo, pretendendo assim uma noite de São Bartolomeu⁴⁴ para todos os proprietários.⁴⁵

É curioso saber como Proudhon estava certo, não pela sua obra, mas

pelas manifestações dos juristas representantes da classe burguesa. Definitivamente, Proudhon não tinha sido lido, mas a frase permaneceu incomodando a classe, em função da qual ele faz a sua investigação. Some-se a isso que as outras obras de Proudhon sobre a propriedade e o direito de propriedade não foram lidas. No caso da obra de Washington de Barros Monteiro, sequer seus atualizadores se deram conta de um erro filosófico, sociológico e jurídico.

Apesar disso, Pontes de Miranda considerou seu trabalho como parte da crítica da explicação e elaboração do direito, e contato, entre outros anarquistas, como obra de Sociologia e Doutrinas científicas.⁴⁶ E sua teoria ganhou não apenas os debates, mas os livros de História do Direito⁴⁷ e de Filosofia do Direito.⁴⁸

Não foi diferente na Antiguidade romana, conforme relataram Diacov e Covalev, como visto no primeiro capítulo, quando a aristocracia romana, vale dizer, os proprietários, que se opunham a qualquer mudança legal que

⁴⁴ Massacre da Noite de S. Bartolomeu, 23 e 24 de agosto de 1572, em Paris, promovido pelos reis franceses católicos na repressão ao Protestantismo, matando milhares de pessoas;

⁴⁵ Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. SP: Saraiva, 2003, p. 80;

⁴⁶ Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Int. à Ciência do Direito*. Tomo IV. RJ: Borsoi, 1972, p. 16;

⁴⁷ John Gilissen. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 635;

⁴⁸ Luigi Mattiolo. *Principii di Filosofia del Diritto*. Torino: Soc. Unione TIP, 1871, pp. 191 e 212;

não fosse em seu interesse ou que fosse favorável aos camponeses sem terra.⁴⁹ No mesmo sentido, Weber, em sua tese de 1891, afirma que os antigos proprietários romanos não apenas vão querer aumentar suas possessões territoriais, mas garantir rendimentos constantes sobre elas.⁵⁰ Sobre a Antiguidade grega e a luta de classes, Vernant e Naquet colocam os embates entre proprietários fundiários e não proprietários. No caso dos proprietários fundiários, afirmam eles, os mesmos estavam com o poder político e militar, formando sempre um grupo rico, alimentado e carregado de gordura abundante, sempre contra os não proprietários, ou seja, aquela parte do povo formada pelo pobre, magro, queimado de sol e mal alimentado.⁵¹

Por isso mesmo, a fala de Washington de Barros Monteiro, legitimada pela Cadeira de Direito Civil da Universidade de São Paulo, que cruza quatro décadas de formação jurídica, demonstra, a um só tempo: a) que Proudhon não foi lido por ele e,

⁴⁹ V. Diacov e S. Covalev. *História da Antiguidade*. III Vol. Trad. de João Cunha Andrade. SP: Fulgor, 1965. pp. 763-764;

⁵⁰ Max Weber. *História Agrária de Roma*. Trad. de E. Brandão. SP: M. Fontes, 1994. p. 7;

⁵¹ P.-V. Naquet e J.-P. Vernant. *Trabalho e Escravidão na Grécia Antiga*. Trad. de Marina Appenzeller. SP: Papyrus, 1989. pp. 71, 88 e 92;

portanto, não foi lido pelos seus alunos que, depois, saíram para ocupar os espaços institucionais, entre os quais a Magistratura; b) que Proudhon, amparado por um imenso e profundo conhecimento histórico, tinha razão em questionar a propriedade; c) o questionamento de Proudhon não foi algo superficial e raso, mas profundo, capaz de ocupar a atenção de civilistas ao longo do tempo. Enfim, a Antiguidade demonstra do ponto de vista histórico e sociológico que a razão ainda é proudhoniana.

Embora a frase tenha aberto muitas possibilidades, entre elas, a de escândalo burguês (e, diga-se, também de crítica comunista!), não parece que Proudhon tenha sido exatamente um inimigo da propriedade ou dos proprietários. Helio Falchi, ao escrever uma ótima dissertação sobre *A Lei da Oferta e da Procura Através dos Tempos*, afirma que Proudhon efetivamente não se colocou contra a propriedade, e sim contra seu mau uso,⁵² seus abusos e especulação.

O fio que permeia a obra proudhoniana não é, em primeiro lugar, referente a qualquer propriedade privada, mas principalmente da

⁵² Helio Falchi. *A Lei da Oferta e da Procura Através dos Tempos*. SP: Saraiva, 1957, pp. 104-105;

propriedade sobre a terra, o solo, tendo em vista que aí estão os pressupostos de produção de alimentos (e, se se quiser lembrar Mill, de grãos). Não é assunto novo, mas Proudhon lança, com seu impacto retórico e incisivo, uma nova dimensão ao fato que, segundo ele, permeia a evolução (não necessariamente progresso) da própria humanidade.

Proudhon não defende que a propriedade seja um roubo em si, ou que os proprietários devam ser mortos, mas que toda e qualquer propriedade é absoluta e, por isso mesmo, matando, desde logo, a liberdade de todos, inclusive do proprietário. Não há propriedade que não seja essencialmente egoística, e que não cause a exclusão.⁵³

A questão não é condenar a propriedade, mas protegê-la, compreendê-la e, finalmente, descobrir quais são os mecanismos à disposição do pensador, do legislador e do político para fazer dela não um roubo (ou latrocínio), mas “escudo”, ideia a que ele chegará em 1862, com a sua final *Teoria da Propriedade*, até porque, com a obra de 1840 ele não pretende seja ela uma pesquisa final, cabal e indiscutível. Ele reconhece que está diante de um

⁵³ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* 193;

fato econômico, e do direito de propriedade complexo, e, assim, considerando-a a origem de todos os embates, instituições e governos, pretende apenas investigar.

O ano de 1840 é, para ele, o primeiro passo de uma pesquisa que se estenderá ao longo da vida. Proudhon deixa claro que avançará em sua pesquisa até certo ponto e, encerrando este primeiro trabalho, *reserva-se o direito de lhe dar prosseguimento em novos trabalhos*,⁵⁴ o que efetivamente fará, mantendo a convicção de que a propriedade não é apenas um assunto que lhe interessa pessoalmente, mas a todas as pessoas. O que ele pretende, conforme suas palavras, é a transformação da propriedade em algo que possa ser justo, que realmente possa ser uma instituição da justiça e, a partir disso,

*“a propriedade será uma ideia positiva, completa, social e verdadeira, uma propriedade abolirá a antiga propriedade e se tornará para todos igualmente efetiva e benfazeja.”*⁵⁵

Proudhon faz um retrato da propriedade e do direito de propriedade,

⁵⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 33;

⁵⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* 193;

valendo-se do critério da antinomia,⁵⁶ demonstrando o quanto que ela é defendida e odiada, o quanto que a protegem e o quanto que ela destrói a sociedade. Ela *existe de fato, embora a razão ainda a repele*⁵⁷. E talvez aí tenhamos já uma luz para compreender o pensamento proudhoniano acerca da propriedade: uma coisa é a propriedade, e outra, o direito de propriedade civilista. E ainda outra poderá ser o regramento em relação ao direito de propriedade a partir de outros valores e pressupostos, como se verá adiante.

Diante das várias teorias da propriedade, Proudhon afirma que ela é, ainda, um *efeito sem causa*. Não é direito civil que tenha a base na ocupação admitida pela lei, e não é direito natural nascido do trabalho. Nenhuma dessas teorias cria a propriedade e, não obstante, ela é a base das instituições sociais e jurídicas. Há algo na propriedade que escapa à compreensão comum e, não poucas vezes, teorias e dissertações filosóficas acabam por esconder sua natureza originária. E não apenas escapa à compreensão, mas resta desconhecida, não investigada e, por conta da ignorância, tantas injustiças são cometidas ou vivenciadas. Ao investigar

a propriedade, Proudhon faz-se uma pergunta, porque considera que ela pode explicar muito do que ocorre no meio social. Ele se pergunta, já no início de sua investigação:

*“Por que tanta dor e miséria na sociedade? Terá o homem de ser eternamente infeliz?”*⁵⁸

Com uma compreensão mais ampla, Vampré considera a expressão *“a propriedade é um roubo”* não como uma ofensa à propriedade e, muito menos, aos proprietários, mas como um *rugido de dor que nasce das profundezas da alma moderna*, porque os clamores contra a propriedade têm sentido em várias frentes, que ele registra e não menospreza:

“a propriedade é roubo, proclamam alguns, porque consagra privilégios de alguns contra o interesse de muitos; é antissocial, ensinam outros, porque desenvolve os sentimentos exclusivistas do egoísmo; é desumana porque faz emudecer a voz da fraternidade entre os homens; é iníqua porque pródiga com o poderoso, esmaga as energias do operário, concentra faculdades onipotentes em mãos de milionários, e faz morrer de fome, nas ruas cheias de neblina, homens, mulheres e crianças, que não têm trabalho e não têm pão.

⁵⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. 190;

⁵⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. 192;

⁵⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 13;

*(...) A propriedade é o maior e o mais grave dos problemas atuais.*⁵⁹

Afinal, em torno da propriedade tantos privilégios se criaram, além da escravatura, exploração, empobrecimento. Saber mais sobre isso, que é um fenômeno, e, segundo ele, consenso universal, aliás, repetido, ainda que não compreendido, isto é, que só pode haver igualdade de condições se houver igualdade de direitos. Finalmente, segundo Proudhon, todos reconhecem que *propriedade e roubo são sinônimos*,⁶⁰ mas, a despeito disso, continuam a lhe prestar um tipo de culto.

*“O que é a propriedade? De onde vem a propriedade? O que quer a propriedade? Esse é o problema que interessa no mais alto grau à filosofia; o problema lógico por excelência, o problema de cuja solução dependem o homem, a sociedade, o mundo. De fato, o problema da propriedade é, sob outra forma, o problema da certeza; a propriedade é o homem; a propriedade é Deus; a propriedade é tudo.”*⁶¹

Desde os cínicos e epicuristas, viu-se que em face do conflito entre classes, quando uma delas se considera

⁵⁹ Spencer Vampré. *O Que é o Código Civil: Conferências na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco*. SP: Liv. Ofic. Magalhães, 1916, p. 82-83;

⁶⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 14;

⁶¹ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* 191;

melhor que a outra, criam-se leis, sistematizam-se violências, e se institucionalizam os conflitos. A partir de tal torpeza e, desde aquelas discussões antigas, em função direta da propriedade, da apropriação do solo e, em seguida, da exploração criadora de ricos e miseráveis, definiu-se que alguns são melhores porque têm mais capacidade, gênio, inteligência e esforço – o que seria chamado hoje de meritocracia – e que não é verdadeiro em um contexto de desigualdade e exploração. Proudhon é preciso na percepção de tais injustiças:

*“toda proeminência social, atribuída ou, melhor dizendo, usurpada sob o pretexto de superioridade de talento e serviço, é iniquidade e usurpação; todos os homens, repito, confirmam essas palavras na sua alma e, então, não se trata senão de fazê-los perceber isso.”*⁶²

E, se propriedade e roubo são a mesma coisa, e o debate atravessa dois mil e quinhentos anos (*tempo considerado apenas da República, de Platão, para os dias de hoje, a fim de não entrarmos ainda mais no tempo, e chegarmos há quatro mil anos, nos conflitos por terra registrados nas*

⁶² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 14;

Cartas de Hamurabi,⁶³ assim como regulados no Código de Hamurabi⁶⁴); e se a apropriação da terra por poucos leva muitos a se tornarem escravos e servos, tendo não apenas seu direito roubado, mas a própria vida, qual o porquê da manutenção desse *status quo*?

Em parte, conforme o pensamento proudhoniano, isso se dá por ser fruto da ignorância, do desconhecimento e, como aconteceu com sua afirmação do início do seu livro, espanto injustificado diante de uma verdade por todos comungada. Proudhon ironiza após dizer que a propriedade é um roubo:

*“leitor, sossegue, não sou um agente da discórdia ou um instigador da revolta.”*⁶⁵

Mas, para entender o problema da propriedade, é necessário escapar do lugar comum, das repetições, das falsas percepções. O caminho percorrido por Proudhon é do esclarecimento por fatos econômicos e sociológicos, por isso

mesmo, antes de seguir em sua investigação, ele faz uma reflexão sobre uma espécie de cegueira. *Como passar à razão do fato*⁶⁶? É uma pergunta recorrente na abordagem proudhoniana.

As pessoas e as sociedades vão ficando presas em um círculo fechado sobre si mesmo, a partir do hábito e das falsas percepções. O hábito que, ao lado da realidade, cria uma segunda natureza, diz Proudhon. E essa segunda natureza, não verdadeira, que conduz ao erro, às falsas conclusões⁶⁷ e aos maus julgamentos. Isso ocorreria também com a propriedade, que começa fato, torna-se apropriação de uma parcela menor da sociedade, é responsável pela organização de todo e qualquer governo e legitimada pela lei. A segunda natureza é responsável pela lei que, por sua vez, imprime uma aparente verdade, porque a lei, neste caso, destaca-se do fato em si, da natureza estruturante e fundante da propriedade.

Para tratar das falsas percepções e afirmações que têm aparência de verdade, Proudhon cita, como exemplo, as palavras de Santo Agostinho, a partir de uma sua percepção equivocada, cristalizada pela repetição da palavra. Dizia Agostinho que não compreendia

⁶³ *As Cartas de Hamurabi*. Traduzidas por Emanuel Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1986, que tratam de contendas por posse de terra são: nº 5, 7, 56, 72, 84, 96, 100, 103, 104, 112, 115, 118, 131, 133, 145;

⁶⁴ *O Código de Hamurabi*. Traduzido por Emanuel Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1992, no qual os §§ 6-126 regulam o direito patrimonial;

⁶⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. pp. 11 e 12;

⁶⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* 193;

⁶⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 16;

por que razão os homens não tinham entendido ainda que a terra era plana, pois se fosse redonda haveria homens debaixo dos pés e cairiam do céu.⁶⁸ Aqui, Proudhon adiciona à percepção equivocada o poder das palavras repetidas ou repetitivas, como por exemplo, *descer do céu, subir ao céu* etc. É fácil compreender e, conforme o caso, até corrigir os termos pela lógica, mas a percepção e o hábito encarnam-se nas pessoas.⁶⁹ Com isso, Proudhon prepara o caminho para demonstrar *a posteriori* as diferenças entre a propriedade, tão antiga quanto a humanidade, e o direito de propriedade do Código Civil francês, apelidado de “Código da Propriedade”.⁷⁰ Há, e Proudhon entende isso profundamente, uma diferença muito grande entre o fato que, no caso da sua obra, chama-se propriedade, e o direito de propriedade e, como ele citará em várias passagens, o que se mira é principalmente o Artigo 544 do Código Civil:

a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contando que delas não se faça um uso proibido pelas

⁶⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 16;

⁶⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 17;

⁷⁰ Caio Mario da S. Pereira. *I. de Direito Civil. Direitos Reais*. RJ: Gen/Forense, 2016, p. 69;

*leis ou pelos regulamentos.*⁷¹

Não basta a palavra codificada e repetida inúmeras vezes, pois ela esconde uma verdade – a propriedade fato! É em busca desta propriedade fato que Proudhon se lança em seu trabalho e, também, em relação a ela que ele considera haver grande ignorância.

Ao trazer a fala de Santo Agostinho, Proudhon não o faz por mero exibicionismo ou inocência, mas para demonstrar que, mesmo na boca de um grande pensador cristão, por mais que ele devesse conhecer a verdade dos astros, incluindo a do próprio planeta, pode haver engano e, na repetição da sua palavra, o engano se faz verdade, ou uma segunda natureza, paralela à real e, sobretudo, responsável por escondê-la. Na comparação: a propriedade tem uma dimensão que, não poucas vezes, o direito de propriedade esconde, sendo aquela a primeira natureza, e esta, a segunda.

Ademais, Agostinho dará a base teológica de toda a Idade Média com seu cristianismo neoplatônico. Proudhon, que critica Platão, e as suas propostas comunistas, não poderia

⁷¹ Código Civil francês, conhecido como Código de Napoleão. Texto de 1804. Trad. por Souza Diniz, com pref. de Miguel Reale e apres. de J. de Aguiar Dias. RJ: Record, 1962, p. 115;

deixar de criticar, também, Agostinho. Ainda, sobre essa percepção equivocada de Agostinho, mas tornada “verdade” pela palavra repetida, dirá Proudhon:

“Tais eram respectivamente em relação ao espaço e ao movimento, as ideias de Santo Agostinho, ideias impostas por uma suposição dada pela aparência e tornada e tornada, para ele, numa regra geral e num julgamento categórico. Quanto à causa de queda dos corpos, o seu espírito estava vazio; apenas podia dizer que um corpo cai porque cai. Para nós a ideia de queda é mais complexa; às ideias mais gerais do espaço e movimento que ela implica, juntamos a de atração ou direção para um centro, a qual deriva a ideia superior de causa. Mas, se a física modificou completamente a nossa opinião sobre este assunto, não deixamos de conservar, pelo hábito, o preconceito de Santo Agostinho e, quando dizemos que caiu uma coisa não percebemos, geralmente, que assistimos a um fenômeno de gravidade, mas em particular notamos que esse movimento se operou sobre a Terra, e de cima para baixo. Apesar de esclarecida a razão, a imaginação sobrepõe-se e a nossa linguagem é definitivamente incorrigível. (...) Mas, para explicar o sistema do mundo, a causa das marés, a forma da Terra e a sua posição no céu, enfim, para todas essas coisas, é preciso sair do círculo das aparências.”⁷²

⁷² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. **op. cit.** pp. 16-17;

Proudhon não está interessado de forma alguma em criticar abstratamente um ou outro pensador, mas em investigar a verdade de um fato, desconstruído ou desvirtuado pelo direito. Ele começa do mundo natural, e da física, para depois partir para o mundo moral e, finalmente, econômico e jurídico. Como observado acima, ele tem algo a resolver, ou, ao menos, tentar resolver: a propriedade e suas contradições. Ele se vê, e assim se mantém até sua morte, como investigador:

“Pertença, como vós, a um século em que a razão não se submete senão ao fato e à prova. O meu nome, tanto como o vosso, é Pesquisador da Verdade. A minha missão está inscrita nessas palavras da Lei: fala sem ódio e sem medo; diz o que sabes. A obra da raça humana é construir o templo da ciência, e esta ciência envolve conjuntamente o homem e a natureza.”⁷³

A questão de Agostinho é emblemática, pois, como visto, o seu pensamento fundamenta o mundo medieval em uma mistura de platonismo e cristianismo: naquele caso,

⁷³ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. **op. cit.** p. 12; trecho onde Proudhon faz uma anotação: “*Pesquisador da Verdade, em grego Sheptikos, ou seja, examinador, filósofo que tem por profissão procurar a verdade*”;

um tipo de comunismo que ele pretenderá combater veementemente e, neste, porque houve um abandono, um distanciamento, dos primeiros ensinamentos de Jesus.

Proudhon pretende demonstrar que não é apenas a percepção de *terra plana* de Agostinho que se encontra equivocada, mas o cristianismo que ele lega para o mundo posterior. Por isso mesmo, afirma que *a verdade cristã não ultrapassou a idade dos apóstolos*, pois a partir daí, as *fábulas romanas e gregas criaram a contradição, além de um grande obscurecimento*.⁷⁴ O que deveria ter sido, conforme os ensinamentos originários de Jesus, a abolição dos privilégios, o cristianismo fez o contrário: recriou-os e lhes deu caráter institucional, e Washington de Barros Monteiro concorda com esse aspecto sobre a propriedade medieval, bem como na crítica aos privilégios criados pelo clero.⁷⁵ Na conceituação geral de anarquismo, desenvolvida no primeiro capítulo, essa crítica aparece com todas as cores na obra *Utopia*, de Thomas Morus.

A contradição demonstrada por Proudhon começa com a mistura de

Jesus com Platão (em Agostinho) e segue na constituição de um estado de perseguição, horror e mortes. Em outras palavras, tudo exatamente contrário aos ensinamentos daquele antigo Mestre. Platão defende a manutenção de um estado de privilégios aristocráticos, defende a manutenção e uso de escravos, enquanto Jesus rompe com as autoridades, rompe com os poderes estabelecidos e anuncia a libertação, incluindo a abolição da propriedade privada. Jesus estaria, então, muito mais próximo de Antístenes e cínicos, e de Epicuro e epicuristas, e de modo algum de Platão e platônicos.

Além disso, a criação de privilégios medievais tem em sua base, esclarece Proudhon, *a violência, a imoralidade e a miséria*, efeitos diretos da propriedade, que a Revolução de 1789 tinha por bandeira destruir. Mas não destruiu, e isso porque a propriedade não foi abolida, mas mantida e protegida, reservada, inclusive, para uma classe privilegiada, antes chamada de aristocracia e, agora, de burguesia; Proudhon afirmará que realmente *não houve uma “revolução”*, mas apenas, e em certa medida, *luta e progresso*. Em sentido contrário, para Washington de Barros Monteiro, a Revolução de 1789 fez a desigualdade

⁷⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. pp. 24, 25 e 26;

⁷⁵ Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. 3. SP: Saraiva, 2003p. 81;

desaparecer completa e vitoriosamente.⁷⁶

Em 1789, conforme Fabio Konder Comparato, mais de vinte milhões de camponeses, ou seja, quatro quintos de toda população francesa, puderam se manifestar, em uma das maiores consultas populares. Foi nesta ocasião que, com toda a liberdade, puderam se expressar, manifestar sua vontade e, sobretudo, apresentar reclamações contra todos os privilégios.⁷⁷ Para Proudhon, entretanto, por não saber do que se tratava, o povo, em sua grita “revolucionária”, com absoluta ignorância, consagrou a propriedade, porque jamais a tinha tido e, nesse passo, queria não a sua destruição, mas que a *condição de proprietário fosse igual para todos*, e que todos *pudessem gozar e dispor livremente de seus bens e lucros*. A despeito dos civilistas, uma vez mais dirá Proudhon:

“conservou-se o fundo, e houve progresso na atribuição de direitos; não houve revolução!”⁷⁸

⁷⁶ Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*. Direito das Coisas. *op. cit.* p. 81;

⁷⁷ Fabio K. Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 2013, p. 161;

⁷⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 30;

A revolução, única possível no pensamento proudhoniano, seria a abolição da propriedade, o que não houve. A mesma *violência, imoralidade e miséria*, mantida e legitimada pelo cristianismo medieval, e legada para o mundo após 1789. Em outras palavras, a propriedade, que era violência, imoralidade e miséria clássicas e medievais, continuou a sê-lo e, agora, chamada proudhonianamente de *roubo!*⁷⁹

A herança da Revolução de 1789 (repita-se: para Proudhon *não houve revolução*, e ele está escrevendo isso em 1840!), bem como a dos anos que se lhe seguiram, foi a mudança de tipos de governo e constituição, e aponta três fenômenos mantidos:⁸⁰

- Soberania da vontade do homem;
- Desigualdade política e civil;
- Propriedade.

Sobre a questão da *soberania da vontade do homem*, afirma ele, todos os debates sobre tipos de governo estavam fadados ao insucesso, tendo em vista que não poderia haver qualquer soberania da vontade do homem. É uma questão delicada no pensamento proudhoniano: a soberania da vontade

⁷⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 11;

⁸⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 32-34;

do homem é liberdade, mas a Revolução manteve a propriedade privada burguesa, e ela está na base de qualquer governo, sendo ela, a propriedade autoritária e exclusiva, aliás, absoluta⁸¹ (e ele recorda o já citado Artigo 544 do Código Civil Francês). Sendo absoluta, então, determinou a estrutura de qualquer governo. Por isso mesmo, *é a propriedade que deve ser atacada*, se for considerada como *injustiça a autoridade do homem sobre o homem*.

Ainda, dirá ele, àqueles que consideram injusta a *desigualdade política e civil* que, querendo acabar com tal desigualdade, *acabem, pois, com a propriedade*, já que é ela que cria e legitima as desigualdades. Nesse sentido, a chamada “primeira geração de direitos humanos”, exatamente a que se refere a direitos civis e políticos, fica totalmente comprometida, pois não haverá igualdade enquanto houver propriedade ou, ao menos, aquela propriedade reservada a uma pequena parte da sociedade que, por conta disso, explora a outra parte.

E, finalmente, ainda como herança de 1789 e anos posteriores, eis a *propriedade*. Proudhon pergunta: *a*

⁸¹ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Propriedade*. T. XI. SP: Et. RT, 1983, p. 16;

propriedade é justa? Segundo ele, ninguém teve coragem de dizer que não, aliás, além de defenderem a propriedade, todos a consideram como justa, porque estabelece o princípio da *igualdade*. Porém, há aí uma contradição, pois *a propriedade é, realmente, a negação da igualdade*, e não apenas negação da igualdade, mas a consagração da desigualdade. Assim, é difícil que uma coisa seja e não seja ao mesmo tempo, pois violenta-se aí um princípio de lógica. Se a desigualdade é injusta, e é criada pela propriedade, esta, portanto, não pode ser justa. *A propriedade é, portanto, injusta*.⁸²

À luz do que se disse acima, podem se destacar três aspectos importantes, básicos no pensamento proudhoniano, ao menos no que respeita à obra *O Que é a Propriedade?*, que servem como bússola em sua pesquisa, a saber:

- A propriedade é sempre despótica, não importa qual seja o governo, ainda que seja democrático e, portanto, é ela, e não os tipos de governo, que deve ser atacada;
- A propriedade é a criadora das desigualdades civis e políticas, sendo que as mesmas só

⁸² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* pp. 32, 33;

desaparecerão quando a propriedade for destruída ou revista;

- A propriedade, como está no Código Civil francês, é injusta, posto que não é garantida para todos, apenas aos que são proprietários.⁸³

Acerca disso, Proudhon ressalta que a *soberania da vontade do homem*, a *desigualdade de condições* e a *propriedade*, herança as quais chama de *preconceitos*, não são mais que um só, podendo um ser tido como outro, na unidade que é a *propriedade*, e, expondo-se as contradições, que estão não apenas na origem da propriedade, mas no seu estabelecimento jurídico, milenar duração e, por ser uma contradição, seu rápido desaparecimento. Em todos os sentidos, a propriedade terá sempre *paralelos com o roubo*.

⁸³ É isso que dispõe o Artigo 1228 do Código Civil brasileiro de 2002: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. O Artigo 524 do Código Civil de 1916 dispunha assim: “a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”; Em ambos os casos, apenas como exemplo, não se garante a propriedade a todos, mas ao proprietário, mormente ao proprietário de terras.

Em função disso, Proudhon reproduz as palavras de Hennequin,⁸⁴ segundo quem, qualquer investigação séria terá que enfrentar e responder se a propriedade é o *princípio* da ordem social, ou *seu resultado*, e se é causa ou efeito, pois é seguramente o princípio e a conservação das *sociedades civis*, pois disto resulta a descoberta de algo mais, ou seja, *a moralidade*, ou não, *das instituições humanas*,⁸⁵ mormente aquelas que foram consagradas pelo Direito Civil.

Assim como Proudhon indicou as palavras de Agostinho como falsas percepções e falsos dizeres, acerca da própria forma da Terra (e terra, com minúsculo, terá um especial sentido proudhoniano, pois é a ela que ele se dirige para tratar da propriedade), ele aponta, também, outras falsidades, agora em outros dizeres, a saber, os dizeres da jurisprudência⁸⁶ (nome que se dá aos estudos jurídicos europeus), bem como os dizeres da economia política.⁸⁷

O dizer errado, o dizer com falsidades, leva às perturbações e, sobretudo, impede o alcance da

⁸⁴ Antoine-Louis-Marie Hennequin: (1786-1840), jurista e político;

⁸⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 34;

⁸⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 192;

⁸⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 191;

verdade, e falseia a ideia básica de igualdade que passa, sob a nuvem de preconceitos ou de equívocos, a ser uma quimera, um sonho. Mais que dizeres falsos, Proudhon aponta para *teorias falsas e analogias vãs*, cabendo a quem mantém a liberdade e a serenidade, após vencer as falsidades, lutar, não para impor a igualdade pela espada, mas pelo entendimento e pela palavra, ou, dito de outra forma, por uma nova e mais completa teoria.

Nesse sentido, quais são as falsidades teóricas acerca da propriedade? Quais são aqueles fundamentos da propriedade? Como se justifica a propriedade? Parte ele das disposições de três fontes: o Direito Romano, a Declaração dos Direitos e, finalmente, do Código Civil. Proudhon aponta o Direito Romano como definindo a propriedade nos seguintes termos: *dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur* (o direito de usar e abusar dos bens contanto que a razão do direito o permita).⁸⁸ A expressão mais ampla dos

⁸⁸ O texto apontado por Proudhon não é exatamente do Direito Romano, a menos que consideremos por “Direito Romano” tudo o que foi construído no período medieval. De qualquer modo, ficaria melhor dizer, no lugar de Direito Romano, apenas “direito dos romanistas”, grandes estudiosos que, com brilho e entusiasmo, procuraram dar o contorno da experiência romana no direito;

romanistas, conforme Clovis Bevilacqua, é: *dominium est ius utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur* (o domínio é o direito de usar, desfrutar e abusar dos bens contanto que a razão do direito o permita).⁸⁹

E para José Carlos Moreira Alves, os romanos não definiram propriedade, mas os juristas medievais sim, e legaram diversas expressões, tais como:

a) *suae rei moderator et arbiter* (regente e árbitro da sua coisa);

b) *ius utendi et abutendi re sua* (direito de usar e de abusar da sua coisa);

c) *naturalis in re facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut ui aut iure prohibetur* (faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito).⁹⁰ Mas, apesar das variações conceituais, Proudhon está considerando, para desenvolver sua crítica, apenas a faculdade do *ius abutendi* (direito de abusar),⁹¹ inerente à propriedade, ainda que os juristas

⁸⁹ Clovis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. V. I. RJ: Ed. Rio, 1973, p. 1004;

⁹⁰ José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*. V. I. 10ª ed. RJ: Forense, 1995, p. 281;

⁹¹ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Propriedade*. *op. cit.*, pp. 25 e segs.;

tenham tentado amenizar o alcance dessa expressão.

Para ele resulta inútil qualquer explicação, pois abusar se confunde com usar e, assim, poderia o proprietário, abusando, *deixar apodrecer os frutos, jogar sal no campo, impor trabalho para os animais sobre a areia, desertificar uma vinha, destruir ou transforma uma horta*. E tudo isso é, sem qualquer dúvida, um abuso ou a expressão do *ius abutendi*.⁹² Ademais, para Proudhon, a Declaração de Direitos⁹³ estabelece que a *propriedade é o direito de gozar e de dispor, à sua vontade, dos bens, lucros, frutos do trabalho e indústria*, assim como o Código Civil francês, no já citado Artigo 544, dispõe que a *propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta*,⁹⁴ *contanto que delas se não faça um uso proibido pelas leis e regras*.

Em todos os casos, *ius abutendi* (direito de abusar), *à son grè* (à sua vontade) e, finalmente, *la plus absolue* (o mais absoluto), referem-se ao caráter

absoluto da propriedade, podendo haver, como há, a proteção de um proprietário em relação a outro, mas nenhuma limitação à propriedade em si, que segue, sempre, sendo absoluta.⁹⁵ Proudhon, ao questionar exatamente esse aspecto absoluto da propriedade, aponta as várias teorias que tentam sua justificativa, a fim de demonstrar que são realmente insuficientes. Apontamos três delas:

- A propriedade é direito natural;
- A propriedade advém do direito de ocupação;
- A propriedade é direito civil codificado.⁹⁶

Quanto a *propriedade ser direito natural*, Proudhon relembra que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, estabelece que o governo é instituído para garantir ao homem a fruição de seus *direitos naturais* e imprescritíveis,⁹⁷ que esses direitos são a *igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade*.⁹⁸ Há uma contradição nisso, não exatamente nesses quatro direitos em si, mas porque são colocados todos *como naturais*. Não há dúvidas de que a igualdade, a

⁹² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 35;

⁹³ Conf. Arti. 5º da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição de 1795;

⁹⁴ Caio Mario considera esta expressão ilógica: *Inst. de Direito Civil. Dir. Reais. op. cit.* p. 74;

⁹⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* pp. 35-37;

⁹⁶ Luiz da Cunha Gonçalves. *Princ. de Direito Civil Luso-Brasileiro*. Vol. I, SP: M. Limonad, 1951, p. 299;

⁹⁷ Artigo 1º da Declaração de 1793;

⁹⁸ Artigo 2º da Declaração de 1793;

liberdade e a segurança são naturais. E tão certa é essa compreensão, que, segundo Proudhon, ninguém busca quais sejam suas origens, enquanto, em relação à propriedade, não apenas não se cansam de procurar, mas jamais a encontram.

Ora, se todos os cidadãos devem colaborar com o governo, a fim de que haja recursos e, então, ele possa realmente garantir a igualdade, liberdade e segurança, haverá quem e, nesse caso, uma grande maioria, não possa colaborar na mesma proporção, tendo em vista que não têm propriedade. Segundo Proudhon, se a segurança engloba a proteção da propriedade, como parece lógico, todos os proprietários colaboram, com seus impostos e taxas, a fim de que o governo garanta a sua propriedade. Assim, a única ameaça à sua propriedade só pode vir daquela imensa maioria que não tem propriedade. Conclui-se que para essa imensa maioria, para a qual não há propriedade, há, não obstante, o *instinto de propriedade*. Diz Proudhon nesse sentido:

“Assim, o pobre e o rico estão num estado de desconfiança e guerra, respectivamente! Mas para que fazem guerras? Pela propriedade, de maneira que a propriedade tem a guerra à propriedade por correlativo

necessário... A liberdade e a segurança do rico não sofrem com a liberdade e a segurança do pobre, longe disso, podem fortificar-se e suster-se mutuamente. Mas, pelo contrário, o direito de propriedade do primeiro precisa de ser continuamente defendido contra o instinto de propriedade do segundo. Que contradição!⁹⁹

Qual a contradição? No sentido de que a liberdade, a igualdade e a segurança são direitos absolutos, porque sem eles, e de modo absoluto, respectivamente, faltará a condição elementar para a pessoa existir, não haverá sociedade e, finalmente, aos olhos de um homem a sua vida é tão preciosa quanto outra: é a natureza da liberdade, igualdade e segurança! Se a propriedade fosse um direito natural, o que não é conforme Proudhon, seria antissocial, exatamente porque é, conforme o direito, o que se exerce o mais absoluta e individualmente possível.

Proudhon conclui dizendo que, ou a sociedade perece, ou faz perecer a propriedade, pois ambas são incompatíveis. Exceto se

“pudesse ver todos, sem exceção, gozando de uma suficiente propriedade.”¹⁰⁰

⁹⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 38-41;

¹⁰⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* p. 44-45;

Dois aspectos são relevantes aqui. Um deles, voltando à afirmação de Proudhon de que realmente não houve “revolução” em 1789, embora tenha havido avanço.

Um deles, a manutenção da propriedade, e agora com uma entidade incompreensível, coloca não apenas a ideia de revolução em relativa descrença, mas o próprio texto da Declaração, pois ali se registra uma contradição. O outro aspecto refere-se à conclusão proudhoniana acima, ou seja: “*se todos pudessem gozar de uma suficiente propriedade*”, pois nessa conclusão, encontra-se já o primeiro traço que confirma o que foi dito anteriormente: Proudhon não está exatamente se colocando contra a propriedade, mas abrindo-a para discussão; desnudando-a para compreensão, e apontando-lhe as contradições enquanto mantida por um direito civil, que não é civil no sentido de para todos, mas apenas para quem é, e são poucos, proprietário. Esse é o ponto em que, na exclusão de uma grande maioria, a propriedade codificada se torna um roubo!

Para Sílvio Rodrigues que dirá, por via oblíqua, o que Proudhon chama de roubo, pois o domínio é o mais completo dos direitos subjetivos, e se

torna a espinha dorsal do direito privado e do sistema de apropriação de riquezas em que vive a sociedade e, parece claro, o direito civil deveria disciplinar todos os casos em que há disputa de bens. Ainda, dirá ele, o domínio é o direito que vincula e legalmente submete ao poder absoluto da vontade a coisa em sua plenitude.¹⁰¹ O equívoco de Rodrigues consiste no fato de que o direito civil não disciplina disputa de bens, mas consagra o direito de propriedade para os que são proprietários.

Para Washington de Barros Monteiro, ao contrário, a justificativa da propriedade como direito natural, ou da natureza humana, é exata, pois todas as teorias levam a ela, tendo em vista que ela é inerente à pessoa humana. Segundo o civilista, o direito de propriedade foi concedido ao homem pelo próprio Criador, cabendo ao legislador tão somente regulá-la. Além disso, a propriedade, para ele, no contexto natural, é proteção e incremento para a família.¹⁰²

Proudhon, que é citado na obra civilista de Washington, de modo

¹⁰¹ Sílvio Rodrigues. *Direito Civil: Direito das Coisas*. SP: Max Limonad, 1981, pp. 93;

¹⁰² Washington de B. Monteiro. *Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, op. cit.*, p. 79-80;

injusto, como inimigo da propriedade e dos proprietários, afirmou muitas décadas antes, que essa teoria não explica como o Criador, sendo dono de tudo, deu para uns (poucos, diga-se!) e para a grande maioria nada deu, deixando-a na miséria.

A *teoria da ocupação* como fundamento da propriedade confunde-se, desde logo, com um fato: posse. Por isso mesmo, a ocupação não poderia ser fundamento para a propriedade,¹⁰³ sendo, entretanto, admissível para a posse. Há uma diferença entre a propriedade e a posse, porque nem sempre o proprietário está exatamente na posse, como nos exemplos de locação e comodato, ainda que se criem teorias classificatórias da posse, entre as quais, posse direta e posse indireta. O fato, em si, é claro: se alguém ocupa é porque possui e, possuindo um espaço, não tem como possuir outro.

Para esclarecer este ponto, Proudhon traz um exemplo de Cícero, segundo quem a Terra é como um grande teatro. O teatro, segundo aquele jurisconsulto, é de todos, mas cada qual tem um pedaço para dizer: é meu. Então, é um lugar possuído (é meu!), mas não apropriado. O exemplo de

¹⁰³ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 196;

Cícero na verdade não explica a propriedade – anula-a!

A posse, porque é real, física e atual, pressupõe o grande teatro de Cícero, mas não a propriedade, que é um artifício.¹⁰⁴ Um artifício e uma depravação geradora das desigualdades. Lembra Proudhon que na origem todas as coisas eram comuns, isto é, eram o patrimônio de todos (assim como no grande teatro de Cícero). O que houve depois disso é o egoísmo, a excitação¹⁰⁵ e, então, a propriedade, não da ocupação, mas de conquistas e guerras.

Clovis, já citado, lembrando apenas ser ele o autor do Código Civil de 1916, no mesmo sentido, fala de uma comunidade original. Segundo ele, havia vários tipos de propriedade, sendo uma delas, conforme Weber, a *propriedade comunal*¹⁰⁶ e, entre outros aspectos, Clovis apresenta o exemplo da *comunhão agrária*,¹⁰⁷ sempre como modalidades de propriedade.

Porém, aquele grande civilista, ao explicar, diz que nessa modalidade todos os membros da tribo podiam

¹⁰⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 46-47;

¹⁰⁵ Léon Bloch. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. 2ª ed. Europa-América, 1991, p. 125;

¹⁰⁶ Max Weber. *História Agrária Romana*. *op. cit.* pp. 70-72

¹⁰⁷ Clovis Bevilacqua. *Direito Civil: Direito das Coisas (1941)*. RJ: Ed. Rio, 1976, pp. 123, 124;

utilizar-se do solo, explorando-o em comum e dividindo os frutos, ou fazendo o cultivo temporário por famílias e em lotes e, neste sentido, os indivíduos tinham apenas o *ius fruendi*, o direito de gozo.¹⁰⁸ Aparece aí uma característica, no exemplo de Clovis, que não é de propriedade, mas de posse. Está-se falando em posse, nos exatos termos de Proudhon.

Para Proudhon, desde Cícero, os filósofos e os juristas não conseguiram explicar a propriedade pela ocupação, porque no excesso de explicações não há, na verdade, explicação alguma.¹⁰⁹ Clovis também lembra que a teoria da ocupação se sustenta, segundo ele, em uma ocupação primária, tentando-se aí uma justificativa da propriedade individual e coletiva.

Porém, afirma ele, essa *teoria não diz (e deveria dizer)* qual o fundamento racional da propriedade. Realmente ela afirma um fato, mas não tem capacidade de construir uma doutrina.¹¹⁰ Para Washington, a propriedade não pode ser justificada pela ocupação porque, segundo ele,

deveria haver um direito anterior, e não um ato humano.¹¹¹

Resta, ainda, conforme Proudhon, a propriedade que se justifica *pelo direito civil codificado*. Pois bem, se a propriedade é *ius abutendi* (direito de abusar), ou usar do modo *la plus absolue* (o mais absoluto), a partir dos romanistas e dos civilistas franceses, mantêm-se as contradições: a igualdade, valor e direito absoluto, será colocada em risco, e o direito civil está legitimando um abuso. Mas como é possível legitimar um abuso sem expor a contradição do sistema? Não é possível, pois o abuso é o não direito (ainda que possa ser lei).

Por isso mesmo, afirma Proudhon, a definição romana encontra-se enfraquecida e inaugura uma contradição: *ius abutendi* (direito de abusar), sendo uma imoralidade, segundo ele, nascida da violência; é uma monstruosidade jurídica e, pior, que a lei civil procura sancionar.¹¹²

Por sua vez, Clovis aponta outras deturpações dessa teoria. Diz ele que o direito, na verdade, antecede o Estado, ao qual cabe apenas escrever a lei. Em outras palavras, Clovis está dizendo que há uma diferença entre

¹⁰⁸ Clovis Bevilaqua. *Idem*, p. 124;

¹⁰⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 59;

¹¹⁰ Clovis Bevilaqua. *Direito Civil. Direito das Coisas. op. cit.* p. 128;

¹¹¹ Washington de Barros Monteiro. *Direito Civil. Direito das Coisas. op. cit.* p., 78;

¹¹² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?. op. cit.* p. 70;

direito e lei, no mesmo sentido que Proudhon que, com muita justeza, faz uma diferenciação entre posse e propriedade, sendo aquela legítima, e esta uma *monstruosidade*. A lei, para Clovis, não consegue exprimir completamente o direito, não tem qualquer flexibilidade e se submete a interesses que são de pessoas, não da sociedade.¹¹³

Washington vê a fragilidade desta teoria, diferente de Proudhon e de Clovis, não no aspecto de consagrar e legitimar um abuso, ou da lei não conseguir exprimir a natureza da propriedade, mas porque não se deve permitir ao legislador constituir o direito de propriedade, pois, se assim fosse, assevera Washington, poderia, também, desconstituí-la. Para ele, o legislador não tem esse poder, pois a propriedade está acima dele, cabendo à lei, no máximo, regular aspectos do direito de propriedade. Além disso, afirma que a sociedade não criou a propriedade, mas a propriedade criou a sociedade pela reunião de proprietários.¹¹⁴

Virgílio de Sá Pereira (e outros civilistas), entretanto, não procurou por uma teoria que justificasse a

propriedade, considerando-a apenas um fenômeno histórico, devendo ser estudada pela sociologia, bem como pela economia sob o aspecto econômico e pelo direito civil quanto ao seu regramento, pois, segundo ele, a propriedade não foi criada pela lei, mas *surgiu* diante do legislador como um fato, um juízo sintético, sendo, portanto, uma categoria lógica.¹¹⁵

Para Proudhon, por quaisquer caminhos e teorias que se pretenda seguir, a fim de buscar os fundamentos da propriedade, encontrar-se-á sempre um óbice, um vício intrínseco, interno, pois a definição coloca a propriedade contra a sociedade e, a partir daí, contra o próprio direito. Onde houver propriedade não há sociedade, e vice-versa, ao menos a sociedade que se pretenda garantidora da liberdade, igualdade e segurança. Dirá mais:

*“procurar uma origem racional e legítima naquilo que não é senão roubo, fraude e rapina, tal devia ser o cúmulo da loucura proprietária, o mais alto grau da escuridão onde a perversidade do egoísmo pode lançar espíritos, aliás, esclarecidos.”*¹¹⁶

¹¹³ Clovis Bevilacqua. *Idem*. p. 129;

¹¹⁴ Washington de Barros Monteiro. *Direito Civil. Direito das Coisas. op. cit.*, p. 78;

¹¹⁵ Virgílio de Sá Pereira. *Código Civil Brasileiro. Da Propriedade*. RJ: J. R. Santos Ed., 1924, pp. 3 e segs.;

¹¹⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 138;

Em certa medida, é compreensível a angústia de Proudhon e sua crítica aos economistas e aos civilistas de sua época, que não tinham conseguido justificar a propriedade. E, diga-se, não conseguiriam posteriormente. Clovis, por exemplo, depois de passar a limpo as várias teorias que tentam, em vão, dar o fundamento da propriedade, não as aprovou, ao menos, segundo ele, por insuficiência doutrinária e teórica, e, mesmo assim, esboça uma “doutrina” que considera preferível (ele não diz a doutrina final e cabal, mas preferível!).¹¹⁷ Spencer avança ainda mais, e disse que em vão os economistas, moralistas e políticos tentam resolver problemas que crescem constantemente, sendo, segundo ele, um oceano imenso com lutas gigantes.¹¹⁸

Mas aquilo que angustiava Proudhon acerca dos juristas segue equivocadamente em Clovis, pois, ao falar em propriedade, outra vez caracteriza a posse. Segundo ele, a doutrina que considera preferível é aquela que tem como fundamento o *instinto de conservação*. Por ele, as pessoas são levadas a se apoderar de

coisas para satisfazer a fome e outras necessidades, aliás, assim como fazem os animais. Ao tomar posse, diz Clovis clara e racionalmente, as pessoas dão às coisas a utilidade, que ele não diz, mas está ligado ao *ius utendi* (direito de usar), o que, de resto, é a característica da posse. A isso a pessoa transforma em interesse socialmente protegido.

Clovis, a partir do que considera *fundamento pelo instinto de conservação*, apresenta em seu livro de 1941 alguma coisa que já era, em 1865 – ano da morte de Proudhon, o pensamento proudhoniano. Segundo ele, o sistema adequado para a vida humana é a unificação dos elementos que compõem a sociedade:

*“no novo regime, que conciliará as vantagens do socialismo e do individualismo, dar-se-á um novo equilíbrio social. Não desaparecerá o capitalismo, ainda necessário, nem o excitante regime da concorrência, mas em muito serão diminuídos os desperdícios e injustiças do regime atual. É do interesse da sociedade assegurar a propriedade individual e regulamentá-la conforme as exigências do bem geral, porém não tornar o indivíduo mero administrador temporário da riqueza comum.”*¹¹⁹

¹¹⁷ Clovis Bevilacqua. *Direito Civil. Direito das Coisas. op. cit.* pp. 130 e segs.;

¹¹⁸ Spencer Vampré. *O Que é o Código Civil: Conf. na Fac. de Direito do L. de S. Francisco. op. cit.*, p. 83;

¹¹⁹ Clovis Bevilacqua. *Direito Civil. Direito das Coisas. op. cit.* pp. 132, 133;

Todavia, para Proudhon, ainda em 1840, não pode subsistir uma sociedade que defenda um direito absoluto, como é a propriedade, pois tal defesa pressupõe a sua própria destruição, além de ser uma artificialidade – não um fato (como a posse!). É diferente se se fala em posse, bastando lembrar o exemplo de Cícero: a terra é o grande teatro, e cada cadeira é um posto específico para cada pessoa. No caso exemplar do teatro de Cícero há igualdade (porque nada é absoluto), pois cada qual está ligado ao outro pelo espaço real que ocupa, sobre o qual tem posse e utilidade, não havendo sobreposições de espaços – nem artificialidade de direitos.

O homem nasceu para a sociedade, para associar-se, conforme Proudhon, o que não deve, no contexto proudhoniano, ser confundido com Estado. Os animais precisam de um tipo de sociedade, assim como o homem, mas nos animais esta “sociedade” é, de fato, uma engrenagem imutável, que lhes impõe o fazer exatamente a mesma coisa sempre: não é uma expressão de autonomia associativa ou, em outras palavras, de querer – ou não, associar-se. Esse elemento natural e intrinsecamente humano, isto é, o pensar ou a reflexão, por vias do que deveria, segundo Proudhon, apresentar-

se como a glória humana, raciocínio e razão, acabou desvirtuado moralmente, introduzindo toda a desordem e injustiça.

A questão, para Proudhon, é demonstrar que é possível manter a natureza sociável do homem, junto com sua capacidade de reflexão, mas que, superado o egoísmo (que ele considera fruto da ignorância), o mesmo homem pode, valendo-se da razão, liberta da ignorância, dirigir-se à construção de uma sociedade justa. Afirma ele:

A miséria, os crimes, as revoltas, as guerras, que tiveram por mãe a desigualdade das condições, que foi filha da propriedade, que nasceu do egoísmo, que foi engendrada pelo sentido privado, que descende em linha reta da autocracia da razão. O homem não começou nem pelo crime nem pela selvajaria, mas pela infância, a ignorância, a inexperiência. (...)

O homem nasceu sociável, quer dizer, que procura a igualdade e a justiça em todas as suas relações, mas ama a independência e o elogio, sendo que a dificuldade de satisfazer ao mesmo tempo a essas diversas necessidades é a primeira causa do despotismo da vontade e da apropriação que lhe segue. Por outro lado, o homem precisa trocar os seus produtos e, incapaz de nivelar valores específicos, incapaz de julgar por aproximação, entrega-se a um comércio desleal, cujo resultado é

sempre a opulência e a miséria. Por isso mesmo, os maiores males da humanidade vêm-lhe de uma sociabilidade mal exercida. (...)

*A prática do justo cuja descoberta e propagação porão, tarde ou cedo, termo à desordem social, esclarecendo-nos sobre os nossos direitos e deveres.*¹²⁰

Essa correção, para Proudhon, dá-se *dialeticamente*. A comunidade original, espontânea – ou negativa, nome que usa para designar *o primeiro comunismo*, na qual os homens simplesmente trocavam coisas necessárias para subsistência, é, e ele sabe disso, a primeira determinação de sociabilidade (e não significa que seja justa, mas apenas uma expressão da sociabilidade). Ele a considera como a *tese*.

A artificialidade da propriedade, economia política,¹²¹ fruto daquele egoísmo e erro de raciocínio, é a negação e a contradição da comunidade (comunismo) e, portanto, a *antítese*. Aqui entra a grande questão: descobrir qual a *síntese*! Mas, para ele, não basta apresentar os dois primeiros termos dialéticos, é preciso ir além e corrigir a tese com a *antítese*. É preciso dar ao esquema uma tese na qual as

hostilidades possam ser resolvidas pela síntese. Em outras palavras, o comunismo e a propriedade, isto é, economia política,¹²² não geram uma síntese, mas uma violência. A sociabilidade é a natureza, inelutável, humana, exigindo uma roupagem que lhe seja apropriada, que não é, segundo ele, o comunismo.

Proudhon insiste em toda a sua obra que o comunismo é sempre uma utopia, pois não consegue eliminar algo que é intrínseco no homem: *o egoísmo*. Por isso mesmo, o egoísmo manifesta-se de muitas formas, e a propriedade é uma delas. Considerando que Proudhon não pensa de forma absoluta, nem suportava a absolutização das ideias, seja ela política ou religiosa, pretendia encontrar uma roupagem melhor para a sociabilidade humana.¹²³

Mas se algo liga a obra de Proudhon aos cínicos e epicuristas, é o expressivo horror pelo comunismo, pois, segundo ele, com a bandeira de

¹²⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* pp. 220-221;

¹²¹ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 272;

¹²² Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 272;

¹²³ Platão, Antístenes e Diógenes, além de Epicuro, buscaram as mesmas respostas, respectivamente: o comunismo aristocrático platônico, a ruptura completa e anárquica dos cínicos e a ideia, também, de caráter anárquico, de amizade e solidariedade epicuristas. Viu-se, também, que a propriedade, especificamente da terra, foi um elemento determinante em quaisquer dos grupos.

acabar com a propriedade, o comunista, na verdade, transformou-a em seu eixo central. Ele cita várias experiências ou propostas comunistas que carregaram em si a contradição, como, por exemplo, a de Platão, cuja república comunista pressupunha a escravatura (aliás, Platão não apenas defendia a escravidão, mas aconselhava seus pares a adquirirem escravos de origens, culturas e línguas diferentes a fim de não se comunicarem entre si nem se levantarem contra seus senhores). Ele relembra que a chamada igreja primitiva, de caráter comunista (embora nesse trabalho ela é considerada anarquista!), não passou do primeiro século.

A solução social, ou a busca por soluções sociais, não passam, diria, não deveriam passar, pelo comunismo, pois, no pensamento proudhoniano, os *inconvenientes* são de tal flagrante que os seus críticos não precisam de qualquer retórica ou *eloquência* para demonstrá-los. Segundo Proudhon, o comunismo:

“torna suas injustiças irreparáveis, e pratica violência contra todos, sejam-lhe simpáticos ou repugnantes, o jugo de ferro que impõe à vontade, a tortura moral em que conserva a consciência, a utopia onde mergulha a sociedade e, enfim, para dizer tudo, a uniformidade beata e estúpida pela qual amarra a

*personalidade livre, ativa, racional, insubmissa do homem. Tudo isso despertou o bom senso geral e houve condenação irrevogável do comunismo”.*¹²⁴

E, não obstante, ainda que os comunistas neguem a propriedade, ela é, segundo Proudhon, a mesma concebida sob a influência do preconceito que têm em relação a ela, e se torna a base de toda e qualquer teoria comunista. Porque, nesse sentido, o comunismo reproduz inversamente as mesmas e todas as contradições da economia política,¹²⁵ com a diferença que substitui o conceito de indivíduo pelo conceito de homem coletivo em cada uma das funções sociais, econômicas, educacionais e familiares e, por isso mesmo, não resolvendo coisa alguma, termina na iniquidade e na miséria.¹²⁶

Pois, mesmo sendo verdade que os membros de uma estrutura comunista assim, sistematizada, nada têm de seu, é igualmente verdade que a comunidade é proprietária de tudo, incluindo pessoas e vontades:

“a comunidade é proprietária de tudo e, não apenas proprietária dos bens, mas das pessoas e das suas vontades.

¹²⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 225;

¹²⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 272;

¹²⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem* p. 272;

É, dessa forma, que pelo princípio da propriedade soberana (comunista), todo o trabalho, que não deveria ser para o homem senão uma condição imposta pela natureza, se torna um imperativo humano e, por isso mesmo, odioso (...) enfim, todas as faculdades do homem são propriedades do Estado, que tem direito a fazer delas o que lhe apetece, no interesse geral. É no comunismo que todas as sociedades particulares devem ser severamente proibidas, apesar de todas as simpatias e antipatias de talentos e caracteres, porque tolerá-las seria introduzir pequenas comunidades na grande e, por consequência, propriedades (...) enfim, que o homem despojado do seu eu, da sua espontaneidade, do seu gênio e afeições, deve apagar-se humildemente frente à majestade e inflexibilidade da comuna (...) a comunidade é opressão e servidão.”¹²⁷

Luigi Mattiolo demonstrou receptividade às teorias proudhonianas, sobretudo acerca da propriedade, e levou, em 1871, esse debate para suas aulas de Direito na Universidade de Turim. Segundo ele, o posicionamento de Proudhon revelava lógica e clareza, como no caso acima em que repudia o sistema comunista, embora repudiasse também – e Mattiolo reconhece – o sistema de direito da propriedade do modo como se apresentava, posto que

¹²⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *Idem.* p. 226;

causador de disparidade de tratamento e de desigualdades, sendo sempre um direito resultante da força física ou intelectual.

Para Mattiolo, Proudhon repudiava aquele sistema comunista porque não fazia melhor que o sistema burguês, nivelando e tratando do mesmo modo, tanto o gênio quanto a mediocridade, tanto o esforço quanto a indolência, causando a destruição das individualidades e, sobre esta destruição, construindo um sistema no qual a propriedade individual é substituída pela propriedade coletiva.¹²⁸ Além disso, lembra Mattiolo, até aquele momento, nenhum sistema comunista de fato havia conseguido se estabelecer. Cita, como comunistas que não lograram êxito, a partir da obra de Proudhon, a primeira comunidade *cristã*, destaca a comunidade judaica dos essênios anterior à dos discípulos de Jesus, e a proposta de Platão. Relembra que Louis Blanc, opositor de Proudhon, após a Revolução de 1848, não conseguiu implementar suas ideias e, pouco tempo depois, havia desistido dos projetos socialistas para a França.¹²⁹

Por outro lado, e fora das teorias ou experiências comunistas, às

¹²⁸ Luigi Mattiolo. *Principii di Filosofia del Diritto*. Torino/Napoli: TIP, 1871, p. 212;

¹²⁹ Luigi Mattiolo. *Idem.* p. 217;

quais se opõe, Proudhon considera que a propriedade privada enquanto criadora da economia burguesa, que ele chamou de *antítese* da comunidade (comunismo), é fruto da imposição da força econômica e, por isso mesmo, desorganizadora da sociedade. O homem, ao sair daquela primeira comunidade negativa, passou a ver no *direito da força*, e Platão deixa-o claro no início de sua obra *A República*, a imposição de sistemas de exclusão.

O mérito e suas facetas (a meritocracia é uma delas) realmente passam a ser a tentativa, não para a justiça e reconhecimento individual, mas para esconder as desigualdades e misérias criadas pela exclusão, efeito imediato daquela propriedade. O único “mérito”, *que não é mérito* – afirma Proudhon, é apenas o exercício da força. Não é sem razão que o acesso aos bens materiais em geral, e à propriedade especificamente, sobretudo a da terra, é a expressão da força, física ou jurídica, ou, como afirma Washington de Barros Monteiro: *a reunião de proprietários, unidos para defender a propriedade*¹³⁰ e, portanto, após a força bruta e física, criou a força jurídica que a garante.

O direito da força fez surgir a exploração do homem pelo homem, ou,

juridicamente, a servidão, a usura, o tributo imposto pelo vencedor ao inimigo, as rendas, os aluguéis,¹³¹ a enfiteuse, os juros, os juros sobre juros (anatocismo), a mais-valia, individual ou coletiva (esta jamais paga pelo capitalista), enfim, o legado da *propriedade!*

Em uma sociedade de proprietários que, sabedora do *direito da força como elemento fundante*, que os mais fortes mandam, o simples fato de encarar isso torna-se uma vergonha. Proudhon afirma que ninguém, entre proprietários, tem muita vontade de pesquisar a origem das propriedades, ou, usando suas palavras: *tirar o pó de sobre as propriedades*, pois levaria inevitável e escancaradamente à verdade que querem esconder.

Trata-se, nas palavras Spencer Vampré, em conformidade com o pensamento de Proudhon, de um processo violento posterior à primeira coletividade familiar, por conta de constantes conflitos e guerras, ocorridas exatamente pelo acúmulo de riquezas sob o poder e para a satisfação de poucos, que se deu a criação de monarquias sustentadas por uma aristocracia, cuja existência é devida exclusivamente ao dinheiro. A força

¹³⁰ Washington de Barros Monteiro. *Direito Civil. Direito das Coisas, op. cit.*, p. 78;

¹³¹ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade? op. cit.* p. 232;

bruta do direito aristocrático, que Vampré chama de tradição, foi responsável pela concentração da propriedade nas mãos de poucos.¹³²

O *direito da força* é a primeira manifestação de justiça e, substituindo-o, vem o *direito da esperteza*, da astúcia,¹³³ como segunda manifestação de justiça. *É desse direito da esperteza, da manha, do engano legislado, que advêm os benefícios da indústria, do comércio, da bolsa, e as fraudes mercantis.* E, assim, desse direito da esperteza criam-se nomes como *talento* e *gênio*, e que são, na verdade, nomes dados aos mais altos graus de *patifaria* e *fraude* ou, em outras palavras, todas as espécies de desigualdades.¹³⁴ O roubo, portanto, é o primeiro efeito da propriedade!

O segundo efeito da propriedade é o despotismo, e como despotismo se liga à ideia de autoridade, legitima aquele primeiro efeito – roubo, na dimensão caracterizada por Proudhon. A propriedade, então, tem a ver com as formas de governo que se escolhem. Por essa razão, Proudhon nega as várias formas de governo, porque todas, sem

exceção, são criações da propriedade. Ele se apresenta como anarquista, única situação que o coloca para além (e fora) do sistema, tanto o comunista quanto o burguês, a fim de que possa, a partir deste ângulo externo, pesquisar e aprofundar o debate:

Qual a forma de governo que vamos preferir? Pois bem, podem perguntar e alguns dos meus jovens leitores respondem: és republicano! Republicano sim, mas esta palavra não é precisa. Res publica é a coisa pública, e sob qualquer forma de governo é possível dizer-se republicano. Os reis também são republicanos. Pois bem, és democrata? Não. – Quê! És monarquista? Não. Constitucional? Deus me livre. És, então, aristocrata? De modo algum. Queres um governo misto? Muito menos isso! Então, o que és? Sou anarquista! (...) Esta é a minha profissão de fé, séria e demoradamente refletida, e, embora eu seja amigo da ordem, eu sou, em toda a força do termo, anarquista!¹³⁵

Esse é um dos pontos centrais na obra proudhoniana, porque toda organização governamental e, portanto, estatal ou estatista, tem a *autoridade* como princípio, e aqui não importa muito se de caráter mais democrático ou tirânico. Pode haver, e há, vários tipos de governo, e governos, que sejam

¹³² Spencer Vampré. *O Que é o Código Civil: Conf. na Fac. de Direito do Lgo. de S. Francisco. op. cit.*, p. 81;

¹³³ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 257;

¹³⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 233;

¹³⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* p. 234;

inclusive bons, e até justos, porém para Proudhon, jamais serão legítimos.¹³⁶ Porque todo homem teve, na sua infância, assim como os animais, líderes que o conduziam. Quando vivia naturalmente em sociedade, afirma Proudhon, seguia com a mesma naturalidade as ordens de um chefe: o pai, o patriarca, o ancião, ou seja, homens que eram íntegros, que tinham, a partir de um conhecimento e experiências, acumulados, a capacidade de orientar seu grupo. Mas isso não difere o homem de outras espécies de animais que, também eles, têm sua liderança. No caso, esses homens, em sua origem, vivendo em sociedade, tiveram líderes que não criaram algo superficial, apenas fizeram o que o conhecimento e, principalmente, a experiência lhes havia legado.¹³⁷

Mas, o homem não está sempre na sua infância, nem é animal, por isso mesmo seu caminho não deveria ser o de criar novas estruturas de autoridade e submissão, mas o da independência. Para Proudhon é simples: o homem nasce não apenas sociável, mas totalmente dependente de seu pai, patriarca, ancião e outras “lideranças”, enquanto, e tão somente, está na sua

infância. Da mesma forma que se compreende que, na infância, há necessidade de alguma autoridade paterna, compreende-se, e isso deveria estar claro, que terminada a infância, desenvolvida a razão, completada a educação, ele não deveria estar sob a autoridade de seu pai, mas apenas, caso queira, associado a ele.¹³⁸

Os líderes naturais foram substituídos por outros. Nesse sentido, o tipo de governo chamado realza, seja ou não absoluta, e bem antes de qualquer ideia de democracia, tem sua origem naquela relação de sociedade original, como um desdobramento do pai, patriarca, ancião. Porém, com a superação da sociedade primitiva, adveio o *direito da força*, do conquistador, do mais forte que, suplantando os líderes anteriores, mais fracos, não apenas fizeram escravos desses, mas criaram o governo despótico.

Mas, como os homens estão em constante guerra e conflito, cuja razão é a propriedade, e tendo crescido demasiadamente, uns tentaram suplantiar outros e, mesmo sendo nessa origem despótica, criaram-se expressões do tipo: *reis de direito e reis legítimos*, para uns, e *tiranos*, para outros. Mas,

¹³⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 237;

¹³⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 236;

¹³⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 238;

sejam aqueles, sejam estes, nenhum deles tem legitimidade para governar. Portanto, não importa o nome que se lhes dê,

“Nem a hereditariedade, nem a eleição, nem o sufrágio universal, nem a excelência do soberano, nem a consagração da religião e do tempo, fazem a realeza legítima. Sob quaisquer formas que se apresente: monárquica, oligárquica, democrática, a realeza ou o governo do homem pelo homem, é ilegal e absurdo.”¹³⁹

Para se chegar a esta compreensão, os preconceitos devem ser destruídos por todos os meios, principalmente pela clareza conceitual, pela ruptura com as falsas verdades, e pela investigação dos porquês da autoridade, e pela compreensão dos seus fundamentos. Isso já é um começo de desobediência.¹⁴⁰

Em outras palavras, toda pesquisa, toda leitura, todo aprofundamento, toda pergunta, todo movimento com base na criticidade, leva a um estado de emancipação (do estado de cegueira e de preconceito). Spencer considera esse debate sobre a propriedade como fruto da opinião pública orientada e culta, nascida no Iluminismo e propagada pela Revolução

Francesa, por isso mesmo, diferente de outros civilistas dogmáticos, ele vê como processo natural, não apenas a crítica à propriedade, mas a investigação da sua origem e do seu fundamento.¹⁴¹

A autoridade do homem sobre o homem anda na contramão do desenvolvimento intelectual, pois, quanto mais autoridade, menos a capacidade crítica. Para Proudhon se reconhece um bom governo exatamente pelo fato de que propicie o desenvolvimento e a conquista da razão e, assim, eis o momento em que deixa de haver governo, a fim de que a soberania de uma vontade, do rei ou qualquer outro governo, ceda diante da soberania da razão.

É o caso do filho que deixa de submeter-se a seu pai, não por ódio ou violência, mas porque simplesmente chegou à idade da razão e teve toda a sua educação completada. Ele deixa de se submeter, mas não será menos um membro daquela sociedade; será um associado, alguém que sabe da importância da associação, livre e espontânea. A emancipação do estado de incapacidade e minoridade é o momento da liberdade de decisão, de

¹³⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 237;

¹⁴⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 237;

¹⁴¹ Spencer Vampré. *O Que é o Código Civil: Conf. na Fac. de Direito do L. de São Francisco*. *op. cit.*, p. 82;

discernimento e de manifestação de vontade real. A sociedade realmente existe apenas quando seus membros manifestam sua vontade em prol da associação.

A esse processo de emancipação plena, e associação espontânea e livre, Proudhon chama de *socialismo científico*.¹⁴² De outro modo, interrompido o desenvolvimento natural do homem, impede-se o seu progresso intelectual e, finalmente, ele jaz sob o jugo da autoridade.

No sistema de economia proprietária, ou burguesa, o que se tem é que *o proprietário, o ladrão, o herói, o soberano* (para Proudhon, palavras absolutamente sinônimas),¹⁴³ impõem a sua *vontade por lei*, o império não de uma lei que espelhe o direito (porque são dois conceitos distintos), mas da lei vertical, impositiva, retilínea, com seus ares de autoridade e coerção. A propriedade conduz, necessária e cientificamente, ao despotismo, não importando se comunista ou capitalista, já que em qualquer caso, é a propriedade que subjaz e estrutura a política, a legislação e o destino dos homens.

¹⁴² Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 239;

¹⁴³ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 241;

Para o pensamento proudhoniano, qualquer tipo de governo, economia política e administração, com base na propriedade e, para ele, o comunismo também se baseia na propriedade, devem ser combatidos.¹⁴⁴ Se, por um lado, a propriedade gera o egoísta cuja expressão é a economia política, de outro, de modo inverso, gera a utopia comunista,¹⁴⁵ sendo esta a exaltação do Estado, e aquela a elevação do monopólio egoístico. Nesse sentido, o comunismo que teria, talvez, as melhores condições de entender, compreender e, quiçá, explicar os fenômenos econômicos e sociais, de início não compreendeu sequer a si mesmo, criando as mesmas contradições acerca da propriedade, e, na sequência, não compreendeu qual é o seu papel no mundo.¹⁴⁶ Desse modo, afirma ele,

*“a humanidade, como um homem bêbado, hesita e cambaleia entre dois abismos; de um lado, a propriedade, de outro a comunidade; a questão é saber como vai ultrapassar esse desfiladeiro, onde a cabeça é tomada de vertigens e os pés ficam no ar.”*¹⁴⁷

Entretanto, é possível outra sociedade, que não seja nem a comunista nem a proprietária, fundada, então, na igualdade, lei, independência,

¹⁴⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 242;

¹⁴⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 270;

¹⁴⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 273;

¹⁴⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 281;

mutualidade e proporcionalidade. É o que ele chama de *terceira forma de sociedade*, isto é, sociedade que *consista na igualdade de condições*, e não na igualdade do bem-estar, pois esta é obra do trabalhador com base naquela. É, pois, a sociedade na qual não haverá quaisquer violações da justiça ou da equidade. *A lei quando realmente deriva dos fatos*, aliás, da *ciência dos fatos*, a fim de ser a expressão da necessidade, nunca se choca com a independência. *A independência quando derivando dos indivíduos ou da autonomia da razão privada*, e da *diferença de talentos e capacidades*, não coloca a sociedade em risco. E, finalmente, sendo a *proporcionalidade* admitida na esfera da *inteligência e sentimento*, e não na das coisas físicas, ela não viola a justiça ou a igualdade social.¹⁴⁸

Porém, no caminho do pensamento proudhoniano, a lei não poderia ser vertical, mas horizontal, vale dizer, nascida do embate de interesses que, racionalmente, compõem a coexistência. Aquela humanidade, acima descrita por Proudhon, que hesita e cambaleia entre dois abismos: *comunismo e propriedade*, vem, desde tempos antigos, babilônicos, semitas,

¹⁴⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 242;

gregos e romanos, experienciando conflitos e guerras por conta da propriedade.

Se, de um lado, o comunismo, para Proudhon, esmaga a pessoa em sua individualidade, também, do outro, isto é, no regime da propriedade, a violência é de igual dimensão. Quase sempre falta a composição dialética. Por exemplo, o autor do Código Civil de 1916, Clovis Bevilacqua, representante de uma elite econômica e jurídica, opôs-se firmemente a qualquer mudança que trouxesse mais garantias sociais ou inovações sociais, aliás, direitos sociais.¹⁴⁹

De acordo com Orlando Gomes, Bevilacqua resistiu ao avanço social que, em outros povos, já estava estabelecido, porque temia o chamado socialismo de caráter anarquista, vez que o mesmo, segundo declara, “*investia contra a organização da propriedade, da família e do governo.*”¹⁵⁰ No tempo de Proudhon não foi diferente, aliás, é contra essa legislação protetora da propriedade (diga-se: proprietários) que ele ergue a sua voz, mas não contra o direito em si.

¹⁴⁹ Ruy Barbosa opunha-se a Bevilacqua, conf. *Teoria Política*. Pref. de Homero Pires. SP: W. M. Jackson, 1964, p. XIX do prefácio, e 297 e segs;

¹⁵⁰ Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil*. Salvador: Univ. da Bahia, 1958, p. 57;

Proudhon propõe uma terceira forma de sociedade, que é a *síntese da comunidade e da propriedade*. Não há necessidade de que a humanidade continue, hesitante e cambaleante, entre dois abismos. E a essa sociedade, a síntese, Proudhon chama Liberdade! Não se trata de uma liberdade respectivamente utópica ou burguesa, pois ele mesmo esclarece:

“Liberdade: libertas, liberare, libratio, libra, liberdade, libertar, libertação, balança (livre), todas expressões cuja etimologia parece comum: a liberdade é a balança dos direitos e deveres; tornar um homem livre é nivelá-lo com outros, quer dizer, pô-lo ao nível de todos.”¹⁵¹

É a *liberdade libertária*, concebida dialeticamente como síntese, a partir do que há de bom, aliás, de verdadeiro, no *comunismo e na propriedade*, identificando as formas naturais de sociabilidade humana que é a grande síntese: *liberdade*. Por isso mesmo, a liberdade, não como uma ideia vazia, mas como ideia concretizável, é igualdade de condições, é variedade e diversidade infinitas, é proporcionalidade. *A liberdade*, afirma

Proudhon, *é anarquia*,¹⁵² no seu sentido mais claro, límpido e proativo!

Porque essa liberdade proudhoniana não é caótica, mas *essencialmente organizadora*. A anarquia a que Proudhon se refere não é a negativa, da desordem e, muito menos, a anarquia capitalista. Ele se refere àquele estado de amadurecimento social, conforme o exemplo do filho que cresce e chega à idade da razão, à plenitude da sua formação e educação e, assim, liberta-se do princípio da autoridade paterna para, em seguida, querendo, associar-se ao pai. A este processo de emancipação, amadurecimento e racionalidade, segue-se a expressão da vontade de, e quando, participar de algo. O oposto da anarquia é a submissão, a hierarquia, a ordem incontestável e, por isso mesmo, a atrofia das capacidades criativas, da liberdade de escolha, e de ação: é a sujeição.

De acordo com Proudhon, não é a morte da propriedade, mas o germe da sua morte, da propriedade que, segundo ele, por cinco mil anos, vem (des)organizando as sociedades, levando-as ao suicídio e que, finalmente, procura se esconder no Direito Civil como o nome de *direito de*

¹⁵¹ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 243;

¹⁵² Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* p. 243;

propriedade, injustificada, quanto à sua origem, é um efeito sem causa, e muitos civilistas se recusam a discutir os seus fundamentos.¹⁵³

Para opor-se a esta propriedade imoral e injusta, encontra-se a posse, expressão real e viva de um direito antigo, plena e historicamente justificado. A posse, para Proudhon, está no direito; a propriedade é contra o direito (embora esteja na lei civil, o que é coisa diversa!),¹⁵⁴ porque todas as teorias da propriedade, fora a do próprio Direito Civil, justificam a posse – o fato! O direito deveria ser a expressão do fato, que o antecede, por isso chama a propriedade de efeito sem causa, ou de direito civil sem fato.

Bastaria essa mudança: supressão do direito de propriedade e a conservação da posse, isto é, o próprio princípio modificado e, assim, tudo seria modificado. A propriedade é o elemento fundante (e destrutivo) das instituições que são, por seu turno, expressão do Estado. Sem a propriedade, as instituições, as leis, o governo e a economia seriam *abolidos*.¹⁵⁵ A sociedade como um todo

está desorganizada, em constante estado de suicídio, porque ela é real, mas com uma roupagem falsa: Propriedade e Estado. A sociedade se veste de propriedade quando deveria manter-se na posse; veste-se de Estado quando deveria manter-se em uma organização anárquica.

Proudhon não nega a política em momento algum, mas nega o tipo de fazer política em função de governo e de autoridades e, ao negar a autoridade, apenas está dizendo que ela não pode ser única, pois deve ser contraposta a um outro princípio – o da liberdade. A política é a ciência da liberdade, não do governo ou do estatismo, *porque governo de qualquer homem, qualquer que seja o nome que se lhe atribua, é opressão*. Portanto, não é no Estado, mas na Sociedade, que se deve buscar o processo de aperfeiçoamento. E esse aperfeiçoamento encontra-se, no primeiro pensamento proudhoniano, *na ordem e na anarquia*,¹⁵⁶ vale dizer, no equilíbrio horizontal de forças que se disciplinem, que se ponham na balança e se equilibrem.

A anarquia, para Proudhon, é então a liberdade de *pensare*, isto é, pôr nos pratos da balança, onde dois termos se equilibram, formando um terceiro: o

¹⁵³ J. M. de Carvalho Santos. *Código Civil Interpretado. Dir. das Coisas*. V. VII, SP: F. Bastos, 1950, p. 269;

¹⁵⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 243;

¹⁵⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 246;

¹⁵⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 247;

peso! Essa dialética proudhoniana não exclui os termos ou pesos anteriores, porque para ele, na anarquia, a tese e a antítese continuam a existir, concomitantemente à criação de uma síntese. Anarquia tem esse caráter de pluralidades reconhecidas apenas no plano social da horizontalidade. A ordem não é a imposição da autoridade, mas o regramento espontâneo promovido pelos membros de uma sociedade. Eis o aspecto das pluralidades anarquistas que convivem, ainda que antagônicas – para o equilíbrio.

A coexistência das pluralidades, das diversidades, o equilíbrio de forças, a percepção de teses e antíteses, a balança dos princípios da liberdade e da autoridade, a emancipação racional do homem, e sua capacidade de querer associar-se, ou não, é o tanto da característica anárquica proudhoniana.

Assim, Proudhon vê na Posse, e não na Propriedade, o que há de mais legítimo para a manutenção da pessoa humana. A propriedade concentra nas mãos de poucos as riquezas que deveriam servir a todos, conforme destacou Spencer,¹⁵⁷ sem solução porque, conforme Orlando Gomes, os

proprietários, desde a Antiguidade, criaram o que Proudhon chama de *direito da força*. É a institucionalização proprietária, criando para si um serviço governamental e militar, que submete a todos e age sempre contra a massa humana rural, desprotegida e miserável e que não tem sequer consciência dessa sua miserável situação.¹⁵⁸

A defesa do direito de propriedade não encontra, como visto, justificativa ou fundamento. Em outras palavras, não é possível encontrar sustentação da propriedade a partir da sua origem. O direito que a consagra é direito da burguesia ou de proprietários, conforme assevera Orlando Gomes.¹⁵⁹ Não há nele nada que seja dialético ou que se refira a choques de interesses entre classes, sendo, portanto, direito pronto. Por isso mesmo, em qualquer tempo, a aristocracia e, depois, a burguesia, sempre se sentiram ofendidas e atacadas com o apenas questionamento do direito, mormente, da propriedade.

Orlando Gomes, a fim de ilustrar esse pensamento, traz um exemplo interessante sobre a propriedade. Segundo ele, o português entrou no Brasil pela porta do Tratado de

¹⁵⁷ Spencer Vampré. *O Que é o Código Civil: Conf. na Fac. de Direito do Largo de São Francisco*. *op. cit.* p. 81;

¹⁵⁸ Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. *op. cit.*, p. 43;

¹⁵⁹ Orlando Gomes. *Idem.*, p. 43;

Tordesilhas, na qualidade de senhor, dono, proprietário e, uma vez instalado, ele trouxe não a possibilidade de luta social, mas de eliminação biológica, pois com ele veio a legislação pronta. Era, segundo ele, um direito que já estava pronto e que precisava apenas ser aplicado,¹⁶⁰ o que leva, desde os tempos greco-romanos, ao atraso.¹⁶¹

A posse, então, embora não sendo a melhor solução, seria, para Proudhon, a mais próxima do justo, pois não se refere a um direito de propriedade, mas de uso efetivo da terra. Não tem a ver com direito unidimensional ou aristocrático, mas com a experiência fundiária e com a pluralidade dela resultante. Ele assim a concebe, conforme o resumo abaixo, bem como suas conexões sociais e efeitos:

- *A posse é a condição da vida social; a posse está no direito; a propriedade é contra o direito. Suprimam a propriedade conservando-se a posse, e apenas por essa modificação no princípio, tudo será modificado nas leis (sobretudo, o Direito Civil), no governo, na economia,*

nas instituições. O mal da terra será expulso;

- *Sendo igual para todos, o direito de ocupar, a posse, varia com o número de possuidores; a propriedade não pode formar-se;*
- *Sendo o efeito do trabalho também o mesmo para todos, a propriedade perde-se pela exploração estranha e pelo arrendamento;*
- *Resultando necessariamente todo o trabalho humano de uma força coletiva, toda a propriedade se torna, pela mesma razão, coletiva e indivisível; em termos mais precisos, o trabalho destrói a propriedade;*
- *Sendo toda a capacidade trabalhadora assim como todo o instrumento de trabalho um capital acumulado, é injustiça e roubo uma propriedade coletiva, a desigualdade de tratamento e de riqueza, sob o pretexto de desigualdade de capacidades;*
- *O comércio tem por condições necessárias a liberdade dos contratantes e a equivalência dos produtos trocados: ora, tendo o valor por expressão a soma de tempo e despesa que*

¹⁶⁰ Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. op. cit.*, p. 12;

¹⁶¹ Orlando Gomes. *Idem.*, p. 28;

cada produto custa, e sendo a liberdade inviolável, os trabalhadores ficam necessariamente iguais em salários como são em direitos e deveres;

- *Os produtos só se compram com produtos: ora, sendo a condição de toda a troca a equivalência dos produtos, o benefício é impossível e injusto. Observem esse princípio da mais elementar economia e desaparecerão do meio de nós a miséria, o luxo, a opressão, o vício, e o crime, assim como a fome;*
- *Os homens estão associados pela lei física e matemática da produção antes de o serem pelo seu pleno acordo: portanto, a igualdade de condições é justa, quer dizer, de direito social; a estima, a amizade, o reconhecimento apenas de direito equitativo e proporcional;*
- *A associação livre, a liberdade que se limita a manter a igualdade nos meios de produção e a equivalência nas trocas é a única forma possível de sociedade, a única justa, a única verdadeira;*

- *A política é a ciência da liberdade: o governo do homem pelo homem, qualquer que seja o nome que se lhe atribui, é opressão; a maior perfeição da sociedade encontra-se na união da ordem e da anarquia.¹⁶²*

4. DROIT D'AUBAINE: A SÍNTESE DA DESONRA, DO ROUBO E DA MISÉRIA

A crítica, ácida e pontual, feita por Proudhon,¹⁶³ como já observada em várias oportunidades desta exposição, não tem a propriedade em si como alvo, mas a propriedade que foi desonrada e desvirtuada de sua natural função, ou seja, o alvo de Proudhon é a economia política, em contraposição à propriedade comunista, igualmente nociva. Entre os aspectos negativos do comunismo encontra-se o de negar a propriedade individual com a afirmação da propriedade estatal. Em outras palavras, conforme Passetti e Resende, os comunistas criticavam um tipo de propriedade, especulativa, para afirmar outra, cuja estratégia é a dominação.¹⁶⁴

¹⁶² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?* *op. cit.*, pp. 246-247;

¹⁶³ Luigi Mattiolo, 1871, considerou-a correta, conf. seu *Principii di Filosofia del Diritto*, *op. cit.*, pp. 190;

¹⁶⁴ Florestan Fernandes (dir), E. Passetti e P.-E. A. Resende. *Proudhon*. SP: Ática, 1986, p. 8,10;

Ao fazer a crítica à propriedade burguesa, atribuindo-lhe a classificação de roubo, e criadora da miséria, Proudhon passa a ser chamado de *homem-terror, demolidor*, ficando definitivamente claro que ele não foi compreendido (talvez nem lido).

Mas sua crítica não foi isolada. Vários economistas, sociólogos e juristas, entre os quais, civilistas, fizeram, acerca da propriedade, a mesma crítica. Entre os quais, Pontes de Miranda que, como visto anteriormente, considerava a obra de Proudhon como cientificamente crítica e sociologicamente entre as doutrinas científicas, como ficou claro em sua obra de 1922, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*.¹⁶⁵

Pontes de Miranda considera que, embora a propriedade tenha exercido papel importante no pensamento dos povos cultos, e que há uma base psicológica importante, sobretudo no que respeita à individualidade, a mesma acabou por deteriorar-se, *reduzindo os homens a meros instrumentos*. Embora a propriedade seja uma instituição, segundo ele, *não há instituições eternas, mas há fatos sociais que devem obedecer às leis universais*.

¹⁶⁵ Pontes de Miranda. *Sist. de Ciência Positiva do Direito. Int. à Ciência do Direito*, Tomo II, *op. cit.* p. 16;

Reconhece Pontes de Miranda que há certas classes sociais para as quais a propriedade é tudo, e em função da qual todas as outras instituições são como acessórios, incluindo a família que é, de qualquer modo, um elemento da propriedade. Para elas, a propriedade é gozo e afirmação da individualidade, por isso mesmo, todas as suas capacidades humanas, criativas e de solidariedade, ficam atrofiadas, presas à propriedade. Para eles, diz Pontes de Miranda, a propriedade é sagrada. Mas há outras classes que sofrem, sendo que a propriedade daqueles lhes absorve tudo o que poderiam desenvolver.

O proletário, conforme Pontes de Miranda, é vítima da propriedade, é escravo e, por isso mesmo, para manter-se vivo deve renunciar a todo desenvolvimento intelectual, estético, moral.

Por vezes, o burguês honrado é inocente e até vítima do sistema de propriedade. Relembrando uma afirmação de Schäffle, 1885, disse Pontes de Miranda:

“Subjetivamente, o burguês honrado é perfeitamente inocente e, não raro, vítima; mas, objetivamente, o crescimento do capital privado é bem a espoliação do trabalhador, a rapina, a pilhagem, a exploração. Não se trata de crítica ou de

censura, nem de hostilidades, que somente podem denunciar o exaspero dos sofrendores e o entusiasmo do que sonham; o que é preciso, e as circunstâncias terão de evidenciar, é a solução científica do problema humano.”¹⁶⁶

Pois bem, Proudhon desnuda a propriedade burguesa, demonstrando, passo a passo, tudo aquilo que considera como roubo, e não apenas roubo, mas desonra da propriedade, e cria ambiente para a *proletarização e miserabilidade*.¹⁶⁷ A isso ele chama de *droit d'aubaine*.¹⁶⁸

Trata-se de uma palavra que não encontra tradução adequada em português ou em italiano. Alguns a traduziram como “lucro”, mas esta palavra não traduz por si só algo de negativo ou que tenha a dimensão do que Proudhon pretende com *droit d'aubaine*.

A propriedade, ou ainda, economia política,¹⁶⁹ enquanto fundamento da sociedade burguesa,

viola a igualdade pelo direito de exclusão e *d'aubaine*, bem como o livre arbítrio pelo despotismo. Essa propriedade, regrada por um mau direito, é o roubo! Pois o ladrão, segundo as etimologias do grego (*phôr*), do latim (*fero, fur, latro*) e do hebraico (*gannab*), que designam algo que alguém pôs ao lado, desviou, tirou, levou, escondeu, sem que lhe pertencesse, sendo que, segundo ele, mesmo no francês, o verbo *voler* é especialmente significativo, cuja expressão no latim é *vola*, ou seja, palma da mão no sentido de jogo de cartas, distribuir as cartas, de tal maneira que o ladrão é o beneficiário, o que fica com tudo, que faz a partilha, sendo possível que o verbo *voler* deva mesmo sua origem nas distribuições feitas por ladrões, e depois utilizado pela linguagem familiar e, por fim, para o sistema legal.¹⁷⁰

E, em sentido comparativo, propriedade produz efeitos terríveis na sociedade. O roubo é o primeiro dos efeitos.¹⁷¹ Proudhon afirma que o roubo ocorre por uma infinidade de meios, que se tornam material na mão dos legisladores que, de uma forma ou de outra, os disciplinam legalmente, por

¹⁶⁶ Pontes de Miranda. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social* (1922). Tomo IV. RJ: Borsoi, 1972, pp. 176, 177;

¹⁶⁷ Florestan Fernandes (dir.), Edson Passetti e Paulo-Edgar A. Resende. *Proudhon. op. cit.*, p. 23;

¹⁶⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Qu'est-ce que la Propriété*. in *Oeuvres Complètes*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926, p. 327;

¹⁶⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* p. 272;

¹⁷⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 228;

¹⁷¹ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* pp. 255 e segs;

vezes, disciplinando não no sentido de punição, mas de permissão. Por isso mesmo, dentre as várias situações, todas aquelas que encontram respaldo na lei caracterizam o que ele chama de *droit d'aubaine*:

“rouba-se, assassinando na via pública, sozinho ou em grupo, por arrombamento, por desvio, por falência fraudulenta, por erro em escritura pública ou privada, pelo fabrico de moeda falsa; e rouba-se por gatunice, por escroqueria (golpe), por abuso de confiança, por jogos e loterias; rouba-se por usura (banqueiros); rouba-se por constituição de renda, por renda de terra, por aluguel; rouba-se pelo comércio (quando seu lucro ultrapassa o pagamento legítimo da sua função); rouba-se beneficiando sobre o produto e por uma sinecura tendo grandes ganhos. Enfim, o lavrador que vende ao consumidor o seu trigo a tanto e que no momento da pesagem mergulha a mãos no alqueire e desvia um punhado de grãos, rouba; o professor a quem o Estado paga as lições e que por intermédio de uma livraria as vende ao público uma segunda vez, rouba; o sinecurista que em troca da sua vaidade recebe um enorme produto, rouba; o funcionário, o trabalhador, quem quer que seja que só produzindo como 1 se faz pagar como 4, como 100, como 1000, rouba; o editor deste livro e eu, que sou o autor, roubamos fazendo-o pagar pelo dobro do que vale.”¹⁷²

¹⁷² Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. **op. cit.** pp. 227 e segs;

Esse aspecto é importantíssimo, não apenas para se compreender o porquê da crítica “*a propriedade é um roubo*”, mas principalmente para se conhecer outros dois aspectos: um deles refere-se à deterioração da propriedade, que ele chama, também, de desonra da propriedade; o outro refere-se à sua teoria da propriedade final, pois ali, a propriedade proposta tem uma função que não passa nem lembra o *droit d'aubaine*, porque é garantidora da liberdade e da igualdade.

A especulação imobiliária, especialmente no que respeita às locações que deveriam ser exceção, e acabaram sendo a regra, o latifúndio, a financeirização da economia, a venda de créditos, o anatocismo, ou seja, incidência de juros sobre juros (muito conhecida), os contratos de arrendamento das terras produtivas familiares para as grandes usinas de álcool (destrutiva do interior paulista e do nordeste) são alguns dos exemplos que Proudhon incluiu na degeneração proprietária, o *droit d'aubaine*, e, por isso mesmo, despótica.

Entre os liberais parece ter havido essa compreensão sobre Proudhon, mais do que entre os socialistas ou comunistas, sobretudo em relação ao conceito do seu *droit*

d'aubaine, conforme atesta Falchi, que reconhece haver uma incompreensão sobre Proudhon. Segundo ele (e pelo que consta, sequer leu a *Teoria da Propriedade*, mas apenas o *O Que é a Propriedade?*, pois em nenhum momento cita a obra de 1862), Proudhon não se voltou contra qualquer propriedade, mas especificamente contra aquela em função da qual os proprietários têm ganhos fáceis, enriquecimento sem causa e exploração do mercado.¹⁷³

Os exemplos são incontáveis. Mas é importante ressaltar que Proudhon não está falando do roubo simples e reconhecidamente ilícito. Ele refere-se ao direito. A propriedade é o direito no Código Civil. Ao tratar da degeneração da propriedade, acima exemplificada, ele chama de *droit* – direito. A economia política, com base nessa perspectiva burguesa, criou a lei que a protege, por isso mesmo a síntese de sua crítica, como afirmamos, não é a propriedade em si, mas o direito de propriedade, ele mesmo cria o *droit d'aubaine*!

Entre as muitas facetas do *droit d'aubaine*, encontra-se aquela de explorar o trabalhador, não apenas no

que diz respeito à mais-valia individual, mas uma pior – a mais-valia coletiva, ou a exploração das forças coletivas de trabalho que, segundo ele, nunca foram pagas e, por isso mesmo, enriquecem o proprietário, o burguês.

Dirá Proudhon, ao escrever uma Carta para M. Blanqui, em 1841, que ficou conhecida como “*Lettre à M. Blanqui sur la Propriété – Deuxième Mémoire*”, na qual afirma que para viver como proprietário é preciso roubar o trabalho de outrem, é necessário matar o trabalhador, sendo que

“a propriedade é a grande matriz das nossas misérias e dos nossos crimes; propriedade devoradora e antropófaga: esperteza, violência e usura, tal é a categoria dos meios empregados pelo proprietário para espoliar o trabalhador. Todas as causas de desigualdade social se reduzem a três: a) a apropriação gratuita das forças coletivas; b) a desigualdade das trocas; c) o direito ao lucro ou à fortuna inesperada. E como essa tripla maneira de usurpar os bens de outrem constitui, essencialmente, o domínio da propriedade, neguei a legitimidade da propriedade e proclamei a sua identidade com o roubo. Prego a emancipação aos proletários, a associação aos trabalhadores, a igualdade aos ricos; incito à revolução através de todos os meios que estão em meu poder: a

¹⁷³ Helio Falchi. *A Lei da Oferta e da Procura através dos Tempos. op. cit.*, p. 105;

*palavra, a escrita, a imprensa, as ações e os exemplos. A minha vida é um pequeno apostolado.*¹⁷⁴

Sobre o *droit d'aubaine* e sua crítica: *a propriedade é um roubo*, Proudhon continuará a esclarecer, como fez acima, e nos anos subsequentes, até mesmo na sua Teoria da Propriedade (escrita vinte e dois anos depois). Há um direito de propriedade, deteriorado e especulativo, e há uma propriedade, sendo aquele o causador da degeneração, e esta, a mola de progresso social, se – e quando, compreendida e difundida. A propriedade é um roubo, vale dizer, o direito de propriedade é um roubo, porque gera a pobreza, o desajuste, a fome e a miséria. Os trabalhadores, urbanos ou rurais, são pobres, diria, empobrecidos e levados ao estado de precariedade.¹⁷⁵

5. A PROPRIEDADE PROUDHONIANA COMO GARANTIA DA LIBERDADE

Vencido o direito de propriedade, que não se justifica, até

¹⁷⁴ P.-J. Proudhon: *Lettre à M. Blanqui sur la Propriété*, apud GURVITCH, George. *Proudhon*. Trad. de L. Jacob e J. Ramalho. Porto: Ed. 70, 1983, p. 75-76;

¹⁷⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Lettera a Abram (Orchamp-Vernon) 31.5.1848*, in *Epistolario. op. cit.*, p. 78;

porque as teorias tendem à explicação da posse, resta, para Proudhon, avançar na sua investigação, e entender, não o direito, e muito menos a lei civil, mas a propriedade em si, o fenômeno da propriedade.

O homem, como qualquer outro animal, para satisfazer as suas necessidades, ocupa um pedaço de terra e isso não o difere dos outros, mas no egoísmo, que lhe é natural, firma-se nesse pedaço de terra, e o defende pela força. Impera a força e, com ela, a ideia de força absoluta, pois que excludente de qualquer outro homem, cujas necessidades são as mesmas, embora não tenham as mesmas forças.

Por isso mesmo, conforme Proudhon, o reconhecimento da propriedade foge à compreensão e razão coletivas, porque, por princípio, ela é repugnante à coletividade.¹⁷⁶ A propriedade é expressão egoística e, nesse sentido, excludente. Ela está aí e, embora não tenha fundamento para si mesma, é elemento fundante de reinos e governos, o motivo de revoluções e contrarrevoluções, seja ela individual ou coletiva, é a base econômica de organizações capitalistas e comunistas, todas combatidas por Proudhon.

¹⁷⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. Trad. di Antonietta Klitsche de la Grange, Roma: O.E.T. Bottega dell'Antiquario, 1947, p. 12;

Odiada, e, apesar disso, é direito elementar constitutivo e expreso das Declarações de Direitos – fontes dos chamados Direitos Humanos, é regradada pelo Direito Civil e defendida pelos civilistas como o direito real por excelência, acima de todo e qualquer outro direito civil, norteador do chamado Direito das Famílias, do Direito Obrigacional e das Sucessões, e parece mesmo anteceder à sociedade, a razão geral, o consenso universal e, desde os textos mais remotos, vem sendo reconhecida por toda autoridade do céu e da terra.¹⁷⁷

É o roubo,¹⁷⁸ segundo Proudhon, que gera a cadeia e o sistema de roubos,¹⁷⁹ e o suicídio da sociedade, porém, a propriedade (e não o direito de propriedade) dá ao homem o direito de abusar (*ius abutendi*) e o direito de usar e desfrutar da forma mais absoluta (lembrado sempre por Proudhon à luz do Código de Napoleão). Para Proudhon, em sua obra *O que é a Propriedade?*, de 1840, o direito de propriedade não se sustenta pelas teorias civilistas. Não é possível justificar, especialmente, nos textos jurídicos e legais, esse instituto que não

em si um fato fundante, por isso mesmo, ele insiste na posse e na originalidade da posse.

Difícil dizer, e Proudhon está correto, que o fato fundante da propriedade é a posse, pois se fosse, não haveria posse que, não poucas vezes, se destaca em si mesma, como é o caso das locações, comodatos, enfiteuses, servidão predial, entre outros. A posse é a dimensão da ocupação, mas não o fundamento da propriedade – instituto jurídico à parte.

Weber destaca esse ponto quando, em época mais avançada, tendo sido criado o domínio (expressão jurídica da propriedade) em Roma, impunha, em primeiro lugar, a proteção da posse em detrimento da propriedade, isto é, o fato posse tinha uma dimensão jurídica mais valorativa que a propriedade.¹⁸⁰

Para Proudhon, a posse nasce com o homem, mas a propriedade é uma invenção, uma ficção, muito posterior. Portanto, a posse é, de modo indiscutível, um fato muito anterior, originalmente fundante, das relações entre pessoas. Rudolf Von Ihering está entre aqueles que consideram a posse nessa dimensão elevada, aliás, ele, que é autor da teoria objetiva da posse, não

¹⁷⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 12;

¹⁷⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Filosofia da Miséria*. Vol. II, *op. cit.* pp. 255 e segs;

¹⁷⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* pp. 227 e segs;

¹⁸⁰ Max Weber. *História Agrária Romana*. *op. cit.*, p. 80;

apenas considera a posse como fundante, mas que deveria ser colocada ao lado de outros direitos reais. E, mesmo depois de criada a propriedade, a ficção jurídica, havendo conflito entre essa e a posse, de tal modo que faça a posse se perder, mesmo assim, a existência da posse deve ser reconhecida como precedente,¹⁸¹ anterior e originária. É o que Ihering quis dizer ao falar em *propriedade defensiva*, porque, segundo ele, a posse precisa encontrar a proteção plena, tendo em vista que ela deve ser exercida na plenitude. Para ele, a posse é absoluta.¹⁸²

Na sua obra *O Que é a Propriedade?*, Proudhon sugere que o direito de propriedade deveria evoluir, ser apreendido por outro modo e, uma vez transformado, tornar-se um novo direito.

Para isso, ele continua a investigar não mais o direito de propriedade, mas a propriedade em si e, por isso mesmo, em 1862, conclui o novo trabalho, a que ele chama de *Teoria da Propriedade*. Dá ao seu trabalho a qualidade de nova teoria da propriedade. E é nesta obra que ele

muda o método de investigação, abandonando, ou superando, o estudo das teorias que justificam a origem da propriedade. Para ele, tais teorias não passam de superficialidades, inutilidades e abstrações dos juristas, porque aquela propriedade não pode ser justificada senão pelo arbítrio¹⁸³ dos civilistas, embora tenha, no nascedouro, a posse – que não é propriedade. Enfim, é o fato posse que acaba consagrado – e não a propriedade.

A justificativa da propriedade não está na origem, mas o fim, digo, finalidade. Chama-a *função da propriedade*. Há alguma natureza psicológica e social que faz da propriedade algo de absoluto. Enquanto função, esse caráter absoluto (e de abuso) da propriedade, na ordem prática, é uma utopia, uma absurdidade lógica ou uma imoralidade consagrada?¹⁸⁴ Ele responderá que não, e o que lhe pareceu anteriormente contraditório tanto no Direito Romano como na Declaração de 1789, bem como no Código Civil francês: o caráter *abusivo* e *absoluto* da propriedade, e sua inserção no rol de *direitos naturais*, passa a ter sentido, se – e apenas se, for compreendida a *função da propriedade*.

¹⁸¹ Rudolf V. Ihering (1818-1892). *El Espiritu del Derecho Romano*. B. Aires: Occidente, 1947, p. 436;

¹⁸² Rudolf Von Ihering. *El Espiritu del Derecho Romano*. *op. cit.* p. 435;

¹⁸³ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, p. 13;

¹⁸⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. pp. 15-16;

Ela deixa de ser roubo, e criadora de roubos, mas continua sendo egoística, abusiva e absoluta.

Mas a expressão utilizada por Proudhon: “*a propriedade é um roubo*”, em 1840, não carregava qualquer intenção além daquela de propor um debate sério e impactante sobre a propriedade, aliás, sobre o direito de propriedade (até porque ela não fora dirigida ao público em geral, mas apenas a membros da Academia). Ademais, a leitura do *O Que é a Propriedade?* deixa isso bem claro, e tivemos a oportunidade de apontar as passagens específicas. Outro ponto importante já destacado é o fato de Proudhon se colocar como um investigador e, ao final da sua obra, ainda deixar a porta aberta para que continue suas investigações, estudos e debates.

Poucos anos depois da publicação desta obra, em 31 de maio de 1848, em Carta dirigida a Abram (Orchamp-Vernon), Proudhon retoma a frase “*a propriedade é um roubo*”, e esclarece uma vez mais:

“Em relação à minha célebre definição “a propriedade é um roubo” trata-se de uma questão de economia especulativa, mas que não interessa em nada às atividades dos nossos

cidadãos. Quando eu digo que a propriedade é um roubo, entendo, por exemplo, que os trabalhadores rurais no geral são pobres, que não comem o suficiente de carne, não bebem o vinho, que o seu pão é pouco e ruim, que eles pagam muito caro o sal; em uma palavra: em suas mãos não há muito dinheiro. Para eles, o pagamento é pelo ano inteiro, o mesmo que em Paris é para um mês. É uma desordem para a qual me proponho levar remédio.”¹⁸⁵

Outro aspecto importante, na mudança de ângulo de investigação proudhoniana, refere-se à consideração sobre a precedência, ou não, do egoísmo em relação a propriedade. Em outras palavras, a propriedade, “esse monstro”, é mal intrinsecamente, e cria o egoísmo; ou o homem é naturalmente egoísta e encontra na propriedade o meio pelo qual seu egoísmo encontra forma e ação? Antes sua resposta foi pela natureza maléfica da propriedade. Disse ele, e já tratamos disso, *que a miséria, os crimes, as revoltas, as guerras, que tiveram por mãe a desigualdade das condições, que foi filha da propriedade, que nasceu do egoísmo.*¹⁸⁶ Agora, Proudhon dirá algo mais, que a

¹⁸⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Lettera a Abram (Orchamp-Vernon) 31.5.1848*, in *Epistolario. op. cit.*, p. 78;

¹⁸⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?. op. cit.* pp. 220-221;

propriedade nasce do egoísmo, esse sim, elemento natural no homem.

Ainda, sua investigação anterior o levou a concluir que o homem, sociável que é, aprende, desde cedo, o ambiente da autoridade. De início, a autoridade do pai, patriarca, ancião, substituído pelo rei, e assim por diante. Para ele, a questão se resolvia pela liberdade intrínseca do homem. O homem é livre, e daí toda a defesa que faz da anarquia. Mas esse homem, que é livre, não obstante é também sociável, e, assim, um aspecto fica prejudicado, a saber, o homem viverá com outro homem, podendo ser de forma autoritária, como o filho em relação ao pai, ou de forma emancipada, como ainda o filho amadurecido e associado livremente ao pai.

O homem viverá associado, e todo o debate, com ou sem mistificações e mitificações, sobre a natureza da autoridade, da liberdade, tipos de governo, passa por essa natureza sociável do homem. Sociedades primitivas eram autoritárias, e serviram de base para sociedades posteriores.¹⁸⁷ Sociedades primitivas viviam um sistema de comunismo originário que não resistiu à expansão numérica da humanidade. O que era

ocupação coletiva, regime de bens comuns, tornou-se a base para a economia política individualista.¹⁸⁸

Aí estão, portanto, dois aspectos importantes da nova investigação proudhoniana: a *natureza psicológica* associativa do homem e *natureza econômica* de suas relações. Mas esse homem que vive em sociedade é, também, egoísta, por isso mesmo impõe, de início, o exercício da força e para logo converterá a força em direito ou regramento jurídico, seja religioso ou não. Assim, há dois aspectos importantes de caráter psicológico e econômico:

a) o homem é um ser sociável e é egoísta;

b) por necessidade, o homem deve ocupar a terra, e dela tirar o seu alimento.

E, então, de onde vem o ódio e a repugnância pela propriedade, embora a posse seja admissível? Proudhon responde a essa pergunta, remontando às matrizes religiosas de vários povos, especialmente os que são monoteístas, porque há nesses grupos a ideia de que a terra pertença a Deus, que é Ele o verdadeiro proprietário da terra. Quando se encontra nas culturas mais antigas, e

¹⁸⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, p. 15;

¹⁸⁸ Léon Bloch. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. Mira-Sintra: Europa-América, 1991. p. 23;

isso é reforçado pela teologia medieval, que Deus é o proprietário da terra, por exemplo, de Canaã, e ele dá aquela terra aos seus “escolhidos”, os filhos de Israel, inclusive, dividindo-a entre as doze tribos hebraicas, a conexão popular é imediata com aqueles que se apresentam como representantes de Deus. Por exemplo, todo regime feudal tem como base essa sacralização da propriedade. Há uma Igreja que representa Deus, que legitima os senhores feudais e, por último, o rei é ungido por esta mesma Igreja, sendo ele também um representante da divindade.

É disso que nasce a repugnância à propriedade, segundo Proudhon, pois ela é de Deus, e somente ele pode dá-la, sendo que, com base nos mesmos textos bíblicos, lidos equivocadamente pelos olhos da teologia, cobiçar é um pecado. Os que desejam a propriedade passam a ser ímpios e sacrílegos.¹⁸⁹

A mistificação da propriedade e sua estreita relação com valores ou elementos religiosos ficam ainda mais evidenciadas se lembrarmos que a ideia de posse, propriedade e outras instituições chegaram via catolicismo em um misto de direito romano com cristianismo. Não apenas isso, se lembrarmos que a propriedade aponta

para o egoísmo, avareza, cobiça, enquanto a comunidade de bens, ao contrário, tem um caráter piedoso, fraternal, conforme a experiência da comunidade pré-cristã do primeiro século.¹⁹⁰ Esse encontro do cristianismo com o direito romano foi a base do sistema feudal e, dele, do sistema moderno e contemporâneo.

Proudhon lembra que o *caráter absoluto* que caracteriza a propriedade,¹⁹¹ especialmente do Código Civil francês, pois é isso que ele tem diante dos olhos, e sua inserção como *direito natural*, remete-a à autocracia, compreensível por um teólogo e pelo povo que escuta o teólogo, pois o absoluto é de natureza religiosa, e aqui fala-se de natureza religiosa católica. Mesmo a política aparece como um absoluto, embora não resista à investida filosófica, que restringirá o poder, dividindo-o em três (ou mais). Há um processo de decomposição, e Proudhon cita Descartes como iniciador desse processo.

É na investigação e relativização de tudo que encontramos a segurança do não retorno ao absolutismo, onde tudo fica e se mantém na escuridão. Eis o

¹⁸⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, p. 16;

¹⁹⁰ *Atos dos Apóstolos*, Bíblia Sagrada. *Cap.* 4: 32-35;

¹⁹¹ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 17;

papel da ciência como inibidora e questionadora do absolutismo político, religioso, cultural e científico. A propriedade, nesse contexto, é absoluta, mas o problema não está nela, e sim no direito que a regra e restringe. Em outras palavras, ao dizer que a propriedade é absoluta, o legislador a relativiza imediatamente com as restrições do Estado, e cria um plano contraditório de realidade paralela: *direito de propriedade!*

A propriedade é, e segue sendo, absoluta, mas o direito de propriedade é relativizado, e Proudhon identifica essa contradição. Primeiro, porque dispõe que o direito de propriedade é absoluto e, depois, porque será exercido conforme os regramentos legais, nos limites da lei. O absoluto não poderia sofrer qualquer tipo de restrição, e nisso ele revela a fragilidade da argumentação dos juristas que tentam explicar a palavra “absoluta” que, de qualquer modo, é clara.

A propriedade é absoluta não por conta do legislador, e sim pela sua natureza dela mesma. Proudhon demonstrará que ela não pode ser tratada como direito civil, porque não está nesse plano, mas no plano da política. Ela é o elemento fundante e justificador da política, do Estado, dos governos, das guerras, das revoluções,

das contrarrevoluções, dos impérios. Os governos a temem e, caso pudessem, a destruiriam.

Quando desvirtuada, por exemplo, transformando-se em latifúndios e, por isso mesmo, desviando-se da sua finalidade política: contrabalançar o poder do Estado, ocasiona a ruína política. Bloch lembra um texto de Plínio, também citado por Proudhon: “*latifundia perdidere Italians.*”¹⁹² Latifúndio, aliás, que Pontes de Miranda considera despótico e motivo do agravamento da desigualdade entre pessoas.¹⁹³

Segundo Proudhon, o que aparece no direito romano (*ius abutendi*) e no direito francês (*direito absoluto*) é uma espécie de revelação excludente, considerando que todos os não proprietários são excluídos, por conta do direito de propriedade, e passam a odiar a propriedade.¹⁹⁴ Além disso, criam contradições duplas, já que o direito de propriedade é absoluto, regrado pelo Estado, que é, então, absoluto. Em outras palavras, o Estado, que tem seu poder separado em três, que deve ser controlado, que deve ter

¹⁹² Léon Bloch. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. *op. cit.* p. 131: (os latifúndios fizeram a ruína da Itália);

¹⁹³ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Propriedade*. *op. cit.* pp. 35 e 36;

¹⁹⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 18;

limitações, impõe um controle, um regramento, uma limitação para a propriedade, pois é ela, e não qualquer outro elemento, que pode desfazê-lo. Os absolutos da propriedade e do Estado são incompatíveis.¹⁹⁵

Ao contrário do que parece ser, pelo direito de propriedade, ou seja, regramento, limitação e controle impostos pelo Estado, é a propriedade, na verdade, que limita, regra, muda, constitui, derruba, convulsiona, rebelar-se, nomeia, unge, cria, escreve e muda Constituições. A propriedade, de natureza política, desde sempre, impõe a sua vontade, sendo essa vontade, e não a do Estado, a soberana. E aqui estamos falando sempre da propriedade privada, já que, excetuando as experiências utópicas ou reais, não é possível falar em propriedade pública (outra vez, não estou me referindo a direito, mas à propriedade, que é sempre privada). Para Proudhon, o comunismo estava fadado ao insucesso, embora em sua época era uma ideia, porque misturava dois conceitos antagônicos: Estado e Propriedade, que devem ficar em polos distintos.

No pensamento proudhoniano, pode-se dizer, então, que a propriedade privada fundou e aumentou, por

exemplo, o Império romano, e não o contrário. Mas se pensarmos em outros povos, como os hebreus, os fenícios, os egípcios, e tantos outros, tudo indica que a teoria de Proudhon acerta. Weber indica uma mesma direção e compreensão, ao dizer que

“e a propriedade imobiliária privada, que levava às últimas consequências os elementos individualistas da livre disposição do proprietário e da mais absoluta mobilidade, conduzem-nos ao seguinte problema: a que concepção econômica correspondia, no âmbito do direito agrário, essa ideia de propriedade que ainda hoje domina nosso pensamento jurídico, admirada por alguns por seu rigor lógico e combatida por outros como raiz de todos os males no campo de nosso direito agrário? É sabido que, ao menos em parte, esse território era colonizado e que dita colonização foi um meio efficacíssimo de consolidação da dominação romana e, ao mesmo tempo, a única medida político-social de longo alcance com que o Estado romano conseguiu atenuar os fortes desequilíbrios que afetavam seu corpo social, ao contrário de outras medidas, como a distribuição de trigo ou o perdão das dívidas que, em compensação, resultaram negativas”¹⁹⁶

Para Proudhon, por este ângulo de investigação, a propriedade é

¹⁹⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 19;

¹⁹⁶ Max Weber. *História Agrária Romana*. *op. cit.*, pp. 6, 7;

absoluta pela sua natureza, e absoluta nas suas tendências, e sendo anterior à comunidade, à família, aos Estados, nada deve impedir, limitar, restringir, sujeitar, sob qualquer condição, a ação e o uso do proprietário, porque de outro modo não haverá propriedade, e isso está claro no direito romano: *ius utendi et ius abutendi* (direito de usar e de abusar). Esse absoluto da propriedade é o direito, não a lei, e aqui há nova contradição, pois a lei, neste caso, não espelha o fato propriedade. A lei regra e limita o que o direito criou como ilimitado e absoluto. A lei é a expressão de tentativa, via oblíqua, do Estado em controlar a propriedade e, no seu controle, o único opositor à altura de seu poder. A lei é o Estado, não o direito, não a propriedade, porque a propriedade não apenas é superior ao direito de propriedade, mas ultrapassa-o.¹⁹⁷ Poderíamos dizer de outro modo: a propriedade regra e modifica o Estado quando quer, não o contrário.¹⁹⁸

Dirá, ainda, Proudhon que a propriedade é um fato universal, irresistível, irrefreável. Ainda que pareça morrer aqui e ali, após esta ou aquela revolução, ela ressurge, como a fênix. Por quê? Porque ela é a garantia

da liberdade. Proudhon chega a isso: ela é o roubo e a miséria, da forma como está, mas ela, na sua substância, é expressão de liberdade e garantia de liberdade. O roubo e a miséria são frutos de uma anarquia que ele apontou como capitalista ou, ainda, desordem, porque as forças não estão equilibradas. É o contrapeso para o poder do Estado e, por isso mesmo, a propriedade encarna a Justiça, porque limita aquele poder estatal que, de outro modo, seria ilimitado. Os exemplos históricos são os mais numerosos.¹⁹⁹

O conceito que Proudhon vem desenvolvendo desde suas primeiras obras não é unidimensional, mas o das pluridimensionalidades, das pluralidades, das diversidades. A realidade para Proudhon é a pluralidade, com forças digladiando ininterruptamente, que devem ser compreendidas racionalmente. Tais forças são a razão de ser do homem, da sociedade e do universo e, no equilíbrio, convivendo ou coexistindo, elas se mantêm, porque se manter é seu destino. Daí o horror que Proudhon tinha por discursos fechados, messiânicos, unitários, religiosos ou políticos.

¹⁹⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, p. 42;

¹⁹⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 19;

¹⁹⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 20;

A ideia de uniformidade, de adestramento, de doutrinação, era considerada por ele de caráter utópico ou de perversão. O homem é criativamente livre, e esta liberdade é a meta, não uma liberdade que termine onde começa a do outro, mas que conviva com a liberdade de outrem, formando um universo de liberdades, diversidade, pluralidades. Portanto, essa dimensão exige o conhecimento e a investigação, a um só tempo, racional e livre. Ser racional é ser livre para investigar. No início de seu livro “*O Que é a Propriedade?*” diz ele que sente satisfação em inverter a ordem de seu próprio livro,²⁰⁰ além de investigar e questionar com toda a liberdade.

Pois bem, a partir desse pressuposto, básico no pensamento proudhoniano: multiplicidade de forças, o que se busca é o equilíbrio. Por exemplo, o equilíbrio entre os princípios da liberdade e da autoridade, o equilíbrio da anarquia com a ordem, em uma dialética em que os termos não se excluam, mas coexistam. Eis o porquê de Proudhon afirmar que a autoridade, que nasce do seio da família, encontra força na tribo e se torna a autoridade política do Estado. Proudhon é racional e ao pensar (pensare, balança) ele sabe

que precisa sempre de dois pratos na balança.

Quando ataca o comunismo, não o faz por vaidade, mas por compreender que os sistemas efetivados ou possivelmente efetivados no comunismo,²⁰¹ ao tornarem a propriedade estatal, o estatismo, na verdade cometem o erro do cavalo de Troia, porque a propriedade, que não pode ser destruída, e tampouco se harmoniza com o Estado.

Ao trocar o indivíduo pelo coletivo, o comunismo comete outro erro, no pensamento proudhoniano, e estará fadado ao insucesso porque o elemento “egoísmo” é da natureza humana, e força alguma pode abatê-lo. Proudhon não conheceu sistemas comunistas reais, apenas os chamados utópicos, antecipando vários fatos do século XX.

Propriedade, indestrutível e absoluta, opõe-se ao Estado, indestrutível e absoluto. Esta oposição, que gera, no pensamento de Proudhon, o equilíbrio, é a clareza da razão. Não há, exceto por utopias, quem tenha destruído o Estado e a Propriedade. Por isso, ao abandonar a justificativa de origem da propriedade, trabalho inglório de civilistas e suas

²⁰⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *O Que é a Propriedade?*. *op. cit.* p. 11;

²⁰¹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, pp. 22-29;

inconclusivas explicações (que ele considera ridículas)²⁰², ele aponta para o fim, para a função da Propriedade: opor-se e propiciar o equilíbrio com o Estado. O Estado, pela sua natureza, pelo exercício de autoridade, será sempre contra a liberdade. A Propriedade tem por função a garantia da liberdade. Sem o Estado, a Propriedade degeneraria em abusos incontroláveis, expondo ao máximo o egoísmo – inato a qualquer pessoa, impondo a anarquia capitalista.

Das formas de possuir a terra: a comunidade, o feudalismo e a propriedade privada, a única que expressa integralmente a alma humana, e seu egoísmo, é a propriedade privada. Mas não apenas isso, pois tanto na comunidade quanto no feudalismo, a propriedade está controlada pelo coletivo, e Estado, ou pelas forças feudais, entre elas a do senhor feudal e do clero, ambas vivendo, no pensamento de Proudhon, como parasitas.²⁰³

A Revolução de 1789, ao abolir o sistema feudal, elevou a propriedade como direito natural, fez renascer os pressupostos do direito romano e propiciou o Código Civil francês, em

todos os casos, inaugurando a contradição, como dito acima: a propriedade é direito de abusar e absoluto, mas nos limites do regramento legal. A isso Proudhon chama oposição entre dois absolutos.

Assim, Proudhon apresenta a sua nova teoria da propriedade, com base na sua função, no seu fim.²⁰⁴ A partir de um jogo dialético que opõe a autoridade estatal ao egoísmo privado ou, em outras palavras, a propriedade. A síntese, para ele, é a liberdade, aliás, a garantia de liberdade.

E exatamente por ser *absoluta* e *abusiva* não pode se confundir com a posse.²⁰⁵ Sem estas duas fundamentais características ela deixa de ser propriedade, torna-se posse e não cumpre seu papel de equilíbrio. A liberdade, enquanto possível síntese, fica prejudicada também. Restam as violências intestinas sociais e o autoritarismo estatal. Para se chegar à liberdade, para Proudhon, os demônios temíveis da propriedade devem ser soltos, porque o equilíbrio estará exatamente no caráter absoluto e abusivo.

Não é um pensamento fácil, segundo Proudhon, mas realista: temos que conviver com a revolta, egoísmo e

²⁰² Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 41;

²⁰³ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, pp. 22-27;

²⁰⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 78;

²⁰⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 76;

arbitrio. São elementos indestrutíveis, e outra vez, é o equilíbrio de forças que dá a solução. A esse equilíbrio, isto é, o sucesso desse equilíbrio, ele chama Justiça. Porque a propriedade segue sendo o que é, abusiva: abusos políticos, abusos econômicos, abusos morais, e pouco importa qual seja o tipo de governo, pois, segundo Proudhon, qualquer que seja o governo, é ela quem reina, comanda, ordena, restando ao governo ser um instrumento de sua produção. Ou ela reina, e se impõe, ou tudo acaba em força, violência e desordem.

Abusiva, quanto mais avança tanto mais enfraquece as forças de governo, criando espaços para a sua exploração, no próprio interesse, em *anarquia proprietária*. Não há na propriedade qualquer compromisso com a população em geral despida de propriedade. O egoísmo é o único ponto de vista da propriedade, é o seu abuso político. Ainda, do ponto de vista político, a propriedade, segundo Proudhon, criou a liberdade, depois a anarquia e, finalmente, a decadência em Atenas, e criou os proletários, *proletarii*,²⁰⁶ a classe pela qual se criava a mão de obra trabalhadora romana.²⁰⁷

²⁰⁶ Proletário, de *proletarii*, de *proles*, que significa descendência, filhos que não tinham direito algum e eram destinados ao

Esse caráter abusivo no político, no direito e na institucionalização dos seus interesses, por isso mesmo, conforme Proudhon, fez com que todo o regime, toda a utopia, toda a igreja desprezassem a propriedade, e todas as leis, sistemas comunistas, e dogmas religiosos, regramentos, agrários ou não, foram destinados à propriedade, tinham como meta o seu controle.²⁰⁸ O objetivo sempre foi restringir, domar e limitar a propriedade, e, apesar disso, ela mantém-se, revolucionária ou contrarrevolucionária, atravessando os séculos e milênios, sem jamais deixar seu espaço de caráter político, como o exemplo trazido por Bloch, em relação ao senado romano, constituído por grandes latifundiários, mesmo quando defendendo a democracia, não era realmente uma democracia, mas uma reserva dos proprietários.²⁰⁹

Weber, em sua tese de 1891, anota que as grandes lutas romanas, com aparente base na política, nunca foram senão pelo solo, porque o poder político tinha sido constituído e dado diretamente pela propriedade, pela

trabalho, distinto do irmão, que se chamava *assiduus*, único a herdar. Apenas um filho herdava, enquanto os outros eram destinados ao trabalho: os proletários.

²⁰⁷ Léon Bloch. *Lutas Sociais na Roma Antiga. op. cit.* p. 43;

²⁰⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà). op. cit.*, p. 82;

²⁰⁹ Léon Bloch. *Idem.* p. 202;

riqueza, em um encontro político da riqueza. Aliás, diz ainda que jamais se viu, como entre os romanos, de forma direta, o poder político ser entregue pelos proprietários, estando nisso a explicação da dominação romana.

Ademais, diante de tanto envolvimento entre o político e a propriedade, naturalmente surgem as revoltas, os levantes, como resultado dos abusos proprietários. A solução encontrada para atenuar os desequilíbrios que afetavam seu corpo social foi a *distribuição de trigo* ou *perdão de dívidas*.²¹⁰ O objetivo claro não era o de resolver diferenças sociais, mas estabelecer determinados anestesiadores sociais.

Nessa força incontrolável da propriedade, de caráter irresistível, Proudhon encontra a sua *função*, isto é, servir de contrapeso ao poder estatal, pois se de um lado ela é abusiva, do outro, a instituição do Estado tende à concentração do poder. Não se trata de controlar a propriedade em regimes comunistas, pois não conseguem, tendo em vista serem opostos. Por isso mesmo, Proudhon chamava a todos os projetos comunistas de utópicos, e mesmo na esfera religiosa, ele demonstrou o quanto o mundo medieval

²¹⁰ Max Weber. *História Agrária Romana*. *op. cit.*, pp. 6 e segs.;

foi uma espécie de monstrificação da propriedade, em constante conflito, cujo limite foi a Revolução de 1789.²¹¹

As forças estão postas; de um lado, a política e sua concentração; do outro, a propriedade, igualmente com tendências de concentração. Naquele caso, pode haver uma ditadura, tirania; neste, latifúndio, e, em ambos os casos, desajuste social, violência intestina, revoltas e sangue. Por isso mesmo, uma deve servir de equilíbrio à outra, a fim de se garantir a *liberdade individual*. Resta certo, para Proudhon, que a liberdade individual é alcançada apenas com a manutenção da propriedade.

Mas não apenas a propriedade, e, sim, seu caráter absoluto, conforme o Código Civil francês, não porque tenha algum apreço pela propriedade que, de resto, segue sendo odiada por ele, mas porque o Estado tem o seu caráter absoluto. Proudhon é, em qualquer sentido, antigoverno e antiestatista, por isso mesmo vê na contraposição entre o absolutismo do Estado e o absolutismo da Propriedade, o meio onde se encontra a vitória da liberdade, do trabalho e da justiça.²¹²

O conceito de justiça proudhoniana é o equilíbrio de forças

²¹¹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, pp. 84 e segs.;

²¹² Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 89;

reais e, após 1789, ao se criar a chamada propriedade moderna, colocando-a entre os direitos naturais do homem e, além disso, dando-lhe o caráter de direito absoluto, aparentemente contra o direito, mas realmente a favor de um direito mais elevado, cujo fundamento é a justiça.²¹³

Weber, que escreveu algumas poucas décadas depois de Proudhon, chegará à mesma conclusão quanto ao embate das forças, a que ele chama de luta pelo poder. Segundo ele, tanto a luta quanto a responsabilidade pela luta é elemento vital, tanto do político quanto do empresário.²¹⁴ Com Proudhon, os termos são Estado e Proprietário. E, em ambos os casos, é uma luta de equilíbrio.

Não se trata de um direito relacional, ou de um dispositivo abstrato, uma ficção jurídico-intelectual, mas de um meio real, de expansão para forças livres. Ao ser inserida no texto da Declaração de 1789, mostrou, ao contrário do que se pode imaginar, o triunfo da liberdade. Desde então, liberta das instituições medievais, do

²¹³ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 91;

²¹⁴ Max Weber. *Economia y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*. 2ª ed. Trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. Dir. de Johannes Winckelmann e Notas de José Medina Echavarría. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 1076;

antigo sistema, a propriedade tornou-se irreverente diante dos monarcas, readquirindo a sua força original, intrínseca, essencial, descentralizadora e anárquica.

A propriedade privada é o instrumento da liberdade. Mas Proudhon não trata aqui da anarquia capitalista, pois aí ele enxerga a degeneração da propriedade ou o quanto que foi desonrada, e, por isso mesmo, a condena veementemente, aliás, chama-a de *falsa anarquia*, pois ao contrário do que se quer, ela desorganiza a sociedade, assim como a concentração de autoridade em uma instituição como o Estado. Concentração que pode expressar-se na criação de instituições em todas as áreas, sempre como expressão do poder político, mas que realmente é o que Weber chamará, depois, de burocratização do Estado, aliás, segundo ele, que pode colocar em risco a liberdade individual conquistada com os direitos do homem de 1789.²¹⁵ Além disso, essa expressão institucionalizada, a burocracia, feita da concentração de poder, é incapaz de realizar as políticas estatais, a organização pública e, menos ainda, a

²¹⁵ Max Weber. *Economia y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*. *op. cit.*, p. 1074;

economia privada, porque é defeituosa no seu dirigismo.²¹⁶

É isso que Proudhon está vendo, no final de 1862. A luta contra os direitos individuais e, ainda, contra a propriedade, não é justiça, podendo apenas ser lei. Daí sua conclusão pela libertação da propriedade como única força a combater, e equilibrar, as forças estatais. Em ambos os casos, há duas naturezas humanas intrínsecas: a sociabilidade e o egoísmo, e no mundo da diversidade proudhoniana, cada qual deve permanecer em equilíbrio permanente. A sociabilidade conduz à família, à tribo, ao Estado, enquanto o egoísmo, à independência, à criatividade, à Propriedade. A liberdade passa, portanto, antes de mais nada, pela compreensão das forças existentes em perene luta. Depois, pela certeza do equilíbrio, a justiça, e finalmente, a liberdade, como resultado dialético. A tensão dialética é constante.

O Estado é absoluto e a Propriedade deve ser absoluta; o Estado é despótico e a Propriedade é antidespótica; o Estado é unitário e a Propriedade antiunitária, por isso mesmo, onde se encontra a tirania estatal, faz-se o direito (que não se confunde com lei); onde se encontra a

²¹⁶ Max Weber. *Idem.* p. 1075;

hierarquia, apresenta-se a anarquia como força libertadora.²¹⁷

Para Proudhon, não é no assistencialismo ou prática de caridade, que escondem, não poucas vezes, o autoritarismo do Estado, porque, segundo ele, por toda a história a tentativa de equilíbrio social pela prática de adulações e caridade²¹⁸ fez criar não mais que a servidão e a miséria. A adulação e a caridade não são práticas de libertação, mas de anulação. Weber relatou os primórdios romanos, no mesmo sentido, quando tratou da distribuição de trigo como forma de atenuar os conflitos sociais.²¹⁹

A fim de manter o processo de libertação propiciado pela Propriedade e, além disso, manter seu caráter descentralizador, é necessário impedir o latifúndio, degeneração da propriedade, odioso em si mesmo. O latifúndio afasta o agricultor do campo e o prende nas cidades, com suas doenças e, ao final, sem nada.²²⁰ Proudhon tem isso claro, não apenas porque o latifúndio rompe o princípio da descentralização da propriedade, e assim perde sua força de oposição, mas, principalmente, porque

²¹⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, p. 93;

²¹⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* p. 90;

²¹⁹ Max Weber. *História Agrária Romana*. *op. cit.*, p. 7;

²²⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem.* p. 93;

deixa de cumprir sua função. Weber faz registro negativo dos latifúndios romanos que, assim como assinalara Proudhon, fez os proprietários romanos perderem suas forças e o senso de honra, a honra de pertencer à categoria de proprietários fundiários, diante do crescente latifúndio.²²¹

Segundo Weber, os filhos dos pequenos proprietários de terras foram ficando sem a propriedade, em face dos latifúndios, e caindo numa espécie de indigência urbana,²²² como aquelas que se verificam hoje, por exemplo, na expansão dos plantios de cana nas usinas paulistas e nordestinas. O processo de “*latifundiarização*” do solo tanto paulista quanto nordestino para a produção de cana (etanol) não se dá, como no tempo romano ou à época de Proudhon, com a aquisição de terras, mas pelo processo de arrendamento que, também para Proudhon, era um tipo de degeneração da propriedade. Arrendadas as terras, as famílias se dirigem para a área urbana e ali se perdem, como também o que tinham como função enquanto proprietários. Proudhon relata como os romanos vendiam suas terras e se dirigiam à Roma, gastando seu dinheiro e

perdendo-se completamente,²²³ por isso mesmo, contra o arrendamento, sua teoria estabelece que o proprietário deve estar ligado à terra.

Bloch relata que algumas das leis agrárias romanas tentaram, embora ineficazmente, pôr freios na avidez dos latifúndios, pois estes prejudicavam a liberdade pessoal dos proprietários. Segundo ele, no momento em que as leis foram promulgadas, já estavam esvaziadas de eficácia, sendo impossível salvar o Estado camponês itálico e, pior, o empobrecimento do pequeno proprietário camponês.²²⁴

Ao tratar do tema, Proudhon não apenas retorna no tempo para justificar seu posicionamento contra o latifúndio pelo que é, mas porque acaba por destruir o equilíbrio necessário. Para manter-se no latifúndio, o latifundiário corrompe-se diante do Estado, passando a fazer com ele um tipo de parceria monstruosa.²²⁵ Essa parceria corrupta leva a uma perda do equilíbrio e, por consequência, a uma tensão social. A liberdade fica comprometida.

Ao contrário do que parece, Proudhon não está exaltando a

²²¹ Max Weber. *Idem.* p. 107;

²²² Max Weber. *Ibidem.* p. 107;

²²³ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.*, pp. 103-107;

²²⁴ Léon Bloch. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. *op. cit.* p. 168;

²²⁵ O caso da Bancada Ruralista pode ser um bom exemplo contemporâneo.

propriedade, ou deixando sua percepção do que ela seja. O que ele tem em mente, com base na racionalidade anarquista (e devemos lembrar que ele se coloca contra utopias!), é a função libertária da propriedade. Ele está indicando uma nova função da propriedade e, sobretudo, provocando um novo estudo, que supere todos os outros, ou seja, que não se percam energias na tentativa de se procurar a origem da propriedade, pois tudo o que se encontrou foi apenas a origem da posse. Se não há origem, todavia pode haver uma função da propriedade.²²⁶

Mas Proudhon estava muito longe de uma visão liberal. Ele continuou anarquista, sempre anticomunista (não pelas propostas que ele considera boas, mas pela concentração de poder e pelo estatismo). A função da propriedade, que ele julga ser a chave da liberdade, e não apenas da liberdade, mas dos processos libertários, e o caráter abusivo e absoluto da propriedade não se confundem com a *falsa anarquia*,²²⁷ ou seja, a *anarquia capitalista*, condenada por ele. Proudhon propõe outra coisa, a saber, que **todos devem ser titulares de propriedade**. Possivelmente, ele está

pensando em propriedades ou glebas rurais nas quais se possa produzir com base na família. Mas ele não pensa apenas em terras para o cultivo agrícola, mas em indústrias, serviços e comércio.

Para ele, é inútil dizer que os homens são livres sem propriedade,²²⁸ como é inútil dizer no direito algo abstrato sobre o direito da propriedade se a propriedade não é uma realidade política e econômica. O direito posto, para ele, expressão apenas do que é legal, não do que é justo, pode ser enganoso quando trata da propriedade no texto, sobretudo do Código Civil, sem que corresponda ao fato. Após 1789, o mundo vive a *civilização da propriedade*, não podendo retroceder de modo algum, mas, ao mesmo tempo, não pode estacionar sem que isso seja uma realidade. *A propriedade é a liberdade, e essa é a lei – não o dispositivo legal*. Não é sinônimo de liberdade poder estar, ou não, em comícios, assembleias populares, protestos e manifestações, mas na garantia plena, absoluta e irrestrita da propriedade.²²⁹

Além disso, na medida em que todos sejam proprietários, e lembremos que Proudhon não está falando do

²²⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 102;

²²⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Del Principio Federativo*. Trad. di Paolo Bonacchi. Milano: Global, 2005, pp. 132 e 133;

²²⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *La Proprietà (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 107-108;

²²⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 112;

direito de propriedade, mas da propriedade essencialmente política e econômica, além de cumprir a função de oposição ao absolutismo estatal, cada proprietário tem uma pequena parte do domínio nacional, é parte do universo nacional e, aí também, a consciência de grandeza da propriedade se faz presente.

Além de impedir o latifúndio, a fim de não se permitir a perda da função histórica da propriedade, ou seja, fazer frente e equilíbrio ao poder estatal, a propriedade, absoluta, fará equilíbrio com outra propriedade. São operações da diversidade a que o pensamento proudhoniano está vinculado, diversidades que divergem, mas não se anulam: propriedade frente ao político e propriedade frente a outra propriedade: concorrência²³⁰, ou uma espécie de *eu-tu buberiano*.²³¹ Mas Proudhon não nega o egoísmo, nem pretende que sua teoria seja um luta contra o egoísmo e nem contra o Estado, mas em face do Estado. A questão é racional, não utópica, quando trata dos pesos e medidas de equilíbrio, porque ele parte de um dado histórico da natureza do homem e do poder político.

Ao propor a oposição em face do Estado, dando à propriedade uma

²³⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 125;

²³¹ Martin Buber. *Eu e Tu*. Trad. de N. A. Von Zuben. SP: Unicamp/Cortez, 1979;

função (que não é a função social a ele atribuída equivocadamente por Varela e Ludwig),²³² uma finalidade, a fim de superar aquele mencionado *droit d'aubaine*, pretende que a propriedade seja retirada da sua desonra, colocada em seu posto de equilíbrio e, portanto, justiça, isto é, expressão da liberdade e, ao mesmo tempo, consiga pôr fim à doutrinação, religiosa ou política (de caráter unidimensional), bem como extinga o proletariado, que ele considera *duas pragas*.²³³ Não, Proudhon não está sugerindo o extermínio do proletário (e aqui, ele não confunde proletário com trabalhador), mas sua emancipação da condição de proletário, no sentido de prole, filho sem herança e sem direito, criado para ser mão de obra e para o lucro dos burgueses.

O proletariado foi criado para estabelecer o privilégio de proprietários aristocráticos e, segundo Proudhon, o privilégio não pode ser característica da propriedade,²³⁴ ainda que ela se mantenha abusiva (*ius abutendi*). O pensamento de Proudhon é de uma elegância e discernimento completos,

²³² Laura B. Varela e Marcos C. Ludwig. “Da Propriedade às Propriedades: Função Social e Reconstrução de um Direito”, in Judith Martins-Costa (org.). *A Rec. do Direito Privado*. SP: RT, 2002, pp. 763 e segs.;

²³³ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 138;

²³⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 143;

pois quando ele trata do privilégio, fruto dos sistemas feudais e religiosos, está apontando para um fato contra o qual não se pode lutar. Não se luta contra privilégios. Mas, mantido o *ius abutendi*, o direito de abusar, natureza da propriedade, ele revela algo: toda propriedade é abusiva, e isso estabelece uma igualdade de condições, por isso mesmo um *ius abutendi* pode equilibrar outro *ius abutendi*, mas não o privilégio. A concorrência proprietária é bem-vinda para Proudhon, sendo, para ele, uma espécie de equilíbrio de egoísmos e de invejas.²³⁵

Proudhon propõe o conhecimento da propriedade porque não porque seja apenas o dispositivo legal, mas uma lei universal, assim como outras leis universais: arte, trabalho e amor. Ele não pensa a propriedade no nível dogmático do Direito, sobretudo o Código Civil, que ele considera apenas um instrumento estatal de regramento e controle (controle que não deve ser exercido sobre a propriedade). Enfim, as leis universais do Amor, Trabalho, Arte e Propriedade não deveriam sofrer qualquer limitação ou regramento – são leis absolutas!

²³⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 143;

Mas, pode haver degeneração de tais leis na prática? Sim. E do mesmo modo como ele pensa o latifúndio, ou seja, degeneração da propriedade, há determinados hábitos do amor, arte ou trabalho que podem degenerar e perder, cada qual, sua função libertadora.

Uma parte da possibilidade de decadência se resolve com um mínimo de regramento e legislação em harmonia com as finalidades das leis universais, mas não com códigos inteiros (que devem ser eliminados, posto que servem como controladores completos da vida privada). A outra parte se resolve com uma profunda, plena e libertária educação pública, a fim de nela não apenas se aprender sobre a liberdade, mas se igualarem as capacidades,²³⁶ tendo em vista que, para Proudhon, a educação não pode ter apenas um caráter mecânico e, muito menos, desenvolver-se com falsos conceitos, mas assumir-se como uma espécie de alavanca, proporcionando à pessoa a amplitude do desenvolvimento de suas capacidades singulares e o alcance da dimensão e valores da liberdade.

Considerações Finais: Síntese da teoria proudhoniana: nem roubo nem miséria, mas igualdade e liberdade

²³⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *La Proprietà (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* pp., 109-126;

Muitos estudiosos consideraram Proudhon muito contraditório, em especial se se considerarem suas obras que tratam da propriedade. Outros o consideraram apenas um demolidor, alvo constante, como ele mesmo lembra em sua obra, tanto dos grupos da direita quanto da esquerda,²³⁷ porque sua crítica à propriedade individual não levava de modo algum à aceitação da propriedade estatal, por isso mesmo o ataque constante.

Proudhon manterá, apesar disso, a crítica a esses aspectos da propriedade nos seus textos até o fim. Por isso mesmo, vieram dos conservadores, dos progressistas e revolucionários como se ele fosse um *outsider*,²³⁸ como consideram Resende e Passetti – e não precisamos lembrar, uma vez mais, as críticas de Marx, de Blanc e outros.

A propriedade é um roubo? Sim, naquelas condições de especulação burguesa ou de privilégios. Dela resulta o conjunto de fatos a que ele chamou de *droit d'aubaine*. Aquela propriedade, ou aquela concepção burguesa de propriedade, cuja marca é o dispositivo no Código Civil francês, sobre o qual, afirma ele, civilistas se debruçaram tentando justificar juridicamente, e em

quaisquer teorias foram superficiais ou mascararam outro fato jurídico – posse. A propriedade continuará sendo, para Proudhon, o que não pode ser justificado. Mas, ao criticar a propriedade burguesa, nem por isso considerou que as primeiras utopias socialistas, ou as propostas comunistas de Louis Blanc, de 1848, satisfizessem racionalmente as grandes dúvidas ou encontrassem algum equilíbrio. No caso comunista, a propriedade continuava, trocado o titular, de individual para coletiva.²³⁹

Se, de um lado, a propriedade burguesa não se importava com o social, de outro, a propriedade comunista não se importa com o individual. Social, o homem social, e individual, o homem considerado em si, um Eu, são realidades que não podem ser atropeladas, são forças que se opõem, é verdade, mas não no sentido de se anularem. Por isso, Proudhon seguiu investigando para chegar ao ponto de equilíbrio.

Ao continuar sua pesquisa, mantendo a crítica, Proudhon mudou o método, como ele atesta em sua *Teoria da Propriedade*. Resta claro que a propriedade, não podendo ser justificada pela sua origem, quaisquer

²³⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 154;

²³⁸ Florestan Fernandes (dir.), Edson Passetti e Paulo-Edgar A. Resende. *Proudhon*. SP: Ática, 1986, p. 8;

²³⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 153;

que fossem as teorias: ocupação, trabalho, direito civil, entre outras, e sendo ela uma realidade, ele investiga seu fim, sua finalidade, a fim de se chegar ao conceito de *função da propriedade*. Ele não buscava alguma teoria que justificasse a sua contundente frase: *a propriedade é um roubo!* Em outras palavras, ele não queria ter razão por ter dito algo em 1840, mas queria compreender, de modo vertical, a propriedade, por meio de uma teoria que não fosse hostil à mesma, ao ponto de encontrar uma chave de compreensão e, quem sabe, encontrando-a, propor uma reforma.²⁴⁰

Proudhon havia sido elogiado por Marx, mas, depois, criticado. Aliás, não apenas criticado, mas marcado duradouramente com a sentença fatal: *pequeno-burguês*. Ao fazer essa afirmação, Marx tinha sob mira a obra *Filosofia da Miséria*. Os burgueses pensaram de modo bem diverso, e não encontraram em Proudhon um seu representante. O que se sabe, e Proudhon deixou isso claro a Marx, bem como em suas obras que tratam da propriedade, é que ele era anticomunista. Mas ser anticomunista não leva alguém a ser burguês – é uma

dualidade irreal. Proudhon não era comunista e nem burguês.

Se feita uma leitura rápida da obra *Teoria da Propriedade*, sem a devida atenção, poder-se-ia concluir que Proudhon era pequeno-burguês, um liberal e, finalmente, um representante da propriedade. Mas a leitura atenta não nos permite essa conclusão. Fosse um liberal, consideraria normal o *laissez-faire*, isto é, a anarquia capitalista, que ele sempre condenou. Proudhon mantém-se crítico do que ele chama “*desonra da propriedade*” promovida pela burguesia, porque ela levou a propriedade ao sistema pleno de corrupção, transformando-a em especulação simples e pura.²⁴¹

A burguesia impediu que a propriedade cumprisse seu papel, sua função e finalidade: estabelecer uma sociedade livre. Por isso, sua crítica ao desvirtuamento da propriedade mantém-se viva, seja em 1840, seja em 1862. Contrário ao comunismo e muito diverso do liberalismo, Proudhon propõe a compreensão da propriedade em toda a sua dimensão, para que ela não seja do Estado, nem de um grupo específico, mas de todos.²⁴²

²⁴⁰ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 163;

²⁴¹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 185;

²⁴² Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 184;

A propriedade burguesa, exclusivista e sem finalidade, exceto a especulação, encontrou seu repouso no direito civil, no Código Civil, e como direito, ficou ainda mais distante de sua natureza e finalidade. Há uma diferença entre a propriedade e o direito de propriedade.

Proudhon mantém a crítica ao direito de propriedade, mas continua investigando o direito maior (ou o que ele chamou de lei que rege o universo) acerca da propriedade em si, e em sua função dupla: opor-se ao Estado e, com isso, garantir a liberdade de todos. A propriedade não é objeto do direito, no pensamento proudhoniano, mas da economia e da política.²⁴³ Na justificativa da origem e no dispositivo civil, a propriedade é antissocial, viciosa. Ali ela perde sua capacidade de ser o suporte e a mola sociais. No Código, a propriedade é generalizada, não real ou efetiva.

Na primeira obra, *O Que é a Propriedade?*, ele sugere a posse, em vez da propriedade, pois ela é o que melhor apresenta a realidade do *ius utendi*, do direito de usar, o que tem de mais visível e histórico. Ademais, as teorias da propriedade, embora não pudessem justificar a propriedade, não

obstante, justificam a posse. Não é algo abstrato, mas real historicamente.²⁴⁴

Conforme Proudhon esclarece em 1862, na sua *Teoria da Propriedade*, as contradições, as antinomias, estavam presentes e continuariam. A posse, de modo transitório, cumpria, ainda que não plenamente, certo papel de equilíbrio. Mas faltava à posse o que o poder político estatal tem: autoridade absoluta. Por isso o equilíbrio é precário, pois uma antinomia só pode ser equilibrada por outra antinomia respectiva. Os contrários devem se equilibrar.

Nesse sentido, a transitoriedade da posse demonstrou, para logo, que era necessário retomar a compreensão de outro instituto que pudesse ter, assim como o Estado, o mesmo peso e caráter absoluto: propriedade. No pensamento proudhoniano, a propriedade tem essa função: equilíbrio e, uma vez verificado o equilíbrio, a síntese é a liberdade individual e o progresso social. Sendo a propriedade não um dispositivo legal, mas um agente econômico, põe-se no sistema social como descentralizada, federativa, igualitária, progressista e, acrescenta Proudhon, amante da justiça.²⁴⁵

²⁴³ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 157;

²⁴⁴ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem*. p. 154;

²⁴⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem*. p. 157;

Mas estas características, que Proudhon chama de atributos, se encontram realmente na propriedade? Não, se considerarmos a propriedade burguesa e, tampouco, a propriedade comunista. Para que tais atributos apareçam, exponham-se e juntos tenham uma finalidade, um maior número de pessoas, cidadãos, deve ter acesso à propriedade. É nisso que Proudhon encontra fundamento para sua teoria, pois de outro modo, estaria apenas defendendo a propriedade que ele atacou anteriormente chamando-a de *roubo*! A resposta está para o resgate da função proprietária, e da expansão dos atributos acima destacados, está na facilitação de acesso a ela de um maior número de pessoas, dos não proprietários.²⁴⁶ Nisso é possível alcançar-se a igualdade de condições e meios. A abolição, nesse sentido, não é da propriedade privada, mas da não propriedade.

Não há como abolir a propriedade, embora seja possível inverter o sujeito, de individual para coletivo, mas não é a hipótese proudhoniana. A propriedade comunista esmaga o indivíduo. Na expansão da propriedade ela mesma encontra seu equilíbrio uma em face da outra,

estimulando cada proprietário a cumprir com seu dever no processo constante de emulação. Ao Estado cabe apenas administrar um certo número de instituições e serviços públicos, esquecidos no sistema do roubo e da desonra da propriedade.²⁴⁷

Reconhecida a função, não a origem, da propriedade, porque aquela está no universo social e econômico, enquanto essa na obscuridade legal, segundo Proudhon, as forças se equilibram, e a propriedade mostra o quanto é extraordinária. Portanto, ele propõe não o sistema burguês, não o sistema comunista, mas o sistema da propriedade, desde que esteja clara a função da mesma. Proudhon elenca uma série de pressupostos para a efetivação da sua teoria,²⁴⁸ com a qual encerramos esta parte do trabalho. Ei-los resumidos:

- *Distribuição igual de terras entre os detentores;*
- *Distribuição de terras equivalentes para aqueles que não possuem terra;*
- *A propriedade porque é abusiva, absoluta, baseada no egoísmo, deve limitar-se em face de outro egoísmo, outra propriedade,*

²⁴⁶ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 168;

²⁴⁷ Pierre-Joseph Proudhon. *Idem.* p. 158;

²⁴⁸ Pierre-Joseph Proudhon. *Ibidem.* p. 187;

- estabelecendo-se a concorrência e o equilíbrio;*
- *A sua tendência é em direção à igualdade de condições e de riquezas;*
 - *Não se pode mensurar a propriedade porque ela não é salário nem compensação de qualquer gênero, nem decoração legal;*
 - *A propriedade não é título honorífico;*
 - *A propriedade não pode ser mensurada sobre a potência do indivíduo, porque o trabalho, a produção, o crédito e o comércio não requerem essa potência;*
 - *A propriedade vale pela sua função, não pela sua origem;*
 - *A propriedade é como um dom para o homem a fim de protegê-lo contra os perigos do poder público, bem como da invasão dos seus semelhantes;*
 - *A propriedade, assim, é uma couraça da sua personalidade, independentemente das diferenças de talentos, gênio, força e atividade.*

Por último, a título de síntese proudhoniana, é possível dizer que o pensamento de Proudhon, em que pese sua complexidade – porque é plural, pode ser expresso com as próprias palavras de 1839:

“A questão da igualdade das condições e das fortunas foi levantada, mas, como uma teoria sem princípios: é preciso retomá-la e aprofundá-la em toda a sua verdade. (...) Mas, logo se apresentaria um problema: encontrar um estado de igualdade social que não seja, nem comunidade, nem despotismo, nem desmembramento, nem anarquia, mas liberdade na ordem e independência na unidade. E, uma vez resolvido este primeiro ponto, restaria um segundo: indicar o melhor modo de transição. Todo problema humanitário reside aqui. A igualdade de bens é uma condição da liberdade.”²⁴⁹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Vol. I. 10ª ed. rev. e acresc. RJ: Forense, 1995;
- ARGÜELLO, Luis R. *Derecho Romano: Historia e Instituciones*. B. Aires: Astrea, 1997;
- BARBOSA, Ruy. *Teoria Política*. SP: W. M. Jackson, 1964;
- BERTI, Giampietro. *La Dimensione Libertaria di Pierre-Joseph Proudhon*. Roma: C. Nuova, 1982;

²⁴⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *De La Célébration du Dimanche* (1839). *op. cit.*, pp. 60, 61;

- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. V. I. RJ: Ed. Rio, 1973;
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito Civil: Direito das Coisas (1941)*. RJ: Ed. Rio, 1976;
- BLOCH, Léon. *Lutas Sociais na Roma Antiga*. 2ª ed. Europa-América, 1991;
- BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Trad. de N. A. Von Zuben. SP: Unicamp/Cortez, 1979;
- CÓDIGO CIVIL brasileiro de 2002;
- CÓDIGO CIVIL francês, conhecido também como Código de Napoleão. Texto de 1804. Trad. por Souza Diniz, com pref. de Miguel Reale e apres. de José de Aguiar Dias. RJ: Record, 1962;
- COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. SP: Saraiva, 2013;
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Lisboa: Clássica, 1950;
- Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão;
- Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição de 1795;
- DIACOV, V. e COVALEV, S. *História da Antiguidade*. III Vol. Trad. de João Cunha Andrade. SP: Fulgor, 1965;
- FALCHI, Helio. *A Lei da Oferta e da Procura Através dos Tempos*. SP: Saraiva, 1957;
- FERNANDES, Florestan (dir.), E. Passetti e P.-E. A. Resende. *Proudhon*. SP: Ática, 1986;
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001;
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil*. Salvador: Univ. da Bahia, 1958;
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princ. de Direito Civil Luso-Brasileiro*. Vol. I, SP: M. Limonad, 1951;
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. Vol XI, Tomo I. SP: Max Limonad, 1955;
- GURVITCH, George. *Proudhon*. Porto: Ed. 70, 1983;
- HAMURABI, *As Cartas de*. Traduzidas por Emanuel Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1986;
- HAMURABI, *O Código de*. Traduzido por Emanuel Bouzon. Petrópolis: Vozes, 1992;
- IHERING, Rudolf V. *El Espiritu del Derecho Romano*. B. Aires: Occidente, 1947;
- LENIN, Vladimir I. *Quaderni Filosofici*. Trad. I. Ambrogio. Roma: Riuniti, 1969;
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Sagrada Família*. Trad. M. Backes. SP: Boitempo, 2011;
- MARX, Karl. *Carta a AP. V. Annenkov de 28 de Dezembro de 1846*. Esta Carta foi o embrião da Miséria da Filosofia, de Karl Marx (1847), contra a Filosofia da Miséria de Proudhon (1846). O livro de Proudhon, além de ser o objeto da crítica marxiana, *será lembrado, sempre com o desprezo de Marx, em vários outros escritos, como por exemplo, no Manifesto Comunista (1848) e na Carta de Marx sobre a morte de Proudhon (1865)*. É de se notar, sem que se queira afirmar coisa alguma, que todas as críticas de Marx a Proudhon apareceram, e ganharam força, apenas depois de Proudhon ter recusado o seu convite para fazer parte da rede de socialistas (maio de 1846).
- MARX, Karl. *Carta a Proudhon de 5.5.1846*, in *Anexos à A Miséria da Filosofia*, SP: Global, 1985;
- MARX, Karl. *Sobre Proudhon*, in *Obras Escogidas*. Vol. II, *Obras Escogidas*, trad. soviética. Moscou: 1974;
- MATTIROLO, Luigi. *Principii di Filosofia del Diritto*. Torino: Soc. Unione TIP, 1871;
- MILL, John Stuart. *La Libertà*. Trad. di Luigi Einaudi. Torino: P. Gobetti Ed, 1925;
- MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação Científica e Intervenção*

- na *Matéria Social* (1922). Tomo IV. RJ: Borsoi, 1972;
- MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito* (de 1922). RJ: Borsoi, 1972;
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Propriedade*. Tomo XI. SP: Edit. RT, 1983;
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. SP: Saraiva, 2003;
- NAQUET, P.-V. e VERNANT, J.-P. *Trabalho e Escravidão na Grécia Antiga*. Trad. de Marina Appenzeller. SP: Papyrus, 1989;
- NETTLAU, Max. *Breve Storia dell'Anarchismo*. Trad. di Giuseppe Rose. Cesena: Stampa, 1964;
- PEREIRA, Caio Mario da S. Pereira. *Instituições de Direito Civil. Direitos Reais*. RJ: Gen/Forense, 2016;
- PEREIRA, Caio Mario da S. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. RJ: Gen/Forense, 2016;
- PEREIRA, Virgílio de Sá. *Código Civil Brasileiro. Da Propriedade*. RJ: J. R. Santos Ed., 1924;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Carta a Karl Marx di 17 Maggio, 1846*, in *Epistolario*. Trad. I. Reggio. Milano: Ist. Italiano, 1917. A Carta encontra-se, também, nos *Anexos à A Miséria da Filosofia*, de Karl Marx, *Filosofia da Miséria*. Trad. de João Paulo Netto. SP: Global, 1985;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *De La Célébration du Dimanche* (1839), in *Oevres Complètes de P.-J. Proudhon*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Del Principio Federativo*. Trad. di Paolo Bonacchi. Milano: Global, 2005;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *La Proprietà (Teoria della Proprietà)*. Trad. di Antonietta Klitsche de la Grange, Roma: O.E.T. Bottega dell'Antiquario, 1947;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Lettre de Candidature a la Pension Suard* (1838), in *Oevres Complètes de P.-J. Proudhon*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a Propriedade?*. Lisboa: Estampa, 1997;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Sistema das Contradições Econômicas ou Filosofia da Miséria*. 2 Vols. Trad. Antonio G. da Silva e Ciro Mioranza. SP: Escala, 2007;
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Qu'est-ce que la Propriété*. in *Oevres Complètes*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926;
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. SP: Max Limonad, 1981;
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil Interpretado. Dir. das Coisas*. V. VII, SP: F. Bastos, 1950;
- VAMPRÉ, Spencer. *O Que é o Código Civil: Conferências na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco*. SP: Liv. Ofic. Magalhães, 1916;
- VARELA, Laura B. e LUDWIG, Marcos C. "Da Propriedade às Propriedades: Função Social e Reconstrução de um Direito", in Judith Martins-Costa (org.). *A Rec. do Direito Privado*. SP: RT, 2002;
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*. 2ª ed. Trad. de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora. Dir. de Johannes Winckelmann e Notas de José Medina Echavarría. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997;
- WEBER, Max. *História Agrária de Roma*. Trad. de E. Brandão. SP: M. Fontes, 1994;

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
DE FAMÍLIA E O DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO:
ANÁLISE DO CASAMENTO
POLIAFETIVO E A QUESTÃO DA
VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA**

*Carolina Piccolotto Galib*²⁵⁰

*Luís Renato Vedovato*²⁵¹

*Maria Carolina Gervásio Angelini de
Martini*²⁵²

*Viviane de Arruda Pessoa Oliveira*²⁵³

RESUMO

Com as modificações sociais cada vez mais presentes e capazes de alterar modelos tradicionais, principalmente no direito de família, os casos de poliamor passam a ser uma realidade presente na sociedade interna (e internacional) e, ainda que muitos não a aceitem por questões de crença ou de doutrina de vida, o cenário social já é composto destas relações. Por esta razão, tendo como base a dignidade humana e a ideia de essencialidade, o presente artigo buscará demonstrar se relacionamentos poliafetivos podem violar a ordem pública. Cumpre esclarecer que com a globalização, principalmente, as relações passam a ser pluri ou multiconectadas, daí a necessidade de se

²⁵⁰ **Carolina Piccolotto.** Doutoranda em Direito (PUC-SP). Professora da PUC-Campinas.

²⁵¹ **Luís Renato Vedovato.** Doutor em Direito (USP). Professor da PUC-Campinas e da UNICAMP.

²⁵² **Maria Carolina Gervásio Angelini de Martini.** Mestra em Direito (UNIMEP). Professora da UNASP.

²⁵³ **Viviane de Arruda Pessoa Oliveira.** Doutoranda em Direito (USP), Professora da USF.

pensar o direito interno e internacional entrelaçadamente.

Palavras-chave: Ordem pública; Conflito de leis; poligamia; poliafetividade; Direito Internacional.

ABSTRACT

With social changes increasingly present and capable of altering traditional models, especially in family law, the emergence of polyamory cases becomes a reality present in the internal (and international) society and, although many do not accept it for reasons of belief or doctrine of life, the social scene is already composed of these relationships. For this reason, based on human dignity and the idea of essentiality, this article will seek to demonstrate whether polyaffective relationships can violate public order. It should be clarified that with globalization, especially, relations become multi-connected or multi-connected, hence the need to think about domestic and international law intertwined.

Key-words: Public order; Conflict of laws; polygamy; polyaffectivity; International Law.

INTRODUÇÃO

As relações, antes consolidadas em padrões estabelecidos pela sociedade tem, há anos, sido modificadas, o que conflita com normas morais e sociais impostas pelas relações anteriormente vivenciadas. Novas modalidades sociais são constituídas, de forma que a própria noção de família

ganhou contornos diversos, não sendo mais composta apenas de pai, mãe e filhos, o que pode, por exemplo, ser fruto da tecnologia que possibilitou que mulheres solteiras, mediante inseminações artificiais, se tornem mães. Assim, o modelo tradicional e monoparental revela-se desconstruído em virtude dos fatos oriundos das novas relações sociais e dos grupos familiares.

Por essa razão, será que relações que ferem o padrão estabelecido anteriormente e que não têm previsão legal, haja vista que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 são claros ao prever e reger o casamento monogâmico, são possíveis de serem reconhecidas ou isto feriria a ordem pública? A ordem pública não tem uma conceituação definida, de modo que, pela doutrina majoritária, é vista como aquilo que representa o essencial ou, em outras palavras, como o que mais protege a dignidade humana. Dessa forma, mesmo com suas vertentes, interna, internacional e regional, sua preocupação é verificar se há o respeito aos valores considerados essenciais numa sociedade, seja isto dentro de um Estado ou de uma organização internacional ou na sociedade internacional como um todo. Ressalta-se que ela representa um limite à aplicação do direito estrangeiro, pois

um direito externo não produz efeitos no Brasil se a viola, além de muitos doutrinadores entenderem que a soberania e os costumes são abrangidos por ela.

Com isso, o presente artigo, através de uma abordagem doutrinária, busca entender se relações poliafetivas são passíveis de serem reconhecidas, tendo como base a questão da ordem pública. Para tanto, se irá compreender o que envolve a ordem pública, o que são relações chamadas de poliafetivas e, por fim, se elas violam ou não a ordem pública.

1. A ORDEM PÚBLICA COMO LIMITE À APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO

O artigo 17 da LINDB dispõe que um direito estrangeiro não será aplicado no território nacional quando ofender a soberania, a ordem pública e os bons costumes, de tal modo que não se poderá homologar uma sentença estrangeira, tampouco conceder o *exequatur* de uma carta rogatória que os viole. Assim, se está diante de limites à aplicação do direito estrangeiro, pois, no direito internacional privado, é possível que no mesmo caso, com elementos estrangeiros, se cogite aplicar o direito de mais de um Estado,

prevalecendo o direito interno ou o direito de outro Estado, a depender do caso, desde que não vá de encontro aos limites.

A soberania, tida como um poder de autodeterminação estatal, é capaz de criar suas próprias normas e de se reger. Nos dizeres de Luciana Medeiros Fernandes significa:

A soberania é a idealização que vem indicar e qualificar o mais alto e determinante poder de ordenação e de comando, num dado território politicamente organizado, que não deriva seu fundamento de nenhum outro poder. Isto é, a qualidade de um poder que não admite qualquer limitação ou restrição ao seu exercício. Percebe-se, pois que a soberania, normalmente, é concebida como um conceito de natureza essencialmente negativa, haja vista ser empregado para negar a existência de qualquer outro poder superior ao estatal, na seara interna, e para negar a possibilidade de limitação de sua igualdade e liberdade frente aos demais Estados, na seara internacional²⁵⁴.

Todavia, a soberania pode ser vista sob dois âmbitos: interno e internacional. No interno, tem-se a ideia mais associada ao termo, pois ela é vista

²⁵⁴ FERNANDES, Luciana Medeiros. Soberania & Processos de Integração: o novo conceito de soberania em face da globalização – uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional. Curitiba: Juruá, 2007, p. 54.

como o poder de autodeterminação e de autorregulação do Estado, de administração de seu espaço e de seus órgãos, considerando suas vontades e os limites por si colocados²⁵⁵. No externo, os Estados são vistos como independentes entre si, motivo pelo qual devem se respeitar e estão numa relação de horizontalidade (de igualdade) – não há subordinação ou superioridade entre Estados²⁵⁶.

Com relação aos bons costumes, entende-se que o costume é uma prática reiterada vista como obrigatória, havendo um elemento objetivo (prática) e psicológico (obrigatoriedade)²⁵⁷. Para Del’Olmo, além do costume ser uma fonte de solução de conflitos, menciona que uma “regra de direito costumeiro se forma, em qualquer desses planos, pelo uso prolongado e geral de prática considerada conveniente, justa, útil e adequada ao contexto social²⁵⁸”, sendo que “o valor como fonte atribuído aos costumes varia de um país para outro²⁵⁹”.

A ordem pública, que terá seu conceito mais elucidado no próximo

²⁵⁵ *Idem*, p. 54-55.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. Curso elementar. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.156-158.

²⁵⁸ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional Privado, 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 60.

²⁵⁹ *Ibidem*.

tópico, é tida como a que contém os valores essenciais de uma sociedade. Normalmente se aduz que ela engloba tanto a soberania quanto os bons costumes. Afinal, ao falar em autodeterminação de um Estado, com poder de criar suas próprias normas, não se tem uma maneira de impor valores essenciais que compõem uma sociedade? Se o direito acompanha as mudanças sociais, as normas são alteradas para atendê-las. Ao mesmo tempo, será que toda prática reiterada obrigatória não é uma forma de expor aquilo que uma sociedade pensa e aceita e, muitas vezes, não reflete a moral de um Estado? Acredita-se que sim, uma vez que a norma vem contemplar o que ocorre na sociedade, o que, por vezes, embute a moralidade.

Enaltece-se que André de Carvalho Ramos²⁶⁰ elenca o controle de constitucionalidade e de convencionalidade e a fraude à lei como limites à aplicação do direito estrangeiro, mas que não serão objeto deste artigo em razão do objetivo do mesmo.

Portanto, ao dispor sobre ordem pública, a primeira ideia que permeia é de ser um limite à aplicação do direito

²⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313-322.

estrangeiro, sendo necessário compreender a sua conceituação, ainda que seja inexata. Ao associar a ordem pública como tutela da dignidade humana, é possível se obter a melhor extração do termo, como será visto adiante.

2. A ORDEM PÚBLICA INTERNA E INTERNACIONAL

A discussão acerca da ordem pública advém, principalmente, quando se está diante de uma situação em que se entrelaça o direito de mais de um Estado, haja vista que representa, em linhas gerais, um limite à aplicação do direito estrangeiro no território nacional. Com isso, não se homologará uma sentença estrangeira, tampouco se concederá *exequatur* de cartas rogatórias que vão de encontro ao que se entende por ordem pública.

A ordem pública, além de um limite à aplicação do direito estrangeiro (artigo 17 da LINDB), significa aquilo que não fira a moral, o padrão econômico e jus econômico filosófico de uma sociedade, segundo Dolinger²⁶¹.

²⁶¹ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privada*. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. 4-5 e 41.

Para Bartin,²⁶² é ligada a questões práticas, o que corrobora a afirmativa de que não há um conceito fechado, já para Valladão²⁶³, ela é formada por princípios essenciais, e nos dizeres de Strenger²⁶⁴, é a “base social, política, econômica de um Estado, que é considerada inarredável para a sobrevivência de um Estado.”

Em outras palavras, a ordem pública representa a necessidade econômica de cada Estado e, principalmente, o respeito à dignidade humana, de tal forma que, em um caso concreto, se deve averiguar aquilo que mais tutela o ser humano e atende às suas necessidades. Para André de Carvalho Ramos, nenhum Estado deve aplicar uma norma que seja capaz de ferir a segurança, a moral, o bom governo de um território, pois, como mencionado, a ideia de ordem pública não se desassocia da essencialidade. Transcreve-se:

Assim, há pouca variação doutrinária sobre o conceito de ordem pública, sendo comum a utilização do critério da essencialidade para defini-la: aquilo que é essencial e

indispensável ao foro compõe a ordem pública no DIPr. Essa essencialidade do conteúdo da ordem pública gera sua função básica: proteger os valores do foro ao impedir a incidência regular de uma norma de Direito Internacional Privado, no conflito de leis, na definição da jurisdição, e na cooperação jurídica internacional²⁶⁵.

Além disso, a ordem pública é dividida em interna, regional e internacional. Todas representam valores considerados necessários, sendo variável a extensão. São valores imperativos dentro de um Estado (interna), de uma organização regional (regional) ou da sociedade internacional como um todo (internacional)²⁶⁶. Ressalta-se que, nos dizeres de Vasconcelos²⁶⁷, a ordem pública interna e internacional são diversas pelo fato de que a interna se liga à autonomia privada e a internacional privada às relações multiconectadas ao direito nacional.

Mas como definir o que é ou não um valor essencial e, conseqüentemente, fazer valer um

²⁶² BARTIN, E. *Principes de droit international privé*. Paris, Éditions Domat-Montcherestien, 1930, nota 03, p. 266-267.

²⁶³ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, v.I, 2. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 475 e 496.

²⁶⁴ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, 4 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 446.

²⁶⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 325.

²⁶⁶ *Idem*, p. 329-330.

²⁶⁷ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição*. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1356/1218>>. Acesso em: 08/03/2020.

direito em detrimento de outro? Ou seja, será que se um indivíduo casado com várias mulheres, por seu país permitir, teria seus vários casamentos reconhecidos no Brasil ou isto violaria a ordem pública?

Entender o que são considerados valores essenciais internos ou internacionais tem modificação conforme a alteração da própria sociedade, uma vez que o que antes era visto como imoral ou contrário ao bom governo, hoje já é aceito como adequado e em consonância com os direitos humanos, como a figura da mulher honesta, que desapareceu no âmbito interno. No entanto, a compreensão da essencialidade é feita pelos tribunais.

Cabe ao julgador determinar se certo caso viola ou não valores essenciais e, conseqüentemente, a ordem pública, motivo pelo qual se enfatiza a existência de um decisionismo do julgador no momento em que aprecia o caso concreto. Um julgador pode considerar que reconhecer um casamento de um homem com várias mulheres fere a ordem pública, que traz consigo a proibição da bigamia; outro pode considerar que não há violação, posto que existem decisões concedendo pensão por morte para a cônjuge viúva e

para a que vivia em união estável concomitantemente. Por esta razão, André de Carvalho Ramos sugere que é preciso verificar quais os direitos envolvidos no caso e, na sequência, determinar, à luz do rol de direitos humanos disposto, qual tutela mais a dignidade humana e, assim, o aplicar²⁶⁸.

Assim, a discussão a respeito do ferimento ou não da ordem pública, envolvendo aqui a interna e a externa, também não deixa de considerar a soberania e os costumes, como explanado anteriormente, uma vez que uma norma interna é fruto de um poder soberano e é uma forma de se averiguar a concretização da ordem pública interna, da mesma forma se tem com tratados ou convenções internacionais que dão maior segurança ao falar de ordem pública externa. No entanto, não se pode deixar de considerar que o centro para as decisões se pauta naquilo que há muito tempo permeia todo e qualquer ordenamento jurídico e sociedade: a proteção da dignidade humana. Logo, apreciar um caso concreto vislumbrando aquilo que mais protege a dignidade humana ou que está em maior consonância é o modo mais eficaz de garantir direitos e de se

²⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho Ramos. *Op.cit.*, p. 331.

cumprir o que Cançado Trindade²⁶⁹ menciona, que o direito internacional tem como finalidade o ser humano, atendendo suas necessidades básicas e o tendo como paradigma.

3. O CASAMENTO POLIAFETIVO: EXISTÊNCIA JURÍDICA E RECONHECIMENTO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

O Casamento poliafetivo ou o poliamor pressupõe a união de três ou mais pessoas, pela afetividade, com intuito de convivência e constituição de uma entidade familiar, permeada pelo amor. No Brasil e no mundo, o tema divide opiniões, seja pelas construções e convicções sociais, morais, religiosas e, até mesmo, nas decisões proferidas pelo próprio judiciário, sendo a matéria bastante controversa e com pouco debate social.

Isso traz à ordem de uma ideia de construção histórica dentro das normas de convívio social e jurídicas, permeadas de valores morais e influências religiosas desenvolvidas no seio da sociedade brasileira, sendo

²⁶⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial por um novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1284>>. Acesso em: 09/03/2020.

inegável a preservação e percepção da união monogâmica como a conduta a ser seguida por todos, com um modelo patriarcal, independente da liberdade individual de cada um.

Como observam Rosa de Oliveira e José Sebastião (2017, p. 204):

A família brasileira foi por muito tempo nuclear, do pai partiam todas as ordens e ditames que necessariamente seriam seguidas por todos, os cônjuges não estavam em igualdade nessa relação, em muitas épocas as sociedades sempre consideravam o homem como superior em relação à mulher, por isso, as relações poligâmicas usualmente foram aceitas na sociedade como privilégio masculino e a mulher o “dever” monogâmico.²⁷⁰

Entretanto, as modificações sociais vêm com o tempo, as realidades de vida são transformadas pelas constituições de novos modelos e padrões de comportamentos socialmente construídos das relações entre as pessoas e suas ressignificações, e no Brasil não foi diferente. Como observam Poli e Hazan:

As fotos de família atuais causariam estranhamento a

²⁷⁰ ROSA, Angélica Ferreira; DE OLIVEIRA, José Sebastião. As relações poliafetivas são permitidas no direito de família brasileiro? Revista Argumenta, Jacarezinho, n. 26, p. 204, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/871>> acesso em: 13/03/2020.

qualquer distinto cidadão do início do século passado. Vê-se uma mulher cercada por seus dois filhos, frutos de inseminação artificial, em outra foto, dois homens desfrutam de uma risada matinal à mesa do café da manhã, cercados por seus cães. Em um terceiro retrato, um casal divide a cena com dois adolescentes filhos de uma relação anterior os dois bebês havidos há poucos meses antes da cerimônia de casamento. Há ainda fotos daqueles que decidiram viver em casas separadas, do casal que conheceu uma moça na praia e está com ela até hoje. Das amigas que se tornaram amantes, companheiras. Enfim, em poucos anos, considerando a história da humanidade, o panorama familiar descortinou-se. As mulheres alcançaram a tão almejada igualdade, obtiveram oportunidades de independência econômica, os filhos primogênitos perderam o protagonismo, a perenidade do casamento desapareceu, a família não é mais sinônimo de casamento.²⁷¹

Dessa forma, o fato é que o modelo tradicional e monoparental revela-se desconstruído nas realidades fáticas das novas formas de relações sociais e formação de grupos familiares diversos.

²⁷¹ POLI, Luciana Costa, e Bruno Ferraz Hazan. "Descortinando Invisibilidades: União Poliafetiva." Revista De Direito De Família E Sucessão 2, no. 1 (2016). Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/861>> Acesso em 13.03.2020.

Neste caminhar a Constituição de 1988 traz uma transformação no modelo social e institucionalizado de família, incorporando a promoção da dignidade da pessoa humana nas relações individuais e na construção do seu grupo familiar. Como observa Claudia Rabelo:

A Constituição da República de 1988, portanto, transformou a família numa instituição democrática e horizontal, preocupada com a felicidade pessoal dos seus membros, circunstância que foi essencial para ampliar o debate a respeito dos novos limites e formas de exercício da autonomia privada como fonte reguladora das relações familiares²⁷²

Com relação ao poliamor, em 2012, em razão da necessidade desse reconhecimento fático e da existência de pedidos de registros de uniões poliafetivas em algumas serventias cartorárias, a questão foi levada à análise pelo Conselho Nacional de Justiça.

Isto porque no Estado de São Paulo, o Cartório de Tupã restou lavrada a primeira escritura pública de

²⁷² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>> Acesso em 13.03.2020.

união estável com o objetivo de regularizar a situação existente entre um homem e duas mulheres, sendo uma situação típica de união poliafetiva²⁷³. Eles já viviam juntos há mais de três anos e buscavam estabelecer o regime de comunhão parcial de bens, dever de assistência, administração de bens pelo marido.²⁷⁴

Também, no 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro haviam sido realizadas quatro escrituras de união poliafetiva, sendo três delas entre um homem e duas mulheres, e uma delas entre três mulheres.²⁷⁵

Na ocasião, analisando o pedido de providência nº 1459-08.2016.2.00.0000 do CNJ²⁷⁶, decidiu pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas, nos

termos do voto do ministro relator João Otávio de Noronha, ressaltando que:

A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

O voto do relator faz a ressalva da possibilidade de transformação social e mudança de paradigma a ser incorporada numa mudança legislativa, colocando que:

Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

273 ZAMATARO. YVES. União Poliafetiva – ficção ou realidade? 2 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/218321/uniao-poliafetiva-ficcao-ou-realidade>, acesso em 13 de março de 2020> Acesso em 13.03.2020.

274 Ibidem.

275 IBDFAM. NOTÍCIAS. Família Poliafetiva e especialistas reagem a decisão do CNJ. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Familia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+a+decisao+do+CNJ>. acesso em 13 de março de 2020.

276 O inteiro teor da decisão pode ser consultado em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Certidao%20de%20julgamento%20CNJ.pdf> Acesso em 13.03.2020.

Assim, nessa decisão a interpretação dada pelo Conselho Nacional de Justiça é a *de que a sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural*. Tal situação limitaria a autonomia das partes e o reconhecimento dos tribunais para possibilidade de registros cartorários.

Para Maria Berenice Dias, essa motivação promove mais desigualdades, e neste sentido argumenta que:

Repercutiu como uma bomba! Como verdadeira afronta à moral e aos bons costumes! O fato de o relacionamento de um homem com duas mulheres ter sido objeto de uma escritura pública, foi recebido como manifestação nula, inexistente, indecente. Sabe-se lá quantas outras adjetivações mereceu. Mas alguém duvida da existência desta espécie de relacionamento? Ainda que alvo do repúdio social – com denominações sempre pejorativas: concubinato adúltero, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinação – vínculos afetivos concomitantes nunca deixaram de existir, e em larga escala. Batizados mais recentemente de poliamor ou uniões poliafetivas, sempre foram alijados do sistema legal, na vã tentativa de fazê-los desaparecer. Mas condenar à invisibilidade, negar efeitos jurídicos, deixar de reconhecer sua existência é solução que privilegia o “bigamo” e pune a “concubina”, como cúmplice de um adultério. É o que a Justiça insiste em fazer: chancela o enriquecimento injustificado do

*homem que mantém vínculos afetivos paralelos.*²⁷⁷

Assim, defendendo o direito ao amor, a autora observa a possibilidade desse reconhecimento garantista sob pena de não se reconhecer uma realidade fática existente e de não se tutelarem direitos de família.

E essa realidade fática apontada pela autora começa a despontar na realidade pragmática e causas apreciadas pelo Judiciário Brasileiro, em razão da impossibilidade de reconhecimento legal e da regulação dessas situações em matéria de Direito de família.

Como analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a dogmática do Direito por vezes cede à realidade, para promoção de garantia de direitos; neste sentido a decisão observa ser possível o reconhecimento de relações de União Estável simultâneas:

EMBARGOS INFRINGENTES. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÕES SIMULTÂNEAS. De regra, não é viável o reconhecimento de duas entidades familiares simultâneas, dado que o sistema jurídico é regido pelo princípio da monogamia. No entanto, em direito de família

²⁷⁷DIAS, Maria Berenice. Poliafetividade, alguém duvida que existe? Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf)> Acesso em: 13 de março de 2020.

não deve permanecer no apego rígido à dogmática, o que tornaria o julgador cego à riqueza com que a vida real se apresenta. No caso, está escancarado que o de cujus tinha a notável capacidade de conviver simultaneamente com duas mulheres, com elas estabelecendo relacionamento com todas as características de entidades familiares. Por isso, fazendo ceder a dogmática à realidade, impera reconhecer como coexistentes duas entidades familiares simultâneas. Desacolheram os embargos, por maioria.” (TJRS, Quarto Grupo Cível, EI 70013876867, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 10.03.06, por maioria)

Na situação acima, no entanto, não se trata de convivência em um mesmo lar, com reconhecimento e aceitação pelos sujeitos da relação, como no caso da poliafetividade, mas na existência prática da vida de reconhecimento da possibilidade de serem amados dois seres ao mesmo tempo, em lares distintos.

Da mesma forma, em outro julgado houve o reconhecimento da possibilidade de visita de duas companheiras a um preso em estabelecimento prisional. (Processo nº 70077781896 -TJRS).²⁷⁸

²⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 3. Camara Criminal. Processo nº 70077781896. Agravante: EDUARDO GRISOTTI. Relator: DES. DIOGENES V. HASSAN RIBEIRO. Rio

Assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul observou que deve haver um limite da intervenção do Estado em razão da autonomia do direito de liberdade dos cidadãos, no que diz respeito à vida amorosa ou sexual, ou íntima, das pessoas presas. A decisão observa que o Supremo Tribunal Federal tem tomado importantes decisões no âmbito do Direito de Família, estabelecendo a prevalência da liberdade das pessoas na conformação de suas famílias, bem como o pluralismo de entidades familiares, assim é o caso da poliafetividade.

Entretanto, essa não é a postura que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça, que observa no RESP 1.157.273/RN que, em razão do dever de lealdade e de adotarmos um padrão familiar monogâmico, não se é permitido reconhecer a existência de famílias simultâneas. Não obstante esse posicionamento, reconhece que as uniões poliafetivas têm surgido no cenário fático brasileiro.²⁷⁹

Grande do Sul, RS, 18 de maio de 2018. Acesso em: 13.03.2020.

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp nº 1157273. Ministra Nancy Andrighi. DJE 07/06/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0>. Acesso em 13.03.2020.

Como se verifica, a questão está longe de ser pacificada nas Cortes Brasileiras, exigindo-se ainda a maturidade do tempo e um possível ou não reconhecimento social para garantias dos Direitos. Assim, em que pese a modificação social, o direito, por vezes, não a tem acompanhado, restando essencial discutir se a aceitação das modificações é algo capaz de violar ou não a ordem pública.

4. DA NÃO VIOLAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

O objetivo geral do Direito Internacional Privado (DIPr) é realizar a gestão de normas jurídicas, normas estas que incidem sobre fatos transnacionais. Com efeito, as relações conectadas com mais de um Estado e ordenamento jurídico interno se intensificaram entre os séculos XX e XXI. Além disso, é evidente o movimento de expansão dos direitos humanos a partir, dentre outras ações, do reconhecimento do outro e respeito às diferenças²⁸⁰.

Graças à positivação de normas de DIPr nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, que ocorreu, sobretudo, após a Revolução Industrial,

com o advento do cientificismo, em quase todos os sistemas jurídicos nacionais há a previsão para a solução de conflitos de leis que envolvam fatos jurídicos transnacionais. Assim, as regras de conexão, ou normas indiretas, indicam a aplicação da lei nacional ou estrangeira para reger um fato multiconectado.

Como visto, o conceito de ordem pública, apesar de difícil definição, tem como objetivo salvaguardar os valores e princípios do direito interno pela não aplicação da lei estrangeira que fora indicada pela norma conflitual, o que gera um efeito negativo, uma vez que a aplicação da lei estrangeira importaria em um resultado incompatível com a ordem pública local. A dúvida está em saber se o reconhecimento do casamento poliafetivo, isto é, envolvendo mais de duas pessoas, fere a ordem pública brasileira.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226 e parágrafos, cuida do tema casamento, instituição jurídica regulada pelo Código Civil de 2002. De acordo com o dispositivo constitucional, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela

²⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 25.

mulher”²⁸¹. Nota-se que tal mandamento constitucional revela a opção do constituinte originário em positivar a igualdade de direitos entre as pessoas em uma sociedade conjugal²⁸².

No Código Civil de 2002, o artigo 1.514 dispõe que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”²⁸³. No que diz respeito aos impedimentos do casamento, o Art. 1.521 é claro em afirmar que não podem casar as pessoas casadas (inciso VI).

Assim, em uma interpretação literal dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, pode ser possível afirmar que no Brasil não há normas permissivas ao casamento poliafetivo. Por outro lado, também não há normas que o vedem expressamente. Algumas questões são importantes para a análise

281 Conforme dispõe o artigo 226, §5º, da Constituição Federal de 1988. Cabe lembrar que, de acordo com a resolução n. 175 de 14 de maio de 2013, do CNJ, é legítimo o casamento homoafetivo bem como a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Assim, a dúvida sobre a possibilidade do casamento homoafetivo, bem como a união estável homoafetiva, fora há muito tempo superada.

282 Por oportuno, cabe lembrar que a figura do chefe de família não fora recepcionada pela atual ordem constitucional.

283 Novamente, vale a ressalva da possibilidade do casamento homoafetivo, devendo o dispositivo ser interpretado em conformidade.

da possibilidade do reconhecimento desse tipo de vínculo pelo ordenamento jurídico pátrio.

O primeiro ponto de reflexão é que o conceito de ordem pública vai além da mera interpretação literal do conjunto de regras que integram o ordenamento jurídico de um Estado. Novamente atentando ao conceito fornecido por Strenger, a ordem pública é “toda base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para a sobrevivência desse Estado”²⁸⁴.

Logo, identificar ordem pública como conjunto de normas jurídicas é esvaziar o conceito. Para identificar ofensa à ordem pública é necessário analisar quais preceitos essenciais de um Estado que não podem ser atingidos pela aplicação da lei estrangeira, o que vai além da mera interpretação literal ou dogmática do direito.

Importante, também, verificar o momento histórico em que a análise é realizada. Por exemplo, a homologação de sentença estrangeira de divórcio no Brasil já foi considerada ofensiva à ordem pública nacional, graças à herança de preceitos católicos herdados pelo direito brasileiro.

²⁸⁴ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª Edição, São Paulo: LTr, 2000, p. 446.

A jurisprudência brasileira, até 1977, não reconhecia a homologação de sentença estrangeira de divórcio de brasileiros, pois considerava a indissolubilidade do casamento matéria de ordem pública. No máximo era possível homologar a sentença estrangeira como sendo de desquite, o que impedia que os cônjuges se casassem de novo no Brasil.

No caso de casamento de brasileiro e estrangeiro, era reconhecido apenas o divórcio do estrangeiro, no caso de sua lei de nacionalidade permitir. Nota-se que tal entendimento jurisprudencial que fora posteriormente confirmado pelo legislador da época na Lei de Introdução ao Código Civil de 1942²⁸⁵, e, ainda, era uma exceção ao critério geral do uso da lei do domicílio para reger o estatuto pessoal, conforme artigo 7º, caput, da LICC/42, pois levava em questão a nacionalidade dos cônjuges, e atendendo à pressão da Igreja Católica contra os divórcios de casais brasileiros celebrados no exterior²⁸⁶.

²⁸⁵ De acordo com o artigo 6º, §7, da LICC: “não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros. Se um deles o for, será reconhecido o divórcio quanto ao outro, que não poderá, entretanto, casar-se no Brasil.”

²⁸⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 384, 385.

Situação similar ocorre quando analisamos a possibilidade de reconhecimento do casamento poligâmico no Brasil, pois não há previsão legal expressa e, a princípio, não está autorizado pelo poder judiciário o reconhecimento deste tipo de vínculo.

O problema que se coloca em questão sobre a poligamia é a eventual violação do princípio da igualdade entre os cônjuges, no entanto, no âmbito do Direito Internacional Privado, é necessário que se reflita sobre as consequências de não ter esse tipo de vínculo reconhecido pela lei do foro, e não necessariamente a institucionalização da poligamia²⁸⁷.

Sacrificar o direito ao reconhecimento dos efeitos destas instituições, apesar de colocar em risco o princípio da igualdade na relação do casamento, sobretudo quando o modelo de casamento poliafetivo é o comum nas sociedades ocidentais, nas quais apenas o homem tem direito de casar com mais de uma mulher. Por outro lado, pode colocar em desvantagem a pessoa que está em situação de

²⁸⁷ GIL, Ana Rita. *O Reconhecimento de Efeitos a Casamentos Poligâmicos*. Working Papers FDUNL, 2008. p. 35.

vulnerabilidade, e, conseqüentemente, violar direitos fundamentais²⁸⁸.

É o caso, por exemplo, da negativa do reconhecimento dos direitos previdenciários e também do não reconhecimento do vínculo para fins de direito alimentar, o que, sem dúvida, poderia colocar uma das partes, normalmente a mulher, em situação de extrema vulnerabilidade, e violaria a faceta material do princípio da igualdade.

Além disso, o casamento poliafetivo não se limita ao modelo dos países ocidentais. Em 2017, na Colômbia, um relacionamento envolvendo três homens foi levado a registro²⁸⁹. Além disso, ainda no que diz respeito à isonomia entre os envolvidos no relacionamento, parte dos estudos feministas demonstram que a desigualdade é uma característica puramente contingente da prática da relação poliafetiva²⁹⁰. No campo dos

princípios, merece destaque o princípio da diversidade cultural, que consiste na exigência do respeito às formas originais e identidades dos indivíduos envolvidos em um fato pluriconectado, a fim de que se evite a hegemonia da visão de mundo de um Estado apenas²⁹¹. E um Estado democrático não deveria impor qualquer prática cultural como obrigatória, o que implicaria um etnocentrismo contrário à liberdade de escolha dos modos de vida²⁹².

Dessa forma, dizer que há violação da ordem pública, principalmente da interna, pelo fato de o Poder Público ter criado uma norma que prevê casamento entre duas pessoas, não deve prosperar. A soberania deve ser vista como parte da ordem pública, como mencionado, mas o principal ponto é o respeito da grande baliza do direito, a dignidade humana, de forma que não reconhecer um casamento poliafetivo pode ferir direitos essenciais, como o direito à alimentação e, por consequência, à saúde. Afinal, caso um indivíduo faleça e viva em união estável com uma mulher e seja casado com outra, o que pode ser

²⁸⁸ GIL, Ana Rita. *Op. Cit.* p. 35.

²⁸⁹ BBC. Como relacionamentos poliafetivos estão quebrando tabus. 25 julho 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40687468>. Acesso em: 13/03/2020.

²⁹⁰ May, Simon Căbulea. Liberal Feminism and the Ethics of Polygamy. Forthcoming in Daniela Cutas and Sarah Chan, eds., *Exploding the Nuclear Family Ideal*, London: Bloomsbury Academic, 2012, p. 5. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20140429045521/http://www.simonmay.net/LFEP.pdf>. Acesso em: 15. 03. 2020.

²⁹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 102.

²⁹² ROTONDANO, Ricardo Oliveira. Cultura e ética na formação familiar: a poligamia e a sua repressão no ocidente. *Revista de Bioética y Derecho*. 2016; 38: 87-99, p. 97.

desconhecido por elas, será que é justo uma delas não ter direito à pensão por morte? O que mais protege direitos aqui? Entende-se que a concessão de parte para uma e parte para a outra se faz mais justa e é capaz de proteger o ser humano em sua integridade. Destaca-se que, como já enfatizado, não existem normas proibitivas.

No que concerne aos costumes, é possível dizer que ainda não há um total reconhecimento das múltiplas formas de família hoje. Todavia, mesmo que a sociedade não queira reconhecer, elas existem e devem ser consideradas, caso contrário direitos fundamentais são feridos. Além do mais, ainda é muito presente na sociedade a existência de relações em que uma das partes possui mais de um relacionamento e que, quando desconhecido e passa a ser descoberto, há, inicialmente, certa problematização social, mas, por outro lado, não há uma penalização, o que faz questionar se os costumes não estão sendo alterados.

CONCLUSÃO

Os tribunais brasileiros possuem entendimento conservador no sentido de admitir o reconhecimento do casamento poligâmico em território nacional. Explicações para essa resistência do

judiciário brasileiro são várias, tanto de ordem religiosa, como por exemplo, a influência do catolicismo na consolidação das regras de direito pátrio, bem como cultural e social, associado à ideia de prevalência da cultura ocidental à oriental.

No entanto, o que se sugere, no âmbito do Direito Internacional Privado, é que o vínculo poliafetivo, aceito em outras culturas, seja também reconhecido no Brasil, tendo em vista a necessidade de abertura para o reconhecimento de novas formas de relações privadas e públicas em um contexto de encurtamento de distâncias e trocas culturais.

A solução que prima pela dogmática jurídica se mostra incompleta e incapaz de solucionar casos complexos; assim, a aplicação dos princípios merece destaque, para contornar a rigidez do sistema. Entendimento diverso poderá dar margem a violações de direitos fundamentais e direitos humanos.

REFERÊNCIAS:

BARTIN, E. *Principes de droit international privé*. Paris, Éditions Domat- Montcherestien, 1930, nota 03, p. 266-267 apud RAMOS, André de Carvalho, *op.cit.*
BBC. Como relacionamentos poliafetivos estão quebrando tabus. 25

- julho 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40687468>>. Acesso em: 13/03/2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp nº 1157273. Ministra Nancy Andrighi. DJE 07/06/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0>>. Acesso em 13.03.2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 3. Camara Criminal. Processo nº 70077781896. Agravante: EDUARDO GRISOTTI. Relator: DES. DIOGENES V. HASSAN RIBEIRO. Rio Grande do Sul, RS, 18 de maio de 2018. Acesso em: 13.03.2020.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Curso de Direito Internacional Privado, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. Poliafetividade, alguém duvida que existe? Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_552\)poliafetividade.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_552)poliafetividade.pdf)>. Acesso em: 13/03/2020.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. RJ, 1979.
- FERNANDES, Luciana Medeiros. Soberania & Processos de Integração: o novo conceito de soberania em face da globalização – uma abordagem especial quanto às realidades de integração regional. Curitiba: Juruá, 2007.
- GIL, Ana Rita. *O Reconhecimento de Efeitos a Casamentos Poligâmicos*. Working Papers FDUNL, 2008.
- IBDFAM. NOTÍCIAS. Família Poliafetiva e especialistas reagem a decisão do CNJ. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Família+poliafetiva+e+especialistas+reagem+à+decisão+do+CNJ>>. Acesso em: 13/03/2020.
- MAY, Simon Căbulea. Liberal Feminism and the Ethics of Polygamy. Forthcoming in Daniela Cutas and Sarah Chan, eds., *Exploding the Nuclear Family Ideal*, London: Bloomsbury Academic, 2012, p. 5. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20140429045521/http://www.simonmay.net/LFE_P.pdf>. Acesso em: 15/03/2020
- POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. "Descortinando Invisibilidades: União Poliafetiva." *Revista De Direito De Família E Sucessão* 2, no. 1 (2016). Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/861>>. Acesso em: 13/03/2020.
- RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direito Internacional Privado. São Paulo: Saraiva, 2018.
- REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. C. elementar. 17e. SP: Saraiva, 2018.
- ROSA, Angélica Ferreira; DE OLIVEIRA, José Sebastião. As relações poliafetivas são permitidas no direito de família brasileiro? *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 26, p. 204, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/871>>. Acesso em: 13/03/2020.
- ROTONDANO, Ricardo Oliveira. Cultura e ética na formação familiar: a poligamia e a sua repressão no ocidente. *Revista de Bioética y Derecho*. 2016; 38: 87-99.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª Edição, São Paulo: LTr, 2000.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial por um novo *jus gentium*, o direito internacional da humanidade. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1284>>. Acesso em: 09/03/2020.

VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado, v.I, 2. RJ: Freitas Bastos, 1977.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Ordem Pública no Direito Internacional Privado e a Constituição. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1356/1218>>. Acesso em: 08/03/2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>>. Acesso em: 13/03/2020.

ZAMATARO, Yves. União Poliafetiva – ficção ou realidade? 2 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/218321/uniao-poliafetiva-ficcao-ou-realidade>>. Acesso em: 13/03/2020.

**FUNDAMENTOS PARA A
ADMISSIBILIDADE DO
DIVÓRCIO UNILATERAL
PERANTE O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

*Daniel Dela Coleta Eisaqui*²⁹³

*Manuela Cibim Kallajian*²⁹⁴

RESUMO

O presente artigo analisa o divórcio impositivo em comparação com o direito brasileiro. Segundo uma metodologia dedutiva e de acordo com a doutrina e a jurisprudência, defende-se a possibilidade de se admitir o divórcio unilateral. Para isso, é exposto o conteúdo jurídico dos princípios da autonomia da vontade, da liberdade de associação, da afetividade, e também o devido processo legal aplicado ao divórcio. Assim, com base na emancipação que marca a evolução do direito das famílias, a compreensão de que o divórcio é um direito potestativo permite que este seja realizado de forma unilateral diretamente no Cartório de Registro Civil, sem formalismos e necessidade de anuência do outro cônjuge.

²⁹³ **Daniel Dela Coleta Eisaqui.** Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e ao Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Advogado.

²⁹⁴ **Manuela Cibim Kallajian.** Doutora e Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Advogada.

Palavras-chave: Direito das Famílias. Divórcio. Autonomia da Vontade. Princípio da Afetividade. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This paper analyses the “unilateral divorce” in comparison with the Brazilian law. According to a deductive approach and in accordance with the legal doctrine and jurisprudence, it’s argued in favor of the admissibility of the “unilateral divorce”. To this end, it’s exposed the legal content of the principles of autonomy of will, freedom of association, affectivity, as well the due process of law applied to divorce. In this way, based on the empowerment and liberation which have marked the evolution of family law, the understanding of divorce as unilateral right, allows its implementation directly at the Public Civil Registry, without formalities or need for the consent of the other spouse.

Keywords: Family Law. Divorce. Autonomy of Will. Principle of affectivity. Access to Justice.

INTRODUÇÃO

O direito das famílias brasileiro se viu em 2019 revolto pela introdução da modalidade impositiva ou unilateral do divórcio. Previsão das Corregedorias Geral de Justiça de Pernambuco e Maranhão, passou-se a admitir, nos respectivos estados, que o cônjuge desinteressado na manutenção do vínculo obtivesse a averbação do divórcio diretamente no Cartório, sob

manto único de sua própria declaração de vontade.

Cassado o instituto pelo Conselho Nacional de Justiça, sucedeu o discussão incipiente, acompanhada de previsão legislativa voltada a consagrar o divórcio impositivo no Código de Processo Civil. Ante o cenário normativo que se avizinha *de lege ferenda*, o presente artigo debruça-se sobre o divórcio impositivo, a fim de legitimá-lo à luz do direito positivo brasileiro, tanto em sede constitucional quanto segundo a axiologia infraconstitucional.

Desta forma, segundo uma metodologia dedutiva embasada em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, apresenta-se o divórcio impositivo como estágio evolutivo do direito das famílias, segundo o reconhecimento do divórcio enquanto direito potestativo do cônjuge. Neste sentido, o tópico primeiro discorre sobre a evolução do direito das famílias, segundo um desiderato de emancipação e autonomização, em proveito do divórcio enquanto direito potestativo.

Os segundo e terceiro tópicos analisam a previsão do divórcio impositivo pela via dos provimentos emanados das Corregedorias de Justiça de Pernambuco e Maranhão, as razões de sua cassação pelo Conselho Nacional

de Justiça e os contornos teóricos previstos no Projeto de Lei nº 3457/2019.

O quarto tópico do presente artigo apresenta fundamentos jurídicos para reconhecimento da admissibilidade do divórcio impositivo no Direito brasileiro, a partir dos princípios da autonomia; da liberdade de associação; da afetividade, discorrendo ainda sobre a ausência de colisão com o devido processo legal, sob o manto da atual compreensão do acesso à Justiça.

Encaminha-se assim pela admissibilidade e necessidade da introdução do divórcio impositivo no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto medida consentânea ao estado da arte do direito das famílias, bem como em razão de sua compatibilidade com a axiologia e dogmática do direito pátrio.

1. A AUTONOMIZAÇÃO COMO PARADIGMA DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS E O DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades”, lê-se em Luís de Camões. No âmbito jurídico, o Direito, como elemento de conformação social, é filho do tempo, embora nem sempre acompanhe incontinenti os reclamos das

eras e, não raro, acolha as mudanças imperiosas com acentuado descompasso.

Miguel Reale, ao expor os motivos do Código Civil de 2002, assentou que “o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a (...) a renovação dos códigos atuais (...) pela inadequação de seu conteúdo à realidade social contemporânea”.²⁹⁵

Segundo as diretrizes fundamentais que expusera, e que permanecem como baliza axiológica da evolução jurígena, há de se atualizar o ordenamento jurídico em vistas a “dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual”.²⁹⁶

No mesmo sentido, para o Professor Pietro Nardella-Dellova, mister que os institutos “sejam adequados e entrem em harmonia com a realidade dos tempos atuais”²⁹⁷, no que

é secundado por Glícia Édeni de Lima Teixeira e Fernando Menezes Lima, para os quais “o ordenamento jurídico pátrio deve evoluir de modo a acompanhar a dinâmica das transformações sociais”.²⁹⁸

E por assim ser, em sede do Direito das Famílias, a anterior “valorização do patriarcalismo, que implicava a exclusão dos interesses dos demais membros da família e a prevalência do patrimônio em detrimento das relações”, cedeu espaço para “a busca permanente pela realização das pessoas, valorizando-se, assim, o princípio da afetividade”.²⁹⁹

A evolução do Direito das Famílias, a bem da verdade, pode ser definida segundo um paradigma de autonomização. Com efeito, a busca por liberdade se consolida como o leitmotiv das grandes revoluções da humanidade.

²⁹⁵ BRASIL. Senado Federal. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Secretaria Especial De Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso 31 jan. 2020, p. 23-24.

²⁹⁶ BRASIL. Senado Federal. **Novo código civil**, op. cit., p. 25.

²⁹⁷ NARDELLA-DELLOVA, Pietro. A título de introdução: Direito Civil e Constituição. **Revista de Direito Civil**, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-v1.pdf>. Acesso 31 jan. 2020, p. 5.

²⁹⁸ TEIXEIRA; Glícia Édeni de Lima; LIMA, Fernando Menezes. Adoção homoparental no contexto social brasileiro. **Revista de Direito Civil**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em:

<http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-vol1-num2.pdf>. Acesso 03 fev. 2020, p. 59.

²⁹⁹ NARDELLA-DELLOVA, Pietro *et al.* Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. **Revista de Direito Civil**, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-v1.pdf>. Acesso 31 jan. 2020, p. 170.

Para além da liberdade em relação ao Estado, que orientou a ação sociopolítica nos séculos XVIII-XIX, a evolução histórica da civilização conduziu a um processo de liberação dos costumes, sexualidade e relacionamentos interpessoais, em um reconhecimento da liberdade também no espaço privado, associada, neste tocante, à igualdade.

Neste passo, “seguindo este viés revolucionário de conduta, a sociedade gradualmente adquiriu mais liberdade para estabelecer seus próprios vínculos familiares”.³⁰⁰

Reesoando Giddens, a sociedade atravessou um processo de transformação da intimidade consubstanciado exatamente na adoção de uma perspectiva emancipatória, autonomizada, em proveito de uma “ética da vida pessoal que torna possível uma conjunção de felicidade, amor e respeito pelos outros”.³⁰¹

Na leitura do sociólogo britânico, trata-se da democratização da vida pessoal, isto é, “a realização bem-sucedida do projeto reflexivo do eu” e a

configuração dos “limites pessoais necessários à administração bem-sucedida dos relacionamentos”.³⁰²

Como expressão dessa democratização e consequência da evolução autonomizante pela qual passaram as relações intersubjetivas e, por conseguinte, o Direito das Famílias, a previsão do divórcio, e a autorização à mulher tomar a iniciativa, “tem um importante efeito de equilíbrio”, limitando “a capacidade do marido de impor o seu domínio”, de modo a contribuir “para a transformação do poder coercitivo em comunicação igualitária”.³⁰³

O que se assenta, como reconhecido pelo Ministro Ayres Britto no voto proferido em sede da ADPF nº 132, é que a afetividade, hoje consagrada como fundamento último das relações familiares, “faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa”, sendo um verdadeiro direito potestativo.³⁰⁴

³⁰⁰ TEIXEIRA; Glícia Édeni de Lima; LIMA, Fernando Menezes. Adoção homoparental no contexto social brasileiro, op. cit., p. 62.

³⁰¹GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 199.

³⁰²GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**, op. cit., p. 206.

³⁰³ GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade**, op. cit., p. 208.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, J. 05/05/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginad>

No plano de direito positivo, efetivamente, a axiologia constitucional de 1988, em ruptura com o modelo patriarcal de 1916,

*consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.*³⁰⁵

A bem da verdade, a evolução do Direito das Famílias pautou-se segundo a ótica pela qual cabe “ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios”.³⁰⁶

Neste passo, a ressoar o voto do Ministro Ayres Britto no Recurso Extraordinário nº 227.114, “A Constituição sai em defesa, em socorro de segmentos sociais historicamente

desfavorecidos”, sob o manto “[d]essa necessidade de corrigir desníveis injustos, preconceituosos, desníveis de gênero”.³⁰⁷

De fato, ante tal diretriz, diversos dispositivos constitucionais e legais consubstanciaram a evolução emancipatória das relações familiares, a exemplo da previsão da liberdade, do bem-estar e da igualdade no preâmbulo da Constituição; a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação (CF, art. 3º, IV); a igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I e art. 226, § 5º; Código Civil, art. 1.511 e art. 1.567); o artigo 1.513 do Código Civil, que veda a intervenção na comunhão de vida familiar.

Sob a égide da concretização da dignidade da pessoa humana, passou-se a compreender, ao menos de forma teórica, “que estar-se-á desrespeitando a dignidade humana sempre que houver a desnaturação do homem como um fim em si mesmo, sendo convertida a pessoa em instrumento para fins alheios”.³⁰⁸

or.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso 01 fev. 2020, p. 32.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**, op. cit., p. 63.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**, op. cit., p. 66.

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 227.114**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. J. 22/11/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1740750>. Acesso 01 fev. 2020, p. 8.

³⁰⁸ EISAQUI, Daniel Dela Coleta. **Revisão judicial dos contratos: a teoria da**

E por assim ser, o casamento e a família descolam-se da supremacia patriarcal, para se estabelecerem como um instrumento de realização afetiva, segundo o direito à felicidade, concebendo-se a realização existencial mútua dos cônjuges.

Vale dizer, não se admite permanecer-se um cônjuge vinculado à relação matrimonial ou familiar por força de necessidade ou coação física, psíquica, espiritual ou socioeconômica em relação ao outro polo da entidade familiar – situação esta que resumiria um dos cônjuges em mero instrumento para o projeto de vida do outro, em desrespeito a sua própria dignidade enquanto ser humano.

Via de consequência, conforme justificativa na exposição de motivos da PEC nº 413/2005, que redundou na Emenda nº 66/2010, desaparecido o afeto e fenecido o amor, resta a via do divórcio, sem maiores elucubrações e justificações senão o desamor, a incompatibilidade de gênios, a insuportabilidade da vida em comum e a insustentabilidade da relação conjugal.³⁰⁹

imprevisão no Código Civil Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2019, p. 61.

³⁰⁹ BISCAIA, Antonio Carlos. **Proposta de Emenda Constitucional n. 413/2005**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb>

De se frisar, por oportuno, que a justificação com base na incompatibilidade, insuportabilidade ou insustentabilidade não conduzem à perquirição das razões profundas da dissociação conjugal, mas tão somente se apresentam como expressão da manifestação de vontade do cônjuge que pleiteia o desfazimento do laço matrimonial.

Assume, pois, o divórcio, natureza de direito potestativo, sendo possível “a qualquer tempo, sem prazos, de forma direta, sem discussão de culpa, sendo irrelevante se uma das partes não deseja divorciar-se (...) bastando a comprovação do casamento.”³¹⁰ Como reconhecido na doutrina, “entender e definir o instituto do divórcio como um direito potestativo é garantir a primazia dos princípios da liberdade, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, que tem o direito de escolha com base na afetividade”.³¹¹

/prop_mostrarintegra;jsessionid=40988A7C31D66C040D882C4058E13359.proposicoesWebExterno1?codteor=315665&filename=PEC+413/2005. Acesso 01 fev. 2020.

³¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1004548-75.2018.8.26.0663**; Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; 8. Câmara de Direito Privado; J. 27/01/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13249376&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.

³¹¹ FERNANDES, Beatriz Scherpinski; NAKAYAMAN, Juliana Kiyosen. Divórcio

Na esteira das razões ora expendidas, exsurge o instituto do “direito unilateral” ou “direito impositivo”, previsto originariamente em sede de provimento das Corregedorias dos Tribunais de Justiça dos Estados de Pernambuco e do Maranhão, cassado pelo Conselho Nacional de Justiça e apresentado no Senado Federal como Projeto de Lei.

2.DA PREVISÃO DO “DIVÓRCIO UNILATERAL” PELOS PROVIMENTOS Nº 06/2019 DE PERNAMBUCO E Nº 25/2019 DO MARANHÃO

Diante da natureza potestativa do divórcio no atual estágio do Direito, busca-se a desburocratização e, ante a crise do Poder Judiciário, pretende-se a desjudicialização das controvérsias, através da adoção de métodos alternativos, extrajudiciais, em um sistema multiportas de acesso à Justiça.

Sob esta *ratio essendi*, os estados de Pernambuco e do Maranhão, por força de provimentos emanados das respectivas Corregedorias Geral de Justiça, disciplinaram o instituto

impositivo: considerações acerca de sua aplicabilidade no Brasil. In: BERTOLAZO, Ivana Nobre; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen (org.). **Contexto jurídico das novas famílias do século XXI**. Vol. II. Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 31.

denominado de “divórcio unilateral” ou “divórcio impositivo”.

Em Pernambuco, o Provimento nº 06/2019, de 29 de abril de 2019, enunciou em seu artigo 1º, *caput*, que “qualquer dos cônjuges poderá requerer, perante o Registro Civil, em cartório onde lançado o assento do seu casamento, a averbação do seu divórcio, à margem do respectivo assento, tomando-se o pedido como simples exercício de um direito potestativo do requerente”.³¹²

A teor do parágrafo 1º, tal recurso jurídico “é facultado somente àqueles que não tenham filhos de menor idade ou incapazes, ou não havendo nascituro e, por ser unilateral, entende-se que o requerente optou em partilhar os bens, se houver, a posteriori”.³¹³ Previu-se, ademais, a notificação do outro cônjuge, tão somente a fim de ciência, após a qual, em cinco dias, proceder-se-á à efetivação da averbação de divórcio.

Conforme dicção do artigo 4º, outras posições jurídicas deverão ter seu exercício apreciado em sede

³¹² PERNAMBUCO. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento n. 06/2019**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190520-15.pdf>. Acesso 02 fev. 2020.

³¹³ PERNAMBUCO. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento n. 06/2019**, op. cit.

jurisdicional, ou por escritura pública, em havendo consenso.

No Maranhão, o Provimento nº 25/2019, de 20 de maio de 2019, igualmente instituiu o divórcio impositivo, disciplinando seu procedimento no mesmo sentido delineado pela CGJ de Pernambuco.³¹⁴ Tem-se, em termos de diretriz norteadora da previsão de tal instituto, que a sociedade “busca cada vez mais rapidez e efetividade na concretização de seus direitos”, prestando-se o divórcio impositivo a assegurar “a celeridade, desburocratização, menor prolongamento da dor dos envolvidos e desafogamento do Poder Judiciário”.³¹⁵

3. A RECOMENDAÇÃO Nº 36/2019 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PROJETO DE LEI Nº 3457/2019

Apesar do vanguardismo capitaneado pelas Corregedorias de Justiça de Pernambuco e do Maranhão, o instituto do divórcio impositivo restou proibido por força da Recomendação nº

36/2019 do Conselho Nacional de Justiça.

Consoante os “considerando” que justificaram a indigitada recomendação, a resistência do Conselho Nacional de Justiça se sustentou nos argumentos de que competiria à União legislar sobre direito civil e direito processual; a previsão do procedimento de divórcio pelo Código de Processo Civil e a impossibilidade de se criarem novas modalidades de divórcio extrajudicial sem amparo legal.³¹⁶

A Recomendação nº 36/2019 do Conselho Nacional de Justiça, em verdade, foi emanada em decorrência do Pedido de Providências nº 0003491-78.2019.2.00.0000, no qual se decidiu pela impossibilidade do divórcio impositivo sob os argumentos de que: (a) o divórcio impositivo nada mais seria senão uma forma de divórcio litigioso, a qual somente encontra possibilidade de proceder-se judicialmente; (b) divórcio extrajudicial demanda o consenso; (c) “o simples requerimento unilateral não é título com força suficiente para autorizar que o ato averbatório desfaça a sociedade

³¹⁴ MARANHÃO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento n. 25/2019**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190523-07.pdf>. Acesso 02 fev. 2020.

³¹⁵ FERNANDES, Beatriz Scherpinski; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Divórcio impositivo**, op. cit., p. 32.

³¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 36/2019**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_36_30052019_04062019134250.pdf. Acesso 02 fev. 2020.

conjugal e o vínculo do matrimônio”;

(d) competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual e

(e) que a potestitividade do direito somente é viável de reconhecimento por via jurisdicional.³¹⁷

Em que pese a reserva de competência à União para legislar sobre direito civil e processual, os argumentos expendidos em sede do pedido de providências não se afirmam quando sopesadas com o ordenamento jurídico e o sentido doutrinário em voga. Quer-se dizer, com as devidas vênias, que ainda que se admita o vício de competência, os demais argumentos assentados pelo Ministro Corregedor em sua decisão, de cunho material, não logram êxito em obstar a admissão do divórcio impositivo.

Isto pois, em que pese a ausência de consenso, tal não há de ser erigido a impeditivo à introdução da modalidade impositiva ou unilateral do divórcio, pois tal se sustenta sobre manifestação de vontade do cônjuge a quem não lhe apraz permanecer na relação conjugal.

Desta feita, outrossim, ainda que se proceda pela via extrajudicial, esta

³¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências n. 0003491-78.2019.2.00.0000**. Rel. Min. Humberto Martins. J. 31/05/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso 02 fev. 2020.

não há que se embasar na existência de consenso, pois, repita-se, o elemento central do divórcio na atual conformação jurídica é a já mencionada manifestação de vontade dissociativa.

Portanto, ao revés do consignado na decisão em testilha, o simples requerimento é bastante para viabilizar a averbação de divórcio, haja vista que consubstancia manifestação de vontade para o exercício de direito potestativo, cujo cumprimento depende única e exclusivamente de vontade unilateral, sem abertura a contestações.³¹⁸

Efetivamente, já se reconheceu na jurisprudência que, em sendo direito potestativo, seu exercício basta pela manifestação de vontade de um dos polos da relação, sendo desnecessária a manifestação de vontade de ambos.³¹⁹ Neste diapasão, então, não há razão para se sustentar que o direito potestativo somente aceita reconhecimento jurisdicional, pois a potestitividade é questão afeta à natureza jurídica do direito, e não relativa à forma de

³¹⁸FERNANDES, Beatriz Scherpinski; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Divórcio impositivo**, op. cit., p. 29.

³¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1004021-58.2013.8.26.0127**; Relator (a): James Siano; 5ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/06/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=11568872&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.

exercício, de modo que “os direitos potestativos se exercitam e atuam, em princípio, mediante simples declaração de vontade do seu titular, independentemente de apelo às vias judiciais, e, em qualquer hipótese, sem o concurso da vontade daquele que sofre a sujeição”.³²⁰

Em igual sentido, “em algumas situações deve ser privilegiada a autonomia privada, não sendo mais necessária a chancela do Poder Judiciário para que seja juridicamente válida a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal”.³²¹

De todo modo, ante a adequação social, e a possibilidade jurídica perante o ordenamento pátrio, a fim de ultrapassar o empecilho suscitado em relação à competência, o Senador

³²⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. Memória do Direito Civil: Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, abril/jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec/a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.7.15.PDF. Ac. 02 fev. 2020, p. 6.

³²¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**, vol. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>. Acesso 03 fev. 2020, p. 140.

Rodrigo Pacheco (DEM/MG) apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 3.457/2019, com vistas a introduzir o divórcio impositivo no Código de Processo Civil, desta feita *ex lege*.

Segundo o texto proposto, adiciona-se o artigo 733-A ao Código de Processo Civil, enunciando que “na falta de anuência de um dos cônjuges, poderá o outro requerer a averbação do divórcio no Cartório do Registro Civil em que lançado o assento de casamento, quando não houver nascituro ou filhos incapazes e observados os demais requisitos legais”.³²²

A proposição, de fato, segue a norma apresentada nos provimentos pernambucano e maranhense, disciplinando, tal qual, o instituto, de modo a prever subscrição pelo interessado e por advogado; notificação ao cônjuge não anuente e posterior efetivação da averbação; e a impossibilidade de cumulação com qualquer outra pretensão.

4. O DIVÓRCIO UNILATERAL E SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

³²² PACHECO, Rodrigo. **Projeto de Lei n. 3457, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7964616&ts=1572358707969&disposition=inline>. Acesso 02 fev. 2020.

Ante o histórico noticiado nos itens anteriores, e as críticas que se apresentam em relação ao novel instituto³²³, algumas já refutadas³²⁴, em que pese a resistência à introdução do divórcio impositivo ou unilateral, sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro é clarividente.

Segundo uma interpretação sistemática e global do ordenamento jurídico, à luz dos princípios fundantes do ordenamento jurídico pátrio, a introdução do divórcio impositivo não contraria o espírito legislativo em vigor, conforme se verifica pela incidência de princípios constitucionais e princípios legais.

³²³ Cf. COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. *Revista Consultor Jurídico*, 30 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egrave-risco-cultura-pacificacao>. Acesso 02 fev. 2020.

³²⁴ BRITO, Rodrigo Toscano de. **Divórcio impositivo**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo#_%20ftn1. Acesso 02 fev. 2020; DELGADO, Mário Luiz. **Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas**. Disponível em: <https://www.marioluizdelgado.com/index.php/cat-meus-artigos/167-impedir-a-declaracao-unilateral-de-divorcio-e-negar-a-natureza-das-coisa>. Acesso 04 fev. 2020; TARTUCE, Flávio. **O divórcio unilateral ou impositivo**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral-ou-impositivo>. Acesso 04 fev. 2020.

Por opção metodológica, não se invocará, no presente, a dignidade humana como autorização jurídica ao divórcio impositivo. Não obstante a importância axiológica e dogmática que possui este postulado, com reconhecida resiliência e plasticidade, seu campo de conteúdo jurídico abrange inequivocamente o instituto em comento, cujo escopo é exatamente o de concretizar tanto a autonomia do cônjuge quanto o seu tratamento humanitário, na medida em que evita a instrumentalização em proveito das conveniências morais e sociais do outro cônjuge, quanto evita situações deletérias ao cônjuge que pleiteia divorciar-se.

Assim sendo, tratar-se-á do princípio da autonomia privada, da liberdade de associação, do princípio da afetividade; em segundo momento, sopesar-se-á o princípio do Acesso à Justiça, ora entendido como Acesso à Ordem Jurídica Justa; em relação ao devido processo legal, enquanto contraditório e ampla defesa.

4.1. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia da vontade, ou autonomia privada, tem sua origem no

pensamento kantiano da autodeterminação, sintetizado por John Stuart Mill como sendo “buscar o próprio bem pelo próprio caminho” porquanto “cada um é o próprio guardião da própria saúde, seja ela física, mental ou espiritual”.³²⁵

No sentido prático, autonomia significa que “as pessoas devem ter oportunizado o direito de se autodeterminar e de viver, seguindo suas escolhas de vida”.³²⁶

Transposto para o direito das famílias, o princípio da autonomia privada procede a uma nova valoração da concepção de família, descolada de um viés ensimesmado, patriarcal e reprodutivo, para assentar-se enquanto instrumento da realização existencial dos seres humanos. Portanto, no atual estado da arte, não se vislumbra obrigatoriedade na composição familiar, tampouco obrigatoriedade em

permanecer vinculado a uma entidade familiar. Ademais, a própria composição familiar deixa de ser formatada segundo padrões tradicionais triangulares – pai, mãe e filhos – abrindo-se àqueles que optam pela constituição de uma família, o direito de compô-la da maneira que melhor lhes aprouver.

Nesta sorte de ideias, o divórcio passa a ser manifestação da autonomia privada nas relações familiares, e tanto mais o divórcio impositivo, haja vista que a decisão de dissociação conjugal, e sua efetividade prática, não dependem do outro cônjuge, mas se concretizam como expressão da autonomia privada do cônjuge a quem não mais apraz permanecer no enlace familiar. Vale dizer, divorciar-se, como direito potestativo que é, aperfeiçoa-se pela vontade autônoma do cônjuge, e não da intenção consensual de ambos os polos da relação, de modo que se concretiza ainda que o outro cônjuge, por quaisquer razões que sejam, intente permanecer casado.

Em suma, há de se reconhecer a autonomia da vontade como sustentáculo do divórcio impositivo, na medida em que a decisão de se divorciar, como exclusividade do cônjuge, expressa seu direito existencial de prover sua felicidade pessoal nos

³²⁵ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000210.pdf>. Acesso 03 fev. 2020, p. 16.

³²⁶ GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de Menezes. O direito das famílias e seu possível retrocesso – uma violação ao princípio da dignidade humana, ao princípio da felicidade e ao direito à liberdade. **Revista de Direito Civil**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-vol1-num2.pdf>. Acesso 03 fev. 2020, p. 106.

moldes que lhe parecerem adequados, oportunos e necessários.

4.2. A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

Prevista no artigo 5º, inciso XX da Constituição Federal, a liberdade de associação, *ex vi* do dispositivo constitucional, possui parâmetro positivo e parâmetro negativo. Isto é, tanto permite negar-se a ingressar em qualquer associação (parâmetro negativo, o “não fazer”), como ainda permite o dissociar-se (parâmetro positivo, o “fazer”).

Não obstante o sentido específico da norma, tal preceito se habilita enquanto paradigma argumentativo, a fim de legitimar que, mesmo em relações matrimoniais, passíveis de serem compreendidas enquanto uma espécie de associação, pois não deixam de ser uma aglutinação de seres humanos, não há como se admitir qualquer meio de manutenção do cônjuge ligado ao vínculo conjugal.

Porquanto de tal circunstância, o divórcio impositivo representa expressão da liberdade de associação, no viés de desvinculação associativa, na medida em que, se ninguém poderá ser compelido a permanecer associado, ainda que seja uma relação conjugal, consagra-se a decisão de se dissociar

como estando a cargo único e exclusivo do cônjuge interessado, com exercício desvinculado de maiores formalidades.

Efetivamente, com as devidas adequações, já manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo no sentido de que “Malgrado a singeleza de tais documentos, eles têm força de notificação e demonstram, de forma inequívoca, o desejo da apelada de se desligar da associação”.³²⁷

E nesse sentido, a notificação prevista no procedimento instituído pelos provimentos nº 06/2019, da CGJ de Pernambuco, e nº 25/2019, da CGJ do Maranhão, e constante igualmente do procedimento previsto no projeto de lei nº 3457/2019, se habilita a concretizar, no plano formal, a comunicação da vontade de dissociação.

De se frisar, no entanto, que a notificação é meramente unilateral, não sendo necessária resposta, nem se admitindo oposição do cônjuge comunicado, haja vista que “se assim o fosse, o desligamento da apelada ficaria condicionado ao puro arbítrio” do outro cônjuge, “e poderia subsistir

³²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0005952-93.2013.8.26.0457.** Relator(a): Rosangela Telles; 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 09/02/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=8198978&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.

eternamente, o que não é admitido pelo nosso ordenamento jurídico”.³²⁸

4.3. O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Com a evolução da sociedade e dos paradigmas que informam o direito das famílias, a concepção do fundamento e da razão de ser da entidade familiar, e dos vínculos sociais de maneira geral, transmudaram-se. Da visão patrimonialista e patriarcal que instruíra o direito sob égide do Código Civil de 1916, passou-se a compreender o afeto como elemento de ligação entre os indivíduos.

Conforme acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, a entidade familiar se justifica sob manto “da mais qualificada das empatias, porque envolve numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade”.³²⁹

Na leitura sustentada pelo tribunal constitucional brasileiro, “em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre

os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar”.³³⁰

Neste diapasão, portanto, em sendo o afeto o elemento central de formação do laço familiar, torna-se igualmente o mote de manutenção desta entidade familiar, de modo que, findo o afeto, não se justifica a manutenção do vínculo conjugal, restando a via do divórcio.

O que se quer dizer, de fato, é que, à luz do princípio da afetividade, o desaparecimento de tal sentimento é o único fio condutor e a única questão subjacente à decisão do divórcio, não havendo razão para formalismos tamanhos para que seja reconhecido o desfazimento da relação. Por conseguinte, então, o divórcio impositivo vem ao encontro dos ditames decorrentes da assunção da afetividade como paradigma axiológico do direito das famílias.

4.4. O PRINCÍPIO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIVÓRCIO

³²⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0005952-93.2013.8.26.0457**, op. cit.

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**, op. cit., p. 39.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**, op. cit., p. 208.

Uma última questão que sucede à temática em digressão é o devido processo legal, princípio de estatura constitucional, enunciado no artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição e replicado nos artigos 7º e 9º do Código de Processo Civil.

Doutra sorte, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, apregoou a inafastabilidade da Jurisdição, preceito que passou a ser compreendido como “Acesso à Justiça” e hoje se conforma como “Acesso à Ordem Jurídica Justa”, na esteira dos estudos de Kazuo Watanabe.³³¹

Neste sentido, por conseguinte, “falar-se em acesso à Justiça significa (...) buscar procedimentos que resguardem a proteção dos direitos das pessoas comuns e conduzam a decisões justas e equânimes”.³³² Vale dizer, neste desiderato, que se busca a “adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas”.³³³

Efetivamente, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em clássica obra a respeito do acesso à Justiça, assentaram

³³¹ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça). Processos Coletivos e outros estudos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

³³² EISAQUI, Daniel Dela Coleta. **Revisão judicial dos contratos**, op. cit., p. 65.

³³³ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**, op. cit., p. 82.

a premissa de que tal desiderato perpassa pela simplificação do direito, isto é, “tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico”, tendo os autores exemplificado com a eliminação da culpa no divórcio.³³⁴

Desta sorte, o divórcio impositivo se conforma às balizas de acesso à Justiça conforme delineado por Cappelletti e Garth, bem como se amolda à noção de procedimento adequado de que fala a doutrina contemporânea.

Em relação ao devido processo legal, não se verifica qualquer ofensa à Constituição pelo procedimento instituído para o divórcio impositivo, haja vista tratar-se o divórcio de verdadeiro direito potestativo da parte, conforme já explicitado ao longo do presente. A bem da verdade, a questão específica da dissolução do vínculo conjugal não se sujeita ao contraditório e à ampla defesa, assentando a doutrina que “sequer, o réu tem interesse em contestar a referida pretensão, justamente porque não pode atingir posição de vantagem juridicamente protegida com sua defesa”.³³⁵

³³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 156.

³³⁵ REIS, Francis Vanine de Andrade. **Divórcio potestativo e julgamento**

E por assim ser, “nem há que se cogitar na espera pela defesa, considerando que esta, em face da pretensão de resilição do contrato de casamento, será juridicamente inócua para impedir o direito potestativo do autor”.³³⁶ Tanto é, que se admite na doutrina³³⁷ e na jurisprudência³³⁸, a decretação liminar do divórcio, adotando-se, na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, o julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356)³³⁹.

fracionado do mérito no novo código de processo civil. **Revista de doutrina e jurisprudência**, ano 51, v. 107, n. 1, Brasília, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/40>. Acesso 03 fev. 2020, p. 80.

³³⁶ REIS, Francis Vanine de Andrade. Divórcio potestativo e julgamento fracionado do mérito no novo código de processo civil, op. cit., p. 80.

³³⁷ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. Parte do Judiciário já entende que é possível a autorização liminar do divórcio. **Revista Consultor Jurídico**, 8 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/opiniao-parte-judiciario-aprova-autorizacao-liminar-divorcio>. Acesso 03 fev. 2020.

³³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2279250-06.2019.8.26.0000**. Rel. Alexandre Marcondes, 3. Câmara de Direito Privado. J. 16/12/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13187505&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.

³³⁹ REIS, Francis Vanine de Andrade. Divórcio potestativo e julgamento fracionado do mérito no novo código de processo civil, op. cit., p. 80.

Diante das razões expendidas, constata-se que a decretação do divórcio não se sujeita ao contraditório e à ampla defesa, por se limitar ao desfazimento do vínculo, e, como tal, possui natureza jurídica potestativa.

Efetivamente, os direitos patrimoniais do cônjuge, bem como a fixação de guarda, visitas e eventual dever de prestação de alimentos, serão decididos mediante procedimento judicial, com observância do contraditório e da ampla defesa, de modo que inexistente qualquer ofensa à incolumidade patrimonial, resumindo-se o divórcio impositivo a declarar o desfazimento do vínculo conjugal.

Desta forma, a adoção do divórcio impositivo, ao revés de infringir o ordenamento jurídico pátrio, se revela adequada ao estado da arte e às condicionantes sociais do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de famílias resulta em uma evolução calcada no paradigma do reconhecimento da autonomia – da mulher, dos filhos, das orientações de gênero, das possibilidades de formação de entidade familiar, autonomia em relação ao caráter religioso da instituição familiar.

Não obstante isso, porém, tal evolução se dá em caráter moroso e indolente, sob as recalcitrâncias do pensamento reacionário que inadmite, relega e desatende as manifestações sociais em um apego provincianamente tacanho às formas inadequadamente tidas por “normais” e “moralmente adequadas”.

Refletido no Legislativo e, em maior ou menor medida, também no Judiciário, este pensamento conservador resta por atrasar as sociedades, degradingolando em um descompasso entre a realidade social e o arcabouço jurídico.

E por assim ser, manifestações de vanguarda restam por inquietar, exatamente na medida em que exsurtem no vácuo entre o velho que está morrendo e o novo que ainda não pode nascer, para utilizar a conhecida frase de Antonio Gramsci.

O reconhecimento do divórcio rompeu paradigmas ao soçobrar o vínculo inquebrantável do sagrado matrimônio. E com a evolução da sociedade, à qual impende corresponder a modificação do direito, ainda que sob abalo e comoção, o divórcio impositivo vem a romper os paradigmas da premência da intervenção judicial em uma seara afeta tão somente à única e exclusiva decisão autônoma do

indivíduo. Há de se convir, em arremate, que, sobretudo em matéria de direito familiar, tal qual dito por Antonio Machado, não há caminhos, estes se fazem andando.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. Memória do Direito Civil: Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, abril/jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.7.15.PDF. Acesso 02 fev. 2020.

BISCAIA, Antonio Carlos. **Proposta de Emenda Constitucional n. 413/2005**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=40988A7C31D66C040D882C4058E13359.proposicoesWebExterno1?codteor=315665&filename=PEC+413/2005. Acesso 01 fev. 2020.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MOREIRA, José Alberto Marques. Autonomia privada nas relações do direito de família. **Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**, vol. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>. Acesso 03 fev. 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências n. 0003491-78.2019.2.00.0000**. Rel. Min. Humberto Martins. J. 31/05/2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/divorcio-unilateral-pernambuco.pdf>. Acesso 02 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 36/2019**. Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_36_30052019_04062019134250.pdf. Acesso 02 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Secretaria Especial De Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, J. 05/05/2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso 01 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 227.114**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, J. 22/11/2011. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1740750>. Acesso 01 fev. 2020.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Divórcio impositivo**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6950/Div%C3%B3rcio+impositivo#_%20ftn1. Acesso 02 fev. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino de. Divórcio impositivo é grave risco à cultura da pacificação e à tutela dos vulneráveis. Revista **Consultor Jurídico**, 30 de maio de 2019. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-divorcio-impositivo-egraverisco-cultura-pacificacao>. Acesso 02 fev. 2020.

DELGADO, Mário Luiz. **Impedir a declaração unilateral de divórcio é negar a natureza das coisas**. Disponível em:

<https://www.marioluizdelgado.com/index.php/cat-meus-artigos/167-impedir-a-declaracao-unilateral-de-divorcio-e-negar-a-natureza-das-coisa>. Acesso 04 fev. 2020.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. **Revisão judicial dos contratos: a teoria da imprevisão no Código Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2019.

FERNANDES, Beatriz Scherpinski; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. Divórcio impositivo: considerações acerca de sua aplicabilidade no Brasil. In: BERTOLAZO, Ivana Nobre; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen (org.). **Contexto jurídico das novas famílias do século XXI**. Vol. II. Londrina, PR: Thoth, 2020.

GIDDENS, Anthony. **A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.

GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de Menezes. O direito das famílias e seu possível retrocesso – uma violação ao princípio da dignidade humana, ao princípio da felicidade e ao direito à liberdade. Revista de Direito Civil, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-vol1-num2.pdf>. Acesso 03 fev. 2020.

MARANHÃO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento n. 25/2019**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190523-07.pdf>. Acesso 02 fev. 2020.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Kitchener: Batoche Books Limited. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000210.pdf>. Acesso 03 fev. 2020.

- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. A título de introdução: Direito Civil e Constituição. **Revista de Direito Civil**, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-v1.pdf>. Acesso 31 jan. 2020.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro *et al.* Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. **Revista de Direito Civil**, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-v1.pdf>. Acesso 31 jan. 2020.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza. Parte do Judiciário já entende que é possível a autorização liminar do divórcio. **Revista Consultor Jurídico**, 8 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-08/opinioao-parte-judiciario-aprova-autorizacao-liminar-divorcio>. Acesso 03 fev. 2020.
- PACHECO, Rodrigo. **Projeto de Lei n. 3457, de 2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7964616&ts=1572358707969&disposition=inline>. Acesso 02 fev. 2020.
- PERNAMBUCO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento n. 06/2019**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190520-15.pdf>. Acesso 02 fev. 2020.
- REIS, Francis Vanine de Andrade. Divórcio potestativo e julgamento fracionado do mérito no novo código de processo civil. **Revista de doutrina e jurisprudência**, ano 51, v. 107, n. 1, Brasília, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/40>. Acesso 03 fev. 2020.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2279250-06.2019.8.26.0000**. Rel. Alexandre Marcondes, 3. Câmara de Direito Privado. J. 16/12/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13187505&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0005952-93.2013.8.26.0457**. Relator(a): Rosangela Telles; 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 09/02/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8198978&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1004021-58.2013.8.26.0127**; Relator(a): James Siano; 5ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/06/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11568872&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1004548-75.2018.8.26.0663**; Relator(a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; 8. Câmara de Direito Privado; J. 27/01/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13249376&cdForo=0>. Acesso 03 fev. 2020.
- TARTUCE, Flávio. **O divórcio unilateral ou impositivo**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/305087/o-divorcio-unilateral-ou-impositivo>. Acesso 04 fev. 2020.
- TEIXEIRA; Glícia Édeni de Lima; LIMA, Fernando Menezes. Adoção homoparental no contexto social brasileiro. **Revista de Direito Civil**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-vol1-num2.pdf>. Acesso 03 fev. 2020.
- WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à Justiça). Processos Coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

DIREITO AMBIENTAL E DIREITO DO CONSUMIDOR

*Camila Fernanda Pinsinato Colucci*³⁴⁰

RESUMO

Trata o presente trabalho da relação íntima existente entre o direito ambiental e o direito do consumidor. Será analisado o direito ambiental como um todo, sua natureza jurídica, princípios e autonomia metodológica. Verificar-se-á a aplicabilidade dos preceitos processuais do Código de Defesa do Consumidor aos conflitos envolvendo danos ambientais. Será feita a relação entre dano ambiental e dano ao consumidor. Demais pontos de contato também serão analisados, culminando na ideia de sustentabilidade. O conceito de sustentabilidade será dado e serão apresentados questionamentos, no sentido de se equilibrar consumo e meio ambiente, concluindo-se com a afirmação de que somente a educação ambiental pode gerar consumidores conscientes.

Palavras-chave: Meio ambiente; consumidor; direitos difusos; sustentabilidade; educação ambiental.

ABSTRACT

³⁴⁰ **Camila Fernanda Pinsinato Colucci.** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora das matérias de Direito civil e Processo civil do UniAnhietá desde o ano de 2014. Atua como advogada nas áreas de direito civil e direito da infância e juventude nas cidades de Jundiaí e São Paulo.

This paper deals with the intimate relationship between environmental law and consumer law. Environmental law as a whole, its legal nature, principles and methodological autonomy will be analyzed. The applicability of the procedural provisions of the Code of Consumer Protection to conflicts involving environmental damage will be verified. The relationship between environmental damage and consumer harm will be made. Other points of contact will also be analyzed, culminating in the idea of sustainability. The concept of sustainability will be given and questions will be presented, in the sense of balancing consumption and environment, concluding with the statement that only environmental education can generate conscious consumers.

Keywords: Environment; consumer; diffuse rights; sustainability; environmental education.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o cotejo entre o direito ambiental e o direito do consumidor, visando a demonstrar que não existe mais uma dicotomia entre esses ramos de estudo do direito. Há, na atualidade, uma intersecção entre eles, não havendo mais como resolver questões ambientais em separado de questões consumeristas.

Busca-se, assim, encontrar os principais pontos de contato entre ambos, verificando-se que o desenvolvimento da economia de forma desregrada levou à insustentável

degradação ambiental. O consumidor precisa estar ciente sobre o que está consumindo, como aquele produto ou serviço chegou ao mercado, para poder analisar se é aquilo mesmo que pretende consumir. Urge estar ciente se aquele objeto de consumo contém produtos nocivos ao meio ambiente ou se foi produzido gerando degradação ambiental, para que se possa fazer uma escolha consciente.

A própria Constituição Federal ressalta como princípio da ordem econômica tanto a defesa do consumidor quanto a defesa do meio ambiente, induzindo-se a pensar que deve haver equilíbrio entre ambos.

Demonstrar-se-á que o direito ambiental é ramo autônomo de estudo, com princípios e métodos próprios.

Ressaltar-se-á a importância da educação ambiental desde tenra idade. Após, será observado que o meio ambiente se estende para além de questões naturais, envolvendo, também, por exemplo, o espaço urbano construído (meio ambiente artificial) e o patrimônio histórico, artístico e científico (meio ambiente cultural).

Passar-se-á, após, a verificar os principais pontos de contato entre meio ambiente e consumo. Inicia-se este estudo com as regras processuais do Código de Defesa do Consumidor, que

podem ser aplicadas aos danos ambientais. O meio ambiente é classificado como direito difuso, de característica transindividual, de natureza indisponível, com titulares indeterminados, ligados entre si por circunstâncias fáticas. Tratar-se-á brevemente, ainda, da legitimidade ativa para propositura de ações por danos ambientais e os efeitos da coisa julgada nos interesses difusos.

A terceira parte do texto tratará de dano ambiental e lesão ao consumidor. Serão estudadas as relações entre estes danos, bem como os princípios do direito ambiental, especificamente os que se repetem no direito consumerista, como a precaução e a prevenção. O direito à informação será destacado, inclusive com o estudo e análise de um caso prático envolvendo rotulagem de produtos contendo organismos geneticamente modificados. Serão analisados, ainda, os arts. 36 e 51, XIV, do Código de Defesa do Consumidor.

Na quarta parte, sobre sustentabilidade, será ressaltada a necessidade do equilíbrio que precisa existir entre consumo e preservação do meio ambiente. Far-se-á histórico do termo sustentabilidade. Será feita a diferenciação entre consumo e consumismo e serão observados alguns

dos efeitos gerados pela produção desenfreada e sem cuidados com o meio ambiente. O item termina estudando empresas que são listadas como sustentáveis pela Forbes, e serão destacadas duas empresas brasileiras (Banco do Brasil e Natura) e suas políticas de sustentabilidade.

Por fim, serão apresentados alguns questionamentos como a liberdade de escolha do consumidor frente aos serviços públicos, a ideia de consumidor poluidor pagador, e a verificação de que é possível, sim, haver o consumo sustentável desde que haja vontade real para tal, destacando-se, por fim, o programa Cidades e Soluções e o conceito de floresta sintrópica de Ernst Gotsch.

1. DIREITO AMBIENTAL X DIREITO DO CONSUMIDOR

Não há como negar a relação, íntima até, envolvendo o direito ambiental e o direito do consumidor, ramos do direito por si só cientificamente autônomos.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues afirmam categoricamente que

(...), poder-se-ia imaginar que pouco tem a ver o binômio meio ambiente/consumo. Pensar desta

maneira será recair em severo erro. Isto porque, em verdade, a associação da equação consumo/meio ambiente está umbilicalmente atada pelo fato de que o fenômeno de massificação social, que tem ocorrido ao longo das quatro últimas décadas, foi suporte para que os elementos daquele binômio sofressem profundas transformações. A própria ascensão do Estado Social, em detrimento do Estado Liberal, se deu a partir de uma necessidade de se frear o alopado desenvolvimento econômico, num momento em que, em virtude de uma economia liberal, o meio ambiente passou a ser o principal avo de sustentáculo para esse crescimento. O resultado desse exercício desregrado da economia culminou, pois, com uma insustentável degradação ambiental na acepção mais lata que a palavra comporta. Não só os bens naturais passaram a ser objeto de preocupação em decorrência da sua já evidente escassez, mas também as questões ligadas à qualidade de vida (habitação, lazer, segurança, maternidade etc.) se viram enormemente prejudicadas pelos nefastos efeitos do capitalismo selvagem.³⁴¹

A Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor podem ser considerados leis gêmeas, visto que são nascidas do mesmo contexto social e são reflexos do mesmo fenômeno, qual seja, o surgimento de novos e diferentes conflitos, os coletivos, que não encontravam tutela

³⁴¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 37-40.

adequada no direito até então vigente.³⁴²

Segundo Nelson Nery Junior³⁴³

O direito do consumidor, do meio ambiente e a tutela dos direitos difusos e coletivos constituem uma tendência de hoje, diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microssistemas que atendam a determinada situação jurídica, com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regramento pelo microssistema.

O próprio art. 170 da Constituição Federal, dentre os princípios da atividade econômica, ressalta a defesa do meio ambiente, em seu inciso VI, e a defesa do consumidor, no inciso V.

O direito ambiental é um ramo recente e autônomo de estudo, com princípios, métodos e critérios próprios, que o diferenciam de outros ramos e lhe dão a cientificidade própria para ser

considerado desvinculado de outros ramos do conhecimento.

É direito fundamental de terceira geração, advindo da ideia de fraternidade trazida pela Revolução Francesa. Sua natureza jurídica é de direito público, e tem por objetivo a tutela jurídica do ambiente equilibrado e, em última análise, a própria vida, com qualidade.

As leis ambientais, para fins de maior facilidade de estudo, dividem-se em vários sub-ramos, como direito florestal, direito das águas, direito sanitário, entre outros.

A grande inovação do direito ambiental é sua preocupação não só com as gerações atuais, mas também com as gerações futuras.

São brutais, mas verdadeiras, as palavras usadas por José Renato Nalini, ao discorrer sobre as gerações futuras e as consequências que podemos deixar a elas:

Depositários infiéis deste planeta, os viventes assumimos insolvência perante as gerações do porvir. Sabemos que não nos encontrarão mais aqui para cobrar-nos a leniência, a omissão criminosa e mesmo a deliberada intenção de impedir que elas sobrevenham. Isso é o que nos leva a prosseguir a marcha da insensatez. O egoísmo de quem se acredita eterno é insensível a todas as advertências e não

³⁴² SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 31.

³⁴³ NERY JUNIOR, Nelson. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 272.

*leva a sério as responsabilidades desta espécie que se relaciona horizontalmente – com o próximo – e também verticalmente – na cadeia das gerações.*³⁴⁴

É por isso que se faz premente, cada vez mais, a educação ambiental e a mudança de mentalidade para que essas gerações futuras ainda tenham acesso ao meio ambiente minimamente equilibrado. Alerta, ainda, Edis Milaré³⁴⁵ que “Num prazo muito curto – e que se torna sempre mais curto – são dilapidados os patrimônios formados lentamente no decorrer dos tempos geológicos e biológicos, cujos processos não voltarão mais. Os recursos consumidos e esgotados não se recriarão. O desequilíbrio ecológico acentua-se a cada dia que passa”.

Ainda sobre a necessidade da educação, aduz Sergio Cavaliere Filho,³⁴⁶ tratando da educação do

consumidor, mas com ideias que podem ser aplicadas à educação ambiental, que

O direito à educação envolve dois aspectos: o formal e o informal. Formal: inserção de temas relacionados ao direito do consumidor em grades escolares, desde o ensino fundamental até o ensino universitário, para construção da cidadania e formação de indivíduos conscientes. Com a educação informal, necessidade de as mídias de comunicação social e os veículos de massa devem prestar informações, orientações e esclarecimentos.

Ressalte-se, ainda, a ideia de antropocentrismo que permeia todo o direito ambiental, significando que o direito ambiental existe para atender o ser humano. Há a proteção do meio ambiente pelo homem, mas para o homem.

O meio ambiente vai além do meio ambiente natural, que seria aquele que trata de elementos naturais em geral, bem como a interação dos seres vivos com seu meio. Existem também outras classificações dentro do meio ambiente, como o meio ambiente artificial, que trata do espaço urbano construído, como edificações, ruas e praças. Ainda, há o meio ambiente cultural, que cuida da proteção do patrimônio histórico, artístico, científico e turístico. Devemos lembrar, ainda, do

³⁴⁴ NALINI, José Renato. Dignidade humana e meio ambiente à luz da jurisprudência da câmara especializada do TJSP. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). I Simpósio Nacional de Direito Ambiental. Jundiaí: In House, 2009, p. 80.

³⁴⁵ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

³⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Progr. de direito do consumidor. 3. ed. SP: Atlas, 2011, p. 94.

meio ambiente do trabalho, visando a saúde, segurança e salubridade do trabalhador, e o meio ambiente genético, tratando das técnicas de reprodução assistida e organismos geneticamente modificados (OGMs).

O direito ambiental apresenta relação íntima com outras áreas do direito, em especial com atividades econômicas e com o direito do consumidor. Observa-se essa relação de transversalidade, através do diálogo das fontes. Tanto as leis do consumidor quanto as leis ambientais trazem em *ultima ratio*, a ideia de defesa, proteção.

O direito ambiental e o direito do consumidor apresentam vários pontos de contato: tratam ambos de danos difusos, isto é, danos que ultrapassam as relações individuais entre seres humanos. Verifica-se, ainda, a responsabilidade na modalidade objetiva. Celso Antonio Pacheco Fiorillo nos traz exemplo de responsabilidade objetiva, advinda de ato lícito, mas que cause dano ambiental:

(...) suponhamos que uma determinada empresa X emita efluentes dentro do padrão ambiental estabelecido pelo órgão competente. Admitindo que a fauna ictiológica seja contaminada pela referida descarga de dejetos, há, indiscutivelmente, apesar de a

*empresa ter agido licitamente, o dever de indenizar, pois, em face da responsabilidade objetiva, verifica-se apenas o dano (contaminação da biota) com o nexo de causalidade (oriundo da atividade da empresa), para que daí decorra o dever de indenizar.*³⁴⁷

A inversão da carga probatória se faz também necessária, já que a prova de danos ambientais ou consumeristas é muito complexa para ficar à cargo do demandante. O demandado é o único que pode evitar o dano. De acordo com Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, “a inversão do ônus da prova, em direito ambiental, fundamenta-se exegeticamente na aplicação do art. 6º do CDC. O art. 110 do CDC criou um inc. IV no art. 1º da LACP. Esta, então, passou a reger as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a qualquer interesse difuso ou coletivo”.³⁴⁸

Há, ainda, a hipossuficiência econômica, informativa (o demandante

³⁴⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

³⁴⁸ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 32.

não tem a informação precisa sobre o que causou o dano. Por exemplo, não saberia afirmar se o dano genético causado adveio do uso de produtos químicos, quais foram eles, quais foram os efeitos gerados) e técnica (ainda que tenha a informação, o demandante provavelmente terá desconhecimento de como essas informações devem ser interpretadas) que o demandante apresenta.

2. REGRAS PROCESSUAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor introduziu várias regras processuais para fazer frente às novas demandas coletivas que foram surgindo conforme a sociedade passou a se tornar cada vez mais complexa. Nas palavras de Paulo Roberto Pereira de Souza, a tutela dos conflitos coletivos “exigiu do jurista uma atitude criativa, que encontrou na elaboração de um microsistema uma resposta adequada para a especificidade e peculiaridade da tutela objetivada por tais direitos”.³⁴⁹

³⁴⁹ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). Aspectos processuais do direito

Dentro dos conflitos coletivos destacam-se os conflitos determinados como difusos, os coletivos propriamente ditos e os individuais homogêneos. Segundo Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira,³⁵⁰ o CDC traz

disposições processuais inovadoras, condizentes com a natureza da lei, que é a de oferecer tratamento efetivo aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esse mútuo intercâmbio de dispositivos possui visível função de estender o alcance dos instrumentos processuais comunitários, consolidando e harmonizando um sistema uniforme de tutela metaindividual.

Difusos, de acordo com o art. 81, p. único, I, CDC, são os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível (todos os titulares ocupam posição igual), cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas entre si por circunstância de fato. Como exemplo, haveria a proteção da criança, da comunidade indígena, da pessoa portadora de deficiência, direito de não ser exposto a propaganda enganosa etc.

ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 235.

³⁵⁰ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 33.

Nesse caso, a coisa julgada será *erga omnes*. De acordo com Sergio Cavaliere Filho, há quatro características básicas nos direitos difusos. São direitos transindividuais, metaindividuais ou supraindividuais, de natureza indisponível. Não admitem transação, não podendo seu titular decidir se adotará providência para sua defesa, porque sempre haverá alguém que o faça. Há, ainda, a impossibilidade de identificar a dimensão jurídica parcial de cada membro do grupo, tornando-se irrelevante a vontade individual; seu objeto é faticamente indivisível fazendo com que, resolvendo-se o problema de uma pessoa, automaticamente resolve-se o problema de todos. Os sujeitos são indeterminados, não sendo possível estabelecer o número de pessoas que integram o grupo de origem. Por fim, estão relacionados com a realidade fática, não a realidade jurídica.³⁵¹

São coletivos propriamente ditos os interesses transindividuais de natureza indivisível, cujos titulares são número determinado de pessoas em grupo, categoria ou classe, ligados entre si (quem é associado, por exemplo) ou com a parte contrária (quem não é associado e sofreu o mesmo dano, por

exemplo) por uma relação jurídica base. Essas pessoas estão relacionadas entre si antes de existir algum ato ilícito. A coisa julgada, nesse caso, será ultra partes (art. 103, II, CDC), isto é, será limitada ao grupo, categoria ou classe. Assim, por exemplo, no caso de ação judicial de sindicato contra fábrica para colocação de filtros, haverá benefício de todos os trabalhadores, sejam eles sindicalizados ou não. Outros exemplos de direitos coletivos seriam o aumento ilegal de consórcios ou planos de saúde, abuso no aumento de mensalidade escolar, danos sofridos pelos moradores de um mesmo condomínio.

Por fim, tem-se os direitos individuais homogêneos, caracterizados por terem origem comum, de natureza privada, com relevância social, abrangendo grande número de interessados, com impossibilidade de identificação prévia de todos os seus titulares. Devido a isso, a essa relevância social, podem ser aplicados a eles as regras processuais coletivas. Como exemplos, podem ser citados os compradores de um carro de um mesmo lote, vítimas de uma explosão de shopping ou de boate que pegou fogo.

Interessante ressaltar que o mesmo dano pode se encaixar em todas essas classificações ao mesmo tempo. Determinada poluição emitida por uma

³⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 369-370.

fábrica, por exemplo, pode se caracterizar como direito difuso, já que afeta o equilíbrio ecológico como um todo, atingindo toda a população de certo local; pode ser direito coletivo propriamente dito, já que pode gerar más condições de trabalho dentro da própria fábrica causadora do dano; pode, por fim, se caracterizar também como individual homogêneo, gerando danos à saúde de alguns moradores da região.

O direito ambiental pode ser encaixado na categoria de direitos difusos. Assim, danos ambientais poderão ser processados utilizando-se dos mecanismos processuais introduzidos pelo CDC, demonstrando um grande ponto de contato entre direito ambiental e direito do consumidor.

O art. 82, CDC, trata da legitimação para propositura de ações coletivas, sendo tal legitimação disjuntiva concorrente, conferindo legitimidade ao Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como a entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta e às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins a defesa dos interesses difusos.

A coisa julgada também se comporta de forma diferente com relação aos interesses coletivos em sentido lato. Pelo art. 104, CDC, as ações coletivas não geram litispendência para as ações individuais, mas os requerentes das individuais somente se beneficiarão dos efeitos *erga omnes* se requererem a suspensão das mesmas, em 30 dias contados da ciência nos autos da ação coletiva.

3. DANO AMBIENTAL E LESÃO AO CONSUMIDOR

Ainda, pode-se notar outro ponto de contato, muito relevante, entre direito ambiental e consumidor, que é a questão do dano. O mesmo dano ambiental pode acabar gerando também dano ao consumidor. Ademais, o direito do consumidor se aproxima do direito ambiental quando, por exemplo, para introduzir determinado produto ou serviço no mercado, há o dano ao meio ambiente. Assim, o fornecedor, ao degradar o meio ambiente com finalidade de lucro, lesa o direito fundamental ao meio ambiente sadio dos consumidores, que podem promover ação civil pública pretendendo reparação dos danos causados ao meio ambiente. Com isso, mesmo que o produto tenha excelente

qualidade, há responsabilidade daquele que degradou o meio ambiente para produzi-lo. Esse dano ambiental é um dano tanto ao consumidor como a toda a sociedade.³⁵²

Segundo Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira,³⁵³ “os danos ambientes são resultado inevitável dos padrões de consumo nocivos, da produção linear de resíduos, da cultura da competição e dominação”.

O direito ambiental, por ser ramo autônomo, tem princípios específicos a ele aplicados. Alguns desses princípios se repetem no direito do consumidor, gerando novamente ponto de contato.

O primeiro princípio que poderia ser mencionado é o princípio do ambiente ecologicamente equilibrado. Também, tem-se o princípio do acesso equitativo aos recursos naturais. Há, ainda, o direito ao desenvolvimento sustentável, que será melhor tratado no

próximo capítulo. Pode-se mencionar a natureza pública da proteção ambiental; a função socioambiental da propriedade; a participação; a proibição do retrocesso ambiental e a máxima *in dubio, pro natura*.

Deve-se fazer a diferenciação entre os princípios da prevenção e da precaução. O princípio da prevenção vem do direito ambiental, e pode ser usado reflexamente no direito do consumidor. Prevê tal princípio o resguardo contra riscos conhecidos, trazendo a proteção contra o perigo concreto. Nas palavras de Bessa Antunes, aplica-se “a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade suficientes para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”.³⁵⁴ Já o princípio da precaução trata do resguardo contra riscos até então desconhecidos, como os que envolvem, por exemplo, os alimentos transgênicos, e que podem gerar dano à saúde das pessoas e ao meio ambiente. De acordo com Bessa Antunes, “a expressão normativa do princípio da precaução se materializa nas diversas normas que determinam a avaliação dos impactos

³⁵² SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

³⁵³ SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). Aspectos processuais do direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 18.

³⁵⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. Manual de direito ambiental. 5. ed. SP: Atlas, 2013, p. 29.

ambientais dos diferentes empreendimentos capazes de causar lesão ao meio ambiente, ainda que potencialmente”.³⁵⁵ O Princípio 15 da Rio 92 previa que:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os estados devem aplicar amplamente o critério da precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente.

Destaca-se o direito à informação, que é talvez o princípio que mais aproxime o direito ambiental do direito do consumidor. O direito à informação já vem previsto diretamente na própria Constituição Federal, no art. 5º, XXXIII: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...)”. A Lei 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação, traz a regulamentação do direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas.

Já no âmbito do consumidor, está previsto no art. 6º, III, CDC, que deve haver informação ao consumidor sobre os produtos e seus riscos, tendo em vista a posição de vulnerabilidade em que o consumidor se encontra. Especificamente sobre a informação e o meio ambiente, a Rio 92 trazia como Princípio 10 a participação de todos os cidadãos interessados em nível apropriado, prevendo que “(...) cada indivíduo deve ter acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente (...)”. Sergio Cavalieri Filho ressalta que cabe a ideia de consentimento esclarecido, que é a informação adequada para que o consumidor faça boas escolhas, diminuindo riscos e atingindo expectativas.³⁵⁶

Afinal, é o fornecedor que sabe o que produziu ou o que está vendendo, e como aquele produto foi produzido. O direito de informação gera o chamado direito de escolha consciente, que engloba informações acerca de materiais e atividades perigosas para as comunidades, a oportunidade de participação de processos decisórios e a conscientização e participação populares, fazendo com que haja acesso a mecanismos judiciais e

³⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Manual de direito ambiental. 5. ed. SP: Atlas, 2013, p. 28.

³⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Progr. de direito do consumidor. 3. ed. SP: Atlas, 2011, p. 96.

administrativos de compensação e reparação de danos. Nas palavras de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, “A liberdade de escolha garantida ao consumidor tem supedâneo no princípio da liberdade de ação e escolha da Constituição Federal (arts. 1º, III, 3º, I, 5º, caput, entre outros). Tem, também, relação indireta com o princípio da vulnerabilidade, previsto no inciso I do art. 4º.”³⁵⁷

Cabe assim, a todo cidadão, acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas.

Como exemplo da importância do direito à informação tanto para o consumidor quanto para o meio ambiente é o Acórdão dado pelo TRF da 1ª Região – Brasília, em 2012, analisando o Decreto n. 4.680/2003, que regulamentava o direito à informação assegurado pelo CDC quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo animal ou humano que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. De acordo com o Decreto, todo alimento que contiver mais de 1% de transgenia deveria ser rotulado como transgênico.

³⁵⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 179.

O TRF 1ª Região veio a decidir que, independentemente da quantidade de transgenia, deveria haver previsão no rótulo.

Este acórdão adveio de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal do Distrito Federal e pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) – Processo 2001.34.00.022280-6/DF, para que constasse do rótulo de produtos quaisquer quantidades de transgenia. Houve provimento em primeiro grau, o que provocou recurso da União e da Associação Brasileira de Indústria de Alimentos – ABIA, alegando que até 1% de transgenia, desde que o produto fosse devidamente aprovado, não geraria risco à saúde, não havendo, por conseguinte, necessidade de rotulagem. Se prevalecesse a decisão de primeiro grau, haveria muitos custos para as empresas do gênero alimentício. Nas contrarrazões, o MPF alegou que já que a comunidade científica ainda não tinha parecer taxativo sobre os impactos que a transgenia poderia vir a provocar à saúde, não haveria por que não haver tal informação no rótulo, o que, além de não gerar custo extra nenhum, possibilitaria ao consumidor a escolha consciente. Foi a tese que prevaleceu em segundo grau.

Houve recurso ao STF e, em 2016, o Ministro Edson Fachin garantiu que qualquer percentual de transgenia viesse contido no rótulo.

A ideia aqui é de que, já que não há certeza do impacto da transgenia nem para a saúde, nem para o meio ambiente, a informação levará o consumidor a fazer sua escolha consciente, podendo optar por deixar de consumir produto que contenha qualquer traço de transgenia, por mínimo que seja, já que não se sabe, com certeza, seu impacto para o meio ambiente.

Há projeto de lei no Congresso, PL 4.148/08, do Deputado Luiz Carlos Heinze, negando a necessidade de se rotular a transgenia, inclusive se maior de 1%, a não ser que haja análise específica sobre o produto. Com isso, caso esse projeto venha a ser aprovado, o consumidor final não terá mais como saber se o produto contém ou não OGMs. Em 28 de abril de 2015, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados. No Senado, o IDEC participou de audiência pública e, em outubro de 2015, a Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática aprovou o parecer do relator contrário à aprovação deste projeto de lei. Atualmente, o

projeto vem sendo analisado por outras comissões.

Entre as inúmeras críticas que são feitas, uma das principais se refere ao fato de os OGMs exporem a biodiversidade a riscos, como perda ou alteração do patrimônio genético de plantas e sementes, bem como o aumento indiscriminado no uso de agrotóxicos. Ademais, torna a agricultura e os agricultores reféns de poucas empresas que detêm a tecnologia, expondo a saúde de agricultores e consumidores a risco.

Interessante verificar outros pontos de contato referentes a danos ambientais e danos consumeristas. A própria Constituição Federal, em seu art. 220, §3º, explicita que é de competência da lei federal “II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como a propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

O art. 36, CDC, por exemplo, prevê a proibição de anúncios que direta ou indiretamente estimulem a poluição do ar, águas, matas, recursos naturais e meio ambiente urbano; depredação da

fauna, flora e recursos naturais; poluição visual dos campos e cidades; poluição sonora; desperdício de recursos naturais.

Ainda, de acordo com o art. 51, XIV, CDC, haverá nulidade de cláusula que infrinja ou possibilite a violação de normas ambientais. De acordo com Luiz Antonio Rizzatto Nunes,³⁵⁸

Cláusula que infrinja é aquela que por si só viole as normas ambientais (Constituição Federal e demais normas), e cláusula que possibilite a violação de normas ambientais é aquela cujo exercício possa significar as violações tipificadas como crime nas leis ambientais, bem como nas suas proibições, permissões e demais disposições. Cite-se como exemplo, além das normas constitucionais, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, a Lei n. 9.605, de 13 de fevereiro de 1998 etc.

5. SUSTENTABILIDADE

A proteção ao meio ambiente não precisa vir permeada por visão romantizada de que o meio ambiente é um santuário intocável.³⁵⁹ É impossível para a sociedade moderna desenvolver-

se sem tocar minimamente no meio ambiente. O consumo é necessário. O que deve ser feito é utilizar o meio ambiente de forma sustentável, isto é, atender às necessidades humanas de forma a fazer com que o meio ambiente seja preservado para gerações atuais e futuras.

Alessandra Galli destaca a necessidade de mudança de paradigma na direção da sustentabilidade, “tendo em vista que atitudes impensadas, por ausência de conhecimento ou insensibilidade, acarretam estragos irreparáveis não apenas para o planeta, mas notadamente para o próprio homem”.³⁶⁰

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, “Constata-se que os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. (...) Busca-se com isso, a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente (...) para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.”³⁶¹

³⁵⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 747.

³⁵⁹ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

³⁶⁰ GALLI, Alessandra. Educação ambiental. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). I Simpósio Nacional de Direito Ambiental. Jundiaí: In House, 2009, p. 18.

³⁶¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71-72.

O grande desafio da atualidade é encontrar o equilíbrio entre a sustentabilidade e a lógica capitalista. Essa ideia já permeava as discussões na década de 1970, na qual “as correntes de pensamento marxista mostravam o paradoxo entre desenvolvimento (visto como crescimento econômico ou crescimento no consumo material) e meio ambiente, visto como estoque de recursos naturais e como capacidade de absorção do ecossistema humano”.³⁶² Nas palavras de Edis Milaré,³⁶³

Compatibilizar meio ambiente com desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro das dimensões tempo/espço.

Já para Carlos Gabaglia Penna,³⁶⁴

³⁶² COLLARES, José Enilcio Rocha. Ambiente e sustentabilidade. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (org.). O direito ambiental: desafios e soluções. Rio de Janeiro: Móbile, 2011, p. 217.

³⁶³ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

³⁶⁴ PENNA, Carlos Gabaglia. O estado do planeta: sociedade de consumo e

O desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual o uso dos recursos, as políticas econômicas, a dinâmica populacional e as estruturas institucionais estão em harmonia e reforçam o potencial atual e futuro para o progresso humano. Apesar de reconhecer que as atividades econômicas devem caber à iniciativa privada, a busca do desenvolvimento sustentável exigirá, sempre que necessário, a intervenção dos governos nos campos social, ambiental, econômico, de justiça e de ordem pública, de modo a garantir democraticamente um mínimo de qualidade de vida para todos.

A ideia de sustentabilidade se desenvolveu ao longo do tempo. A Declaração de Estocolmo, de 1972, já trazia a ideia de que o básico para a proteção ambiental seria, na realidade, a educação ambiental apta a formar opinião pública esclarecida e responsável. Seu Princípio 19 traz essa necessidade de educação ambiental:

A educação ambiental, tanto para as gerações mais jovens como para as mais adultas, que tenha na devida conta os menos favorecidos, com a finalidade de possibilitar a formação de uma opinião pública esclarecida e uma conduta responsável por parte dos indivíduos, das empresas e das comunidades.

degradação ambiental. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 140.

Em sequência, em 1975, o PNUMA trouxe o conceito de ecodesenvolvimento. PNUMA significa Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, e define ecodesenvolvimento como “o desenvolvimento em nível local e regional consistentes com os potenciais da área envolvida, dando-se atenção ao uso adequado e racional dos recursos naturais e à aplicação de estilos tecnológicos”.

O Brasil, logo após, promulgou a Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Temos, também, a Lei 7.347/85, que é a Lei da Ação Civil Pública, para tratar de conflitos que extrapolem o âmbito individual. O art. 225, CF, traz a ideia de meio ambiente equilibrado: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Vê-se que a década de 1980 foi importante com relação à sustentabilidade, seja no país, seja internacionalmente. O desenvolvimento sustentável ganha força com o World Conservation Strategy, cujo objetivo era manter a capacidade do planeta de sustentar o desenvolvimento também

para gerações futuras, nas palavras de José Enilcio Rocha Collares.³⁶⁵ Segundo Alessandra Galli, “um parâmetro eficaz a permitir que a espécie humana tenha um futuro perene é o do desenvolvimento sustentável, desde que ele seja efetivamente tido como aquele que permite que as gerações presentes satisfaçam suas necessidades, sem impedir que as futuras também tenham a mesma oportunidade de fazê-lo”.³⁶⁶

O Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, trouxe o plano “Nosso Futuro Comum”, que continha três diferentes vertentes: crescimento econômico, equilíbrio social e equilíbrio ecológico.³⁶⁷

Em 1991 foi publicado o documento “Caring of the Earth”, preocupando-se com o desenvolvimento

³⁶⁵ COLLARES, José Enilcio Rocha. Ambiente e sustentabilidade. *In*: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (org.). O direito ambiental: desafios e soluções. Rio de Janeiro: Móbile, 2011, p. 221.

³⁶⁶ GALLI, Alessandra. Educação ambiental. *In*: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). I Simpósio Nacional de Direito Ambiental. Jundiaí: In House, 2009, p. 20.

³⁶⁷ COLLARES, José Enilcio Rocha. Ambiente e sustentabilidade. *In*: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da (org.). O direito ambiental: desafios e soluções. Rio de Janeiro: Móbile, 2011, p. 222.

e economia sustentáveis e uso sustentável de recursos.

Em 1992, no Rio de Janeiro, houve grande evento ambiental mundial, conhecido como ECO 92 ou Rio-92 (Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – CNUMAD), que publicou a conhecida Agenda 21, que trazia a ideia de construção de sociedade ecologicamente equilibrada, com previsão de inclusão e desenvolvimento sustentável nos programas de ensino e treinamento das empresas. Seu Princípio 4 pregava que: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. Segundo Alessandra Galli, o objetivo era “construir uma agenda de intenções capaz de permitir a participação no processo social em que todos os envolvidos ajudam a planejar e construir ações capazes de construir uma sociedade ecologicamente equilibrada, economicamente viável, socialmente justa, humana e adaptativa”.³⁶⁸

³⁶⁸ GALLI, Alessandra. Educação ambiental. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). I Simpósio Nacional de Direito Ambiental. Jundiaí: In House, 2009, p. 24.

A Resolução 53/1995, da ONU, define como um dos direitos-deveres dos consumidores o consumo sustentável. Em 1999, no Brasil, foi criado o PNEA – Lei da Política Nacional de Educação Ambiental, pela Lei 9.795.

Em junho de 2012, no Rio de Janeiro, houve nova conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável, ficando conhecida como “Rio + 20”.

Observa-se, pelo exposto, a preocupação de todo o planeta com o destino do meio ambiente, sabedores que somos que não vivemos dissociados da natureza e que dela dependemos para satisfação de nossas necessidades atuais e das necessidades das futuras gerações. Temos, assim, que ter por objetivo primordial a busca da convivência harmônica entre economia e meio ambiente.

O consumo desenfreado, sem preocupação sustentável, provoca inúmeros danos à saúde e prejuízos ambientais. De acordo com Edis Milaré, várias doenças decorrem do uso indiscriminado de elementos químicos na fabricação de produtos, como anencefalia, leucopenia, asbestose,

silicose, saturnismo.³⁶⁹ Isso sem falar dos danos ambientais provocados pelo consumismo e pela ânsia da sociedade capitalista na produção e venda indiscriminada do máximo de produtos e serviços possíveis. Podem ser mencionados, a título de exemplo, grandes desastres naturais, provocados pela produção desenfreada, sem preocupações sustentáveis, como tsunamis e tufões; buraco na camada de ozônio; produção de celulose, necessitando do corte de árvores; detritos sólidos; riscos nucleares; chuva ácida; lençol freático contaminado; alterações de clima; entre outros inúmeros danos ambientais. José Geraldo Brito Filomeno³⁷⁰ traz também alguns exemplos: “Outra preocupação prende-se, igualmente, a produtos considerados altamente prejudiciais ao meio ambiente e, por isso mesmo, evitados, tais como o gás conhecido pela sigla CFC, ou seja, o “cloro-flúor-carbono”, utilizado na indústria de refrigeração e ar condicionado, agrotóxicos na agricultura, detergentes e

³⁶⁹ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

³⁷⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 64.

sabões não biodegradáveis”. Já Edis Milaré informa que

*A paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pelos riscos nucleares, pelo lixo atômico, pelos detritos orgânicos, pela chuva ácida, pelas indústrias e pelo lixo químico. (...) o lençol freático se abaixa e se contamina, a água escasseia, a área florestal diminui, o clima sofre profundas e quiçá irreversíveis alterações, o ar se torna irrespirável, o patrimônio genético se desgasta (...).*³⁷¹

Luciana Cordeiro de Souza³⁷² ressalta que “sem água e sem solo fértil não há como se produzir alimentos, e por isso, assistimos à fome que vem e que mata; que em manchetes de jornais e de programas televisivos atraem os olhares, olhares estes que continuam apenas enxergando, e nada vendo”. Continua a autora alertando que “as substâncias que usamos seja em produtos que consumimos ou no modo de produção destes mesmos produtos provoca as mais variadas doenças, como o câncer”.

³⁷¹ MILARÉ, Édís. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66.

³⁷² SOUZA, Luciana Cordeiro de. Um olhar no meio ambiente. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). I Simpósio Nacional de Direito Ambiental. Jundiaí: In House, 2009, p. 111.

Essa situação mundial somente de fato vai se estabilizar, nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno,³⁷³ caso a política dos três Rs (isto é, RRR) seja aplicada: redução do consumo, reutilização de produtos, evitando, assim, o desperdício e poupando recursos naturais, e reciclagem, com aproveitamentos dos próprios materiais. O consumo consciente e sustentável está atrelado à liberdade de escolha, à informação e à educação ambiental, já que sabendo o que consome, o consumidor pode optar por produtos sustentáveis desde sua produção.

Nossa sociedade preza pelo consumismo. Há criação de necessidades desnecessárias por meio de um marketing distorcido, com ações massificantes da mídia.

Leonardo Boff, citando Gandhi, alerta que “A Terra é suficiente para todos, mas não para a voracidade dos consumistas.”³⁷⁴

Ressalta Edis Milaré que consumo e consumismo são expressões diferentes, e diferente é também o necessário indispensável e o supérfluo

perdulário. Segundo ele, o consumismo “consiste numa mentalidade arraigada e em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista, impedindo-o de fazer sequer a menor autocrítica. (...) é uma espécie de pessoa mistificada, iludida e autoiludida”.³⁷⁵ Termina ensinando que o modelo de produção ideal para um mundo sustentável seria o que se utiliza de tecnologias limpas, onde se consome menos matéria e energia, e onde há menor produção de resíduos, ou o seu aproveitamento.³⁷⁶

Anualmente a Forbes publica lista com as empresas mais sustentáveis do mundo. A última delas, publicada em janeiro de 2019, traz quatro empresas brasileiras com lugar de destaque, ocupando o Banco do Brasil o 8º lugar; Natura, 15ª posição no ranking; CEMIG, 19º; ENGIE Brasil Energia, 72º lugar. As dez primeiras empresas, pela ordem, são: Hansen Holding A/S (Dinamarca); Kering SA (França); Neste Corporation (Finlândia); Orsted

³⁷⁵ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 92.

³⁷⁶ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

³⁷³ FILOMENO, José G. Brito. Manual de direitos do consumidor. 5. ed. SP: Atlas, 2001, p. 64.

³⁷⁴ BOFF, Leonardo. Ecologia: grito da terra, grito dos pobres. São Paulo: Ática, 1995, p. 17.

(Dinamarca); Glaxo Smith Kline (Reino Unido); Prologis Inc. (Estados Unidos); Umicore (Bélgica); Banco do Brasil (Brasil); Shinhan Financial Group Co. (Coreia do Sul); Taiwan Semiconductor (Taiwan).³⁷⁷

Vê-se, assim, que dentre as empresas brasileiras o Banco do Brasil tem destaque na sustentabilidade. De acordo com informações da própria empresa,³⁷⁸ sua responsabilidade ambiental é

Uma política empresarial que propõe incorporar os princípios do desenvolvimento sustentável no planejamento de suas atividades, negócios e práticas administrativas, envolvendo os seus públicos de relacionamento.

Com essa premissa, a avaliação do desempenho organizacional vai além dos indicadores de natureza econômica, que é complementado com outros que avaliam a geração de valores sociais como a defesa dos direitos humanos e do trabalho, o bem-estar dos funcionários, a promoção da diversidade, o respeito às diferenças, a inclusão social e os investimentos diretos na comunidade, e a preservação ambiental como os que consideram os impactos

³⁷⁷

<https://forbes.uol.com.br/listas/2019/01/as-empresas-mais-sustentaveis-do-mundo-em-2019/>. Acesso em 11.12.19.

³⁷⁸

<https://www.bb.com.br/pbb/sustentabilidade/governanca-e-gestao#/>. Acesso em 17.02.20.

diretos e indiretos de nossas atividades no ar, na água, na terra e na biodiversidade.

Outra empresa de escol no campo da sustentabilidade é a Natura. Segundo a empresa,³⁷⁹

A nova visão apresenta diretrizes de sustentabilidade para todos os negócios da companhia no longo prazo, para o ano de 2050, e ambições e compromissos concretos a serem cumpridos até 2020 pela marca Natura. Baseado em três pilares: “Marcas e Produtos”: as expressões das marcas devem estimular valores e comportamentos necessários à construção de um mundo sustentável, buscando a vanguarda e o pioneirismo em inovação a partir de tecnologias sustentáveis. As linhas Sou e Ekos mostram como materializar nas submarcas os conceitos do consumo consciente e da valorização da sociobiodiversidade brasileira; “Rede de Relações”: contribuição positiva para o desenvolvimento dos públicos com os quais se relaciona, fomentando ações de educação e empreendedorismo por meio de plataformas colaborativas, como o Movimento Natura, com objetivo de identificar causas socioambientais relevantes, conectando-a a voluntários que possam dedicar seu tempo e sua habilidade; “Gestão e Organização”: contribuição

³⁷⁹

<http://www.responsabilidadesocial.com/perfil/natura/>. Acesso em 17.03.19.

com a sociedade e seu desenvolvimento, valorizando a diversidade.

*faz com que cada dia mais novos programas de Responsabilidade Socioambiental sejam implantados.*³⁸¹

Deve-se destacar também a linha ISO – International Organization for Standardization, sendo a mais conhecida a série 9000, que trata da qualidade dos produtos. Porém, a ISO também tem a série 14000, que resguarda, sob o aspecto da qualidade ambiental, tanto os produtos quanto os processos produtivos. O Brasil está associado à ISO pelas normas da ABNT. A primeira empresa brasileira a conseguir a ISO 14000 foi a Empresa Bahia Sul Celulose SA.³⁸⁰

Vê-se, assim, que pequenas atitudes podem gerar diferença quando se trata de sustentabilidade. Alessandra Galli exemplifica afirmando que no consumo sustentável podem ser incluídas

a utilização de embalagens retornáveis e com certificação de origem, até a adoção das sacolas retornáveis com as logomarcas dos pequenos estabelecimentos. Os consumidores e o público em geral praticam educação ambiental quando exigem mudanças de comportamento em relação ao meio ambiente e quando fazem pressão até mesmo para que alguns processos produtivos mudem, situação que

6. QUESTIONAMENTOS

À guisa de questionamentos, poder-se-ia indagar sobre o uso de serviços públicos, onde não há escolha por parte do consumidor. Nestes casos, como o fornecimento é feito pelo próprio poder público ou por suas concessionárias, não há como o consumidor fazer a chamada escolha consciente, já que não há outra opção viável no mercado. Ressalte-se, por exemplo, o fornecimento de gás encanado. Somente uma empresa é a fornecedora, não havendo como o consumidor se recusar a utilizar seus serviços.

Um outro ponto que gera discussão é a ideia de que, se há o princípio do poluidor pagador, poder-se-ia também pensar no princípio do consumidor poluidor pagador. Mesmo que já haja responsabilização do fornecedor pela poluição gerada por seu produto ou serviço, não se pode relevar eventuais usos inadequados ou desnecessários e o abuso por parte do consumidor. Pelo princípio do poluidor pagador não se espera que haja poluição desenfreada se o poluidor puder pagar por ela. O que se espera é que o pagamento pecuniário iniba a poluição ou que

³⁸⁰

<http://www.qualidade.esalq.usp.br/fase2/iso14000.htm>. Acesso em 18.10.19.

³⁸¹ GALLI, Alessandra. Educação ambiental. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). I Simp. Nacional de Direito Ambiental. Jundiaí: In House, 2009, p. 25-26.

seja reduzida ao mínimo possível. No caso do consumidor poluidor pagador, a pena pecuniária recairia também sobre o consumidor. Caso ele não consumisse aquele tipo de produto, não haveria interesse por parte das empresas de produzi-lo, eliminando-se, conseqüentemente, a poluição por ele gerada. Segundo José Geraldo Filomeno Brito,³⁸² “Realmente, é chegada a hora de não só ecologistas, mas consumidores, os grandes responsáveis por esse estado de coisas, preocuparem-se com tudo isso e refletirem de que maneira ainda se poderá evitar essa catástrofe”.

Existem diferentes soluções para o problema da sustentabilidade, apresentadas no programa Cidades e Soluções, do apresentador André Trigueiro.³⁸³ A cada episódio do programa, André Trigueiro se dirige a alguma cidade que traz alguma solução interessante de equilíbrio ambiental e de consumo sustentável. Podem ser citados, a título de exemplo, a gravação de 22.04.2019, cujo tema era “Fazendas verticais e a agricultura do futuro”, e a de 25.03.2019, tratando sobre “O panorama hídrico do Brasil”. O programa está no ar desde 2007 pelo canal por assinatura Globo News, tendo ganhado já diversos prêmios, entre eles Prêmio ABRACICLO de Jornalismo 2008, Categoria Televisão, Troféu

³⁸² FILOMENO, José G. Brito. Manual de direitos do consumidor. 5. ed. SP: Atlas, 2001, p. 64.

³⁸³ <https://mundosustentavel.com.br>. Acesso em 11.02.20.

Destaque pela matéria “Bicicletas como meio de transporte” e o 23º Prêmio CNT de Jornalismo, de 2016, de Meio Ambiente e Transporte, com a matéria “O diesel que é bio”.

Por fim, pode ser citado o projeto de floresta sintrópica ou agrofloresta, de Ernst Gotsch.³⁸⁴ O próprio *site* explica o conceito de floresta sintrópica:

A agricultura sintrópica trabalha com a recuperação pelo uso. Ou seja, o estabelecimento de áreas altamente produtivas e independentes de insumos externos tem como consequência a oferta de serviços ecossistêmicos, com especial destaque para a formação de solo, a regulação do micro-clima e o favorecimento do ciclo da água.

Trabalhar a favor da natureza e não contra ela, associar cultivos agrícolas com florestais, recuperar os recursos ao invés de explorá-los e incorporar conceitos ecológicos ao manejo de agroecossistemas são algumas das características da Agricultura Sintrópica, mas não são exclusivas dela.

Ainda, ressalta-se o seguinte trecho poético, extraído do mesmo *site*, e que mostra que, na verdade, sustentabilidade é questão de atitude:

³⁸⁴ <https://www.agendagotsch.com>. Acesso em 11.12.19.

Na Agricultura Sintrópica cova passa a ser berço, sementes passam a ser genes, a capina é a colheita, concorrência e competição dão lugar à cooperação e ao amor incondicional e as pragas são, na verdade, os agentes de fiscalização do sistema. Esses e outros termos não surgem por acaso, mas sim, derivam de uma mudança na própria forma de ver, interpretar e se relacionar com a natureza.

Nesse sentido, destaca-se, por fim, palavras de Edis Milaré:³⁸⁵

Modificar atitudes e práticas pessoais: para adotar a ética de vida sustentável, as pessoas têm de reexaminar seus valores e alterar seu comportamento. A sociedade deve promover valores que apoiem essa ética, desencorajando aqueles que são incompatíveis com um modo de vida sustentável. Deve-se disseminar informação por meio da educação formal e informal, de modo que as atitudes necessárias sejam amplamente compreendidas e conscientemente adotadas.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que, de fato, há um diálogo das fontes entre direito ambiental e direito do

³⁸⁵ MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88.

consumidor. E não poderia mesmo deixar de assim ser. Afinal, desde 1988, com a Constituição Federal, já se previa que o meio ambiente saudável e equilibrado era direito não só das gerações atuais, como também das gerações futuras. Quanto mais a sociedade evolui, mais premente fica a necessidade de que, ao se consumir, seja o ambiente preservado.

Para tal, deve ser preocupação primordial do consumidor escolher produtos que sejam amigáveis ao meio ambiente, isto é, que não contenham substâncias ou elementos que lhe sejam nocivos, e nem aqueles cuja cadeia de produção tenha de alguma forma degradado o ambiente.

Observou-se que é impossível que se atenda o consumo humano sem atingir-se o meio ambiente de alguma forma. Mas essa alteração do meio ambiente deve ser mínima, e sempre recomposta. Há inúmeros exemplos de empresas que apresentam essa preocupação ambiental, preferindo utilizar em seus produtos elementos que degradem minimamente o ambiente. Para que utilizar microplásticos para esfoliação em produtos de beleza se é possível conseguir o mesmo efeito com sementes, que são biodegradáveis?

Nessa medida, fica claro que o princípio da informação deve ser

amplamente aplicado nas relações de consumo e nas relações ambientais. Se o consumidor tiver todas as informações necessárias tanto sobre elementos como sobre modo de produção, poderá escolher conscientemente o que consumir, podendo optar por um produto que seja mais amigável ao meio ambiente em detrimento de outros que não o sejam.

Muitas empresas já têm essa preocupação de sustentabilidade. Foram verificadas, também, atitudes pequenas que podem gerar consumo sustentável, como a ideia de floresta sintrópica.

Porém, os consumidores, muitas das vezes, são avessos a essas alterações, não acreditando tratar-se de medida essencial para as gerações futuras. Assim, o ponto fulcral é a educação ambiental, que deveria ser promovida desde a infância, para que haja a conscientização necessária e para que, adiante, enquanto adultos, possam os consumidores sê-lo de forma sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. SP: Atlas, 2013.
BOFF, Leonardo. **Ecologia: grito da terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1995.
COLLARES, José Enílcio Rocha. **Ambiente e sustentabilidade**. In: CONCEIÇÃO, Maria Collares Felipe da

(org.). **O direito ambiental: desafios e soluções**. Rio de Janeiro: Móbile, 2011, p. 207-225.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Prog. de direito do consumidor**. 3ed. SP: Atlas, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GALLI, Alessandra. Educação ambiental. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). **I Simpósio nacional de direito ambiental**. Jundiaí: In House, 2009, p. 17-30.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. rev., atual. e reform. SP: RT, 2011.

NALINI, José Renato. Dignidade humana e meio ambiente à luz da jurisprudência da câmara especializada do TJSP. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). **I Simpósio nacional de direito ambiental**. Jundiaí: In House, 2009, p. 77-102.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PENNA, Carlos Gabaglia. **O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 18-43.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. Um olhar no meio ambiente. In: SOUZA, Luciana Cordeiro de; LIQUENVIS, Flavio Lopes (orgs.). **I Simpósio nacional de direito ambiental**. Jundiaí: In House, 2009, 103-128.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (orgs.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. RiJ: Forense, 2004, p. 230-275.

Sites consultados:

<https://www.agendagotsch.com>. Acesso em 11.12.19.

[https://www.bb.com.br/pbb/sustentabilidade/governanca-e-gestao#/. Acesso em 17.02.20.](https://www.bb.com.br/pbb/sustentabilidade/governanca-e-gestao#/)

<https://forbes.uol.com.br/listas/2019/01/as-empresas-mais-sustentaveis-do-mundo-em-2019/>. Acesso em 11.12.19.

<https://mundosustentavel.com.br>. Acesso em 11.02.20.

<http://www.qualidade.esalq.usp.br/fase2/iso14000.htm>. Acesso em 18.10.19.

<http://www.responsabilidadesocial.com/perfil/natura/>. Acesso em 17.03.19.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO E O CONTROLE DO
CORPO CRIMINOSO
ENCARCERADO: GENEALOGIA
DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO**

*Marcia Simoni Fernandes*³⁸⁶

RESUMO

Trata-se de um estudo que tem como **pressuposto** que a crise do sistema carcerário brasileiro está prenhe de inconstitucionalidades, como consequência das próprias amarras histórico-sociais, anseios capitalísticos, omissões estatais, um local de segregação, dominação corporal e esquadramento social, não estando ausente a responsabilidade civil do Estado. Os objetivos delineados foram: construir configurações histórico-sociais do sistema carcerário no Brasil, aplicando a ferramenta genealógica; (re)significar o corpo criminoso encarcerado e suas implicações no tocante à disciplina e ao controle, ao esquadramento do espaço, a suas

³⁸⁶**Marcia Simoni Fernandes.** Advogada, graduada em Direito pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, especialista em Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance na Escola Paulista de Direito; Conselheira Titular do Conselho Municipal de Saúde de Ribeirão Preto. Membro da Comissão de Direitos Humanos, coordenadora da área da saúde e membro da Comissão de Direito Médico, Odontológico e da Saúde da OAB- 12ª Subseção Ribeirão Preto-gestão 2016-2018. Graduação em Enfermagem pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto-USP (1993), Mestre (2000) e Doutora (2006) pela Universidade de São Paulo.

relações de poder e ao processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais na atualidade; e refletir a responsabilidade civil do estado, suas omissões e implicações legais.

Palavras-Chave: prisões, controle do corpo, responsabilidade civil do estado, genealogia, disciplina.

ABSTRACT

It is a study that assumes that to show the crises of the Brazilian prison institutes which is full of unconstitutional rules, as a consequence of their own social and historical blinds, capitalism urges and state omissions a place of segregation, body domination but also a place of social exclusion, the State's civil liability is not absent. The objective outlined was to build historical and social configurations of the prison system in Brazil, using the genealogical tool; (re)signify the incarcerated criminal body and its implications regarding discipline and control, the scanning of space, its power relations and the process of realizing fundamental rights and guarantees today and reflecting the state's civil liability, its omissions and legal implications.

Keywords: prisons, body control, state civil liability, genealogy, discipline

INTRODUÇÃO

A realidade atual abarca movimentos de intolerância, discriminação, preconceito e, no que tange ao sistema prisional brasileiro, qualquer ideia no sentido de melhorar a

situação carcerária é vista com antipatia por parte da sociedade, que em parte expressiva entende que o preso não é um sujeito de direitos e garantias, sendo um “peso”. Corpos encarcerados que devem sofrer e morrer, tornando aceitável a violência institucional marcada pelo abandono, pela superlotação, pelas péssimas condições de higiene e saúde, torturas e outras violações.

Há que se considerar, ainda, que o momento político atual alimenta polarizações, exclusões, normalizando a violência existente no sistema carcerário, afinal, “bandido bom é bandido morto”.

Contudo, a sociedade, imersa em discursos de ódio e extermínio, chancela a própria omissão Estatal e, nessa seara, os indivíduos encarcerados são submetidos a muitas formas cruéis de castigo, retirando desses seres humanos a sua condição de humano e, conseqüentemente, são excluídos de medidas assecuratórias da dignidade.

Destarte, é dever constitucional do Estado a proteção da integridade física e moral dos presos, que consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra tratamento cruel, degradante, desumano ou tortura, função preventiva da responsabilidade

civil transformada em dever de agir do Estado.

É cediço que o sistema carcerário brasileiro enfrenta uma grave crise, assim, a ineficiência, as mazelas, o descaso, tornaram-se questões socialmente naturalizadas pelo Poder Público. Trata-se de uma crise pautada na indiferença e cercada de paradoxos que não faz cumprir o objetivo principal da pena privativa de liberdade – a ressocialização do apenado. As prisões estão representadas pelo sucateamento da máquina penitenciária, que está prenhe de corrupção dos agentes públicos, superlotação, ausência de saúde pública, a promiscuidade entre os detentos, a ociosidade, efeitos criminógenos que reforçam e (re)produzem a delinquência e violam direitos e garantias fundamentais.

O estudo justifica-se tendo em vista sua relevância social e profissional, vez que o que está em questão é o corpo do criminoso em meio aos novos paradigmas biopolíticos e punitivos, com a possibilidade de haver a inclusão da própria vida biológica nos cálculos do poder e o poder saber que opera no âmbito punitivo e, nessa esteira, a responsabilidade civil do Estado ganha outros/novos contornos, opacos e sombrios na atualidade.

Acreditamos na importância e necessidade de se refletir acerca do sistema carcerário brasileiro, focando o corpo criminoso numa vertente sociofilosófica, desnaturalizando conceitos, na tentativa de desconstruir evidências do senso comum, buscando ainda algumas pistas relativas à ascensão de novos paradigmas punitivos, tendo como pano de fundo os direitos e garantias fundamentais, previstos em nossa Carta Maior.

Interessa-nos compreender a própria história do sistema prisional brasileiro com todos os seus atravessamentos e entrecruzamentos, não realizando apenas uma leitura linear/cronológica, uma vez que os acontecimentos/fatos formam uma grande teia, composta por muitos nós.

Portanto, arriscaremos pensar no controle do corpo do criminoso segundo sua genealogia. Para tanto, faremos uso da genealogia *foucaultiana*, que segundo Silva, permite compreender que “jamais estamos diante de um objeto real concreto (o dado), mas de um objeto real de conhecimento (o construído)”³⁸⁷. Assim, a genealogia é

um procedimento que se concentra nas relações de poder, saber e corpo na sociedade moderna, buscando a singularidade dos acontecimentos, não em sua profundidade, mas nos seus contornos sutis.³⁸⁸

Nesse horizonte, é de interesse compreender os dispositivos criados por uma determinada configuração, objetivando lançar luz aos problemas com os quais o sistema carcerário se vê confrontado, lidando com a multiplicidade, construída a partir de uma necessidade histórica dentro de um campo onde operam forças, saberes e poderes.

Partimos do **pressuposto** de que a crise do sistema carcerário brasileiro está prenhe de inconstitucionalidades, como consequência das próprias amarras histórico-sociais, anseios capitalísticos, omissões estatais, acrescendo que não se pode argumentar que o problema carcerário é apenas dos apenados que lá se encontram, uma vez que a precária e deplorável situação das prisões serve ainda como local para disseminação de doenças infectocontagiosas que se alastram entre

³⁸⁷SILVA, R. A. N. **Cartografias do social: estratégias de produção do conhecimento**. Tese (Doutorado). Porto Alegre (RS): Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2001. p. 19.

³⁸⁸DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: forense Universitária, 1995.

os presos e a comunidade, um local de segregação, dominação corporal e esquadramento social.

Acreditamos ainda que as problematizações existentes acerca dos equipamentos institucionais carcerários podem nos conduzir à compreensão de uma história meramente descritiva, dentro de uma lógica naturalizada, que não cria movimentos produtivos de desacomodação para entendimento do presente, sobretudo, abre espaço para a reflexão acerca da responsabilidade civil do Estado que está fulcrada no artigo 5, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 5, da Declaração dos Direitos Humanos e no artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa seara, são nossos objetivos:

- Construir configurações histórico-sociais do sistema carcerário no Brasil, aplicando a ferramenta genealógica;

- (Re)Significar o corpo criminoso encarcerado e suas implicações no tocante à disciplina e ao controle, ao esquadramento do espaço, a suas relações de poder e ao processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais na atualidade.

- Refletir a responsabilidade civil do estado, suas omissões e

implicações legais, sobretudo seu dever Constitucional.

ESTRATÉGIA DE PRODUÇÃO DO CONHECIMENTO

Abarcou a aplicação de um aparelho conceitual – a genealogia *foucaultiana*, no sentido de se construir configurações histórico-sociais acerca do sistema prisional brasileiro, com foco no corpo criminoso encarcerado e suas implicações no tocante à disciplina e ao controle, ao esquadramento do espaço, a suas relações de poder e ao processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais na atualidade.

Nas lições de Dreyfus e Rabinow, um dos pontos importantes na genealogia é que “os sujeitos emergem num campo de batalha e é somente aí que desempenham seus papéis”³⁸⁹, assim, os sujeitos não preexistem, estando o corpo diretamente mergulhado num campo político, tornando-se uma ferramenta essencial para a operação das relações de poder na sociedade contemporânea.

³⁸⁹DREYFUS, H. L.; RABINOW, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 126.

Há que se considerar ainda, segundo os autores citados anteriormente, que para o filósofo Michel Foucault, “a relação entre saber e poder, localizada no corpo, é na verdade um mecanismo geral de poder da maior importância para a sociedade ocidental”³⁹⁰.

Silva aponta que a genealogia tem como primeiro movimento o desbloqueio “do tempo histórico para que, através de uma problematização daqueles aspectos tidos como evidentes e banais, se possa então ressignificar o presente”³⁹¹.

Destarte, a genealogia empreende um trabalho “de contínua problematização das evidências que constituem o senso comum, procurando mostrar que cada período histórico é atravessado por uma configuração específica de saberes e de práticas que traduzem um determinado modo de subjetivação”³⁹².

O CORPO CRIMINOSO ENCARCERADO E SUAS CONFIGURAÇÕES HISTÓRICO-SOCIAIS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: ENSAIO GENEALÓGICO

³⁹⁰DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. op., cit., p. 126.

³⁹¹SILVA, R. A. N. op., cit., p. 113.

³⁹²SILVA, R. A. N. op., cit., p. 112.

Há o desafio de adentrar o território dos corpos, das prisões, e nos despir daquilo que se mostrava aparente, naturalizado, para que outros fluxos e intensidades ganhassem vida, movimento, significados, uma vez que acontecimentos podem se atualizar e estar abertos aos devires e às novas forças.

Compreendemos a necessidade de novas tramas que permitam redizer o que está dito e rever o que está visto e, nessa esteira, consideramos que o sistema prisional é um imenso observatório da multiplicidade humana que também fabrica a delinquência, captações reais do corpo.

É possível desde já afirmarmos que anteriormente ao século XIX, o Brasil esteve imerso num sistema corporal, em que as punições públicas eram fortemente marcadas pelos castigos corporais por meio de açoites, desterro, galés, pena de morte, bem como pela imposição de trabalhos forçados dos senhores sobre seus escravos, o que nos faz apontar que em tal movimento histórico, o corpo era humilhado, abandonado, despido de sua própria história.³⁹³ Corpos assujeitados,

³⁹³SANTOS, M. M.; Alchieri, J. C. & Flores Filho, A. J. **Encarceramento Humano: uma revisão histórica. Revista Interinstitucional de Psicologia**, 2 (2), p. 170-181, 2009.

merecedores dos corredores escuros, fétidos, merecedores das execrações. Corpos capazes de exalar a crueldade do soberano, corpos sem direitos, sem vida.

Ressaltamos que ainda não havia uma instituição especializada, sendo que as execuções eram reguladas de maneira informal, não podendo, portanto, ser ventilada aqui a presença de disfuncionamentos, tal como ocorreu na Europa e na América. Assim, não há que se falar em uma situação-objeto de uma intervenção específica, mas sim a presença dos já propalados suplícios e, nessa seara, os corpos necessitavam ser tocados, passíveis de dor e sofrimento.

Há que se reforçar que havia uma utilização irracional do poder político, e a prisão como pena autônoma servia tão somente para preservar o corpo do condenado, de modo a infligir-lhe dor, sofrimento e humilhação. Exercício indiscriminado e cruel da punição.

Com o término da escravidão e a passagem para a República, vemos despontar uma preocupação com a sistemática da punição, bem como com os locais de custódias dos criminosos, tendo em vista que não havia ainda uma arquitetura específica, sendo necessário adaptar os quartéis, ilhas, prisões eclesiais, conventos como

equipamentos prisionais.³⁹⁴ Insta observar que na referida época havia um discurso voltado para a humanização no cumprimento das “penas”, sendo a arquitetura dos equipamentos o ponto nodal em face dos problemas enfrentados.

Destarte, a Igreja já espriava sua influência sobre o tecido social, e controlar os corpos criminosos e pecadores significava controlar a miséria e higienizar o espaço, posto que a Igreja esteve presente no chamado remodelamento da arquitetura carcerária, sendo que os corpos submetidos ao encarceramento padeciam frente à miséria, frente ao abandono. Corpos que conviviam com a superlotação, com o descaso, com a doença – espaço desorganizado que representava riscos à sociedade, aos “homens de bem”. Corpos que careciam da docilização, do disciplinamento, extrapolando o discurso da humanização.

Verificou-se ao longo dos tempos que a moral religiosa teve influência sobre a ação dos indivíduos. Os indivíduos que praticavam alguma religião durante o cumprimento da pena nos estabelecimentos prisionais tendem a possuir “travas morais”, bem como o

³⁹⁴SANTOS, M. M.; Alchieri, J. C. & Flores Filho, A. J. op., cit.

índice de mortes em presídios em que há práticas religiosas é bem menor.

De acordo com as interlocuções e reflexões, podemos compreender grande aproximação com a primeira configuração delineada neste estudo, considerando, sobretudo, a existência de particularidades, como, por exemplo, a abolição dos castigos bárbaros pelo império. Assim, esboça-se nossa **PRIMEIRA CONFIGURAÇÃO** no Brasil: **o momento em que começam a se esboçar no âmbito de uma problemática segregadora, distinguindo-se das práticas informais de simples contenção e sujeição dos corpos ao suplício, tendo como pano de fundo a moral religiosa, a preocupação com a higienização do espaço social. Equipamentos carcerários adaptados sob a veste do discurso da humanização que engendram o esquadramento social, tendo como protagonistas os corpos dos delinquentes, dos vagabundos, escravos, das mulheres desqualificadas moralmente, dos pobres e miseráveis entregues às mazelas carcerárias da superlotação, da doença. Corpos coagidos que necessitavam alcançar o arrependimento.**

Acerca do primeiro presídio brasileiro, insta esclarecer que foi adotado o sistema panóptico, idealizado pelos irmãos Bentham, dando ênfase à luminosidade nas instalações.

Nesse sistema, as celas possuem duas janelas, uma voltada para o interior e outra para o exterior, permitindo que a luz atravesse o ambiente de lado a lado. A arquitetura dessa composição é marcada pela formação de anéis nas extremidades, em que ficam as celas, e por uma torre central, com visão ampla do ambiente³⁹⁵

A visibilidade propiciada pelo sistema panóptico era vista como a melhor estratégia de controle dos detentos, já que, mais do que vigiar, a finalidade era propiciar ao detento certeza de estar sob vigilância, assegurando com isso o funcionamento automático do poder de disciplina.

Este modelo, referência na Europa e nos Estados Unidos, contrariava tudo aquilo que havia até então sido aplicado. O modelo da masmorra, em que os prisioneiros eram guardados em um local escuro e pouco acessível, foi invertido. No sistema panóptico, a visibilidade e,

³⁹⁵PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 14.

principalmente, a vigilância são marcas características.

No que concerne à arquitetura panóptica, a mesma foi criada por Jeremy Bentham, nascido em 1748, pioneiro de reforma de prisões (aspecto físico), propondo o modelo arquitetônico *panóptico* (*panopticon*):

Tratava-se de um edifício de planta circular com seus pavimentos, com as celas encostadas às paredes exteriores e o interior inteiramente vazado de forma a permitir que, um único guarda, colocado no centro do edifício e a uma altura determinada, evitasse não só qualquer evasão através das portas das celas mas vigiasse também com facilidade todo o interior do edifício.³⁹⁶

A realidade brasileira, contudo, não se mostrou adequada ao modelo panóptico. É que a realidade carcerária nacional, longe do modelo idealizado, não atendeu aos preceitos de isolamento, silêncio absoluto e disciplina desejados.

Observamos que a história não é linear, não há rompimentos bruscos, sendo que com o Código Criminal do Império de 1830, propala-se a necessidade de limpeza das cadeias, ambientes arejados, separação dos

detentos de acordo com a natureza do crime e prenúncios de uma arquitetura panóptica (vigilância constante). Ao mesmo tempo, vemos perdurar a punição voltada aos encarcerados, pobres e miseráveis, muitos deles escravos. Ao que se percebe, o sistema penal aplicado na primeira prisão brasileira destinava-se à pequena delinquência e a delinquência ocasional, mais frequente nas classes mais pobres.

Diante de tais movimentos históricos incessantes, descortinamos nossa **SEGUNDA CONFIGURAÇÃO: determinação dos limites das punições e preocupação com o ambiente carcerário com vistas a uma arquitetura panóptica (instalações, luminosidade, celas individuais, separação dos criminosos em relação à gravidade dos delitos cometidos), permitindo a vigilância constante dos corpos criminosos, sendo o trabalho uma condição inexorável à ressocialização e o isolamento configurando um rompimento do vínculo com o crime por meio da reflexão. Sistema penal aplicado aos pobres, miseráveis, escravos, traços ainda presentes do esquadrinamento e higienização do espaço social, frente a novos mecanismos de vigilância e disciplina.**

³⁹⁶MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 31.

Com a proclamação da República, decidiu-se substituir a legislação do Império. Assim, foi elaborado e promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, que visava ser uma legislação moderna e inspirada nos países desenvolvidos.

Como se percebe, há um avanço no regime punitivo, o qual é construído numa cultura liberal, o que, entre outros avanços, trouxe a individualização da pena e o princípio da utilidade da pena. Todavia, foi a partir do Código Penal, em 1890, que aboliu-se a pena de morte e foi surgir o regime penitenciário de caráter correccional, com fins de ressocializar e reeducar o detento, mas que mal foi implantado, já enfrentou movimentos reformistas.³⁹⁷

Insta ventilar que os comportamentos de grupos sociais contrários ao governo da República deveriam ser criminalizados e perseguidos, punindo-se a vadiagem, as sociedades secretas, as reuniões “ilícitas” e as conspirações, como um meio de exercer o controle através da repressão. Vale salientar que os considerados desviantes, vadios, após a

³⁹⁷MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos**. Jus Navigandi, Teresina, 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1010>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

condenação eram encaminhados a colônias correccionais e forçados a exercer diferentes ofícios, denotando uma rotina dura disciplinar, com vistas à reinserção do apenado no sistema produtivo, garantindo a sua “regeneração”.³⁹⁸

Entretanto, embora o esse novo código exigisse quesitos referentes à segurança dos detentos, higiene apropriada, segurança por parte dos vigilantes e guardas e inspeções frequentes, o sistema vigente entrou em choque com as condições deprimentes dos presídios brasileiros. Sendo assim, o ponto nodal em relação às funções da pena estava afeto às funções que a pena deveria exercer na vida social, dentro de um ponto de vista ideal.³⁹⁹

As passagens históricas aqui descritas carregam consigo uma trama bastante interessante, afeta à criação pela legislação de um espaço especializado, as colônias correccionais, destinadas aos criminosos sociais, vagabundos, capoeiras, vadios,

³⁹⁸ALVES, Paulo. **A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921**. São Paulo: Editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

³⁹⁹PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 333, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5300>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

circunscrevendo de fato a marginalidade das cidades. Verdadeiros depósitos humanos de ociosos, reincidentes, pobres, negros, mulatos, vagabundos, estando presente aqui o modelo da reclusão social que primava pela “limpeza das cidades”. Estratégia de dominação repressiva, inculcando na sociedade da época o temor ao suplício carcerário.

Os movimentos avistados permitem a elaboração da TERCEIRA CONFIGURAÇÃO: individualização e utilidade da pena, com o objetivo de ressocialização e reeducação dos detentos, esbarrando nas mazelas do sistema carcerário e suas condições deprimentes. Corpos submetidos a uma dura rotina disciplinar, permeada pelo trabalho forçado, com vistas à reinserção do apenado no sistema produtivo. Corpos “de comportamentos desviantes” de negros, pobres, delinquentes, vadios, imersos na doença, na indiferença, inadequados ao sistema vigente com seus apelos voltados ao capital que reforça e intensifica a necessidade de higienização do espaço social frente ao modelo de reclusão social. Corpos vulneráveis às estratégias de dominação repressiva, entregues ao suplício carcerário.

Observamos frente às duas últimas configurações que o ideário de prisão, legalmente previsto, choca-se diretamente com as condições insalubres e desumanas do sistema carcerário, ao mesmo tempo que se esboça a intensificação do sistema de exclusão, varrendo das cidades os “corpos indesejáveis”, rejeitados pelo contexto econômico-social. Equipamentos institucionais que serviam como “depósitos de indivíduos renegados pela sociedade”.⁴⁰⁰

Corpos ocultados nas prisões, introduzindo no “imaginário popular a sensação de que todos eram potencialmente condenáveis e sujeitos ao suplício carcerário. Era a alma o alvo preferencial da punição”.¹⁵

Para Foucault⁴⁰¹, não há natureza criminosa, mas jogos de força que, segundo a classe a que pertençam os indivíduos, os conduzirão ao poder ou à prisão. Vale ressaltar que o advento do capitalismo foi um dos principais fatores que influenciaram na construção desse modo de exercer o poder e a repressão penal, justificada pela necessidade de alcançar a paz e a segurança social. A riqueza e a miséria concentravam-se nas cidades, os crimes

⁴⁰⁰PEDROSO, Regina Célia. op., cit.

⁴⁰¹FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**: Vozes, 1979.

umentavam e, no referido contexto, apela-se para um controle social e moral exemplar de contenção.

No limiar do século XX, a legitimidade social das prisões ganha novos contornos, no que tange ao controle da população carcerária. Os corpos criminosos são transformados em categorias criminais, na tentativa de racionalização do espaço. Observa-se um ponto bastante positivo no que se refere à institucionalização de um espaço apropriado a mulheres e menores.¹⁵

O poder-saber aprimora-se sobre os indivíduos, sendo que o controle sobre os corpos torna-se mais direto e elaborado, dentro da lógica de reforço da ordem pública através de uma “profilaxia apropriada: o isolamento em um espaço específico”, mas que também chocou-se com o cotidiano caótico da realidade carcerária.¹⁵

Diante das deficiências operacionais dos presídios, não adequadas para a recuperação do delinquente, a punição e os castigos eram formas de suprir as referidas deficiências.

Nessa seara, o autor tece que o sistema burguês demonstrou interesse pela técnica e pelo próprio procedimento de exclusão. “São os mecanismos de exclusão, os aparelhos

de vigilância, a medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência, é toda essa micromecânica do poder que representou um interesse para a burguesia a partir de determinado momento”⁴⁰².

Sendo assim, o sistema burguês não se preocupa de forma alguma com os delinquentes e sua reinserção social ou punição, quando não atrelada ao aspecto econômico, mas se interessa pelo conjunto e mecanismos que controlam, punem e reformam o delinquente.⁴⁰³

Vemos aflorar no século XIX e adentrar o século XX “uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder; e, por outro lado, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garante efetivamente a coesão desse mesmo corpo social”⁴⁰⁴.

A modernidade é atravessada por novas linhas, fluxos, ao mesmo tempo em que mantém linhas e fluxos de continuidade. Além do desenvolvimento da prisão com finalidade de pena, engendraram-se

⁴⁰²FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2012, p. 293.

⁴⁰³FOUCAULT, M. op., cit., p. 288.

⁴⁰⁴FOUCAULT, M. op., cit., p. 293.

questões de cunho social e científico, uma vez que o determinismo biológico influenciou notadamente acerca de quem estaria mais vulnerável ao encarceramento. Nesse sentido, é relevante explanar que a sociedade da época era governada por uma elite, branca em sua maioria, mas com predomínio de negros, mulatos e analfabetos, alvo das intervenções sanitárias, visto que eram considerados inadequados ao tecido social e anti-higiênicos.

Em face da referida estratificação, a linguagem da hereditariedade falava mais alto. Havia a presunção de que os negros e mulatos representavam perigo à sociedade, por serem indisciplinados, pobres. Corpos, que aos olhos da elite, estavam imersos na embriaguez, na doença, na vadiagem, não demorando muito para considerar os imigrantes europeus como também inadequados, desordeiros, vagabundos.⁴⁰⁵

Arriscamos elucubrar acerca de uma **QUARTA CONFIGURAÇÃO** para a realidade brasileira: **desenvolvimento do sistema prisional com a finalidade de pena perante a uma alta estratificação da sociedade**

⁴⁰⁵FERLA, L. A. C. **Feios, sujos, malvados sob medida**. Tese de doutorado em História Social- Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

que considerava a não normalidade dos comportamentos desviantes ao determinismo biológico como fator de vulnerabilidade ao encarceramento. Corpos criminosos, negros, mulatos, analfabetos, encarcerados submetidos aos castigos, controlados de forma direta em ambientes prisionais inadequados à recuperação/ressocialização.

Instalação de uma micromecânica do poder com interesses voltados ao conjunto e mecanismos que controlam, punem e reformam o delinquente, desde que atrelado ao aspecto econômico.

É mister apontar que a quarta configuração carrega consigo muitas continuidades em relação às configurações anteriores. Os corpos sujeitados ao encarceramento ainda representam um perigo à sociedade da época, sendo necessário separá-los da elite, prevalecendo ainda a mecânica da higienização do espaço social. Por outro lado, embora se tenha um discurso voltado à recuperação/ressocialização dos corpos “desviantes”, a máquina paranóica de captura capitalista espria-se, alimentando o interesse pelos mecanismos de exclusão, pelos aparelhos de vigilância, pela medicalização da loucura, da delinquência. Corpos e pensamentos

aprisionados, estilhaçados, sem a possibilidade de inscrever linhas de fuga, estão à mercê da violência cognitiva da razão.

O Código Penal de 1940 adotou, a par das penas, as medidas de segurança e os estabelecimentos específicos para o cumprimento das penas e das medidas de segurança detentivas. Estabeleceu as penitenciárias (estabelecimentos de segurança máxima) e os presídios “comuns” (casas de detenção, cadeias públicas, destinadas aos presos preventivos, que aguardavam sentença).

Em São Paulo, na década de 1950, o número de unidades prisionais cresceu de modo acentuado. Embora na época fossem consideradas modelares, nenhuma delas obedeceu ao princípio da classificação dos detentos, de modo a separá-los conforme a gravidade dos delitos praticados.⁴⁰⁶

Em curto prazo, tal falha deu sinais mais obscuros, tendo em vista que havia, de certo modo, “a contaminação” entre presos de melhor comportamento e autores de delitos mais leves, que estavam no mesmo ambiente que presos de alta

periculosidade, o que comprometia, sem reservas, a ressocialização.

A Casa de Detenção de São Paulo é um exemplo da inobservância deste princípio. Inaugurada em 1956 com a finalidade essencial de abrigar presos à espera de julgamento, passou logo após a sua criação a acolher, também, presos condenados.

A individualização da pena e a ressocialização dos presos tomou corpo assim que a população carcerária brasileira começou a aumentar desordenadamente.

Em 1984, com a reforma da parte geral do Código Penal e a promulgação da Lei Federal nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – foram lançados novos paradigmas para a execução das penas e medidas de segurança, visando a ressocialização dos condenados e a adoção de um sistema prisional seguro, tanto para os detentos quanto para a sociedade.

Insta destacar que a LEP é considerada um guia essencial à Administração penal, que regulamenta, normatiza e prevê direitos e deveres dos apenados, além de outras providências. A LEP foi criada com o objetivo de proteger os direitos substantivos e processuais daqueles que estão no cárcere cumprindo penas, garantindo-lhes, inclusive, assistência jurídica, de

⁴⁰⁶PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

saúde, educacional, sociocultural, religiosa, material e trabalhista. As normas da LEP foram inspiradas no modelo das regras mínimas para o tratamento de prisioneiros estabelecido pela ONU.

Salientamos que na década de 1990, em diante, tendo aqui como marco a Lei dos Crimes Hediondos, mitiga-se o modelo corretivo de cunho disciplinar, ressocializador, de recuperação do encarcerado, cedendo espaço para um novo tipo de equipamento institucional carcerário, submetido a um projeto punitivista “securitário” – as prisões de segurança máxima.

Tem-se nesse novo modelo de prisão um abandono, chamado de correção do criminoso, afetando a própria existência, neutralizando-o, protegendo a sociedade em prol da segurança.

Sem perder de vista o encarceramento de segurança máxima, a fim de uniformizar a arquitetura das penitenciárias, em 2005 foi editada a Resolução nº 03 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que constituiu verdadeiro parâmetro nas normas de organização dos presídios e programas de ressocialização dos presos. Ressaltamos que a mencionada ressocialização dos corpos criminosos,

embora alvo de profundas preocupações, pode ser considerada uma força-potência, mas que careceu de concretizações no sistema carcerário brasileiro.

Diante do exposto, delineamos nossa QUINTA CONFIGURAÇÃO: **manutenção do poder por meio dos regulamentos penitenciários iniciais do século XIX com foco disciplinar e viés retributivo, sendo o cárcere uma finalidade em si mesmo, tendo em vista uma ação “purificadora” do cárcere, com vistas ao alcance da exalada segurança. Corpo infiel perigoso neutralizado que fica isolado, segregado em um regime disciplinar diferenciado. Quanto aos outros corpos encarcerados excluídos da segurança máxima, resta a luta contra o regime mais rigoroso, contra a superlotação e condições desumanas e a postergação do deferimento do livramento condicional que demarca uma fronteira frágil existente entre ilícitos penais e ilícitos disciplinares prisionais. Cárcere que impõe aos corpos criminosos o isolamento, a vigilância, a sanção – o embrutecimento do regime que gera mais dor, castigo e sofrimento. Prisão-depósito, mais ou menos segura.**

Avistamos um conjunto de transformações que apontam para um novo tipo de formação social, com suas incipientes táticas de poder e mecanismos de dominação e que englobam as políticas de encarceramento.

Compreendemos, diante dos movimentos, que as rupturas entre uma e outra tecnologia de poder não as impede de carregar-se reciprocamente, seguindo a linha de transformações de *Vigiar e Punir* de Michel Foucault. Assim, podemos elucubrar acerca do desaparecimento gradual do espetáculo punitivo (suplícios) e o aparecimento de uma sobriedade punitiva; o fim da tortura nos patíbulo para uma execução para além do cálculo da dor a ser retirada do corpo do condenado; a visibilidade dos antigos carrascos, agora com seus rostos escondidos por capuzes, e, finalmente, o desaparecimento dos “discursos de cadafalso” espraia-se nos discursos sobre a necessidade de “humanizar” e “ressocializar” o corpo criminoso encarcerado.

A permanência da prisão e o simultâneo alargamento das redes de controle!

BUSCA-SE TRANSFORMAR, REEDUCAR OU O CONTROLE DO DELINQUENTE IRRECUPERÁVEL?

Em relação ao “suplício dos corpos” ventilado em nossas configurações, podemos dizer que o mesmo não findou efetivamente no cotidiano carcerário, pois, na atualidade, temos o suplício infringido aos corpos encarcerados, uma ferida ainda aberta que carrega consigo a tortura, maus tratos, atos empreendidos veladamente no submundo das prisões. Nessa vertente reflexiva, o corpo é tocado, castigado em sua pena de privação de liberdade, acrescentando que há a existência de outras privações – alimentos escassos, privação sexual, de cuidados médicos.

Corpos encarcerados que se tornam frios, para que sejam manipulados, controlados, castigados. Corpos que são retirados de seus cotidianos e introduzidos no “mundo” das prisões com seus códigos e ritos. Corpos isolados na doença, objeto de enclausuramento, o que possibilita a vigilância constante e o registro permanente, sob olhares que os esquadrinham, corpos sujeitados à noção de propriedade, despojados de uma determinada identidade.

No tocante ao discurso legal da ressocialização do condenado encarcerado, esbarra-se na superlotação dos nossos presídios, tornando inaplicável o tratamento individual da pena, podendo ser reconhecida aqui a superlotação como uma forma de tortura, de suplício aos corpos amontoados em espaços infames. Ressaltamos que tal situação expressa uma continuidade em relação a tempos passados, uma vez que a história do sistema carcerário em nosso país revelou a problemática da superlotação em suas diversas configurações histórico-sociais, desde os tempos do Império.

Até o momento, podemos apontar a violação de princípios constitucionais, bem como a violação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Sendo assim, invocamos desde já o artigo 1º, inciso III, e o 5º, LXXVIII, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Sendo a superlotação a causa principal da crise carcerária, tal situação não corrobora com o artigo 5º, inciso III da Carta Maior que reza que “ninguém será submetido a tortura e nem a tratamento desumano e degradante”. Nesse sentido, a situação de passividade dos corpos encarcerados diante da imposição das penas sujeita-os à

referida condição, ou seja, submete-os às consequências advindas dessa condição.

Salientamos que a lista de violações é realmente extensa e demonstra de fato que a tortura e a degradação estão presentes de forma marcante. Podemos trazer para o cenário atual as condições vivenciadas na Cadeia Velha, criada em 1812, que se situava na capital imperial, e ficou conhecida como o lugar de infecção e de morte, local de sujeição dos corpos ao suplício.

No que concerne às instalações carcerárias, os corpos criminosos adentram os locais de confinamento e se deparam com a umidade, com a sujeira, com o odor fétido e vão ao encontro de tantos outros corpos que disputam o espaço escasso – locais que podem ser comparados às masmorras, aos calabouços de outrora, mas que são institucionalizados pelo Estado, locais esquecidos pela sociedade amedrontada pelo crime, pela insegurança, pela violência. Sociedade que quer o perigo neutralizado atrás das grades.

O cruel confinamento extrapola os muros altos, as cercas elétricas, os portões trancados; o impacto está para além das grandes muralhas e, assim, a violência está configurada.

Destarte, a medida em que perseguimos um sistema prisional mais humanizado, menos violento, algumas coisas se endurecem e deixam ficar só o “corpo” criminoso ceifado de seus direitos e garantias. Os detentos gritam, rebelam-se, queimam colchões, ferem-se a si próprios, lutam uns contra os outros, gritos aqui não silenciosos, mas também não ouvidos. Corpos que não têm voz e muitas vezes não têm identidade.

Nas prisões habitam diferentes mundos que se afetam, mas que não se falam, não se enxergam.

Temos que levar em consideração que os policiais, os agentes carcerários, também são dominados, sofrem a violência cotidiana do ambiente interno e externo aos muros do sistema prisional. Corpos dos trabalhadores que também padecem, produzem e reproduzem a violência, sofrem a pressão e exercitam a repressão.

Ressaltamos que “tornar-se um corpo criminoso encarcerado” pressupõe ter que entrar numa dura rotina, desfazer-se de seus objetos, de sua história, para se tornar um número, um rótulo, objeto de uma ficha condenatória criminal. Não estamos querendo elucubrar a não necessidade de rotinas, de rigidez, estamos

refletindo que o impacto sofrido pelos detentos não pode se traduzir em suplícios constantes, ininterruptos.

O corpo criminoso encarcerado fala com o corpo, sofre com as dores, expõe o seu suplício cotidiano, rebelase, resiste, cria formas de sobrevivência aliando-se a outros corpos encarcerados, podendo até ganhar “status”, entre tantos outros corpos, sem desconfigurar a violência latente. Corpos que são tocados, vistos com indiferença e os fazem reproduzir a mesma indiferença para com a sociedade, tornando-se mais violentos e até mais resistentes, no tocante à própria ideia de ressocialização.

Em tempos de apologia, ainda maior, à violência carcerária e do não respeito à Constituição Federal, constata-se que os movimentos instituintes perderam sua força ante os instituídos e, assim, os corpos criminosos encarcerados, controlados pelo Estado, estão envolvidos por sujeições, subjetivando determinados modos de existência como sistemas de verdades, em “defesa da sociedade” a qualquer custo.

Consideramos oportuna a criação de mais uma configuração, tendo em vista os movimentos avistados em relação ao controle do corpo criminoso encarcerado na atualidade,

sendo: **modos instituídos, capturados pelo tempo, pelas regras, rotinas. Apologia à violência carcerária, “em defesa da sociedade” a qualquer custo. Binarização do sistema carcerário como fator criminógeno e o tecido social que quer a neutralização do perigo. Higienização estatizada do espaço social. Suplício dos corpos encarcerados, estereotipados pela sociedade, que adentram o confinamento, sofrem e reproduzem a violência. Corpos encarcerados já sem almas que enfrentam a morte em vida, com a chancela de grande parte da sociedade que naturaliza a própria violência. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos e comissivos.**

O declínio do ideal de reabilitação está envolto ao fracasso dos esforços empreendidos pelo Estado, incutindo no imaginário social que não há outro caminho, senão uma ação mais dura, repressiva, violenta. Ventilamos que o ideal da ortopedia social – transformar, reeducar, muito bem trabalhada por Foucault em seus escritos, cede lugar ao ideal do **controle do delinquente irrecuperável.**

Trazemos para o cenário uma citação de Fiódor Dostoiévski⁴⁰⁷, quando afirmava que é possível julgar o grau de civilização de uma sociedade visitando suas prisões. Sendo assim, podemos inferir que o Brasil está imerso em uma barbárie social, o que não corrobora com o propalado Estado Democrático de Direito, visto que os direitos e garantias fundamentais estão à mercê de violações cotidianas no sistema carcerário.

Várias interrogações e análises teóricas, feitas neste estudo, ganharam corpo e tomaram o corpo – corpo da pesquisadora, corpos dos criminosos, corpos dos agentes/carcereiros, corpos dos policiais – corpo do Estado, corpo social. Não são apenas os corpos dos criminosos que sofrem a dominação, visto que a sociedade também está aprisionada pelo medo, pela violência.

Ressaltamos que, mais que um corpo controlado, almeja-se a concretização do ideal da reinserção social, mas não podemos deixar de destacar que, no tecido social em que predomina, modos instituídos, ainda está preso à crença de que as alternativas ao encarceramento se configuram como uma espécie de

⁴⁰⁷DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. **Crime e Castigo.** São Paulo: Nova Cultural, 2003.

impunidade e, sendo assim, podemos inferir que as linhas de fuga terão possibilidade de amplitude à medida que se enfocarem os debates sobre a eficácia das penas alternativas, com destaque para os modos de “reinserção social do apenado mediante sua não exclusão da comunidade, do seio familiar e das responsabilidades que detém”⁴⁰⁸.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: O CORPO CRIMINOSO ENCARCERADO EM TEMPOS DE FASCISTIZAÇÃO

A responsabilidade civil do Estado pela integridade física do preso é legítima, necessária e proporcional ao ressarcimento das constantes violações dos direitos dos custodiados e em decorrência das condições de sobrevivência precárias às quais são diariamente submetidos enquanto estão sob a guarda do Estado, e traz consequências à atuação estatal, possivelmente capazes de alavancar mudanças no sistema carcerário brasileiro, que diariamente viola a dignidade de centenas de indivíduos encarcerados.

⁴⁰⁸MACHADO, Vitor Gonçalves. **O fracasso da pena de prisão. Alternativas e soluções. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2243, 22 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13381>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Digno de nota ventilar de forma sintética que a responsabilidade civil do Estado tem natureza extracontratual, vez que não há uma relação contratual prévia, sendo que atualmente subsistem a responsabilidade objetiva para os atos comissivos e subjetiva para os atos omissivos do Estado.

Não há aqui a pretensa finalidade de discorrer acerca dos posicionamentos doutrinários afetos à responsabilidade civil do Estado no que respeita ao sistema carcerário, mas sim de trazer em testilha a necessidade de reflexões a partir dos movimentos históricos avistados, com vistas a ressignificar o próprio presente, sendo pacífico que o Estado não pode se eximir da sua responsabilidade.

No Brasil, a responsabilidade civil do Estado está fulcrada no art. 37, §6º, da Constituição Federal e, nessa esteira, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de repor economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos,

comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”⁴⁰⁹.

É inquestionável que a responsabilidade civil do Estado abarca, no seu aspecto histórico-jurídico, princípios e valores sociais, voltados à dignidade da pessoa humana enquanto pilar fundamental da estrutura de um Estado Democrático de Direito.

Contudo, a realidade carcerária do Brasil demonstra o descaso estatal com os indivíduos presos – corpos que padecem perante a inércia do poder público, tendo ainda a chancela de grande parte da sociedade, que concebe a prisão como um meio para deportar do meio social os indivíduos que representam um risco à sociedade, de desova dos indesejáveis, um local de passagem para a morte, mas que antes deve submeter os corpos criminosos ao suplício, à tortura.

Forçoso também trazer em testilha o Recurso Extraordinário 841.526, cuja decisão do STF, em 30 de março de 2016, trouxe no seu bojo que a morte de um detento nas dependências do sistema prisional gera responsabilidade civil do Estado quando houver inobservância do seu dever específico de proteção.

⁴⁰⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 430.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinião doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer

por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. **Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.** 9. In casu, o tribunal a quo assentou que ino correu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Há, portanto, a configuração da responsabilidade civil do Estado não apenas nos casos de mortes de detentos no sistema carcerário brasileiro, sendo que há o dever de proteção à integridade física e moral dos presos, sob pena de indenização às famílias, em que pesem os argumentos advindos do corpo social e despidos de garantias e direitos

fundamentais, que entende como injusta a utilização de dinheiro público para indenizar a família de uma pessoa que encontrava-se encarcerada por ter praticado algum ato contrário à lei.

O relator, Ministro Teori Zavascki, acompanhado pelo plenário, ressaltou em seu voto que a jurisprudência do Supremo reconhece a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia, entendendo pelo dever de indenizar o preso em razão da rotineira violação de seus direitos fundamentais, conforme ventilado na referida jurisprudência:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias

com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 – crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção

ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). Fixada a tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”. 8. Recurso extraordinário provido para restabelecer a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor, para reparação de danos extrapatrimoniais, nos termos do acórdão proferido no julgamento da apelação. (RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)⁴¹⁰

Insta salientar um outro achado jurisprudencial que firmou o posicionamento da obrigatoriedade do Poder Público promover a execução de obras emergenciais em prisões, tendo havido, inclusive, a superação dos argumentos afetos à separação dos poderes, bem como da reserva do

⁴¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 580252 R, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/texto_312692053.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2018.

possível, face à supremacia da dignidade da pessoa humana, conforme se observa:

REPERCUSSÃO GERAL.
RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à

integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Ao Estado é prescrito o dever específico de zelar pela integridade física e moral de seus custodiados, enquanto estes permanecerem em tal condição. O referido dever advém da ordem legal emanada no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

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:

[...]

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Destarte, o dispositivo supra deriva do princípio da proteção

estendido ao ente estatal, “que não é senão a função preventiva da responsabilidade civil transformada em dever de agir do Estado”⁴¹¹.

Nessa esteira, Ramos⁴¹² leciona que o direito e a proteção à integridade física e psíquica ou moral consiste na intangibilidade física do ser humano, que merece proteção contra qualquer forma de tratamento cruel ou tortura, bem como veda tratamento desonroso ou que cause sofrimento psíquico.

Nessa seara, trazemos em tela o RE 580252, que abarca a possibilidade de indenização por dano moral tendo em vista a excessiva população carcerária, sendo:

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. **Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária.** (RE 580252)

⁴¹¹NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 69.

⁴¹²RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216979/cfi/0>>.

RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/02/2011, DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-02 PP-00325)

Uma prova de que o cenário prisional está em situação calamitosa é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, cujo plenário do STF deferiu, parcialmente, o pedido de medidas cautelares, reconhecendo a ocorrência do chamado “**Estado de Coisa Inconstitucional**” do sistema carcerário brasileiro, a fim de tirar da inércia todos os poderes estatais, para uma melhoria razoável no quadro caótico evidente que se instalou no sistema carcerário.

No tocante ao Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), trata-se de uma técnica decisória oriunda da Corte Constitucional Colombiana, que objetiva enfrentar sérias e sistemáticas lesões constitucionais, em face de omissões de políticas públicas, as quais afetam um número indistinto de pessoas, sendo necessária, para suas superações, a realização de diversas providências a serem efetivadas por várias autoridades e poderes do Estado.

Em seu estudo, Souza Neto⁴¹³ aborda que o STF, na apreciação da

⁴¹³SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. O papel do Estado na condição dos presídios e

ADPF nº 347, não adotou postura incisiva, no que tange ao “compromisso significativo”, ao propalar o Estado de Coisas Inconstitucional, e destacou alguns dos votos dos Ministros:

(...) a decisão do juiz é um estímulo. Mas ela precisa de uma atitude de cooperação dos demais órgãos envolvidos na superação do estado de inconstitucionalidade. E estamos a ver que, pelas providências delineadas e enunciadas, são múltiplas as atividades que se requerem às diversas instituições, especialmente, ao Poder Judiciário que, como se destacou, participa, no que diz respeito à prisão, à soltura das pessoas. (...) isso vai exigir, realmente, uma decisão de caráter plástico, de caráter bastante criativo. (Voto do Ministro Gilmar Mendes na apreciação da liminar da ADPF nº 347)

A vontade política de um único órgão ou poder não servirá para resolver o quadro de inconstitucionalidades. A eliminação ou a redução dos problemas dependem da coordenação de medidas de diferentes naturezas e oriundas da União, dos estados e do Distrito Federal: intervenções legislativas, executivas, orçamentárias e interpretativas (Judiciário (...))

a proteção dos direitos fundamentais: Como o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo podem ajudar?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 6023, 28 dez. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76172>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo. (Voto do Ministro Marco Aurélio na apreciação da liminar da ADPF nº 347)

Portanto, há o imperativo dever de agir do Estado, mediante a promoção de medidas que estimulem os demais poderes da República a sair do estado de inércia no que tange ao sistema carcerário brasileiro, vez que é mister a abertura de espaços para os debates acerca da criação de novas políticas públicas, bem como controle e fiscalização das já existentes, sendo que estas, em última análise, já estão fadadas ao fracasso, haja vista o caótico e vilipendiador cenário das prisões no Brasil, que reproduzem, sem qualquer margem de dúvidas, com outra roupagem, as masmorras de outrora

com seus corpos encarcerados já sem alma.

As configurações histórico-sociais aqui construídas, sempre em processo de devir, constituem terreno fértil e movediço para importantes reflexões acerca das perversidades ceifadoras de direitos e garantias fundamentais, sentidas e vividas no sistema prisional brasileiro, sem perder de vista os movimentos da sociedade, cegos e com sede de “vingança”, que defendem, sobretudo, a morte em vida dos detentos, que em **nada coaduna** com a concretização do Estado Social e Democrático de Direito, com a construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna, O QUE É PREOCUPANTE.

Assim, o estudo do sistema carcerário brasileiro, multifacetado e prenhe de complexidade, deve ser feito também à luz do Direito Civil - Constitucional, que alberga a responsabilidade civil do Estado e o seu dever de proteção, sob a premissa de que a Constituição Federal, hierarquicamente superior a todas as demais, é portadora de uma determinada hierarquia de valores que devem ser observados por todo o ordenamento jurídico e, portanto, pelo próprio Direito Civil, que assim deixa

de encontrar seu único fundamento no Código Civil e na legislação ordinária.

Embora reste cristalino o dever do Estado na esteira do Supremo Tribunal Federal, guardião da nossa Carta Constitucional de 1988, dando azo ao que podemos chamar de movimento instituinte, pilar para a materialização em casos concretos, há o iminente risco de inclusão de políticas ainda mais duras no atual Brasil de extremos, cuja defesa dos direitos fundamentais encontra resistência, vez que associada a bandeiras partidárias, à “bandidagem”, à impunidade e ao crime – “direitos dos mansos”.

Nessa vertente reflexiva, a polarização/ binarização resulta em: ou se está do lado da vítima, ou se está do lado do criminoso, uma vez que os direitos deste afetam sobremaneira na memória da vítima.

Discorrer acerca da responsabilidade civil do Estado, implica refletir para além da doutrina, para além dos conteúdos manualescos, sendo imperioso adentrarmos a realidade político-ideológica atual brasileira que articula violência e capitalismo, intimamente imbricados, em imanência com o processo de fascistização sob os auspícios de torturadores de bem, milicianos da verdade e profetas da antidemocracia e

a defesa de uma “ditadura constitucional”.⁴¹⁴

Portanto, o estudo da temática afeta à responsabilidade civil do Estado e o sistema carcerário não é tarefa fácil, sendo importante considerar que o Estado mobiliza forças de resistência à mudança sob a veste de questões de ordem socioeconômicas, deficiências afetas ao próprio sistema prisional (recursos financeiros, escassez de trabalhadores, inadequações dos equipamentos institucionais) – controle dos corpos criminosos configurado pela dominação, pela segregação com finalidades típicas de esquadramento social e, por fim, violadores de nossa Constituição Federal.

Por outro lado, vale lembrar que o poder é, na verdade, a operação de tecnologias políticas através do corpo social, não estando restrito às instituições políticas. Nessa vertente, o poder deve ser compreendido, levando-se em consideração as micropráticas, devemos nos remeter ao nível das tecnologias políticas onde nossas práticas se formam. O poder é multidirecional e representa um papel

⁴¹⁴REBUÁ, Eduardo. **Amor ao Ódio: fascitização no Brasil do tempo-de-agora**. 3 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://diplomatie.org.br/fascistizacao-no-brasil-do-tempo-de-agora/>. Acesso em: 13 de abr. 2020.

diretamente produtivo, funcionando de modo ascendente e também descendente.⁴¹⁵

Os “inimigos do agora” são os professores, as universidades, a comunidade LGBT, os nordestinos, os índios, os pedófilos comunistas, os DETENTOS, os não cristãos e, portanto, o estudo do sistema carcerário se torna indesejável diante deste cenário, afinal, os corpos criminosos devem ser varridos do seio social e do próprio cárcere, a qualquer custo, o espaço deve ser higienizado, sobretudo, no tempo de agora, há uma “junção de violências, com o desencantamento epidêmico do mundo provocado pelo neoliberalismo, pavimentando processos maciços de alienação, adoecimento físico e psíquico, desmonte de políticas e dimensões públicas, aniquilação de resistências e sujeitos”⁴¹⁶.

Contudo, a escrita pode transformar a coisa vista ou ouvida em batalhas. Ela transforma-se em um Princípio de ação. Em contrapartida,

⁴¹⁵DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica**. Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

⁴¹⁶REBUÁ, Eduardo. op., cit.

aquele que escreve se transmuta em meio a esse emaranhado ⁴¹⁷.

“Nessa humanidade central e centralizada, efeito e instrumento de complexas relações de poder, corpos e forças submetidos por múltiplos dispositivos de ‘encarceramento’, objetos para discursos que são eles mesmos elementos dessa estratégia, temos que ouvir o ronco surdo da batalha”.
(Michel Foucault)

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo. **A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana: 1890-1921.** São Paulo: editora Arte & Ciência/UNIP, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** RE 580252 R, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 08 de agosto de 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/texto_312692053.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2018.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. **Crime e Castigo.** SP: Nova Cultural, 2003.

⁴¹⁷MACHADO, Leila Domingues. **O desafio ético da escrita.** Psicologia & Sociedade, v. 16, n. 1, p. 146-150, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/psoc%20/v16n1/v16n1a12.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2019.

DREYFUS, H. L.; Rabinow, P. **Michel Foucault uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica.** Trad. Vera Porto Carrero. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FERLA, L. A. C. **Feios, sujos, malvados sob medida.** Tese de doutorado em História Social - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder.** Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão:** Vozes, 1979.

MACHADO, Vitor Gonçalves. **O fracasso da pena de prisão. Alternativas e soluções.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2243, 22 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13381>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

MACHADO, Leila Domingues. **O desafio ético da escrita.** Psicologia & Sociedade, v. 16, n. 1, p. 146-150, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/%0D/psoc%20/v16n1/v16n1a12.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2019.

MAGNABOSCO, Danielle. **Sistema penitenciário brasileiro: aspectos sociológicos.** Jus Navigandi, Teresina, 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1010>>. Acesso em: 10 fev. 2013.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado.** 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

PEDROSO, Regina Célia. **Utopias penitenciárias. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 333, 5 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5300>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. Disponível

em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547216979/cfi/0>>.

REBUÁ, Eduardo. **Amor ao Ódio: fascistização no Brasil do tempo-de-agora**. 3 de janeiro de 2019. Disponível em:

<https://diplomatie.org.br/fascistizacao-no-brasil-do-tempo-de-agora/> . Acesso em: 13 de abr. 2020.

SANTOS, M. M.; Alchieri, J. C. & Flores Filho, A. J. **Encarceramento Humano: uma revisão histórica**. **Revista Interinstitucional de Psicologia**, 2 (2), p. 170-181, 2009.

SILVA, M. L. Michel Foucault e a genealogia da exclusão/inclusão: o caso da prisão na modernidade. 2008. Disponível em: <http://mozartls.blogspot.com.br/2008/10/michel-foucault-e-genealogia-da.html>. Acesso em fevereiro de 2013.

SILVA, R. A. N. Cartografias do social: estratégias de produção do conhecimento. Tese (Doutorado). Porto Alegre (RS): Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2001.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. O papel do Estado na condição dos presídios e a proteção dos direitos fundamentais: Como o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo podem ajudar? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 6023, 28 dez. 2019. Disponível

em: <https://jus.com.br/artigos/76172>. Acesso em: 16 mar. 2020.

**A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO
DE PESSOA HUMANA E A IDEIA
DE DIREITOS HUMANOS
UNIVERSAIS⁴¹⁸**

*Marcus Fabiano Gonçalves⁴¹⁹
Palloma Borges Guimarães de Souza⁴²⁰*

⁴¹⁸ Este artigo é parte da pesquisa de dissertação realizada pela mestranda Palloma Borges Guimarães de Souza, no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), RJ, Brasil, sob orientação do prof. Dr. Marcus Fabiano Gonçalves.

⁴¹⁹ **Marcus Fabiano Gonçalves** possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (1996), Mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Conclui atualmente Doutorado em Antropologia Social pela École des Hautes Études en Sciences Sociales, EHESS - Paris. Foi (2009) Professor Adjunto I de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, onde também integrou o Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado). Atualmente é Professor Adjunto I da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), integrando também o Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Sociologia e Direito da mesma instituição. É também colaborador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da Universidade Nova de Lisboa. Desenvolve pesquisas em filosofia moral, sociologia da eficácia jurídica, hermenêutica e teoria da argumentação e antropologia jurídica. É membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFF. Endereço eletrônico: fabiano.marcus@gmail.com. Link para currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7436799669491341>.

⁴²⁰ **Palloma Borges Guimarães de Souza** é mestranda do Programa de Pós-Graduação

RESUMO

Este artigo pretende traçar um breve panorama acerca da construção histórica do conceito de *pessoa humana*, passando pela noção de Direitos do Homem, os quais ulteriormente viriam a ser denominados Direitos Humanos. O principal objetivo deste trabalho é resgatar a ideia de Direitos Humanos Universais como sendo de origem ocidental, e, sobretudo, escolástica. Para alcançar tal objetivo será utilizada revisão bibliográfica, tendo como principal referencial teórico Bartolomé de Las Casas. Em suma, busca-se investigar, a partir do resgate histórico e antropológico da noção de personalidade do homem ibérico, a origem da expressão *pessoa humana*, que está estritamente atrelada ao núcleo comum de dignidade entre todos os seres humanos pelo simples fato destes serem *pessoas*.

Palavras-chave: Pessoa Humana. Direitos do Homem. Homem ibérico. Escolástica. Bartolomé de Las Casas.

ABSTRACT

This article aims to provide a brief overview of the historical construction of the concept of the human person, through the notion of Rights of Man, which would later be called Human Rights. The main objective of this work is to rescue the idea of Universal Human Rights as being of western origin, and, above all, scholastic. To achieve this goal, a bibliographic review will be used, with Bartolomé de Las Casas as the main theoretical framework. In short, we seek to

Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense. Endereço eletrônico: pallomaborges@id.uff.br. Link para currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3233919278041806>.

investigate, from the historical and anthropological rescue of the notion of personality of Iberian man, the origin of the expression human person, which is strictly linked to the common core of dignity among all human beings simply cause they are people.

Key words: Human person. Rights of Man. Iberian man. Scholastic. Bartolomé de Las Casas.

1. INTRODUÇÃO

A afirmação histórica da expressão *persona humana* revela a influência da perspectiva cristã sobre a construção de tal expressão, sendo a noção escolástica do termo a referência mais próxima que há da concepção atual de *persona humana*. Todavia, em que pese a aparente redundância deste termo, não é tarefa simples investigar a origem da expressão, sendo de fundamental importância enxergar a influência da matriz ibérica acerca da afirmação da individualidade presente na noção de *persona*, e do cristianismo católico sobre a definição do *humano*, em contraponto ao, mas ao mesmo tempo, referenciado no Deus do monoteísmo cristão. Nessa perspectiva, a impressão que a expressão *persona humana* causa inicialmente, de certo pleonasma, vai cedendo espaço a uma visibilização do humano que seja

condizente com o alcance específico do sentido de *persona* investido no termo *persona humana*.

Visando resgatar a origem histórica e antropológica deste termo, o presente artigo pretende, em um primeiro momento, abordar a construção histórica do conceito de *persona humana*. Objetiva-se, quer na era pré-cristã, quer nos debates da modernidade acerca do termo, enfatizar a influência que exerce sobre a expressão *persona humana* a relação do *humano* com o transcendente, seja pela transição do saber lógico helênico ao culto monoteísta, que inaugura uma religião mais pessoal e centrada no relacionamento do homem com Deus, seja pela substituição da valorização do divino pela dignificação do homem.

A segunda parte deste trabalho almeja ressaltar a influência da escolástica e, em específico, da escolástica espanhola sobre uma percepção do *humano*, a partir do direito natural, noção esta que pode ser considerada como precursora dos chamados Direitos do Homem, os quais viriam posteriormente a ser denominados Direitos Humanos. Assim, os primeiros debates que foram travados acerca da legalidade da escravidão indígena à luz do direito natural vieram a ser de extrema importância para a

afirmação de uma ideia de *pessoa humana* que fundamentasse a noção segundo a qual não é o direito que dá vida jurídica à *pessoa*, mas a *pessoa humana* é a matriz a partir da qual emana o enfeixamento de direitos considerados como inerentes a todo e qualquer ser humano, tendo como condição o simples fato deste ser *pessoa*. Ademais, a aproximação entre culturas completamente distintas, fruto da conquista da América, dá azo a vários debates sobre a percepção do outro como semelhante, e questiona-se, a partir de diversas perspectivas, até que ponto a redução do diferente ao referencial que se tem como mais próximo deste outro não representa uma tentativa de seu aniquilamento.

Diante de tais pretensões este artigo objetiva, a partir de uma revisão bibliográfica, tendo enquanto referenciais teóricos autores como Bartolomé de Las Casas, Tomás de Aquino, Alain Supiot, Michel de Montaigne e Frank Lestringant, investigar a contribuição destes para a atual concepção de *pessoa humana*, fundamental à compreensão da origem dos direitos humanos. Portanto, almeja-se encontrar a perspectiva histórica da construção do termo *pessoa humana*, a partir dos debates realizados pela Igreja Católica sobre a dupla natureza de

Cristo: humana e divina, e das discussões da escolástica espanhola acerca da fundamentação da conquista. O viés antropológico investido na expressão *pessoa humana* revela a importância da noção cristã de *pessoa* até mesmo para o surgimento da etnologia moderna, e afirma, a partir das diferenças entre culturas, a percepção do núcleo comum de dignidade que nos constitui enquanto *humanos*, iguais em dignidade e direitos.

2. CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE PESSOA HUMANA

Acerca da afirmação histórica dos direitos humanos, as ideias básicas que evoluíram para a concepção moderna de *pessoa humana* e para o reconhecimento de direitos universais inerentes a todos os homens foram oriundas do chamado período axial, que se deu entre os séculos VIII e II a. C. Esse período teria se constituído como eixo histórico da humanidade, uma vez que foi nele que surgiram diferentes visões de mundo como o judaísmo, o islamismo, o zoroastrismo, o budismo, o taoísmo, o confucionismo, etc. (COMPARATO, 2010, pp. 20-21)

Durante o período axial as tradicionais explicações mitológicas da

realidade foram substituídas pelo saber lógico da razão, sobretudo com a emergência da filosofia tanto na Ásia quanto na Grécia, durante o século V a. C, conhecido como o “século de Péricles”. O culto monoteísta a Javé, instituído por profetas de Israel (sobretudo por Isaías), inaugurou uma religião de caráter mais ético, direto, pessoal, e menos idolátrico ou ritualístico do que as manifestações arcaicas. De acordo com Comparato:

A relação religiosa torna-se mais pessoal e o culto menos coletivo ou indireto: a grande inovação é que os indivíduos podem, doravante, entrar em contato direto com Deus, sem necessidade da intermediação sacerdotal ou grupal. Enquanto isso, a força da idéia monoteísta acaba por transcender os limites do nacionalismo religioso, preparando o caminho para o culto universal do Deus único e a concórdia final das nações. O cristianismo, em particular, levou às últimas conseqüências o ensinamento ecumênico de Isaías, envolvendo-o na exigência de amor universal. (COMPARATO, 2010, pp. 22-23)

Com o advento da era cristã, Jesus de Nazaré passou a servir como modelo ético de ser humano, cuja imitação se tornou mais simples e acessível, o que resultaria na assimilação, pelo imaginário religioso

ocidental, da exigência cristã de amor universal e do ideal da fraternidade entre os homens, feitos filhos de Deus (portanto, irmãos uns dos outros), por intermédio de Jesus Cristo.

Atualmente, o termo *pessoa* é tão imediatamente associado ao ser humano, na cultura ocidental, que chega a aparentar pleonástica a expressão *pessoa humana*, largamente utilizada quanto à matéria de direitos humanos em muitos países. Entretanto, a locução tem emprego legítimo, não consistindo numa redundância, tendo em vista que, além de o termo *pessoa* comportar significados que nem sempre se reportam diretamente ao ser humano em si, a justaposição lhe assegura um alcance e sentido específicos que o singularizam no plano terminológico e conceitual, bem como confere ao “humano” a visibilidade compatível com o substrato conceitual investido na expressão *pessoa humana*.

Todavia, a afirmação dogmática da igualdade fundamental de todo e qualquer ser humano quanto à sua incontestável humanidade constitui uma aquisição civilizatória muito recente na história do pensamento ocidental (SUPIOT, 2007, pp. 13-15). Seria necessário percorrer um longo período histórico, desde a era axial até os movimentos filosóficos e as declarações

de direitos da modernidade, a fim de que, a partir das crenças ocidentais, se forjasse uma representação antropológica universal e laicizada capaz de radicar numa concepção simbólica de *pessoa* que envolvesse todo e qualquer ser humano, que, por sua humanidade imanente, fosse reconhecido como referencial de sentido ético e político da vida humana neste plano existencial, e fosse, portanto, digno de respeito. Não é essa a pretensão deste artigo, que em suas modestas proporções almeja ao menos contribuir com algumas notas acerca do conceito de *pessoa humana* que está por trás da noção de Direitos do Homem, ou, numa acepção mais moderna, de Direitos Humanos.

Contudo, embora o termo *pessoa* seja fruto do período axial, apenas vinte e cinco séculos depois desta era, a primeira organização internacional a abranger a quase totalidade dos povos da Terra, a Organização das Nações Unidas (ONU), proclamou, em seu artigo VI, quando da abertura da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, que “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

Acerca da diferença entre *pessoa* enquanto sujeito de direito e os objetos de direito sob a relação entre meios e fins, Gustav Radbruch (2004) afirma que “o sujeito de direito é um ser que um determinado direito historicamente dado considera como um fim em si, e, ao contrário, objeto de direito é aquilo que, na mesma situação, é utilizado como simples meio para determinados fins”. De acordo com o autor, considerada como fim em si por inflexão do direito, a mencionada acepção específica de *pessoa* representa a “artificialidade do sujeito de direito em face do sujeito real e pleno”, uma vez que, sob essa ótica, “ser pessoa é resultado de um ato de personificação da ordem jurídica”, de modo que “todas as pessoas, tanto as físicas quanto as jurídicas, são criações da ordem jurídica”. Segundo essa perspectiva, as próprias pessoas naturais também são “pessoas jurídicas”, visto que o homem não seria qualificável como *pessoa* “enquanto ser vivente composto de corpo e alma, mas porque, segundo o ponto de vista da ordem jurídica, representa um fim em si”. (RADBRUCH, 2004, pp. 189-195)

Desse modo, o homem em si não é *pessoa*, a priori; antes, ele pode ser visto originalmente como um nada jurídico, que, conforme o estabelecido

pelo direito vigente, poderá se investir de personalidade atributiva de existência, gozando, então, de liberdade, igualdade, e da própria vida, no mundo jurídico, ou, do contrário, poderá ser reificado juridicamente, servindo de simples meio para a execução dos fins de outrem.

Entretanto, é possível afirmar que a ideologia contemporânea dos direitos humanos gira fundamentalmente em torno do conceito metajurídico, agnóstico e universal de *pessoa humana*, o qual, por sua vez, está baseado na afirmação dogmática da existência de uma igualdade essencial entre os seres humanos, reconhecidos como titulares de direitos universais e inalienáveis, independentemente de qualquer prescrição heterônoma do direito positivo, pelo simples fato de sua humanidade imanente.

Contudo, foi na cultura grega antiga que surgiram relevantes especulações filosóficas sobre as ideias de igualdade substancial, individualidade pessoal, e dignidade humana, dentro de uma perspectiva cosmopolita. Desse modo, os estoicos, que constituem a última escola grega (século IV a. C), influenciaram no processo de evolução da cultura ocidental, inspirando pensadores

cristãos, ao utilizar por oposição os termos helênicos *prósopon* e *hypóstasis*.

Na Escola Estoica aplicava-se a palavra *prósopon* atrelada à *pessoa*, no sentido da sua forma e dos aspectos visíveis do homem, da dimensão empírica do ser humano. Nas performances teatrais, essa concepção correspondia à sua máscara ou face e aos papéis desempenhados por cada indivíduo na vida social. Assim, a *pessoa* enquanto *prósopon* passou a designar o próprio homem, em sua representação subjetiva no cenário aparente da vida. (SILVA, 1978, p. 1157)

Os estoicos reconheciam a existência de uma dimensão oculta no homem, por debaixo da máscara e da representação, de onde vem a ideia de *hypóstasis*, palavra derivada do verbo *hyphístamai*, que significava subjazer, ou seja, “aquilo que subjaz”, “o que está debaixo”, o fundamento, o apoio, etc. Nesse sentido, na *hypóstasis* radicaria a “substância”, a qual responderia pela individualidade subjetiva de cada ser humano, e na qual fixava-se a matriz de sua identidade enquanto gênero ou espécie, que seria a sua essência.

Todavia, a primeira discussão conceitual acerca das categorias *prósopon* e *hypóstasis*, no âmbito da Igreja Católica Apostólica Romana, não

tratou propriamente do *humano*, mas versou sobre a identidade de Cristo, sob a ótica do mistério trinitário, isto é, relativo ao dogma da Santíssima Trindade, comunhão compositiva do Deus do monoteísmo cristão, o qual era uno, e, concomitantemente, trino. (COMPARATO, 2010, p. 31)

Diante desse cenário, Deus, enquanto Pai e Espírito Santo seria originalmente impossível de se circunscrever e de se fazer representar como tal, de modo que, sendo invisível ao homem, não poderia ser encerrado no que define a *pessoa*: seja um nome ou um rosto que lhe desse uma circunscrição. (SUPIOT, 2007, p. 27)

Entretanto, a encarnação de Deus na figura humana de Jesus confere-lhe uma face (*prósopon*), o “rosto divino da humanidade” ou “a face humana de Deus”, o que significa dizer que a personalidade de Deus estaria modelada no *Corpus Christi*. Dessa forma, no Concílio de Niceia (325 d. C) associou-se o termo *prósopon* à *pessoa*, a Deus, no que tange ao seu Filho unigênito e consubstancial. Assim, fixou-se o consenso de que, na *hypóstasis* de Jesus, radicava uma dupla natureza: divina e humana (COMPARATO, 2010, p. 31). Nesse sentido, haveria uma união hipostática ligada à *pessoa* de Cristo, na

qual a substância humana seria inseparável da divina.

No Novo Testamento bíblico, o predicado da *imago Dei*, identificado em todos os seres humanos, passou a ser traduzido, entre os cristãos, sob a fórmula de *imago Christi*, uma vez que Deus teria predestinado os homens “a serem conformes à imagem do seu Filho”, “primogênito entre muitos irmãos” (BÍBLIA, Romanos, 8, 29). Na medida em que os homens, com a face descoberta, refletiriam como por espelho a glória do Senhor (BÍBLIA, 2 Coríntios, 3, 18), ou seja, a imagem de Deus, estes homens seriam chamados a viver e renovar-se na imagem de Cristo, enquanto entidade hominizadora e personificadora do Criador, na qual, inclusive, seriam feitos irmãos. Portanto, nenhum homem seria invisível para Deus, isto é, todo e qualquer ser humano possuiria uma imagem própria, perante Deus, uma face (*prósopon*), e constituiria, portanto, uma *pessoa*, para Ele, sendo criada à sua imagem e semelhança.

Contudo, foi durante o século VI d. C que o termo *pessoa* (*persona*) se desvinculou propriamente de sua conotação estoica tradicional, relacionada à exterioridade humana, para associar-se à interioridade do homem, à sua face mais característica: a

razão. Identificando *prósopon* com *hypóstasis*, Severino Boécio ou simplesmente Boécio (480-524 d. C), considerado um dos fundadores da Escolástica, apregou que “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*” – “*diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional*”. Todavia, não se trata da razão humana em abstrato, mas da razão associada a uma substância individual, a um ser concreto. (KIRSTE, 2009, p. 192)

Na *Suma Teológica*, Tomás de Aquino emprega o vocábulo *pessoa* com conotação ampla e positiva, que abrangia a dimensão corporal ou temporal do homem, bem como a sua substancialidade espiritual. Portanto, em Tomás de Aquino, a *pessoa humana* figura como elo ou ponto de encontro entre o mundo físico e o mundo transcendente, de modo que a personalidade estaria atrelada ao espírito encarnado no ser humano de tal forma que ultrapassa a própria condição mortal de seu corpo físico. (SUPIOT, 2007, pp. 27-29)

Nesse sentido, a personalidade não é mais uma simples máscara que pode ser arrancada do homem, mas é um traço substancial que se adere à sua existência espiritual e temporal, constituindo-o enquanto ser que

“participa da natureza divina” (BÍBLIA, 2 Pedro, 1, 4). Tanto no homem visível, físico, quanto no invisível, metafísico, a corporeidade e o espírito constituiriam dádivas divinas; comporiam, juntos, a sua realidade pessoal unitária, motivo pelo qual contemplá-la apenas em parte seria uma autêntica heresia, pois permitiria conhecer somente um homem fragmentado. Além disso, Tomás de Aquino defende que, enquanto filho de Deus, todo e qualquer homem detém uma personalidade, o que pode ser percebido na síntese tomística “*singulus quisque homo una persona est*” – “*cada homem individualmente é uma pessoa*”, sendo convidado pelo sacramento do batismo a purificar sua personalidade no corpo místico de Cristo, a Igreja. (SUPIOT, 2007, p. 28)

Acerca desta perspectiva, Alain Supiot destaca a concepção escolástica de *pessoa*:

Assim, a personalidade é o conceito genérico que permite fazer o corpo e o espírito se manterem juntos. Ela transcende a natureza mortal de cada homem para fazê-lo participar da imortalidade do espírito humano. [...] ela toma no homem ocidental a forma de uma revelação do espírito na experiência de sua encarnação. [...] Lembrando a etimologia da persona, que no princípio designou em grego as máscaras dos atores, Heinrich Zimmer observa, assim, que a concepção

ocidental – nascida entre os próprios gregos, depois desenvolvida na filosofia cristã – anulou a distinção que o termo implicava entre a máscara e o ator cujo rosto ela oculta. Tornaram-se idênticos um ao outro. Quando o jogo acaba, a persona não pode ser tirada de você; ela cola na sua pele através da morte e na vida do além. O ator ocidental, que se identificou plenamente com a personalidade posta em cena durante o tempo em que ele está no teatro do mundo, é incapaz de despojar-se dela quando chega o momento da partida; conserva-a, portanto, indeterminadamente, até mesmo eternamente – depois que acabou o espetáculo. (SUPIOT, 2007, pp. 29-30)

O autor ainda ressalta que:

Foi o cristianismo [...] que fez da personalidade um atributo de todo ser humano, atribuindo-lhe, à imagem de Cristo, uma dupla natureza, material e espiritual, e vendo em seu corpo mortal o templo de sua alma imortal; corpo e alma cuja união faz a pessoa. [...] Assim concebida, a personalidade não é mais uma máscara para arrancar, [...] mas um ser para descobrir. (SUPIOT, 2007, pp. 236-237)

Fundamentado na premissa de que cada ser humano foi criado à imagem de Deus (assim como a comunidade humana em seu conjunto), o humanismo cristão e escolástico conseguiu tornar sagrado, no imaginário religioso do Ocidente, um conceito universal de *pessoa* referente a todo e

qualquer ser humano em sua individualidade subjetiva, e em sua totalidade material e espiritual. Tal conceito envolvia a noção de que por ordem divina, todo homem goza de dignidade frente ao conjunto da criação. A partir dessa perspectiva teológica, fixou-se, no catálogo das ideias motrizes do pensamento religioso ocidental de inspiração cristã, não somente o princípio da igualdade essencial dos homens como também o valor quase absoluto da *pessoa*, consolidando-se, portanto, a noção de *dignidade humana*. A afirmação do homem como *pessoa*, identificando-o como sujeito da criação divina, torna um sacrilégio o rebaixamento do ser humano ao estado de coisa. (SUPIOT, 2007, p. 26)

Todavia, no pensamento cristão, a dignidade particular do homem não provém de si mesmo, mas do seu Criador, e deve ser exercida, sob a ótica da vontade de Deus, em comunhão com todos os outros homens (SUPIOT, 2007, p. 15). Dito de outra forma, a pessoa não figura como fim em si mesmo, uma vez que na salvação de Cristo, revelação da graça divina, se consolidaria o sentido escatológico da sua experiência de vida pessoal, a sua finalidade existencial, e o seu próprio destino, tendo em vista que tudo teria

sido criado por meio de Cristo e para Ele. (BÍBLIA, Colossenses, 1, 16)

Portanto, é possível afirmar que a noção escolástica acerca da *pessoa* se constitui como referência conceitual que mais se aproxima da ideia contemporânea de *pessoa humana*. Esta ideia, de certo modo, é fruto de uma concepção cristã oriunda de um contexto histórico do processo, vivenciado na modernidade, de secularização generalizada das instituições culturais do Ocidente. Desse modo, embora o cristianismo tenha perdido espaço no discurso filosófico e o lugar constitucional na práxis política e jurídica de muitos Estados laicos, a noção atual de *pessoa humana* que tem servido de fundamento dogmático para muitos destes Estados, no mundo ocidental, ainda é, fundamentalmente, a noção cristã. (SUPIOT, 2007, p. 28)

Desde a Renascença, com o cientificismo e o humanismo secular sob a inspiração do cogito cartesiano: “penso, logo existo”, houve dura crítica às predicções teológicas escolásticas. Deus, retirado de construções institucionais ocidentais foi sendo substituído pelo homem como ser pensante, a partir de uma recomposição de seu mundo conforme a imagem abstrata de sua autorrepresentação

simbólica enquanto ser igual em dignidade a todos os outros homens, dotado de consciência e racionalidade, e nascido livre. O novo rosto (*prósopon*) do *homo juridicus* é intemporal e universal; é o *prósopon* que se desenhou no imaginário ocidental e se organizou como postulado ideológico nas declarações de direitos modernas (SUPIOT, 2007, p. 234), conforme o que dispõe o art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

A rejeição da antropologia bíblica, referenciada em Deus, é típica da modernidade, e foi definida por autores como Ludwig Feuerbach, Karl Marx e Sigmund Freud, a partir do seguinte enunciado: *não é o homem que é feito à imagem de Deus, mas Deus é simplesmente uma imagem projetada pelo homem*. Entretanto, à semelhança da teologia cristã da *imago Dei*, tal concepção antropológica laicizada não resulta de uma demonstração científica empiricamente verificável, antes, trata-se de uma crença dogmática cujo intuito é conferir certo sentido à condição humana, sobretudo dentro da nova visão

de mundo, que passou a se propagar nos tempos modernos, emancipada da religião, na qual a ciência fundada na fé colocada nos progressos da razão ocupa o papel tradicionalmente imputado à religião como instância do verdadeiro. (SUPIOT, 2007, pp. 13-14)

A concepção de *pessoa humana* como sujeito autônomo, autorreferenciado, que, de acordo com o postulado kantiano da “autofinalidade” se justifica como um fim em si mesmo, independente de recurso a referências divinas, ou até mesmo do reconhecimento heterônomo de sua existência pela ordem jurídica, permite que a simples humanidade imanente a todo e qualquer ser humano passe a figurar como condição necessária e suficiente para sua afirmação enquanto *pessoa*, diferenciando-se, por si próprio, das coisas, enquanto sujeito de existência autológica. No âmbito jurídico, tal concepção resulta na crença dogmática de que não é o direito que dá vida jurídica à *pessoa humana*, mas é a *pessoa humana* que determina a razão de ser e o sentido ético do direito.

3. CONTROVÉRSIA DE VALLADOLID: FUNDAMENTAÇÃO ESCOLÁSTICA E DIREITOS DO HOMEM

Um acontecimento esclarecedor, que talvez represente o auge dos debates acerca da fundamentação da conquista da América, é a Junta de Valladolid, que ocorreu em 1550, na cidade de Valladolid, Espanha, para a discussão da situação indígena nas colônias espanholas. Na verdade, mais do que isso, nesta ocasião houve o embate direto entre duas versões ou duas posições acerca do estatuto psicológico dos índios americanos. Ocorreu então um debate, extenso, entre Juan Ginés de Sepúlveda, humanista e cronista do Império, e Bartolomé de Las Casas. O debate ficou conhecido como Controvérsia de Valladolid, e acabou por considerar que os índios seriam descendentes de Adão e Eva, assim como os espanhóis, logo, também desfrutariam de um espírito e de uma alma imortal, sendo considerados pelos espanhóis como irmãos em Cristo. Esta decisão passou a ser confirmada pelo Papa e por sua Igreja, e atesta a qualidade da fundamentação dos argumentos de Las Casas.

É possível reconhecer que os escolásticos espanhóis estavam totalmente situados na problemática da fundamentação da conquista e colonização da América com base nas doações das bulas alexandrinas, sendo amplamente influenciados por

Aristóteles e Tomás de Aquino. Essa influência pode ser vista na discussão sobre um determinismo inato do indígena como “escravo natural”, de acordo com um trecho de Aristóteles na *Política*, estando o índio, dessa forma, fadado a ser uma espécie de propriedade, como os animais, apto ao domínio útil dos espanhóis; e, ainda, na discussão acerca dos títulos legítimos a partir dos quais seria possível construir a administração colonial da América.

O erudito e humanista espanhol Juan Ginés de Sepúlveda concluiu grande parte de sua formação na Itália, dedicando-se ao estudo das Letras e do humanismo clássico. Sendo versado em grego, traduziu algumas obras de Aristóteles, o que lhe conferia certa autoridade no trato da obra do filósofo. Desse modo, tomando como base esses estudos e traduções, Sepúlveda adota a posição aristotélica do primeiro livro da *Política* para sustentar que o índio americano era um servo por natureza e, assim, possuía vocação unicamente para trabalhar e viver a serviço dos espanhóis, que teriam, por sua vez, capacidade intelectual e volitiva para o domínio dos índios, meros instrumentos destinados ao trabalho manual (ARISTÓTELES, 1997, p. 32, 1260a). Entretanto, há alguns comentários e interpretações deste trecho que não

fazem dele uma formulação aplicável de modo constante e atemporal a todos os povos. Aristóteles realmente vivia em uma sociedade cuja base produtiva se encontrava nas mãos de trabalhadores escravos, em uma época em que houve a expansão imperial da civilização helênica (uma expansão sem precedentes, para além da mera influência cultural, conquanto englobando-a), fundamentada na contraposição radical entre os helenos civilizados e os bárbaros estrangeiros.

Entretanto, os escolásticos espanhóis de Salamanca argumentam no sentido de uma capacidade dos índios para serem donos ou, em outras palavras, terem domínio civil, noção que se compreende como relacionada a uma vocação para a capacidade civil (PICH, 2012, p. 376 e ss.). Nessa perspectiva, os índios eram capazes de possuir governantes, contrair matrimônio, ter sua própria religião, cultivar sua propriedade. Esses fatos demonstrariam que os índios possuíam capacidade para autogovernar-se, mesmo que com algumas “falhas morais” atreladas a certos traços de sua configuração social, como a idolatria e a antropofagia.

Contudo, o que os escolásticos espanhóis tentam mostrar é que o conceito de capacidade seria inerente ao

gênero humano, e que assim se compreenderia que os índios dotados de capacidade poderiam ser conduzidos ou instados à adoção de hábitos virtuosos dentro de um processo educacional e moral. Portanto, o que Las Casas faz em sua obra é confirmar o ponto de vista lógico e argumentativo dos escolásticos, mas a partir de uma perspectiva empírica, marca distintiva de toda sua argumentação.

Juan Ginés de Sepúlveda afirma em um documento que compôs as discussões na Junta de Valladolid de 1550, *Democrates secundus*, três proposições básicas: que os índios são culturalmente inferiores em relação aos espanhóis e, portanto, demandam tutoria; que os seus crimes abomináveis e não naturais os destituem de seus direitos de *dominium*; que o que dizem as bulas de doação é válido para respaldar as conquistas espanholas. (PAGDEN, 1982, p. 119)

Bartolomé de Las Casas e Francisco de Vitoria refutam as duas últimas proposições básicas, cada um à sua maneira, entretanto, ambos defendem que os pecados ou crimes não naturais dos índios não podem privá-los de seus direitos de propriedade, pois esse entendimento presumiria uma antropologia na qual as formas culturais são aceitas e apresentadas como

indicativas de disposições inatas. Com isso, é possível afirmar que esses pensadores ibéricos acabam estabelecendo as bases do que futuramente seria reconhecido como o campo da disciplina da antropologia e o da etnologia, ambas assumindo o pressuposto de que as disposições culturais não são inatas e envolvem uma atuação humana sobre sua própria história, e uma conformação psicofisiológica, além de geográfica.

Ou seja, não haveria um *ethos* ontológico, mas o *ethos* seria o resultado de relações variáveis e contingentes e, portanto, vulneráveis a interferências e influências também contingentes e variáveis. Desse modo, compreende-se que os índios, embora possuísem uma configuração cultural determinada, teriam também capacidade racional para um aprendizado reflexivo de sua própria configuração histórica, além de uma disposição para adotar outras formas de vida.

Todavia, o diferencial de Las Casas é que ele se apropria de um grande número de dados históricos e empíricos, fazendo “pesquisas de campo”, como testemunha ocular dos acontecimentos que se desenrolam, e reunindo uma vasta bibliografia para sustentar que as comunidades indígenas preenchem os requisitos de Aristóteles

para a formação de uma verdadeira sociedade civil. Por isso, Pagden afirma que a *Apologética historia sumaria* de Las Casas foi a primeira tentativa de demonstrar, com base em evidências empíricas e levantamento bibliográfico, que os índios seriam capazes de formar sociedades civis em bases aristotélicas. (PAGDEN, 1982, p. 121)

O frei Bartolomé de Las Casas é capaz de utilizar com erudição uma série de obras canônicas do humanismo europeu, abrangendo historiadores antigos como Xenofonte, Heródoto, Diodoro Sículo e Apolônio de Rodes. Porém, assim como afirma Pagden, nenhum deles demonstrou qualquer desejo de provar que, por baixo das diferenças culturais entre as raças, existia o mesmo conjunto de imperativos sociais e morais, o que faz da *Apologética historia sumaria* a primeira obra de etnologia comparada escrita em uma língua europeia. (PAGDEN, 1982, pp. 121-122)

Bartolomé de Las Casas mobiliza um arcabouço retórico para defender que, no *humano*, haveria uma capacidade para a civilidade. No entanto, procura formular uma interpretação acerca do conceito aristotélico de servo por natureza no sentido de criar um desmembramento entre duas passagens da *Política*: a

primeira passagem seria a do primeiro livro e diria respeito ao bárbaro que vive fora de qualquer tipo de vínculo social, o que seria raro; a segunda interpretação do servo por natureza estaria no terceiro livro da *Política* e diz respeito a “bárbaros” que possuem governos legítimos, ainda que formulados em termos de tirania e que careçam de artes e exercícios nas letras, sendo, todavia, governos legítimos e naturais.

Quanto à fundamentação filosófica de Las Casas sobre os direitos do homem, é possível destacar duas linhas de pensamento que confluíram para sua formação, a saber, a escolástica e o humanismo renascentista. Nota-se que o Renascimento é, por muitos, amplamente ressaltado como reconhecedor da dignidade humana. De fato, nesse contexto surgiram tratados sobre o assunto, mas isso não foi exclusivo dessa época. É dito que durante a Idade Média não se reconhecia a dignidade do homem, por ser uma era turbulenta. Na verdade, a grande diferença entre o humanismo renascentista e o período medieval, é que neste reconhecia-se a dignidade do homem em sua relação com Deus, criador e pai de todos, enquanto que o humanismo a reconhecia no homem por si mesmo. Bartolomé de Las Casas

situa-se nessa confluência entre o medieval e o renascentista, de modo que o autor acredita que o homem teria dignidade por ser criatura de Deus com sua autonomia própria. Dessa forma, Las Casas reconhece a dignidade dos índios tanto por uma fundamentação escolástica quanto por uma visão renascentista.

A influência da filosofia escolástica pode ser percebida na obra de Las Casas por sua utilização, em um nível profundo, dos desdobramentos do direito natural em suas várias manifestações. Soma-se a isso a força argumentativa do seu discurso, e a dialética própria dos escolásticos, dados à lógica e ao diálogo. Nessa linha, encontram-se, ainda, os seus ideais de justiça e de libertação, os quais não eram exclusivamente devidos à sua formação humanista, visto que também eram influenciados pela escolástica que aprendeu na Ordem dos Pregadores. (LOBATO, 1985, pp. 59-81)

Todo o trabalho do frei dominicano em defesa dos índios e dos espanhóis no momento da conquista era, na verdade, um trabalho dedicado à fundamentação e à defesa prática dos direitos que posteriormente viriam a ser conhecidos como direitos humanos. Quanto aos índios, Las Casas defende sua racionalidade, sua liberdade, seu

direito a governarem-se por si mesmos, seu direito a aceitar a religião cristã, ou seja, direitos humanos de extrema importância. No tocante aos espanhóis, o frei defendia o direito de eles estabelecerem-se em outras terras, de comunicar aos índios a cultura europeia e, intencionalmente, pregar-lhes o evangelho. Entretanto, tais direitos estariam submetidos à condição de que não se lesionassem os direitos dos indígenas, nem o bem comum das terras. Porém, tendo em vista que tanto os direitos dos índios como esse bem comum foram ultrajados, Las Casas passou a denunciar a injustiça da colonização. Contudo, a todo o momento, o frei buscava defender os direitos humanos de ambos os protagonistas e, com isso, os direitos do próprio homem, fosse quem fosse. (BEUCHOT, 1990, pp. 1111-1119)

Com efeito, por meio de seu trabalho antropológico de reavaliação das culturas indígenas, Las Casas manifestou sua defesa à dignidade humana, seu apreço pela persuasão retórica, racional e pacífica, e mostrou seu respeito pela vontade dos gentios.

Pondera-se que o tipo de barbarismo visto na interpretação de Las Casas seria relativo, vez que colocaria em termos de relatividade duas ou mais formas culturais. O que se

compreende disto é que Las Casas poria todas as formações humanas com um lugar legítimo no interior de um registro histórico comum. Assim, a possibilidade de avaliar uma forma cultural por outra admitiria também uma capacidade humana partilhada para a liberdade e a escolha de formas sociais contingentes. No interior desse registro, os critérios evolutivos pressupostos por Las Casas diriam respeito ao cultivo das letras e das artes liberais, bem como do domínio de técnicas e tecnologias como a fundição do ferro e a construção de pontes, traços da cultura europeia e fatores determinantes para a supremacia militar sobre as sociedades americanas.

Coadunando com a visão lascasiana, precursora da perspectiva etnológica moderna, para Ribeiro Couto seria um equívoco pensar o homem ibérico despojado de misturas raciais e culturais:

O homem ibérico puro é um erro (classicismo), tão grande como o primitivismo puro (incultura, desconhecimento da marcha do espírito humano em outras idades e outros continentes). É da fusão do homem ibérico com a terra nova e as raças primitivas que deve sair o 'sentido americano' (latino), a raça nova, produto de uma cultura e de uma intuição virgem, o homem cordial. (Revista do Brasil. Carta endereçada a Alfonso

Reis publicada originalmente no Jornal Monterey, editado pela Embaixada do México no Brasil. Esta carta data de 7 de março de 1931)

Portanto, é possível pensar o “homem americano” como fruto da tradição ibérica no Novo Mundo. Nesse sentido, enquanto o “homem americano” se caracterizaria por seu espírito hospitaleiro e por uma tendência à credulidade, o “homem europeu” seria caracterizado pela suspicácia e por um egoísmo que resultaria na pouca receptividade ao estrangeiro. Nesse sentido, Ribeiro Couto identifica no *homem cordial* uma atitude de disponibilidade sentimental, que estaria presente nos meandros da vida cotidiana. Assim, a contribuição da América Latina para o mundo seria a característica marcante de uma civilização cordial.

Apropriando-se da noção de homem cordial criada por Ribeiro Couto, Sergio Buarque de Holanda traz a expressão para o âmbito da cultura nacional. A especificidade ibérica na Europa certamente contribuiu muito para a originalidade da cultura brasileira. Desse modo, a cultura personalista constituída no Brasil caracteriza não somente a “gente hispânica” como também o universo mental que se configura nas terras

brasileiras, por influência do clima, das paisagens e dos grupos que já se encontravam nesse território, quando da chegada dos europeus.

O ingresso tardio da Península Ibérica no Europeísmo teria permitido o surgimento de traços peculiares ao homem ibérico, observados em seus destinos, aspectos particulares de sua história e até na sua formação espiritual. Contudo, a originalidade nacional dos espanhóis e portugueses deve-se à importância que os mesmos atribuem à autonomia do indivíduo, ao valor da *pessoa humana*. Para espanhóis e portugueses, a autossuficiência é fundamental. Portanto, é necessário que, sem precisar dos demais, o homem garanta a sua sobrevivência. Nesse sentido, Sergio Buarque afirma: “Cada qual é filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes (...) e as virtudes soberanas para essa mentalidade são tão imperativas, que chegam por vezes a marcar o porte pessoal e até a fisionomia dos homens”. (HOLANDA, 1990, p. 4)

Como contraponto a essa perspectiva da autonomia do homem ibérico, Michel de Montaigne, francês contemporâneo a Las Casas, pondera acerca dos índios Tupinambás, no Rio de Janeiro:

Trata-se de uma nação, diria eu a Platão, na qual não existe nenhuma espécie de comércio; nenhum conhecimento das letras; nenhuma ciência dos números; nenhum magistrado ou superioridade política; nenhuma vassalagem, riqueza ou pobreza; nenhum contrato, nenhuma sucessão, nenhuma partilha; nenhuma ocupação que não seja ociosa; nenhuma consideração do parentesco, a não ser o de todos; nenhuma roupa; nenhuma agricultura; nenhum metal; nenhum vinho ou pão. As próprias palavras que significam mentira, traição, dissimulação, avareza, inveja, maledicência ou perdão lhes são desconhecidas.
(MONTAIGNE, I, 31, p. 206)

Essa visão de Montaigne é analisada por Frank Lestringant (2006), para quem a *Brevíssima relação da destruição das Índias*, de Bartolomé de Las Casas, seria um requisitório inflamado contra os crimes da Conquista e profecia apocalíptica da destruição da Espanha. (LESTRINGANT, 2006, p. 520)

Em seu capítulo “Dos Canibais”, parte da obra *Ensaio*, de Montaigne, o autor traz um discurso do outro, que é, concomitantemente, discurso sobre o outro e discurso no qual o outro fala. É o que Michel de Certeau (1985) atribui a Montaigne como sendo uma criação deste, e chama de “heterologia”, ou seja, a arte de jogar com dois lugares,

uma forma de estimar em um lugar o que falta no outro.

Enquanto “Dos Canibais” trata da idade de ouro dos brasileiros livres do litoral atlântico, “Dos coches”, outro capítulo de *Ensaaios*, relata a ruína total dos impérios asteca e inca, constituindo-se como uma denúncia da destruição do Novo Mundo pelos espanhóis. O contraste entre a gênese e o apocalipse, entre os primórdios da História e seus acidentes, torna-se mais evidente pelo encadeamento entre um capítulo e outro, possibilitando a construção das imagens do “Éden brasileiro” em “Dos Canibais” e do “Inferno da Conquista espanhola” em “Dos coches”, ambos os capítulos formando um díptico. (LESTRINGANT, 2006, p. 530)

Ressalta-se ainda, acerca do capítulo “Dos coches”, que à época de sua elaboração, em 1588, foi publicado, em Salamanca, o *De procuranda Indorum salute*, de autoria do jesuíta José de Acosta, o qual distinguia, segundo o grau de “conversibilidade”, três categorias de “bárbaros”. Dessa forma, os “bárbaros selvagens” que viviam em bandos e nus, no Brasil e no Caribe, deveriam ser combatidos de modo implacável. Já as nações mais policiadas, com organização política notória, as quais viviam no México e no Peru, deveriam receber um tratamento

mais indulgente, embora desconhecessem a escrita. Por fim, os pagãos cujas civilizações possuíam tradição escrita seriam trazidos à religião cristã com brandura e por meio da persuasão. Todavia, embora Montaigne lesse José de Acosta, é pouco provável que ele tenha recorrido a tal tipologia simplificadora, uma vez que manifestamente o seu desígnio era a redução do outro ao idêntico, isto é, seu aniquilamento. (LESTRINGANT, 2006, p. 540)

De acordo com a visão de Montaigne, sob uma perspectiva “romanizada”, os astecas e incas seriam como romanos que conservaram a simplicidade dos costumes dos canibais, povos naturistas que viviam sob a arquitetura colossal de arenas, pirâmides e pórticos, antes da destruição dessas cidades ideais por bárbaros armados de ferro. Concomitante a esta operação, ocorre, através dos *Ensaaios*, o que seria a “tupinambização” do México e do Peru. (LESTRINGANT, 2006, p. 545)

Em suma, Michel de Montaigne enxerga na descoberta do Novo Mundo uma ocasião para capturar a Antiguidade viva, uma vez que esta poderia ser observada do outro lado do oceano, o qual seria facilmente acessado através dos progressos da navegação.

Desse modo, a História fornecia ao Ocidente a possibilidade de reinscrever a herança antiga em seu presente. Contudo, tal milagre havia sido atingido mortalmente, sendo vergonhosamente destruído por aqueles que não compreenderam a grandeza que estava diante de seus olhos. Assim, a Antiguidade teria sido mais uma vez perdida. E desta vez, de forma irreversível. (LESTRINGANT, 2006, p. 546)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do questionamento sobre a vagueza e a generalidade dos Direitos Humanos, ainda é possível sustentar a crucial relevância da igualdade formal projetada pelos direitos humanos e fundamentais, a despeito das manobras ideológicas que se possa fazer a partir da própria discricionariedade inerente às normas jurídicas. O Direito, portanto, deve manter-se enquanto arquitetura institucional perante as oscilações de conteúdo moldadas pelas variadas inclinações políticas daqueles que detêm o poder.

A força desta arquitetura institucional revela-se, especialmente, diante da investigação histórica e antropológica acerca do que constitui o núcleo comum de dignidade que

aproxima a todos nós de uma humanidade alicerçante do princípio da dignidade da *pessoa humana*, uma vez que tal investigação recai sobre o limite entre o estritamente racional e aquilo que de certo modo deve ser acreditado. E talvez aí resida a função dogmática do Direito: não no âmbito da demonstração e do cálculo, mas na esfera do consenso e da confiança na projeção de expectativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES. Política. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Unb, 1997.
- BEUCHOT, Mauricio, "La aplicación del derecho natural a los indios, según Bartolomé de las Casas", en J. I. Saranyana et al. (eds.), Evangelio y teología en América (siglo XVI), Pamplona: Universidad de Navarra, 1990, vol. II.
- CERTEAU, Michel de. (1985) "Histoire et anthropologie chez Lafitau", in BLANCKAERT, Claude (org.), *Naissance de l'ethnologie?*, Paris, Éditions du Cerf.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COUTO, Rui Ribeiro. El hombre cordial, producto americano, Revista do Brasil, Rio de Janeiro, 1987.
- HEYWOOD, Andrew. Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo. Trad. de J. Marcoantônio e M. Janikian. São Paulo: Ática, 2010.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 21. ed. RJ: J. Olympio, 1990.

KANT, Immanuel. *Kritik der praktischen vernunft*. 8. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1922.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. Tradução de Luís Marcos Sander. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LAS CASAS, Bartolomé de. *Apologética historia sumaria*, México: UNAM, 1967.

_____. *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Edição e estudo introdutório de André Saint-Lu. Madrid: Cátedra, 1982.

_____. *Historia de las Indias*, México: FCE, 1951.

LESTRINGANT, Frank. O Brasil de Montaigne. *Revista de Antropologia*, São Paulo, USP, 2006. v.49, nº 2. pp. 515-556.

LOBATO, A., "Dignidad del hombre y derechos humanos en fray Bartolomé de las Casas y en la doctrina actual de la Iglesia", en *Communio*, 18 (1985).

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTAIGNE (1965). *Essais*, ed. Pierre Villey, Paris, PUF.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>>. Acesso em: 04/03/2020.

PAGDEN, Anthony. *The fall of natural man*. London: Cambridge University Press, 1982.

PICH, Roberto Hofmeister. "Dominium e ius: sobre a fundamentação dos direitos humanos segundo Francisco de Vitoria (1483-1546)". *Teocomunicação*, v. 42, n. 2. Porto Alegre, 2012.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. SP: Martins Fontes, 2007.

**O DIREITO DE PROPRIEDADE E
A EDUCAÇÃO: A RELIGIÃO
COMO PRINCÍPIO
CONSTITUTIVO DA
PROPRIEDADE PRIVADA NAS
SOCIEDADES ÁGRAFAS**

*Renata Ary⁴²¹
Luzia Batista de Oliveira Silva⁴²²*

RESUMO

Este artigo objetivou identificar a relação existente entre a religião antiga das civilizações primitivas ágrafas e o direito sobre a terra, bem como enunciar, para a comunidade jurídica, um breve relato sobre a religião como princípio constitutivo dessas civilizações, vinculado à história do direito. Buscou-se apresentar ao leitor, através do estudo basilar da obra *Cidades Antigas*, de Fustel de Coulanges (2006), as crenças religiosas sobre a alma e a morte dos membros das sociedades gregas e romanas, além das lições advindas da mitologia nas figuras simbólicas de seus deuses, em um

⁴²¹**Renata Ary** é Doutoranda no PPGSSE/USF. Mestre em Direito Difuso e Coletivo pela UNIMES/SP; Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP; Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Guarulhos. Docente no curso de Direito na Universidade São Francisco; Advogada e Palestrante.

⁴²²**Luzia Batista de Oliveira Silva** é Pós-Doutora em Ciências Sociais, Antropologia pela PUC-SP, Pós-Doutora em Filosofia pela Universidade de Borgonha, Dijon/FR, Doutora em Educação pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo – FE/USF; Mestre e Bacharel em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Docente no PPGSSE/USF. Líder do Grupo de Pesquisa TCTCLAE – Teoria Crítica e Teorias Críticas Latino-Americanas e Educação (CNPq/USF).

período de tempo cujas datas precisas escapam aos historiadores e à comunidade acadêmica em geral. A religião se apresentava indissociável da propriedade privada, pois, à época, não se permitia adquirir uma propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade. Em consequência, a casa era consagrada para a morada dos deuses e, em nome da religião, a propriedade privada se tornava perpétua à família. Enquanto houvesse religião doméstica, a propriedade também existiria. Essa era uma das formas de ensinamento e educação no âmbito da família em consonância com acordos estabelecidos para a convivência social e o atendimento às regras religiosas, tanto nos cultos quanto nos valores que perpassavam a sabedoria de grupo. Enunciam-se também, mediante esses princípios, elementos fundamentais para a área do Direito.

Palavras-chave: História do Direito. Sociedades Ágrafas. Cidades Antigas. Religião. Propriedade.

ABSTRACT

This article aimed to identify the relationship between the ancient religion of primitive nonliterate civilizations and the right over the land, such as, enunciate for the legal community, a brief report on religion as a constitutive principle of these civilizations, linked to the history of law. It was tried to present to the reader, through the basic study of the work *The Ancient City* by Fustel de Coulanges, the religious beliefs about soul and death of the members of Greek and Roman ancient societies, in addition to the lessons from mythology in the symbolic figures of their gods, in a period of time that precise dates elude

historians and the academic community in general. Religion was inextricably linked to private property, since, at the time, it was not allowed to acquire property without worship, nor worship without property. As a result, the house was consecrated to the abode of the gods and, in the name of religion, private property became perpetual to the family. As long as there was domestic religion, property would also exist. This was one of the forms of teaching and education within the family, in line with agreements established for social coexistence and compliance with religious rules, both in cults and in the values that permeated group wisdom. It is also enunciated, following these principles, fundamental elements for the Law.

Keywords: History of Law, Nonliterate Societies, Ancient Cities, Religion, Property.

1. INTRODUÇÃO

“Da necessidade de estudar as mais velhas crenças dos antigos para conhecer suas instituições” (A cidade antiga - Fustel de COULANGES, 2006, p. 9)

O artigo trata de problematizar um estudo realizado sobre o embrião da propriedade privada numa época em que não nos permite estabelecer a precisão exata em que nasceu a propriedade nas sociedades antigas ágrafas: civilizações primitivas que não

desenvolveram a escrita linear e nem a fonética como as civilizações posteriores e as atuais, faltando-nos registro desses elementos não escritos sobre os seus modos de agir, viver, pensar e cultivar a Fé.

Os tópicos a seguir referem-se a alguns apontamentos propedêuticos sobre a história das cidades antigas ágrafas e suas crenças religiosas como princípio embrionário da propriedade privada. Aspira-se, nestas poucas linhas que se seguem, demonstrar um pequeno compêndio histórico das sociedades ágrafas gregas e romanas, colocando em destaque sua religiosidade, em especial os funerais e os banquetes fúnebres e a relação entre eles e seus mortos, as divindades e o direito sobre a terra.

De longa data, a propriedade privada sempre mereceu papel de destaque no ordenamento jurídico. Conhecer e estudar suas histórias e suas crenças são alicerces para compreender as instituições contemporâneas e o Direito na atualidade.

Não se pretende, com o presente artigo, esgotar o tema, tampouco caracterizá-lo como um diálogo dogmático, considerando que é escasso o material escrito deixado pelos antigos, o que reforça, ainda mais, a intenção, quiçá, de aguçar a curiosidade do leitor

acerca desse tema e os problemas que o cercam.

A história oral contada e apropriada pelos que são educados nesse contexto de oralidade é, sem dúvida, um campo fértil para o estudioso, um motivo de ensinamento atual, seja para conhecimento, reflexão ou meditação sobre aspectos pertinentes e fundamentais no período anterior à escrita, que alguns historiadores datam por região: de 4000 a 3000 a.C. aproximadamente na Mesopotâmia (Oriente Médio); 1500 a.C. na China (leste da Ásia) e 300 a.C. na Mesoamérica (América intermédia – Império Olmeca, México)

2. AS SOCIEDADES ANTIGAS ÁGRAFAS

Felizmente o passado nunca morre por completo para o homem, O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu íntimo, pois o seu estado em determinada época é produto e resumo de todas as épocas anteriores. Se ele descer à sua alma, poderá encontrar e distinguir nela as diferentes épocas pelo que cada uma deixou gravada em si mesmo". (F. COULANGES, 2006, p. 14)

O ser humano, por sua natureza sociável, como lembra Aristóteles, é *Zoon Politikon*, ou seja, é um animal

político, social, aquele que depende de outros para exercer sua sociabilidade e convivência no/com o grupo, por isso, ele sempre buscou associar-se aos de sua espécie. A gregariedade é um elemento que permitiu melhorar o convívio comunitário, mediante um conjunto de regras com a finalidade de reger/orientar as relações sociais que, naturalmente, se processavam no espaço de convivência. Desse modo, antes mesmo da existência dos Estados, pode-se afirmar que havia sociedades simples (como tribos, clãs e etnias), que já possuíam regras não escritas⁴²³, de natureza consuetudinária e que orientavam as condutas sociais existentes entre os seus membros.

Muitas dessas civilizações do passado, culturalmente denominadas pela história de antigas ou primitivas, não desenvolveram a escrita linear e fonética como conhecemos atualmente (isso não quer dizer que elas não

⁴²³Os primeiros registros escritos de que se tem notícia datam de 4000 a.C. ou 3500 a.C. Os costumes e as tradições que regiam as relações sociais nas sociedades sem escritas eram imortalizados através das narrativas de anciãos ou sacerdotes à sua família e membros da tribo ou clãs. Acredita-se que os primeiros registros relativos ao direito surgiram em, aproximadamente, 2050 a.C. O direito arcaico surgiu após o aparecimento de alguns caracteres escritos nos muros das cidades a fim de que todos pudessem conhecer as regras daquele local. (GRIVOT; ARAUJO)

desenvolveram outras espécies de sistemas gráficos de escrita), por isso, são conhecidas como sociedades ágrafas. A base das regras sociais era alicerçada nos costumes e no inequívoco teor sagrado. Sua cultura era mantida através da oralidade, das narrativas mitológicas (ensinamentos dos sábios ou benfeitores, como a figura da Velha Sábia dos Mistérios dos Cabiros ou Mistérios de Eleusis, na Samotracia, Grécia), das rapsódias (ensinamentos poéticos pelas melodias populares), dos provérbios populares (como os ensinamentos ou sabedoria popular do senso comum em cada povo ou cultura), dos adágios (poemas e lendas), dos aconselhamentos entre gerações e das decisões tomadas por força das tradições. (PALMA, 2019)

O Direito, inicialmente, tem, como fonte e base de seus fundamentos, o misticismo da natureza e o divino desconhecido (o misticismo naquele tempo, supostamente, não era denominado de religião)⁴²⁴. A religiosidade era o alicerce das sociedades ágrafas, pois suas crenças influenciavam decisivamente em todos os comportamentos sociais: nascimento, família, casamento, contratos,

⁴²⁴Atualmente, conceitua-se como “direito natural” aquele baseado nas relações humanas e na busca pela sobrevivência.

propriedade e morte. Nos julgamentos, os “deuses” julgavam: condenavam ou absolviam. E a justiça privada e a coletiva prevaleciam. Direito e religião estavam intimamente ligados. Sobre essa perspectiva, Maciel e Aguiar (2019, p. 54) pontuam que

Direito e religião ainda estão umbilicalmente entrelaçados. Como há grande temor em relação aos poderes sobrenaturais, é ainda difícil distinguir o que vem a ser regra religiosa e o que vem a ser regra jurídica. Não existe distinção entre religião, moral e direito, estando estas funções sociais bastante interligadas e confundidas. São direitos ainda em formação, em gestação, longe das instituições que conhecemos e que são definidas nos sistemas romanistas ou do Common law. (MACIEL; AGUIAR, 2019, p. 54)

Apesar do uso da terminologia direito, alguns autores defendem o posicionamento de que, nesses estágios de sociedade, não podemos falar em regras jurídicas, em direito propriamente dito, pois este depende da existência de um Estado, como pontuam Marx e Engels ao afirmarem não existir direito em grupos sociais que não atingiram o estágio de organização estatal. (MACIEL; AGUIAR, 2019).

Certamente, ao estudarmos a antiguidade, esta nos levará à compreensão das sociedades ágrafas,

um passado longínquo, que não nos possibilita uma data precisa, mas nos permite aprender sobre alguns ensinamentos para compreender a operacionalidade do direito na sociedade atual.

3. AS CRENÇAS RELIGIOSAS NAS SOCIEDADES ANTIGAS GREGAS E ROMANAS: A ALMA, A MORTE E OS DEUSES

“É pela religião que vencemos o universo” (Marco Túlio CÍCERO, advogado, escritor, orador, filósofo, político e cônsul romano).

A família grega e a romana foram constituídas por uma religião primitiva que regia a sociedade e determinava todas as regras de condutas sociais. Trata-se de uma religião mística que levava em consideração as forças da natureza, a existência e as fúrias dos deuses e sua imortalidade.

Os gregos e os romanos primitivos acreditavam no poder dos deuses sobre a vida deles. Consideravam que os deuses estavam sempre presentes e a tudo assistiam a fim de conduzir os destinos humanos nas mais diversas esferas dos comportamentos sociais e pessoais. As cerimônias religiosas marcavam presença nos atos praticados

no recinto do lar (religião doméstica) e nas solenidades oficiais.

Destarte, as famílias e os homens públicos acreditavam que a “alma não passava sua segunda existência em um mundo diferente do qual vivemos; continuava junto dos homens, vivendo sobre a terra” (COULANGES, 2006, p. 18).

Desse modo, quando uma pessoa morria, o seu espírito iria para o céu, uma região de luz ou continuava vivendo na Terra juntamente com a sua família. Por esse motivo, o corpo do falecido era enterrado no campo, dentro da propriedade da família, e era realizado um funeral e um banquete fúnebre para o morto.

Para que a alma do morto não se perturbasse após a morte e pudesse sobreviver tranquila sobre a terra, os antigos enterravam os pertences pessoais do falecido, como sapatos e vestes, juntamente com ele em seu túmulo, caso fosse necessário usá-los e, ainda, derramavam vinho, leite e mel na tumba para matar a sua sede, bem como levavam-lhe alimentos para saciar a fome ⁴²⁵. Por isso, degolavam escravos

⁴²⁵Esse ritual era conhecido como “banquete fúnebre” in FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. A cidade antiga. Trad. Frederico Ozanam Ferreira de Barros. Versão para E-book. 2006. Acesso em 01 de março de 2020.

e cavalos para sepultá-los juntamente ao falecido, a fim de que eles lhe prestassem serviços dentro do túmulo, como haviam feito durante a vida. (COULANGES, 2006).

Considerável é a passagem em que, após a tomada de Troia, os gregos retornaram para a Grécia levando o corpo de Aquiles (já morto) e, juntamente com ele, a escrava Polixena, que foi vestida de noiva para ser sacrificada e enterrada juntamente com o falecido.⁴²⁶ Com isso, na crença figurada grega, revelou-se o casamento de Aquiles com sua amada mesmo após o seu passamento (EURÍPIDES, 2020).

As honrarias aos mortos eram diversas, de modo que era comum, após

⁴²⁶“Após a queda de Troia, conquistada e destruída pelos gregos depois de dez anos de luta, as troianas foram entregues aos vencedores como escravas na partilha das presas de guerra. Os gregos ansiavam por partir de volta à pátria, mas suas naus estavam retidas no Quersoneso Trácio por ventos desfavoráveis. Nesse ínterim o fantasma de Aquiles apareceu aos gregos para pedir-lhes que fosse sacrificada sobre seu túmulo a virgem Polixena, uma das filhas de Príamo e de Hécuba (rei e rainha de Troia). Odisseu dirigiu-se à tenda onde estava Hécuba, com a missão de levar Polixena para o sacrifício. Ele não se comoveu com o desespero de Hécuba, nem com a circunstância, lembrada por ela, a de Odisseu dever-lhe a própria vida. Mas Polixena, demonstrando uma altivez heroica, preferiu a morte à escravidão e seguiu espontaneamente Odisseu para cumprir o seu destino”. (EURÍPIDES. Hécuba. Trad. Mario da Gama Cury. Versão para E-book. Acesso em 01 de março de 2020).

a cerimônia fúnebre, invocar o espírito, por três vezes, desejando-lhe uma vida feliz sobre a terra.

Toda alma deveria ter uma morada subterrânea, sob pena de se tornar errante e perversa, provocando doenças aos vivos, destruindo colheitas e aparecendo para assustar as pessoas, ou seja, tornando-se uma alma miserável causadora de problemas para a família. Essa alma malfazeja era denominada, pelos gregos e romanos, “demônios”.

Cria-se que o morto não aceitaria ofertas, senão da sua família e parentes, e a presença de um estranho no funeral perturbaria o repouso do “manes”. (COULANGES, 2006, p.47-48). Era proibido a qualquer pessoa estranha aproximar-se e tocar no túmulo do falecido, pois isso seria considerado um ato de impiedade. Tinha-se uma verdadeira adoração aos antepassados. E o morto que não deixava filhos seria condenado à fome eterna. (LUCIANO, CF COULANGES, 2006, p. 48).

Pelo que se observa da narrativa acima, para os primitivos, a lápide não significava apenas um local para depositar um corpo morto, inerte ou um pedaço de matéria, mas um sítio que representava a nova morada do finado que, para os antigos, se tornava um deus.

O morto ancestral não era, portanto, apenas “alguém” que deixou o plano terreno, mas uma criatura sagrada, respeitada, adorada pelo homem primitivo e que tinha o poder de estabelecer normas de conduta familiares e punições.

A religião era puramente doméstica, pois cada deus somente poderia ser adorado por uma única família. Os deuses não aceitavam que a adoração fosse feita por todos os homens, uma vez que estes “não se apresentavam como sendo deuses do gênero humano”. (COULANGES, 2006, p. 47). Desse modo, nas cidades ágrafas, havia uma relação íntima entre o deus e a família grega ou romana.

Posteriormente, os gregos e itálicos passaram a materializar seus deuses em ídolos: árvores, pedras ou animais que eram utilizados em seus cultos para afastar os maus espíritos (forças invisíveis); Deméter, por exemplo, a deusa da agricultura, da gestação e das leis sagradas, do cultivo do cereal, da fertilidade da terra, das estações, da vida e da morte das coisas que nascem e morrem no solo terreno, a imagem de uma semeadora dos campos. Zeus se consagrava na figura de uma águia; daí, a Águia de Zeus. Já a deusa Atena carregava muitos símbolos, como cavalo, serpente e a coruja, mas o que

marca sua sabedoria é ser a deusa dos bons conselhos, aquela que cultivava as oliveiras e sabia o segredo para extrair destas o azeite de oliva; Atena adota a coruja como um dos símbolos marcantes por esta enxergar na escuridão. Por isso, enquanto os homens dormem, a coruja pode lhes fazer perceber os augúrios dos seres humanos (JARDE, 1977, JUNITO BRANDÃO, 2009).

Em períodos posteriores, os gregos e romanos passaram a representar seus deuses sob a forma humana (Antropomorfismo). Para os romanos, Júpiter (mitologia romana, deuses do Vulcano) ou Zeus (mitologia grega, deuses do Monte Olimpo) tinham uma aparência humanizada, com o diferencial de serem mais altos, fortes, belos e eternamente jovens. Além de adquirir a forma humana, adquiriam os sentimentos, as paixões, também os defeitos e os vícios humanos. O mundo divino era sempre representado por uma imagem engrandecida e nunca depurada da humanidade. (JARDÉ, 1977).

4. A RELIGIÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUTIVO DA PROPRIEDADE PRIVADA NAS SOCIEDADES ANTIGAS ÁGRAFAS

“Que há de mais sagrado que a morada de um homem? Lá está o altar, lá brilha o fogo sagrado, lá estão as coisas santas e a religião”.

(Marco Túlio CÍCERO, advogado, escritor, orador, filósofo, político e cônsul romano)

A propriedade privada e o direito à mesma são aspectos da justiça que têm se modificado e se desenvolvido ao longo dos séculos. Valores e crenças culturais dos povos antigos foram se modificando. Atualmente, há diferenças radicais e essenciais entre a propriedade privada dos povos antigos e a das sociedades contemporâneas.

Como já mencionado, os gregos e os romanos das sociedades ágrafas acreditavam que a alma dos mortos continuava a viver sobre a terra. Como o morto era sepultado na terra (no campo) da família (e não em cemitérios), ele tornava-se morador daquela terra e, na qualidade de divindade benfazeja, garantia a proteção da família e afugentava ladrões e inimigos. Desse modo, os primitivos acreditavam que os deuses eram os legítimos proprietários de todas as terras por direito de criação, delegando, aos seus servos, o direito sobre o solo e dele eram indissociáveis.

Por isso, um lar construído sobre um solo era o símbolo do sedentarismo,

uma vez que, construído, não poderia ser mudado, pois os deuses exigiam dos seres humanos ter uma morada fixa. A deusa Lares era o símbolo de união da família, o lugar de habitação, de domesticação de animais, de culto, de religiosidade, de aprendizado, de ensinamento e de educação na/pela família. Por isso, a mudança de lar é mudança de destinação de vivos e mortos e só poderia ocorrer em casos excepcionais, como uma necessidade extrema, sem escolha, ou quando expulsos por algum inimigo ou se a terra perdesse sua fertilidade, visto que uma terra estéril não garante a sobrevivência da família, de um lar. A mudança, então, passa a ser uma orientação dos deuses. Nesse sentido, pontua Coulanges (2007, p. 88-89):

Ora, entre esses deuses e o solo, os homens das épocas mais antigas divisavam uma relação misteriosa. Tomemos, em primeiro lugar, o lar; esse altar é o símbolo da vida sedentária, como o nome bem o indica. Deve ser colocado sobre a terra, e, uma vez construído, não o devem mudar mais de lugar. O deus da família deseja possuir morada fixa; materialmente, é difícil transportar a terra sobre a qual ele brilha; religiosamente, isso é mais difícil ainda, e não é permitido ao homem senão quando é premido pela dura necessidade, expulso por um

inimigo, ou se a terra não o puder sustentar por ser estéril. Quando se constrói o lar, é com o pensamento e a esperança de que continue sempre no mesmo lugar. O deus ali se instala, não por um dia, nem pelo espaço de uma vida humana, mas por todo o tempo em que dure essa família, e enquanto restar alguém que alimente a chama do sacrifício. Assim o lar toma posse da terra; essa parte da terra torna-se sua, é sua propriedade.

Uma vez construído um lar, a família deveria fixar um altar sobre a terra e se agrupar ao seu redor. Dessa estreita relação entre terra-lar-altar, surgiu, naturalmente, o conceito de domicílio:

E a família, que por dever e por religião fica sempre agrupada ao redor desse altar, fixa-se ao solo como o próprio altar. A ideia de domicílio surge naturalmente. A família está ligada ao altar, o altar ao solo; estabelece-se estreita relação entre a terra e a família. Aí deve ter sua morada permanente, que jamais abandonará, a não ser quando obrigada por força superior. Como o lar, a família ocupará sempre esse lugar. Esse lugar lhe pertence, é sua propriedade; e não de um homem somente, mas de toda uma família, cujos diferentes membros devem, um após outro, nascer e morrer ali". (COULANGES, 2006, p. 89).

Desse modo, o lar era considerado sagrado, e a terra, a morada dos deuses. A

propriedade privada garantia a paz, a saúde e o culto doméstico. Durante muito tempo, a casa grega foi muito simples, alicerçada numa cabana retangular, protegida por um teto de palha, com um único aposento flanqueado pelo estábulo e estrebaria. (COULANGES, 2006). A casa na gruta foi substituída pela cabana de terra que, por sua vez, foi substituída pela casa de madeira, um pouco mais ampla e, depois, sucedida pela casa de pedra e de tijolo, mas, independentemente do material com que a casa era construída, ela sempre representou um lar, onde tinha-se por ideal que as gerações vindouras habitassem na mesma morada que seus ancestrais e seus deuses:

Os gregos diziam que o lar havia ensinado os homens a construir casas. Com efeito, o homem, fixado pela religião em um lugar que não pensava abandonar jamais, logo deve ter pensado em levantar aí uma construção sólida. A tenda convém ao árabe, o carro ao tártaro, mas uma família que tem um altar doméstico precisa de uma casa que dure. A cabana de terra ou de madeira seguiu-se logo a casa de pedra. E esta não foi construída somente para a vida de um homem, mas para a família, cujas gerações deviam suceder-se na mesma morada. A casa situava-se sempre no recinto sagrado. Entre os gregos, dividia-se em duas partes o quadrado formado pela cerca: a primeira parte era o pátio; a casa ocupava a segunda parte. O altar, colocado mais ou menos no centro da área total, encontrava-se assim no fundo

do pátio, e perto da entrada da casa. Em Roma, a disposição era diferente, mas o princípio era o mesmo. O altar ficava colocado no meio do recinto, mas as paredes elevavam-se ao seu redor pelos quatro lados, de maneira a fechá-lo no meio de um pequeno pátio. Vê-se claramente o pensamento que inspirou esse sistema de construção: as paredes levantam-se ao redor do altar, para isolá-lo e protegê-lo; e podemos afirmar, como diziam os gregos, que a religião ensinou a construir casas. (COULANGES, 2006, p. 91-92)

Era a religião que garantia o direito de propriedade e não a lei. Não se permitia adquirir uma propriedade sem o culto, nem o culto sem a propriedade. Cada propriedade privada estava sob o olhar de uma divindade doméstica, e como cada família tinha seu lugar privado sobre a terra, a vida em comunidade não era comum à época, pois o lar era seu domicílio isolado, sua propriedade.

Uma interessante passagem da mitologia romana narra a intenção de Júpiter em construir um templo no Monte Capitólio, porém, foi impedido de fazê-lo pelo deus Termo, que guardava e velava os limites do campo, proibindo que vizinhos se aproximassem da propriedade. Nessa narrativa, evidencia-se a utópica crença dos romanos acerca da titularidade e

domínio do espírito-deus sobre a propriedade.

O direito de propriedade fora, portanto, estabelecido com a finalidade de cumprimento de um culto hereditário, doméstico. Entendia-se que o homem morre, mas o lar, o túmulo e o culto se mantêm. A casa era consagrada pela presença perpétua dos deuses.

Enquanto existisse a religião doméstica, a propriedade existiria também. A terra, em nome da religião, tornava-se propriedade perpétua da família juntamente com o deus que lá habitava, e o vocábulo imóvel significava a inviolabilidade da propriedade. Nessa esteira, a religião doméstica ensinou o homem a se apropriar da terra e lhe assegurou direitos sobre ela, tornando-a absoluta ao seu titular.

Por fim, resta destacar que a morte e seus rituais sempre foram um mistério para a humanidade. Nunca se soube ao certo para onde iremos ou se iremos para algum lugar. No discurso de Platão, na defesa de Sócrates em seus últimos suspiros, este faz um gracejo perante aqueles que assistiam à sua condenação à pena de morte, dizendo: “Bem, é chegada a hora de partimos, eu para a morte, vós para a vida. Quem segue melhor rumo, se eu, se vós, é

segredo para todos, menos para a divindade” (PLATÃO, 1972, p. 16).

5. A EDUCAÇÃO E O DIREITO NA ANTIGUIDADE

Quando se trata de bens materiais, estamos, nesse caso, falando de direito à propriedade nas sociedades primitivas, na era mitológica e também nas sociedades que as sucederam, que, de modo geral, nunca foram, em nenhum momento de suas existências, equânimes nesse quesito. Por isso, tem-se prevalência de elementos de diferenciação e exclusão, separação entre os que tinham direito ao lar e os que tinham posses, os que não tinham direito ao lar e os que permaneceram sem posses.

Ao discutir-se sobre a questão da educação e o direito de propriedade nas sociedades mais antigas, deve-se considerar como sendo educação, nesse período, no âmbito social, um público seletivo, que recebia uma educação da família nos ensinamentos sobre a tradição, a observação e seu cumprimento ou o tipo de reparação, penalidade para a não observância dos valores dessa tradição.

As famílias que tinham uma melhor formação e convivência social com possibilidades de fazer circular

conhecimentos nos ensinamentos da tradição recebiam conhecimentos passados de pai para filho, de geração para geração, ressaltando o que as famílias e as autoridades que as representavam consideravam como valores fundamentais para a comunidade. Por isso, adotavam regras para o cumprimento de deveres, normas de conduta para viver em comunidade/sociedade.

Falar de educação nesse período é remontar aos processos formativos que eram creditados àqueles que usufruíam de algum tipo de conhecimento mais aprimorado, possibilitando uma formação diferenciada, seja pela convivência em um grupo, uma família, uma sociedade da qual participavam como membros. Sociedades que não tinham espaço para pensar na educação dos serviçais, dos escravos que lhes serviam fielmente, sendo tratados inclusive como uma coisa de que se tem a posse como qualquer outro animal, servindo, inclusive, como oferenda para os deuses, como é o caso de Polixena, filha de Príamo, o rei de Troia, que capturada, prefere a morte a se tornar uma escrava para servir aos seus inimigos, os gregos.

Tornar-se escrava para garantir a vida seria intolerável para uma princesa,

dadas as condições adversas, brutais com que um escravo era tratado, por sua condição. Pode-se questionar também as perdas do direito de princesa, ou seja, a educação recebida no seio da família, a impossibilidade de praticar cultos religiosos que a conectariam com seu lar, sua família, seus deuses, seu povo. Ela sabe que já está morta, por isso aceita uma morte digna a uma vida indigna e de sofrimentos.

Educação entendida como um elemento privilegiado para alguns grupos sociais, aqueles que detinham conhecimentos restritos e sem partilha, o que fazia toda a diferença. Daí, se compreende a importância de interpretar os relatos orais da tradição, assim como o valor da terra, a sua posse, o lugar para viver e consagrar, fazendo a educação despontar no seio da religiosidade e nos elementos que vão confirmar, muito depois, a ideia de propriedade como direito para todos os homens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desbravar a história das civilizações primitivas, sua cultura, seus misticismos é matéria fascinante para qualquer estudioso da história e do direito. É através dela que se tem a possibilidade de conhecer e

compreender o passado e as instituições atuais. A história das sociedades ágrafas nos propicia uma fantástica viagem no tempo. Graças a ela, podemos reproduzir, na memória, uma pequena parcela do que foi vivenciado por nossos ancestrais.

Diante disso, apresentou-se, neste artigo, um breve relato sobre a cultura religiosa das sociedades ágrafas e sua íntima relação com a propriedade privada e a educação, pois foi através da religião doméstica e do culto aos mortos (cada morto era um deus) que, embrionariamente, surgiu o direito sobre a terra, posteriormente denominado propriedade. A educação e o conhecimento eram transmitidos aos membros da família, de geração em geração, através de relatos orais da tradição.

Interessante pensamento, popularmente atribuído a Confúcio (pensador e filósofo chinês: 551-479 a.C.), denota a estreita relação entre passado e futuro: “Se queres conhecer o passado, examina o presente que é o resultado; se queres conhecer o futuro, examina o presente que é a causa.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRIVOT, Débora Cristina Holenbach; ARAUJO, ABEL, Henrique; ARAUJO,

Marjorie de Almeida. **História do Direito**. São Paulo: Sagah Educação, 2017.

COULANGES. Fustel de. **Numa-Denis - A cidade antiga**. Trad. Frederico Ozanam Ferreira de Barros. São Paulo: Edameris, 2006.

EURÍPIDES. **Uma Tragédia Grega: Hécuba**. Trad. Mário da Gama Cury. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. Disponível em: <<https://www.amazon.com.br/Hécuba-Uma-tragédia-grega-Eur%C3%ADpides-ebook/dp/B00HSNYYLS>>. 01/02/2020.

GIORDANI. Mário Curtis. **História da Grécia: Antiguidade Clássica I**. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1972.

_____. **História de Roma: Antiguidade Clássica II**. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

JARDÉ, Augusté. **A Grécia Antiga e a Vida Grega**. São Paulo: EDUS, 1977.

SOUZA, Junito Brandão de. **Mitologia Grega**. 21. ed. (Vol. 1, 2 e 3). Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA Thiago dos Santos. **Curso de história do direito**. 3.ed. São Paulo: Método-Gen, 2013.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIA Renan. **Manual de história do direito**. 9.ed. São Paulo: Savaiva, 2019.

PETIT, Paul. **História Antiga**. 6.ed. Trad. Pedro Moacyr Campos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

PLATÃO. **Defesa de Sócrates**. Trad. Jaime Bruna (Coleção Os Pensadores, Vol II). São Paulo: Abril Cultural, 1972.

ROSTOVTZEFF. M. **História da Grécia**. 3.ed. Trad. Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

**AUTONOMIA DE VONTADE NOS
CONTRATOS E A ARBITRAGEM
NO BRASIL - MITIGAÇÃO DA
INCONSTITUCIONALIDADE**

*Marcia Simoni Fernandes*⁴²⁷
*Kairon Bruno Furniel*⁴²⁸

RESUMO

⁴²⁷**Marcia Simoni Fernandes.** Orientadora científica: advogada, graduada em Direito pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, especialista em Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior. Pós-Graduada em Direito Corporativo e Compliance na Escola Paulista de Direito; Conselheira Titular do Conselho Municipal de Saúde de Ribeirão Preto. Membro da Comissão de Direitos Humanos, coordenadora da área da saúde e membro da Comissão de Direito Médico, Odontológico e da Saúde da OAB - 12ª Subseção Ribeirão Preto-gestão 2016-2018. Graduação em Enfermagem pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto-USP (1993), Mestre pela Universidade de São Paulo (2000) e Doutora pela Universidade de São Paulo, 2006.

⁴²⁸**Kairon Bruno Furniel.** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Atua como advogado nas áreas de direito civil e trabalhista nas cidades de Ribeirão Preto e região. Realizou Iniciação Científica pela Faculdade de Direito de Franca nos anos de 2016/17 com a pesquisa sobre o tema: “Arbitragem, Mediação e Conciliação: métodos alternativos de resolução de conflito” e nos anos de 2018/19 com a pesquisa sobre o tema: “Honorários Sucumbências na Justiça do Trabalho após a Lei 13.467 de 2017”. Realizou a apresentação oral da pesquisa científica em formato de resumo expandido na Universidade Estadual Paulista de Franca - UNESP em 2016 sobre o tema: “Conflito aparente entre direitos autorais e garantia constitucional da função social da propriedade” no I Congresso de Direitos Autorais e Cidadania: Direitos Autorais na Pós-Modernidade.

O Poder Judiciário atualmente encontra-se abarrotado de demandas que prejudicam a celeridade e eficácia da tutela jurisdicional; em patente essas características atuais do sistema judicial no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça implementou e incentivou políticas que visam reduzir este cenário através de métodos alternativos de solução de conflitos, sejam consensuais ou não. E sob essa perspectiva o presente artigo abordará a Arbitragem, método alternativo de solução de litígios não consensuais, demonstrando suas principais características e analisando a constitucionalidade do instituto; ao fim, apresentará o entendimento predominante sob o aspecto constitucional, debatendo ainda sob a plausibilidade da mitigação de direitos e garantias fundamentais em face da autonomia da vontade. Neste sentido, o tema encontra ênfase no campo do Direito Privado Constitucional.

Palavras-chave: arbitragem, autonomia da vontade, constitucionalidade, Direito Privado, Direito Constitucional.

ABSTRACT

Currently, the Judiciary is subject to requirements that hinder the speed and effectiveness of judicial protection, in patent these current characteristics of the judicial system in Brazil, the National Council of Justice implements and encourages policies that aim to use this alternative solution method of conflicts, whether consensual or not. This perspective or the present article addresses arbitration, an alternative method of resolving non-consensual disputes, demonstrating its main characteristics and analyzing the constitutionality of the institute. fundamental rights and guarantees in the face of the autonomy of the will. In this sense, the theme finds emphasis in the field of Private Constitutional Law.

Keywords: arbitration, autonomy of the will. constitutionality. Private Right. Constitutional Right.

1. INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução 125 de 2010, já previa o incentivo a métodos alternativos de solução de conflitos, como forma de amenizar o sistema judiciário do grande número de ações, corroborando com a celeridade processual. Nesta esteira, métodos alternativos de solução de conflitos pouco utilizados começaram a se destacar entre os juristas; dentre inúmeros métodos, a Arbitragem, muito utilizada no direito internacional, está em evidência no Direito Privado.

O instituto da Arbitragem, regulado pela Lei 9.307 de 1996, reformada pela Lei 13.129 de 2015, apresenta-se como uma solução não consensual para que as partes resolvam seu litígio, afastando assim ações que abarrotariam a máquina judiciária. Contudo, observa-se que o instituto demorou a ter realce no Direito Privado, porquanto tem um desafio cultural no Brasil, uma vez que os cidadãos brasileiros, apesar dos esforços promovidos pelo CNJ, são resistentes quanto à procura de soluções

alternativas para seus conflitos em face da cultura demandista.

O Poder judiciário a rigor deveria ser utilizado como *ultima ratio*, contudo a natureza conflituosa dos brasileiros transforma este sistema em moroso e abarrotado de demandas, dificultando o trabalho dos Magistrados em dar uma célere e eficaz solução aos litígios. Portanto, o incentivo e a promoção de soluções alternativas tornaram-se imprescindíveis para a normalização do andamento da jurisdição estatal.

No entanto, com a vigência da Lei da Arbitragem, que tem o fulcro de retirar a análise de litígios do Estado, gerou debates quanto ao aspecto constitucional, eis que de acordo com doutrinadores estaria em franco conflito com os princípios da Carta Magna, sobretudo no que tange às garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Assim, é de suma importância aos estudiosos do Direito Privado e Constitucional a análise e conhecimento sob o crivo da constitucionalidade da Arbitragem no procedimento civil, mesmo que atualmente já haja um entendimento predominante entre os juristas. Nesta esteira a difusão do conhecimento acerca do tema ora debatido possui relevância jurídica e social, na tentativa de trazer à Justiça

celeridade nos julgamentos dos conflitos.

Sendo assim, o objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar, ao analisar a Arbitragem no Brasil, a compatibilidade entre a Lei 9.307 de 1996 (regulamentadora do instituto) e a Constituição Federal de 1988, com o condão de resguardar o Poder Judiciário como *ultima ratio*. Enquanto que os objetivos específicos estão delineados em expor as benesses da utilização do procedimento arbitral através de suas peculiaridades, concomitantemente, apresentar e solucionar os conflitos aparentes entre as características contratuais da Arbitragem com os princípios constitucionais.

2. CONCEITO

A arbitragem é uma modalidade extrajudicial de soluções de conflitos, a qual dá amplos poderes às partes para escolher um terceiro desinteressado (denominado árbitro) no litígio para dirigir o procedimento arbitral e ao fim proferir uma decisão vinculativa. Os direitos objeto do conflito de interesses necessariamente tem que ser direitos patrimoniais disponíveis, vide art. 1º da Lei 9.307 de 1996.

Outrossim, para Nádia Araújo, a arbitragem é:

*Um meio jurídico de solução de controvérsias, presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de mecanismos por elas determinados, árbitros para serem os juizes da controvérsia, confiando-lhes a missão de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral.*⁴²⁹

Assim, além da oportunidade em escolher o árbitro que resolverá a lide, terá maior amplitude negocial na escolha de procedimentos e nos prazos, evitando a morosidade do Judiciário.

A característica da celeridade processual na Arbitragem fica elucidada pela doutrinadora Rozane Cachapuz:

É importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juizes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a

⁴²⁹ARAÚJO, Nádia de. **Arbitragem** – a nova lei brasileira e a praxe internacional. SP. LTr, 1997, p. 31.

*irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário.*⁴³⁰

Ventila ressaltar que, para segurança do procedimento arbitral, as decisões finais dos árbitros possuem força vinculante entre as partes, se assemelhando com as sentenças judiciais, caracterizando-se como título executivo judicial, porquanto que após 2015 o legislador inseriu a sentença arbitral no rol do art. 515 do CPC.

E esta é uma das características ressaltadas pelo excelso doutrinador Carlo Carmona em sua definição sobre a Arbitragem, *in litteris*:

*A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.*⁴³¹

Por oportuno ressaltar que o instituto em destaque não faz parte do Poder Judiciário, pois a Arbitragem não é implementada por órgãos judiciários

⁴³⁰CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e procedimento na lei nº 9.307/96. São Paulo. LED - Editora de Direito, 2000, p. 22.

⁴³¹CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um Comentário à Lei 9.307/96. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 27.

permanentes. Contudo, é um método jurisdicional, porque as decisões arbitrais possuem eficácia coercitivas. Essa distinção é apontada por Rezek: “da arbitragem diz-se com acerto, que é um mecanismo jurisdicional não judiciário”⁴³².

Quanto à natureza da Arbitragem, há três teorias conhecidas, são elas: teoria contratualista (ou privatista); teoria jurisdicional (ou publicista); e teoria intermediária (ou conciliatória).

Aqueles que são adeptos da teoria contratualista acreditam que o compromisso arbitral é um acordo bilateral entre as partes, renunciando à jurisdição estatal. Mas essa corrente perdeu força com o advento da Lei 9.307/96, pois, de acordo com essa teoria, a arbitragem não possuiria natureza jurisdicional, logo as sentenças arbitrais não teriam força executiva.

A teoria jurisdicional, por sua vez, atribuiu ao instituto uma natureza processual semelhante à jurisdição estatal, pelo fato da sentença arbitral não necessitar de homologação.

No dizer de Irineu Strenger:

Não há dúvida de que o ponto de partida é a convenção entre as

⁴³²REZEK, J. FRANCISCO. **Direito internacional público** – Curso elementar. São Paulo. SARAIVA, 1995, p. 353.

partes decidindo colocar na via dos possíveis incidentes contratuais a instrumentalização que possibilite não somente dirimir divergências como impor decisão inacatadas. Este desiderato, entretanto, depende de procedimento arbitral cujo efeito se consolida na decisão dos árbitros. Assim, sem ser ato judiciário, a sentença arbitral, todavia, é ato jurisdicional contendo em seu pronunciamento os mesmos requisitos que tornam a decisão judicial exequível.⁴³³

Silva, por sua vez, reconhece somente essas duas correntes, as dividindo entre privatista e publicista, conforme se extrai da leitura do trecho abaixo de sua doutrina:

Os privatistas se apegam à natureza do ato que deu origem à arbitragem, que a seu ver é um ato de natureza privada, instituída através da cláusula arbitral, ou do compromisso de arbitragem, que é proveniente de um negócio jurídico de natureza privada. Por esse motivo a função do árbitro tem caráter privado e a eficácia de sua decisão depende, basicamente, de chancela estatal, pois equivale a um parecer ou laudo técnico. Os publicistas veem o aspecto teológico da função do árbitro, no seu aspecto finalista, sendo que a função, evidentemente, é pública e o ato é que é privado. Esta teoria adota o entendimento jurisdicional e atribui ao árbitro todas as funções inerentes à jurisdição,

exceto o poder de império, privativo aos juízes togados.⁴³⁴

A teoria intermediária sustenta que o aspecto contratual dar-se-á em um primeiro momento, durante a convenção da arbitragem, uma vez que nesse momento prevalece a autonomia das vontades. Já numa segunda fase, apresenta natureza jurisdicional quando for instruído o árbitro ou juízo arbitral; a partir desse momento as decisões arbitrais terão eficácia vinculante.

Esta teoria tornou-se mais aceita por realizar a junção dos privatistas e dos publicistas, eis que é evidente a necessidade contratual das partes para a instauração do procedimento arbitral; em contrapartida, também está elucidado o efeito vinculante das decisões arbitrais, tanto pela Lei 9.307 de 1996 como pelo Código de Processo Civil, consoante ao entendimento emanado pelo ilustre doutrinador Alvim.

Igual ensinamento professam Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, afirmando que o fundamento convencional da arbitragem não é contestado: o poder de julgar reconhecido aos árbitros nasce de um acordo de vontades (...) ao componente jurisdicional se

⁴³³STRENGER, Irineu. **Comentário à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo. LTr, 1998, p. 136.

⁴³⁴SILVA, João Roberto da. **Arbitragem – Aspectos gerais da Lei 9.307/96**. SP. Mizuno, 2004, p. 45-46.

*acresce o componente convencional.*⁴³⁵

Ainda, José Eduardo Alvim leciona que a convenção de arbitragem tem “caráter de negócio jurídico (...), porquanto, na base de uma e outro, está à vontade das partes”⁴³⁶.

Por fim, a Arbitragem distingue dos demais métodos alternativos em face da amplitude do poder negocial das partes durante o procedimento, ao contrário do que ocorre nos procedimentos de jurisdição estatal. E, em contrapartida com a conciliação e mediação, a Arbitragem não corresponde a um meio de solução consensual, pois apesar das partes elegerem um árbitro, é este que ao final proferirá a sentença como se juiz fosse.

3. ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

O instituto da arbitragem permite dois tipos de modalidade: institucional e *ad hoc*. A Arbitragem institucional é aquela realizada em instituições específicas, como a ICC – International Chamber of Commerce (Câmara de Comércio Internacional); a

⁴³⁵ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. BH. Mandamentos, 2000, p. 211.

⁴³⁶ALVIM. José Eduardo Carreira. op., cit., p. 207-2016.

UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) e o CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

Essas instituições que se prestam à atividade jurisdicional arbitral apresentam-se, nos dizeres de Meirelles, como “serviços sociais autônomos (...) e formam uma espécie distinta de entidades paraestatais, com características próprias e finalidade específica de assistência à comunidade”⁴³⁷. Além disso, essas instituições colocam à disposição das partes na Arbitragem uma relação de árbitros, um código ou regulamento processual e algumas disposições relativas à escolha do Direito material aplicável ao caso. Assim, torna-se vantajosa por causa da sua especialidade, sendo utilizada na maioria dos casos quando o interesse econômico é mais expressivo.

Em contrapartida, a Arbitragem *ad hoc* refere-se a um modelo de convenção arbitral realizado fora de instituições especializadas em dirimir o conflito por meio desse método alternativo. Essa modalidade torna-se

⁴³⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo. RT, 1996, p. 309.

menos onerosa do que a outra, e por isso é utilizada quando envolve montantes menos expressivos.

Outrossim, a arbitrabilidade, condição de validade da convenção arbitral, se subdivide em subjetiva e objetiva; a primeira refere-se às partes, se elas são legítimas e podem utilizar-se da Arbitragem para resolver seus litígios, já a objetiva refere-se às matérias de direito material que são passíveis de resolver através desse procedimento.

Assim, a Lei 13.129 de 2015 definiu, dentro da arbitrariedade subjetiva, que as pessoas capazes de serem partes no procedimento arbitral são as pessoas que possuem capacidade de contratar, sendo que com a promulgação desta lei a administração pública, direta e indireta, tornou-se capaz de submeter seus conflitos à Arbitragem, e a pessoa ou órgão competente para realizar tal ato é a mesma para a realização de acordos e transações, conforme artigo 1º:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.⁴³⁸

Na mesma linha do art. 1º da Lei da Arbitragem, o artigo 851 do Código Civil expressa: “É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”⁴³⁹.

A permissão concedida à administração pública para dirimir seus conflitos por meio da arbitragem gerou controvérsias doutrinárias. De um lado estava a corrente que condicionava a resolução por via arbitral ao princípio da legalidade, e do outro estava o entendimento de que o Poder Público poderia recorrer à arbitragem, desde que se trate de um direito patrimonial disponível.

A análise do artigo da Lei da arbitragem e do princípio constitucional expresso no art. 37 da CF permite concluir que conforme estabelece a primeira corrente, a administração pública poderá instaurar o procedimento arbitral, desde que estejam em harmonia

⁴³⁸BRASIL. Lei 13.129 de 26 de maio de 2015. **Lei da arbitragem**. Brasília – DF. Maio 2015.

⁴³⁹BRASIL. Lei 10.406 de 10 de jan de 2002. **Código Civil**. Brasília – DF. Jan 2002.

as duas normas. Assim, seguem os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

*O administrador Público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil ou criminal, conforme o caso. (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.*⁴⁴⁰

Por fim, sobre a arbitrabilidade objetiva, a Lei da Arbitragem desde 1996 definiu as matérias de direito passíveis da convenção arbitral, as quais são os direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o artigo 1º. Em conjunto com esse dispositivo, o Código Civil em seu artigo 832 limitou-se a determinar quais matérias não poderiam ser suscetíveis à resolução do conflito através deste instituto.

Frisa-se que para a convenção da arbitragem necessário o acordo de vontades entre as partes, as quais devem decidir na submissão do conflito por via da Arbitragem em prejuízo da resolução pelo Poder Judiciário, como conceituam

⁴⁴⁰MEIRELLES, Hely Lopes. op., cit., p. 93.

José Alvim e Irineu Strenger, respectivamente:

*A convenção de arbitragem é a expressão da vontade das partes interessadas, manifestadas numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios. Em outros termos: uma via jurisdicional concorrente com a estatal, posta pela lei à disposição das partes, para resolverem seus conflitos, em sede privada, com igual extensão e eficácia à efetivada pelos órgãos do Poder Judiciário.*⁴⁴¹

*É uma convenção para quais as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir-se na forma de cláusula compromissória num contrato ou a de uma convenção autônoma.*⁴⁴²

Esse acordo, no Código de Processo Civil de 1973, estava inserido no artigo 1072:

*As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentemente a direitos patrimoniais os quais a lei admite transação.*⁴⁴³

⁴⁴¹ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2004, p. 171.

⁴⁴²STRENGER, Irineu. op., cit., p. 35.

⁴⁴³BRASIL. Lei 5.869 de 11 de jan de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília – DF. Jan 1973.

Nesse sistema de 1973 estabeleceu-se como início da arbitragem o compromisso, sendo que a legislação deixou de regulamentar a possibilidade de instaurar o procedimento arbitral através de uma cláusula arbitral. Por conseguinte, as partes, nessa época, possuíam a faculdade de firmar o compromisso, sendo, portanto, necessário para a instauração de tal procedimento, porém facultativa sua assinatura.

Nas legislações posteriores, a convenção de arbitragem foi regulamentada nos artigos 3º; 4º e 9º da Lei 9.307 de 1996. No entanto, foram os artigos 6º e 7º que transformaram a forma de exigência da convenção de arbitragem instituída previamente, aparentemente, tornando necessário e obrigatório o compromisso arbitral.

Art. 7º - Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.⁴⁴⁴

Conforme expressa o artigo supra, a forma de obrigar aquele que

⁴⁴⁴BRASIL. Lei 9.307 de 23 de set de 1996. **Lei da arbitragem**. Brasília – DF. Set 1996.

firmou o compromisso arbitral seria via judicial, tornando-se insatisfatório, uma vez que uma ação judicial comprometeria a celeridade processual, um dos benefícios da Arbitragem.

Por fim, a Convenção de Arbitragem abrange a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Conforme art. 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”⁴⁴⁵.

Ambas sendo definidas por Marcelo Huck da seguinte forma: “cláusula [arbitral] (...) e [o] compromisso arbitral, a cuja distinção pouca importância geralmente se dá, marcam no Brasil os limites entre a validade ou não de um procedimento arbitral”⁴⁴⁶.

A cláusula compromissória trata-se de uma das formas de estabelecer uma convenção de arbitragem, sendo especificada no artigo 4º da Lei 13.129 de 2015. O diferencial dela em relação à outra forma de

⁴⁴⁵BRASIL. Lei 13.129 de maio de 2015. **Lei da arbitragem**. Brasília – DF. Maio 2015.

⁴⁴⁶HUCK, Marcelo Hermes. **Sentença estrangeira e lex mercatoria**. São Paulo. Saraiva, 1994, p. 65.

instituírem este procedimento é a sua antecedência ao conflito, realizando-a de comum acordo por meio de um contrato ou adendo.

Washington de Barros Monteiro conceitua essa cláusula desta maneira:

*Constitui apenas parte acessória do contrato constitutivo da obrigação é a cláusula pela qual as partes, preventivamente, se obrigam a submeter-se à decisão do juízo arbitral, a respeito de qualquer dívida emergente na execução do contrato.*⁴⁴⁷

Apesar de ser uma cláusula em um contrato ou adendo, o art. 8º concedeu a esta uma autonomia, assim, a nulidade deste não acarreta a dissolução da cláusula compromissória. Porém, para ter validade é necessário que esteja escrita no contrato ou documento apartado, sendo que em contratos de adesão só terá eficácia se o aderente tiver a iniciativa de colocar a cláusula ou se concordar expressamente na instituição, devendo a cláusula estar escrita em um documento anexo ou em negrito, com assinaturas e vistos específicos para ela.

Paulo César Teixeira e Rita Maria Andreatta ainda acrescentam: “além de obedecer à forma prescrita em lei, o compromisso arbitral ou a

⁴⁴⁷MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, Vol. 4. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 319.

cláusula compromissória, sendo formas de declaração de vontade, devem transmitir o desejo dos signatários da maneira mais clara possível”⁴⁴⁸.

Esta cláusula possui duas espécies, cheia e vazia. A cheia é quando dentro do compromisso firmado pelas partes os elementos necessários para instituir o processo arbitral vêm especificados por completo, por exemplo, a indicação dos árbitros ou a forma como será indicado. A vazia ou em branco ocorre quando no teor da cláusula não especifica os elementos mínimos para a instituição deste procedimento, conforme explica Valença Filho.

*A expressão ‘clause blanche’ foi cunhada pelo prof. Philippe Fouchard e se refere às cláusulas compromissórias, que não indicam em seu texto, as modalidades de instauração da instância arbitral, seja de forma direta, quando preveem a forma de escolha e nomeação dos árbitros, seja de forma indireta, pela remissão às modalidades previstas nos regulamentos de instituição da arbitragem.*⁴⁴⁹

⁴⁴⁸TEIXEIRA, Paulo Cesar Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Correa. **A nova arbitragem**: comentários À lei 9.307 de 23.09.1996. Porto Alegre. Síntese, 1997, p. 79.

⁴⁴⁹VALENÇA FILHO, Clávio. **Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal**. In revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo. RT, nº 15, ano 5, JAN/MAR. 2002, p. 383.

O compromisso arbitral, semelhante à cláusula arbitral, é uma das formas de instituição do procedimento arbitral para resolução do conflito. O seu diferencial é que no momento de sua convenção o conflito já está instaurado, assim sendo necessário já constar no acordo entre as partes as regras para reger tal processo. Podendo ser firmado por via judicial ou extrajudicial.

A via judicial admite duas hipóteses, a primeira presente no art. 7º, §§ 1º ao 7º, nesses artigos diz que caso uma das partes, após firmada a cláusula compromissória, não aceitar futuramente resolver seu conflito por meio da arbitragem, a outra pode pleitear ao Poder Judiciário que obrigue aquela que descumpriu o acordo a ver seu litígio resolvido por via arbitral. A decisão do juiz obrigando a convenção de arbitragem é considerada um compromisso arbitral. A outra hipótese é quando as partes perante o juízo decidem resolver seu conflito por meio do procedimento arbitral, devendo ser celebrado em termos nos autos.

4. ASPECTOS DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM NO BRASIL E A AUTONOMIA DA VONTADE

Muito se questiona acerca da constitucionalidade do instituto da Arbitragem como forma de resolver o litígio, entendendo os adeptos da corrente da inconstitucionalidade que as soluções de conflitos qualificados com a pretensão resistida seriam exclusiva do Poder Judiciário, utilizando como fundamentos jurídicos os princípios constitucionais do acesso à Justiça; do juiz natural; do contraditório e da ampla defesa; e do duplo grau de jurisdição.

Nessa esteira, a garantia do acesso à Justiça nos dizeres da teoria a favor da inconstitucionalidade do instituto afirma que a Arbitragem estaria impedindo e afastando do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, em expreso conflito com o art. 5º; XXXV; da CF.

No entanto, a lei não obriga que havendo conflito de interesses estes têm que ser submetidos a análise do Judiciário, ao contrário, em que resoluções recentes incentivam a solução por meio consensual antes de iniciar o litigioso, devendo o Estado se intrometer no conflito somente quando provocado, entendimentos extraídos dos ensinamentos do professor Scarpinella Bueno e de Mauro Cappelletti, respectivamente:

A compreensão de que nenhuma lei excluirá ameaça ou lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário deve ser entendida no sentido de que qualquer forma de “pretensão”, isto é, “afirmação de direito” pode ser levada ao Poder Judiciário para solução. Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa, no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isso uma resposta que diga ao interessado que não há condições mínimas de saber que existe, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas de exercício da própria função jurisdicional, o que poderá ocorrer por diversas razões, inclusive por faltar o mínimo indispensável para o que a própria CF exige como devido processo legal. (grifo nosso)⁴⁵⁰

A expressão ‘acesso à Justiça’ serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (grifo nosso)⁴⁵¹

⁴⁵⁰BUENO, Cassio Scarpinella. **M. de direito processual civil**. 3ª Ed. SP. Saraiva, 2017, p. 48.

⁴⁵¹CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988, p. 08.

Frise destacar que até para o ingresso com a ação judicial é de extrema importância a explanação da vontade da parte, não podendo em regra o Estado instaurar o processo de ofício, pois este corresponde a um direito subjetivo e potestativo dos cidadãos, como explica Marmelstein:

A ação, portanto, além de representar-se como um elemento fundamental da ordem constitucional, de suma importância para a garantia dos demais preceitos normativos, é um verdadeiro direito subjetivo, exercido contra o Estado, mas que obriga igualmente o réu a comparecer em juízo (daí, dizer-se que a ação é igualmente um direito potestativo), quer se trate de um direito substancialmente fundado, quer se afirme um direito material na realidade inexistente.⁴⁵²

Importante ressaltar, então, que a vontade das partes é de vital importância tanto para a instauração da Arbitragem, como será o principal ponto de embate, eis que ainda há uma resistência a aceitar a mitigação dos direitos garantidos constitucionalmente em face da autonomia da vontade, como atualmente é o entendimento do Supremo Tribunal Federal

⁴⁵²MARMELSTEIN. George. **Curso de direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, ISBN 978-85-224-5595-9.

exemplificado pelo trecho do julgamento abaixo:

Entendo que, em matéria de direitos fundamentais o nosso direito constitucional se distancia largamente da doutrina da State Action do direito norte-americano, segundo a qual as limitações impostas pelo Bill of Rights aplicam-se prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares. Tomo, contudo, a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva se verificar em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo. (STF, RE 201.819/RJ, Segunda Turma, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Data de Julgamento: 11/10/2005, Data de Publicação: 27/10/2006)⁴⁵³

Assim, deve-se interpretar a Arbitragem como um tipo de contrato, no qual os princípios contratuais se alinham ao instituto em debate, cabendo-nos destacar o princípio da autonomia da vontade e o da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Porquanto que de acordo com o julgamento do STF alhures, as partes consensualmente

podem desfazer de direitos disponíveis consagrados na Constituição Federal, e as cláusulas dispostas têm força vinculante e obrigatória entre os contratantes.

Para tanto, Gagliano e Pamplona Filho, em uma visão contratual do princípio da autonomia da vontade, preceituam que: “A autonomia da vontade, nessa linha, vista no plano da bilateralidade do contrato, pode ser expressa pelo denominado consensualismo: o encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual.”⁴⁵⁴

E, a partir de emanar a vontade espontânea, seja no contrato ou na Arbitragem, possuem força vinculante e obrigatória entre as partes, eis que vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da obrigatoriedade dos contratos ou *pacta sunt servanda*, que, segundo os comentários de Villaça Azevedo sob o princípio da força obrigatória dos contratos:

(...) o contrato tem força obrigatória entre os que dele participam. Se é verdade que os pretores romanos, a

⁴⁵³BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819/RJ**. Relatora: Ministra Ellen Gracie.

⁴⁵⁴GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil - vol. 4: contratos. 2 ed. unificada, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, livro digital.

partir de certa época, disseram que os pactos devem ser cumpridos (pacta sunt servanda), é verdade, também, que todas as convenções tornaram-se obrigatórias.

Os contratos são obrigatórios para as partes, porque estar, como que realizando naqueles sua lei particular, em suas cláusulas, regulam seus interesses especificamente.

Têm, assim, os contratos verdadeira força de lei entre as partes contratantes, ficando adstritas ao pactuado.⁴⁵⁵

O *pacta sunt servanda* já foi objeto de análise do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento do Recurso Especial nº 1413818, decidiu que o princípio da obrigatoriedade dos contratos só pode ser afastado em casos excepcionais, conforme segue o julgamento *in litteris*:

Assim, o citado dispositivo consagra o princípio do pacta sunt servanda, de modo que a ingerência judicial nas obrigações livremente pactuadas entre as partes somente deve ser admitida excepcionalmente. Isso porque o princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. (STJ, REsp 1413818, Terceira Turma, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de

Julgamento: 14/10/2014, Data de Publicação: 21/10/2014)⁴⁵⁶

Destarte, o instituto da arbitragem sofre ainda os efeitos do debate acerca de sua natureza pública ou privada e, em que pesem todos os argumentos contrários ou favoráveis, é fato que a arbitragem inicia-se por um negócio, estando o árbitro subordinado à autonomia da vontade, sendo imperativa a interpretação não restritiva e literal do artigo 9º da LICC, que abarca a liberdade de as partes escolherem, com fulcro na autonomia da vontade, a Lei de regência de seus contratos, tal como já assinalava o próprio Código Civil de 1916.

Sendo assim, houve uma mudança de cunho cultural na interpretação constitucional, que abarca a exigência de que o Estado seja o único pacificador dos conflitos, o que estaria na contramão dos próprios valores democráticos e de cidadania e, nessa seara, a arbitragem configura valioso instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana, invocando-se aqui a responsabilidade do cidadão frente ao social.

A autonomia da vontade está onipresente no instituto da

⁴⁵⁵AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral dos contratos. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, livro digital.

⁴⁵⁶BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1413818**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

arbitragem, não é absoluta, vez que pode sofrer limitações de ordem pública; além disso, a vontade contratual é uma categoria de fenômeno social. Enfim, o referido princípio vislumbra a manifestação intencional de uma pessoa capaz, limitada pela Lei.

No tocante ao Código Civil de 2002, sobretudo no que respeita ao art. 421, resta patente que a liberdade de contratar encontra limites na função social do contrato no âmbito da autonomia privada, ponto este gerador de grandes celeumas doutrinárias frente ao significado de “função social do contrato”, haja vista que se tem em testilha uma cláusula genérica que, indiscutivelmente, entende-se que integra a expressão da socialidade no Direito Privado, sob a diretriz da solidariedade social, insculpida na Carta Constitucional de 1988, tendente a fulminar com o individualismo predatório, muito embora no Brasil haja a existência de paternalismos que não coadunam com o bem-estar social.

Conforme resta demonstrado com a MP 881/2019, editada pelo atual Presidente da República, transformada na lei da liberdade econômica (Lei nº 13.874/2019), há a inserção, no dispositivo supracitado, do parágrafo único que atribui a intervenção mínima do Estado nas relações privadas, e

excepcionou a revisão contratual, invertendo um dos três princípios fundantes do Código Civil, a socialidade que, segundo Pamplona Filho e Stolze Gagliano “surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais”⁴⁵⁷.

Nessa esteira, a solidariedade social torna-se admissível excepcionalmente, prevalecendo o individualismo dos contratos privados e, nessa vertente reflexiva, com o fito de qualificar, de alguma forma, o debate, aos próximos argumentos utilizados em defesa da inconstitucionalidade da Arbitragem no Brasil, trar-se-á em tela a mitigação dos direitos constitucionais, que carrega no seu bojo a autonomia da vontade no Direito Privado e o princípio do *pacta sunt servanda*.

O princípio do juiz natural (art. 5º; LIII; da CF), como fundamento para a inconstitucionalidade, determina que “ninguém será processado nem

⁴⁵⁷FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil - vol. 1: parte geral**. 14 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

sentenciado senão pela autoridade competente”⁴⁵⁸.

Nestes termos, alguns juristas fizeram crer que o árbitro, diferente do juiz de direito, não possui competência nos parâmetros fixados na Constituição Federal; todavia, cabe aqui destacar que a distinção entre os dois é a forma de investidura, enquanto que a competência do primeiro advém da vontade de ambas as partes, a do segundo é legal.

Por fim, superada a questão da investidura, é de se notar que os pressupostos do árbitro são semelhantes aos do Juiz estatal; assim, deve o julgador extraestatal em questão estar munido de imparcialidade, independência e ser competente para a validade do procedimento arbitral.

Por conseguinte, àqueles que atribuem à inconstitucionalidade da Arbitragem, baseia-se rigorosamente no princípio do juiz natural, como também da inafastabilidade de jurisdição, os quais podem ser facilmente contrariados como alhures demonstrado, defendendo a constitucionalidade do instituto.

No que pese ao princípio do contraditório e da ampla defesa, apesar de que alguns juristas entendem que no

⁴⁵⁸BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Brasília – DF. 1988.

procedimento arbitral eles não são respeitados, cabe destacar que a lei específica sobre o tema ressalta o dever do árbitro em assegurar a aplicação desses princípios, conforme previsão do art. 21; §3º; da Lei 9.307/96: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os **princípios do contraditório**, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”⁴⁵⁹ (*grifo nosso*).

Assim, durante o procedimento arbitral, a parte tem o direito de opor-se às alegações da outra, devendo ser garantida a oportunidade de manifestação, não sendo necessária a sua efetiva manifestação, por exemplo, a perda de prazo para contestação, a qual após devidamente citada não se defende em tempo hábil, assim tem seu direito de contrapor precluso. Entendimento este em conformidade com o de Tania Muniz:

*Não é necessário que a parte contrarie e efetivamente se defenda, é necessário, no entanto, que seja oferecida a oportunidade; que a parte seja comunicada para que tome as providências que forem cabíveis e que achar serem necessárias.*⁴⁶⁰

⁴⁵⁹BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. **Lei da Arbitragem**. Brasília - DF, 1996.

⁴⁶⁰MUNIZ, Tânia L. **Arbitragem no Brasil e a lei nº9.307/96**. Dissertação apresentada na PUC São Paulo, 1997, s/p.

Enquanto o contraditório se manifesta com a oportunidade da parte contrapor a outra, a ampla defesa refere-se à amplitude de meios probatórios concedidos às partes para defender o seu direito, desde que seja por meios lícitos. Dessa forma, só pode ser decidido o litígio depois de esgotados todos os meios de defesa das partes.

O exercício da ampla defesa dar-se-á através do contraditório, uma vez que eles estão interligados, como preceitua Delosmar Mendonça Jr.:

São figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório.⁴⁶¹

Assim, forçoso repisar que no momento em que as partes submetem seu conflito ao procedimento arbitral, estão seguras quanto ao respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que a não observância dessas garantias constitucionais irá interferir na validade da sentença final, podendo ser pleiteada ao Poder Judiciário sua nulidade.

⁴⁶¹MENDONÇA JR., Delosmar, **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros, 2001, p. 55.

Por derradeiro, o último princípio, àqueles que defendem a inconstitucionalidade, é o duplo grau de jurisdição que, embora não abarcado de forma expressa e sim implicitamente na Carta Magna, encontra, sobretudo, previsão expressa no Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, por intermédio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, cujo art. 8º; 2; alínea “h”, prevê que:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.⁴⁶²

Destarte, o respeito ao duplo grau de jurisdição é de extrema importância com o fulcro de afastar das decisões judiciais a falibilidade humana e oportunizar às partes a conferência de seu direito por um órgão colegiado.

E nesse diapasão Fernando da Costa leciona:

Trata-se de princípio de alta importância. Todos sabemos que os Juizes, homens que são, estão sujeitos a erro. Por isso mesmo o estado criou os órgãos jurisdicionais a eles

⁴⁶²Brasil. Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília - DF, 1992.

*superiores, precipuamente para reverem, em grau de recurso, suas decisões.*⁴⁶³

Neste aspecto, os juristas defensores da inconstitucionalidade têm razão quanto ao desrespeito ao duplo grau de jurisdição, visto que uma das características que atribui celeridade ao procedimento arbitral é a sua irrecorribilidade em regra, isto é, não há possibilidade de interposição de recurso na Arbitragem.

Por isso, cá há a afronta à Lei Maior do Estado brasileiro, no entanto, doutrinadores defendem a possibilidade da instauração do instituto mesmo sem o duplo grau de jurisdição em face do entendimento jurídico já apresentado, a mitigação das garantias fundamentais frente à autonomia da vontade.

Como ressaltam os juristas Prado e Goldenstein:

E é aqui, no ponto da irrecorribilidade da sentença arbitral, que está uma das questões mais controversas da arbitragem, pois a cultura contenciosa brasileira não admite a não existência do duplo grau de jurisdição, porém cabe ressaltar que tal fenômeno se dá através do princípio da autonomia da vontade das partes que ao se submeterem à arbitragem abdicam desde princípio; outro viés é o fato de que o

⁴⁶³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de Direito Processual Penal**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

*indivíduo ao recorrer ao crivo arbitral está almejando uma das vantagens da arbitragem que é a celeridade (...).*⁴⁶⁴

Posto isto, predomina no meio jurídico o entendimento de que o instituto da Arbitragem no Brasil, mesmo que possa ter alguns conflitos com o texto constitucional, não pode ter declarada a sua inconstitucionalidade, em viés de que atualmente é aceito que os direitos e garantias constitucionais possam sofrer mitigação no Direito Privado em face da autonomia da vontade das partes, e a patente vigência do princípio do *pacta sunt servanda* em nosso ordenamento jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que concerne à Arbitragem no Brasil analisada sob os olhares do Direito Privado Constitucional, a breve síntese dos pontos principais do instituto em debate evidenciou o potencial em diminuir as demandas nas ações que causam ao Judiciário lentidão na tutela final. Também foi possível demonstrar, mesmo que implicitamente, as características benéficas da adoção

⁴⁶⁴PRADO, Thaysa; GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim. **A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro**. Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL). Curitiba - PR, vol. 1, n^o 24, jan/jun 2016, p. 98-111, p. 106.

do procedimento arbitral na solução dos litígios.

A celeridade, principal benefício da Arbitragem, está implementada na possibilidade de as partes optarem pelo lapso temporal em que o litígio estará sob análise do árbitro, como também os prazos para manifestação, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, que apesar da ampliação dos poderes das partes em alterar certas regras processuais após o advento do Código de Processo Civil de 2015 no denominado negócio jurídico processual (art. 190), ainda assim a dilação ou redução dos prazos continua rígida.

Outro aspecto do instituto que cabe frisar é que a Arbitragem sempre iniciará pela vontade das partes de não submeter o litígio, em princípio, ao Poder Judiciário, mas de submetê-lo ao procedimento arbitral, que se pode dar pelo compromisso arbitral ou pela cláusula arbitral, já explicado em campo específico.

Neste diapasão, a autonomia da vontade das partes é o principal aspecto que impediu que a Arbitragem fosse considerada como inconstitucional pela jurisprudência e doutrina predominante, já que atualmente adota-se a teoria da mitigação dos direitos e garantias fundamentais em face da vontade espontânea emanada das partes, faz

ressalva que essa mitigação deve ser analisada sob o caso prático, sendo plenamente possível a sua ocorrência na Arbitragem, visto que esta somente é possível em direitos patrimoniais disponíveis.

Além do mais, quando a vontade entre as partes se dê de forma espontânea, estas não podem ser alteradas unilateralmente após a chancela das cláusulas, em vista de que no ordenamento jurídico brasileiro vige o princípio do *pacta sunt servanda*, e este somente pode ser mitigado excepcionalmente. Assim, uma vez constituída a cláusula ou o compromisso arbitral, esta terá força obrigatória entre os compromitentes.

Por conseguinte, a afronta aparente aos princípios e direitos constitucionais (acesso à Justiça; juiz natural; ampla defesa e contraditório; e duplo grau de jurisdição) são refutados, mesmo que conflitantes, perante a autonomia da vontade, eis que há uma flexibilização da Justiça com o fulcro de diminuir as demandas do sistema judiciário, objetivo demonstrado no incentivo promovido pelo CNJ para que sejam os litígios resolvidos por meios consensuais ou outros métodos alternativos.

Destarte, a Arbitragem no Direito Privado tem ganhado

visibilidade, tendo crescimento no uso do procedimento arbitral para dirimir os conflitos, contudo, ainda há uma segregação na utilização do instituto, visto que comumente ocorre em causas de empresas ou pessoas com poderio econômico alto, pois o modelo institucional da Arbitragem tem custo alto e é o mais acionado, enquanto que o modelo *ad hoc*, que tem potencial de ser mais econômico, é desconhecido de pessoas com carência econômica.

Nesta senda, ainda é um desafio a implementação uniforme da Arbitragem no Brasil para a solução dos conflitos, contudo este cenário tende a se alterar com as Resoluções do CNJ com o fim de incentivar e promover o desafogo do Poder Judiciário, principalmente com métodos consensuais, conciliação e mediação, principalmente, mas também com outros métodos alternativos não consensuais, como é o caso da Arbitragem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem**. Belo Horizonte. Mandamentos, 2000.
ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 2ª Ed. RJ. Ed. Forense, 2004.
ARAÚJO, Nádia de. **Arbitragem** – a nova lei brasileira e a praxe internacional. São Paulo. LTr, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: teoria geral dos contratos. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Brasília – DF. 1988.

_____. Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília - DF, 1992.

_____. Lei 5.869 de 11 de jan de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília – DF. Jan 1973.

_____. Lei 9.307 de 23 de set de 1996. **Lei da arbitragem**. Brasília – DF. Set 1996.

_____. Lei 10.406 de 10 de jan de 2002. **Código Civil**. Brasília – DF. Jan 2002.

_____. Lei 13.129 de 26 de maio de 2015. **Lei da arbitragem**. Brasília – DF. Maio 2015.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1413818**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819/RJ**. Relatora: Ministra Ellen Gracie.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e procedimento na lei nº 9.307/96**. São Paulo. LED - Editora de Direito, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo, Malheiros, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil - vol. 4: contratos.

2 ed. unificada, São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. Novo curso de direito civil - vol. 1: parte geral. 14 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

HUCK, Marcelo Hermes. **Sentença estrangeira e lex mercatoria**. SP. Saraiva, 1994.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, ISBN 978-85-224-5595-9.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo. RT, 1996.

MENDONÇA JR., Delosmar, **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo. Editora Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, Vol. 4. São Paulo. Saraiva, 2007.

MUNIZ, Tânia L. **Arbitragem no Brasil e a lei nº9.307/96**. Dissertação apresentada na PUC São Paulo, 1997.

PRADO, Thaysa; GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim. **A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro**. Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL). Curitiba - PR, vol. 1, nº 24, jan/jun 2016, p. 98-111.

REZEK, J. Francisco. **Direito internacional público** – Curso elementar. São Paulo. SARAIVA, 1995.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem** – Aspectos gerais da Lei 9.307/96. São Paulo. Mizuno, 2004, p. 45-46.

STRENGER, Irineu. **Comentário à lei brasileira de arbitragem**. SP. LTr, 1998.

TEIXEIRA, Paulo Cesar Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Correa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VALENÇA FILHO, Clávio. **Os efeitos da convenção de arbitragem em face da Constituição Federal**. In revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo. RT, nº 15, ano 5, JAN/MAR. 2002.

**A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE
GARANTIA SOCIAL DE ACESSO
À JUSTIÇA E REDUÇÃO DOS
IMPACTOS GERADOS NO
PROCESSO**

*Taysa Matos⁴⁶⁵
Larissa Magalhães Aguiar⁴⁶⁶
Thaise Ribeiro Santos Lima⁴⁶⁷*

RESUMO

O presente artigo tem por intento analisar o papel da mediação na garantia do acesso à justiça, na diminuição da sobrecarga do Judiciário, na resolução das disputas e na redução dos impactos gerados pelos conflitos judiciais; tendo como ponto de partida o conflito como

⁴⁶⁵ **Taysa Matos.** Professora Substituta da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Assessora da Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado da Bahia. Membro da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Membro do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Coordenadora da Coluna Direito e Arte do Empório do Direito. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Gestão em Organizações Aprendentes pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Especialista em Metodologia e Gestão do Ensino Superior. Graduada em Direito.

⁴⁶⁶ **Larissa Magalhães Aguiar.** Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa em Sociofuncionalismo e em Linguística Histórica (IC – CNPQ).

⁴⁶⁷ **Thaise Ribeiro Santos Lima.** Advogada. Pós-Graduada em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa em Sociofuncionalismo e em Linguística Histórica (IC – CNPQ).

algo natural dentro da sociedade, do qual sempre pode ser extraído algo positivo. Para tanto, foram executadas entrevistas e coleta de informações com as partes envolvidas no processo de mediação no Núcleo de Prática Jurídica da Fainor. Foi utilizada a abordagem qualitativa, já que esta entende os fenômenos através dos participantes da situação que está sendo objeto de estudo. E, aliada à pesquisa bibliográfica, confirmou que a mediação obtém êxito na maioria dos casos. Sendo assim, a mediação é uma alternativa viável para solução dos conflitos e redução de seus impactos.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conflitos. Mediação. Redução de Impactos.

ABSTRACT

This article has the intention to analyze the role of mediation in ensuring access to justice, the reduction of judicial overload and reducing impacts by legal disputes; taking as its starting point the conflict as something natural in society, which can always be extracted something positive. To this end, interviews and information gathering were performed with the parties involved in the mediation process at the core of legal practice Fainor, the qualitative approach was used, as this understand the phenomena through the participants of the situation being studied, combined with literature search, which ended up confirming that mediation is successful in most cases. Thus, mediation is a viable alternative for conflict resolution and reduce its impacts.

Keywords: Access to Justice. Conflicts. Mediation. Reducing Impacts.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo, através da pesquisa bibliográfica e da realização de uma etapa da pesquisa de campo, caracterizada pela abordagem qualitativa, de entendimento dos fenômenos, a partir da perspectiva dos seus participantes, visa analisar a função sociojurídica da mediação, amplamente incentivada pelo Código de Processo Civil, positivado pela Lei nº 13.105/15, como forma de acesso à justiça, auxiliando no andamento de processos e atenuando os impactos provocados pelos conflitos judiciais. Tais impactos podem ser financeiros, psicoemocionais, relacionados à morosidade dos processos, ao desgaste, ao dispêndio de tempo e à dificuldade de acesso à justiça.

Segundo Maquiavel (1996, p. 98-99), os homens, normalmente, são ingratos, simuladores, tementes do perigo e, assim sendo, têm menos escrúpulo em ofender a alguém que se faça amar do que alguém que se faça temer, pois a amizade se mantém por um vínculo de obrigação que, por serem os homens maus, é quebrado em cada oportunidade, de acordo com a conveniência.

Dessa forma, compreende-se que o conflito é um fenômeno natural e inevitável dentro da sociedade, uma vez que as pessoas tendem a desenvolver

estratégias com o objetivo de maximizar seus ganhos de acordo com certas regras preestabelecidas. Porém, nem sempre essa busca do indivíduo pelo melhor para si resulta no melhor para todos, o que acaba por produzir as disputas judiciais.

No entanto, o conflito não precisa ser visto como algo plenamente negativo; a Psicanálise, por exemplo, aposta no antagonismo, na contradição e na ambivalência como construtores de outra realidade. Entende que o conflito contribui para a construção da subjetividade e singularidade humana (CARNEIRO, 2005, p. 12). Percebe-se que é algo constante nas relações travadas entre os homens, pois os indivíduos sempre buscam a vitória. E é nesse contexto que as partes litigantes se mostram, geralmente, incapazes de entrar em um acordo.

Diante da disputa, o homem recorre à Justiça para fazer valer seus direitos. Na incapacidade de solucionar suas adversidades, sem empenhar outros meios para a resolução do embate, a população recorre à proteção do Poder Judiciário. E, ao optar subitamente por essa via, acaba por sobrecarregar o sistema, que, por sua vez, se demonstra incapaz de resolver seu problema de forma eficiente.

Nessa conjuntura de abarrotamento do Judiciário, a mediação se solidifica como uma das medidas do necessário movimento da desjudicialização, a partir da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015), do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), da Resolução nº125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que conduzem uma nova perspectiva de tratamento do conflito, com ênfase aos meios consensuais de resolução, pautada na cooperação entre as partes, que se movem na dinâmica (extra) judicial, para uma tutela jurisdicional célere, justa e eficaz, a verdadeira tutela jurídica satisfativa.

2. A SATISFATÓRIA EXPERIÊNCIA DOS NÚCLEOS DE MEDIAÇÃO NO BRASIL: CAMINHO ÁRDUO A SER PERCORRIDO, QUE PERPASSA POR UM GIRO NO OLHAR SOBRE O CONFLITO

No Relatório Justiça em Números, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ (2019) afirma que o estoque processual diminuiu em mais de um milhão de processos nos últimos dois anos (-1,4%), sendo reflexo do aumento no total de processos baixados e na redução dos casos novos. Porém, considera que a conciliação, política

permanente do CNJ desde 2006, apresentou lenta evolução. Acrescenta que em 2018 foram 11,5% de processos solucionados via conciliação, e, apesar de o Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em três anos o índice de conciliação cresceu apenas meio ponto percentual.

O dado positivo apresentado no relatório foi o crescimento na estrutura dos CEJUSCs de 66,4% em três anos. Em 2015, eram 654, e em 2018, 1.088. Essas estatísticas demonstram que a defesa pela cooperação entre as partes litigantes de uma relação jurídica deve ser constante, pois se concentra na necessária ruptura com tradicionalismos, imersos na ciência jurídica. Nessa linha de intelecção, na dinâmica contemporânea, tem-se intensificado a busca por meios de resolução de conflitos que favoreçam o agir cooperativamente diante de opções realistas, o entendimento e o diálogo entre as partes.

A mediação é um desses meios, sendo apta a oportunizar o processo de aprendizagem do tratamento dos dissídios da melhor maneira possível e com o mínimo de desgaste físico, emocional, financeiro, que a burocracia judicial e toda a

situação causam às pessoas. Pode-se visualizar essa exigência da sociedade por alternativas que favoreçam a flexibilidade e a criatividade no surgimento cada vez mais intenso de locais que oferecem o serviço da mediação, oriundos de variados tipos de iniciativa.

Por parte do CNJ (2019), a conciliação é uma política adotada desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação em agosto do mesmo ano. Anualmente, o Conselho promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, quando os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual. A partir da Resolução CNJ 125/2010, foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), com o objetivo de fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de conciliação.

Ainda conforme o CNJ (2019), no final do ano de 2018 e início de 2019, importantes avanços ocorreram na área, com fortalecimento do programa “Resolve”, que visa à realização de projetos e de ações que incentivem a autocomposição de litígios

e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação; além da classificação dos CEJUSCs no conceito de unidade judiciária, pela edição da Resolução CNJ 219/2016, e aumento no número de unidades para 982, em 2017. Já a iniciativa dos núcleos de Justiça Comunitária⁴⁶⁸, por parte de agentes das próprias comunidades, por exemplo, atinge 14 estados e o Distrito Federal, totalizando 64 locais e cerca de 80% dos casos conseguem chegar a um acordo.

Santa Catarina é um exemplo célebre no Brasil quanto à mediação. O Tribunal de Justiça do Estado desenvolveu o Serviço de Mediação Familiar⁴⁶⁹ com o intuito de resolver os

⁴⁶⁸

“A implantação dos núcleos de Justiça Comunitária, iniciada em 2004 no Distrito Federal, ocorre “com sucesso” em outras partes do país”. BRASIL, A. **Secretário do MJ diz que mediação de conflitos soluciona 80% dos casos.** Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-05-02/secretario-do-mj-diz-que-mediacao-de-conflitos-soluciona-80-dos-casos>>. Acesso em: 26. 05. 2015.

⁴⁶⁹

“O Serviço de Mediação Familiar – SMF é uma prática do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que soluciona conflitos familiares relacionados à separação, ao divórcio, à guarda de filhos, à regulamentação de visitas de forma mais acessível e menos traumática”. **A Reforma Silenciosa da Justiça.** Organização: Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro: 2006. p. 275.

casos com ajuda de profissionais capacitados, reduzindo as formalidades de um processo judicial formal. Ele atende cerca de 210 casos por mês, cuja resolubilidade é de 80%. Por conta do sucesso, o serviço angariou o Prêmio Innovare: O Judiciário do Século XXI⁴⁷⁰. Em Vitória da Conquista, o núcleo da Faculdade Independente do Nordeste – FAINOR vem se destacando e obtendo bons resultados. Esse vai ser o local de amostra deste trabalho.

A mediação nada mais é que um meio alternativo para se procurar resolver um conflito. Diferentemente da forma "tradicional", via processo legal, ela não é dotada de formalismo, não é um processo impositivo, não custa caro, não é morosa, não tem procedimento inflexível, não busca um vencedor e é célere. Segundo Azevedo, "(...) cumpre destacar que a celeridade e baixo custo do processo de mediação são também frequentemente indicados como benefícios da autocomposição técnica." (2012, p. 70).

470

“O Prêmio Innovare: O Judiciário do Século XXI foi criado para identificar, premiar, sistematizar e disseminar práticas pioneiras e bem sucedidas de gestão do Poder Judiciário que estejam contribuindo para a modernização, desburocratização, melhoria da qualidade e eficiência de serviços da Justiça.” Ibid.

Os esforços no sentido de promover o abandono da mentalidade do sistema de oponentes em busca da vitória a partir de outros métodos de solução e de prevenção de conflitos, no caso deste estudo: mediação, autorizaram, com o Provimento CNJ nº67/2018, Serventias Extrajudiciais (Cartórios) a realizar os procedimentos de conciliação e mediação. Sendo assim, havendo acordo total ou parcial, lavrar-se-á uma escritura de acordo, que em caso de descumprimento de uma das partes valerá como título executivo extrajudicial. Para tanto, o processo de autorização dos serviços notariais e de registro para a realização dos referidos procedimentos deverá ser regulamentado pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e pelas corregedorias-gerais de justiça (CGJ) dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios.

Entendendo que a mudança cultural na visualização do litígio deve ser debatida, incentivada e oportunizada, o objetivo deste artigo é demonstrar como a mediação pode ser um mecanismo considerável e interessante para resolver conflitos, antes de se partir para o processo legal, ou seja, para o Judiciário. A mediação como iniciativa se mostra muito

benéfica em relação ao processo, pois o mediador, atuando de forma imparcial, pretende desbloquear a barreira construída entre as partes (a qual fez com que não se conseguisse entrar em um acordo direto). A análise de como a mediação conseguirá contribuir no andamento de processos reduzindo os impactos provocados por eles foi realizada de forma empírica.

Durante três meses, foi vivenciada a forma de atuação dos mediadores no Núcleo de Prática Jurídica da Fainor (que age em convênio com o Balcão de Justiça e Cidadania do Tribunal de Justiça do Estado), foram executadas entrevista e coleta de informações e dados sobre as partes envolvidas em um processo de mediação. O mencionado núcleo é uma unidade responsável pela condução de estágios de prática jurídica na faculdade. Sua função primeira é contribuir para a formação acadêmica dos estudantes de Direito, propiciando o aprendizado de práticas forenses. Porém, supervisionando os estágios curriculares, o núcleo possibilita um ofício humanitário: a oportunidade do acesso à justiça para cidadãos financeiramente fragilizados.

Dessa forma, as partes poderão compartilhar suas experiências a respeito de tal prática para que seja

possibilitada a análise da hipótese considerada neste trabalho, qual seja, a consistência da mediação em uma alternativa concreta e salutar para a solução dos conflitos judiciais e redução dos seus impactos – que são muito danosos para a efetivação do propósito do Direito em si e da própria justiça.

3. O CONFLITO SOCIAL COMO ALGO NECESSÁRIO E POSITIVO EM UMA SOCIEDADE

Realizando uma releitura de Heráclito de Éfeso (aprox. 540-480 a.C), pode-se depreender que tudo existe em constante mudança, e que o conflito⁴⁷¹ é fundador de todas as coisas. O autor nega a existência de qualquer estabilidade no ser. Sendo assim, é algo natural na sociedade, sobretudo na contemporaneidade, na qual lidar com as diferenças, com a

471

“A harmonia não é aquela que Pitágoras propunha, de supremacia do Um, nem a verdadeira justiça é a que Anaximandro havia concebido, ou seja, a extinção dos conflitos e das tensões através da compensação dos excessos de cada qualidade-substância em relação a seu oposto. A justiça não significa apaziguamento; pelo contrário, “o conflito é o pai de todas as coisas (...)”. CHAVES, C. L. **Heráclito de Éfeso**, o pensador do Logos. Disponível em: <http://www.culturabrasil.org/heraclito_de_efeso_logos.htm>. Acesso em: 28. 05. 2015.

diversidade, torna-se cada vez mais desafiador.

Outro autor que trata do conflito é Hobbes⁴⁷². Para ele, os homens não encontram qualquer prazer vivendo em sociedade, se não há um poder capaz de forçá-los ao respeito. De acordo com estudo de sua obra, os homens vivem da imaginação, uma vez que não sabem o que o outro pensa. E, por isso, diante de uma suposição, atacam-no para vencê-lo ou para evitar um possível ataque. Portanto, quando o mero dissenso se instala nas diversas relações sociais (familiares ou extrafamiliares, organizacionais, enfim), pode-se evitá-lo ou eliminá-lo pelo uso da força ou coerção, o que, muitas das vezes, confunde-se, na cabeça das partes

472

“Hobbes considera o Estado de Natureza o próprio Estado de Guerra de todos contra todos. (...) Guerra é uma disposição, uma tensão permanente, uma preocupação constante com a sobrevivência diante da ameaça de morte violenta que caracteriza a vida de maneira *"sórdida, pobre, embrutecida e curta"*, nos termos por ele expostos no capítulo XIII do *Leviatã*. Guerra seria simplesmente uma sensação permanente de medo o que implica uma preocupação constante com a autoproteção.” BAPTISTA, L. P. **Guerra e paz na teoria política de Thomas Hobbes**. Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000122011000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 30. 05. 2015.

envolvidas, com briga, com disputa pelo reconhecimento do vitorioso.

Mas a questão é: o conflito não precisa ser visto como algo necessariamente negativo. Do conflito, pode surgir o novo, a renovação ou a resolução. Tudo depende de como as partes o enxergam. A moderna teoria do conflito considera que dele podem surgir mudanças; da guerra pode surgir a paz; da disputa, a solução; do nervosismo, o crescimento. Enfim, tudo isso pode ser alcançado a partir da mediação. (Ministério da Justiça Brasil, 2012, p. 30).

Nesse entendimento, o atrito aparente pode possibilitar o diálogo com o diferente, o entendimento do outro, ou melhor, o se colocar no lugar do outro e ceder quando necessário; pode contribuir para uma sociedade mais justa. Deve-se percebê-lo como uma oportunidade de aproximação entre as pessoas e de amadurecimento, já que o visualizando de outra forma (como algo negativo), tende-se à discussão e à fragmentação da relação.

As partes, quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos, frequentemente têm o conflito acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica – processual – contudo, no cotidiano, acabam por frequentemente se

mostrar ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as partes em conflito (Ministério da Justiça Brasil, 2012, p. 35-36).

Observa-se, então, a crescente procura do Poder Judiciário brasileiro para a garantia de direitos; porém, esse não consegue suprir tamanha demanda. A sobrecarga, pelo acúmulo dos processos, pela carência de recursos humanos, ocasiona uma demora na prestação do serviço. Somam-se a isto o excesso de formalismo, que se configura como uma característica inerente ao direito e distancia o povo da realização da Justiça, e os custos dos processos, que não podem ser desconsiderados e se mostram consideravelmente altos. Dessa forma, faz-se necessário idealizar modos mais eficazes de solução, que garantam uma maior satisfação àqueles que recorrem à justiça para resolução de seus litígios e/ou que promovam a desjudicialização.

4. AS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TÉCNICA DA MEDIAÇÃO

No tocante às formas alternativas de resolução de conflitos, existem diferentes técnicas que podem ser selecionadas de acordo com uma melhor adequação a cada situação que

se apresenta. Isto é, observando-se o tempo, desgaste físico, emocional e psicológico, custo financeiro, a eficácia da solução e a preservação dos relacionamentos sociais. Estas técnicas de solução alternativa são: mediação, arbitragem, conciliação, entre outras. Destaca-se que o objeto desse estudo é a mediação.

A mediação tem muitos benefícios em sua técnica, sendo voltada para reconstruir um diálogo entre as partes do conflito para que essas encontrem uma solução. O mediador é um trivial e simples instrumento para a facilitação deste diálogo, sem interferir ou influenciar na decisão das partes, mantendo-se imparcial e equânime durante todo o processo. O papel do mediador é provocar uma reflexão nos dois pontos de vista da contenda, instaurando o respeito entre os conflitantes, fazendo com que as partes exponham suas vontades, opiniões e sentimentos, proporcionando uma comunicação mais flexível, por meio de variadas técnicas, para que seja estabelecida uma relação de confiança⁴⁷³ e uma conversa bem-sucedida.

⁴⁷³

Rapport é uma concepção oriunda da psicologia que significa a capacidade de criar uma ligação com alguém, demonstrando uma sintonia comum,

O mediador deve ouvir as partes com atenção, para que não se influencie com juízos de valor, ou prejulgamentos no caso – podendo criar uma barreira na comunicação. A imparcialidade é imprescindível para que se dê importância aos fatos narrados pelos dois polos do conflito, para que nenhum se sinta menosprezado e possa transmitir seus sentimentos confortavelmente. Além disso, deve ser demonstrada a ligação que as une, ou seja, a própria solução da situação, possibilitando a congruência dos interesses e despolarizando o conflito. A validação de sentimentos é essencial, o mediador deve identificá-los e reconhecê-los frente às partes como algo natural das relações humanas e passível de soluções. (PESSOA; TEIXEIRA, 2015).

Outrossim, também é importante revelar a confidencialidade do processo. O silêncio é outra ferramenta necessária no intuito de provocar a reflexão entre as partes para que essas possam reconsiderar seus interesses a fim de adequá-los.

conecção e compreensão mútuas. Esse termo é utilizado tanto no contexto de relacionamentos pessoais quanto profissionais. **Significado Rapport.** Disponível em: <<http://www.significados.com.br/rapport/>>. Acesso em: 29. 05. 2015.

Geralmente, conflitos familiares (como os que envolvem pensão alimentícia, separação e guarda) têm grandes chances de ser resolvidos dessa forma (PESSOA; TEIXEIRA, 2015).

A partir do diálogo, da exposição de sentimentos de ambas as partes, é que se chega a um acordo "amigável", harmônico e consoante. Esse acordo, portanto, é fruto da compreensão, da aceitação dos pensamentos opostos, da satisfação de ambas as partes e não da vitória ou da derrota de um ou de outro querelante. É, portanto, um método assertivo para se chegar a uma solução pacífica. Já a conciliação, processo muitas vezes confundido com a mediação, diz respeito a um fato que decorre de um problema claro, objetivo, em que a comunicação e o diálogo não poderão resolver por si mesmos. (JUSBRASIL, 2012).

Na conciliação, o conciliador terá a função de propor sugestões e recomendar soluções, orientando e auxiliando os contendores para que façam a adequação dos seus interesses, conciliando, de fato, suas vontades a fim de obter o desejado acordo. Tal prática é realizada em conjunto com a mediação até que as chances de acordo se tornem nulas. O conciliador (possuidor da formação jurídica) irá

formalizar o acordo por meio do negócio jurídico de compromisso arbitral. É muito utilizada em questões trabalhistas (JUSBRASIL, 2012).

Por fim, pode-se mencionar a arbitragem, que é a técnica utilizada em uma etapa em que o conflito não conseguiu ser solucionado pelas partes por meio do acordo. Então essas permitem a atuação de um terceiro para a decisão do caso. O denominado "árbitro" irá decidir a solução, e sua resolução é como uma sentença, não permitindo recurso. Tal profissional é considerado juiz de fato e direito, especialista na matéria, agindo de forma confidencial e imparcial de acordo ao Manual de Procedimento Arbitral das Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem. (JUNIOR, 2015).

As técnicas acima mencionadas possuem semelhanças em suas finalidades, pois visam ao mesmo resultado final: o estabelecimento do acordo. Ademais, vêm crescendo na conjuntura nacional, pois se constituem como uma forma mais humana de se fazer e efetivar a Justiça.

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurispcionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a

consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 31-32).

Diante da constatação de que o sistema de justiça tradicional apresenta suas falhas, as técnicas aqui tratadas solidificam-se como alternativas ao processo judicial para acelerar a resolução dos conflitos e possibilitar maior acesso ao Judiciário e a todos os espaços de realização da Justiça.

5. A NECESSIDADE DE UMA REFORMA NO SISTEMA DE JUSTIÇA E OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO NESSA CONJUNTURA

Conforme o Relatório Justiça em Números, disponibilizado pelo CNJ (2019), o Poder Judiciário encerrou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 14,1 milhões, ou seja, 17,9%, estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Nesse sentido,

desconsiderados tais processos, tem-se que, em andamento, ao final do ano de 2018, existiam 64,6 milhões ações judiciais.

Por conta da sobrecarga do Judiciário, o Poder Executivo, desde 2003, procura desenvolver meios de solução das disputas sem a necessidade de imposição do poder do mais forte, com a finalidade de que seja considerada, cada vez mais, a participação direta do cidadão na decisão. (Ministério da Justiça Brasil. 2012, p. 9).

É inegável a necessidade de reforma do sistema de Justiça e de como se apresenta para a população, conseqüentemente, a reforma, também, deve ser cultural, pois o espaço do Judiciário deve ser enfrentado como espaço de cooperação e diálogo, e não como local de disputa e embates político-sociais. A mediação seria um dos meios de reforma e de procedimento educativo, uma vez que, nela, as partes são instigadas a chegar a uma resolução que, de certa forma, é satisfatória para ambos, já que participaram do processo e têm pleno conhecimento da situação em que se encontram.

A mediação é a possibilidade de um novo caminho diante da constatação de que tudo ocupa tempo, e,

como se sabe, ele é inimigo da efetividade da função pacificadora, uma vez que a continuidade de situações indefinidas pode trazer angústia e infelicidade pessoal. A demora na solução dos conflitos, causa de enfraquecimento do sistema, ao lado do custo do processo, também contribuem para estreitar a via de acesso à justiça. Diante de tantas dificuldades, os processualistas têm percebido a iminente e urgente necessidade de angariar novas formas para solução dos conflitos, a exemplo das citadas até aqui (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2009, p. 32).

Analisando os fatos discutidos até aqui, observa-se que a mediação e o exercício da cidadania caminham juntos, uma vez que impulsionam as pessoas a buscarem a solução das controvérsias com cautela e ponderação e ainda inserem nelas a responsabilidade e o sentimento de poder sobre suas próprias decisões. A mediação pretende contribuir para o enfrentamento ao histórico problema da negação da cidadania e representa um importante passo para o reconhecimento dos direitos e deveres dos cidadãos. (ANDRADE, SALES, 2011, p. 47-48).

O Poder Judiciário brasileiro não consegue sozinho cumprir a sua função de solucionar os conflitos,

promovendo a ordem e a paz social, pois, como já mencionado, a demanda é volumosa⁴⁷⁴ e sua característica burocrática dificulta o transcurso, que se torna tardio e inefetivo. A mediação age como meio de democratização do acesso à Justiça, representando uma maneira de efetivação da cidadania; além disso, possibilita uma igualdade social maior, assim como o reconhecimento de direitos básicos do cidadão e atitudes participativas. (ANDRADE, SALES, 2011, p. 6).

Portanto, no debate sobre a necessidade de reforma do Sistema de Justiça, a mediação se consolida como uma maneira de fornecer aos cidadãos a possibilidade de resolverem de forma direta, por meio de um diálogo pacífico, do exercício do autoconhecimento e de

se colocar no lugar do outro, as contendas que vierem a surgir.

6. RESULTADOS

O núcleo iniciou o fornecimento da atividade de mediação na data de 15/07/2014, e as análises de resultados mais recentes mostram um resultado bastante satisfatório de cerca de 80% de êxito na realização das sessões. Em 2018 foram realizadas 216 sessões, com 158 acordos. No período de 2019 foram realizadas 228 sessões, das quais 177 obtiveram acordo. O núcleo atua geralmente na área familiar e, em alguns casos, na cível. Foram realizadas algumas entrevistas, mas, a título de ilustração, serão apresentadas quatro, duas com mediadores e duas com mediandos, para exemplificar essas sessões bem-sucedidas.

Em linhas gerais, foram discutidas questões a respeito das principais técnicas utilizadas na mediação para dissipar o conflito, sendo apontados a validação de sentimentos, o estabelecimento de uma relação de confiança, a importância do respeito ao sigilo e confidencialidade das sessões na concessão de maior segurança às partes. Também foi abordado o esclarecimento sobre as diferenças entre processos semelhantes, como

⁴⁷⁴"A demanda do Judiciário brasileiro cresce de tal maneira que o aumento de recursos e de pessoal não tem sido suficiente para solucionar o excesso de processos. Em 2013, 95 milhões tramitaram no Brasil, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e no ano passado 70,9% do total de processos na Justiça não foram julgados. Diante dessa realidade, alternativas à litigância (disputas na Justiça) têm sido debatidas pelos operadores do direito". FROES, N.; MENEZES, C; VALÉRIO, M. **A Mediação vira alternativa para a sobrecarga da Justiça.** Disponível em: <http://www.cacb.org.br/noticia_noticias/ve/r/4302>. Acesso em: 25. 05. 2015.

conciliação e arbitragem, consideradas no desenvolvimento do artigo, questões burocráticas sobre a capacitação (concedida por cursos realizados pelo CNJ) e a homologação judicial feita a partir de um termo de acordo.

Pontos comuns enfatizados pelas mediadoras foram sobre a importância do método para evitar maior desgaste psicológico entre as partes, além da necessidade de sessões intervaladas (e até mesmo individuais) para o sucesso na dissipação de um conflito mais intenso. Ademais, os condutores da técnica enfatizaram os diversos benefícios da técnica, que vão desde a sua celeridade até a oportunidade que ela fornece no restabelecimento da comunicação e do bom relacionamento entre os dissidentes. Foram expostas características práticas do processo de mediação, entre outros pontos confirmativos das abordagens realizadas nas pesquisas teóricas sobre a técnica.

Entrevista com duas mediadoras do Núcleo de Prática Jurídica da Fainor:

Quais são as técnicas de mediação que mais se utilizam?

Resposta Mediadora 1: A técnica de validação de sentimentos, na qual o mediador irá possibilitar a exposição deles e fazer uma análise sobre eles. A

inversão de papéis e o estabelecimento de uma relação de confiança (*rapport*).

Resposta Mediadora 2: As técnicas mais utilizadas são: o resumo, validação do sentimento, silêncio, entre outras.

Dessa forma se evita maior desgaste psicológico nas partes?

1. Sim.
2. Sim, pois, na mediação, as técnicas empregadas são para trazerem o equilíbrio entre as partes, o que evita o desgaste psicológico.

Quando as partes estão em conflito intenso, como se estabelece uma solução?

1. Através da aplicação adequada de técnicas originárias de outros campos do conhecimento humano, como psicologia, comunicação, administração, semiótica, sociologia, do que propriamente a interpretação e a aplicação do Direito, para que assim se tenha uma visão mais ampla para a compreensão dos motivos do conflito e se possa combatê-lo.
2. A mediação é dividida por sessões onde são aplicadas técnicas no intuito de dissipar o conflito. Enquanto não se alcançam os objetivos, são remarcadas mais sessões.

Qual o principal objetivo das perguntas realizadas durante a mediação?

1. Na mediação pergunta-se apenas o necessário. Devem-se buscar apenas as indagações de que se precisa para compreender quais são os pontos contravertidos, quais são os interesses e sentimentos.
2. Busca-se fazer com que as partes reflitam sobre o que realmente querem.

Como se trabalha a questão da imparcialidade da mediação e qual a importância dela?

1. O mediador trabalha baseando-se no princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção, que determina que ele exerça seu papel com neutralidade, sem discriminações ou preconceitos com as partes, e evitando tomar partido de qualquer uma das partes na autocomposição. Assim, os interesses e necessidades das mesmas são refletidos por elas conjuntamente.

2. O mediador deve se manter neutro, sem tomar partido de nenhuma das partes. Fazendo isso, elas ganham confiança e se sentem mais amparadas.

Os fatos e situações ocorridos no processo de mediação são sigilosos?

1. Sim. A mediação é confidencial. Segundo o Código de Ética do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, o mediador tem o dever do sigilo sobre todas as informações obtidas nas sessões, salvo quando: houver autorização das partes; violação à ordem pública ou às leis vigentes, bem como não pode ser testemunha no caso, nem atuar como advogado dos envolvidos.

2. Sim. É um dever do mediador manter a confidencialidade em todas as sessões.

Como se obtém a capacitação para o profissional de mediação?

1. Através dos cursos oferecidos pelo TJ - Tribunal de Justiça (capacitação).

2. Os mediadores são capacitados e certificados através de cursos ministrados por instrutores do CNJ.

Havendo um acordo entre as partes, esse é homologado judicialmente?

1. Sim. Fazemos um Termo de Transação que será encaminhado para avaliação e homologação pelo Juiz.

2. Sim. O acordo deverá ser encaminhado para homologação judicial.

Geralmente, quando as partes não conseguem estabelecer acordo, quais são as razões?

1. Uma mediação bem-sucedida conduzirá, muitas vezes, ao encerramento com um acordo satisfatório, porém, há casos em que as partes permanecem inconciliáveis.

2. Quando não entram em um acordo, é porque geralmente estão muito convictos de que só seu posicionamento é coerente ou válido e são demasiadamente inflexíveis.

A mediação se constitui como uma forma de desafogar o judiciário e realizar um processo mais célere?

1. Sim. Reduz a sobrecarga e faz com que o processo se torne cada vez mais efetivo, democrático, harmônico, solidário e humanizado.

2. Sim. O processo de mediação dá capacidade às partes de decidirem o que é melhor para elas. Nesse sentido, o acordo feito entre elas faz com que um processo a menos seja enviado para o judiciário.

Como o mediador atua para que as partes cheguem a um acordo harmônico, consoante e o mais amigável possível?

1. O mediador age como facilitador. Deve atuar com imparcialidade e deixar claro às partes que ele não defenderá e não julgará nenhuma delas, estabelecendo, assim, uma relação de confiança e despolarizando o conflito. Deve aplicar com eficiência as técnicas adequadas para cada caso.

2. O mediador mantém-se neutro, imparcial e aplica as técnicas devidas ao caso, para que o sucesso no acordo seja garantido.

Qual a distinção entre mediação e conciliação?

1. Ambas são meios extrajudiciais de resolução de conflitos que utilizam terceiros. Na mediação, o terceiro atua como facilitador da resolução do problema, contribuindo para o restabelecimento ou manutenção da comunicação entre as partes, para que os mesmos encontrem a solução. Na conciliação, o terceiro conduz e orienta as partes na elaboração de um acordo, opinando e propondo soluções.

2. A mediação é um processo lento, onde o mediador é imparcial e usa técnicas com os mediados, para que eles saiam satisfeitos com o decidido, devendo salientar que essa decisão é deles. A conciliação é ágil e não dá às partes o poder de decidirem sozinhas, sendo utilizadas não técnicas imparciais, mas a sugestão de soluções.

Qual é em média o período de tempo do processo de mediação?

1. Cada sessão dura, em média, duas horas.

2. Pode durar uma sessão. Há casos em que a mediação pode durar até mais de quatro sessões, pois, a cada sessão, é possível descobrir algo até então desconhecido e trabalhar com isso para um desfecho o melhor possível.

Quais são os principais benefícios da prática de mediação?

1. O descongestionamento do Judiciário e a celeridade processual.

2. Um dos principais benefícios com a prática da mediação é fazer com que as partes consigam reestabelecer a comunicação, porque, a partir daí, fica

mais fácil tratar o conflito e chegar a uma solução.

Como o mediador consegue adequar os interesses das partes para que se possa estabelecer o acordo?

1. Provocando a reflexão sobre os pontos de vista de cada um para que eles possam realizar uma decisão benéfica aos dois.

2. Consegue adequar ouvindo-os atentamente, aplicando as mais diversas técnicas, de maneira que eles consigam sair satisfeitos com o que foi decidido.

Entrevista com duas pessoas que participaram de mediação no Núcleo de Prática Jurídica da Fainor:

Como conheceu o Núcleo de Prática Jurídica da Fainor?

1. Indicação de amigo.

2. Pela divulgação do próprio.

Qual das partes envolvidas na mediação tomou a iniciativa de recorrer ao NPJ?

1. Eu mesmo.

2. Eu que tomei a iniciativa.

Qual o tipo de relacionamento entre as partes (profissional, familiar etc.)?

1. Familiar.

2. Temos um filho, relacionamento familiar.

Indique as razões que o(a) motivaram a recorrer à mediação.

1. Afastamento de fato e rapidez no processo.

2. O pai do meu filho não estava pagando a pensão alimentícia à criança e ela estava precisando.

Ficou satisfeito (a) com a maneira como o mediador conduziu a(s) sessão(ões)?

1. Sim. Conduziu o processo sem tomar partido de nenhum de nós dois e assim nós mesmos conseguimos chegar à solução.

2. Sim. Cada um falou o que estava sentindo e o que queria, para que nós chegássemos à melhor solução para os dois e principalmente para o meu filho.

A mediação auxiliou sua percepção no sentido de enxergar que o conflito aparente não é algo completamente negativo e sim algo que pode possibilitar uma mudança positiva?

1. De certa forma, apesar de ruim inicialmente, fez com que enxergássemos que nós podíamos resolver e fazer com que se tornasse algo melhor para os dois.

2. É difícil enxergar o conflito como algo positivo. O legal seria se ele não acontecesse, mas, com a mediação, eu vi que o problema foi o ponto de partida para que a situação pudesse se resolver.

Houve alterações positivas no relacionamento com as partes envolvidas no processo de mediação após recorrer ao NPJ da Fainor?

1. Sim, pois fez com que possamos nos entender melhor.

2. Agora, ficou mais fácil manter a conversa, porque a criança precisa de apoio financeiro para suas necessidades e é importante conseguir isso sem brigas.

Analizando as entrevistas realizadas e os dados obtidos sobre a

atuação do NPJ, que se encontram em conformidade com as pesquisas teóricas desenvolvidas, percebe-se que há a comprovação da hipótese declarada. A mediação atua como um método alternativo bastante eficaz para ampliar o acesso à Justiça e reduzir os impactos gerados no processo, como o dispêndio financeiro e de tempo, o desgaste emocional, e a própria sobrecarga do Judiciário, já comentadas anteriormente.

7. CONCLUSÃO

À luz do exposto, não restam dúvidas de que a mediação cumpre um papel reformador do sistema de justiça e um giro no modo de tratamento do conflito, permitindo que as partes, voluntariamente, cheguem a um acordo, contribuindo para um sistema mais justo e flexível, democratizando o acesso à justiça. O ato ou efeito de mediar, de permitir o diálogo, de enxergar o cidadão, representa uma relevante função sociojurídica na atualidade. Tal mecanismo tem muito a acrescentar, consistindo em um divisor de águas na forma de pensar e ver o mundo, sob a vertente positiva do conflito.

É preciso universalizar, tornar corriqueira a ideia de se buscar meios alternativos para solução de conflitos, sobretudo o uso da mediação, uma vez

que ela não pressupõe obrigatoriedade. Nesse sentido, o resultado final não foi algo imposto por alguém externo ao problema, mas fruto da anuência e atuação de seus próprios participantes, implicando numa maior efetividade do cumprimento do acordo. Conclui-se, ainda, que as experiências mediadoras realizadas em grande parte do Brasil mostram a sua verdadeira eficiência na efetividade do acesso à Justiça e, conseqüentemente, da concretização de direitos, principalmente do exercício da cidadania. Sua técnica minimiza a sobrecarga do Judiciário, fornece celeridade e menor desgaste emocional e financeiro do que no processo tradicional, além de direcionar o ser humano ao centro do Direito e da atuação jurídica. Dessa forma, indubitavelmente, a mediação contribui para a renovação do sistema de Justiça, transformando-o em um novo modelo funcional, acessível e humanizador, tornando-se uma verdadeira forma de pacificação social, ao unir Direito e Justiça Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, M. D. de; SALES, L. M. de M. **A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstre>

[am/handle/id/242928/000936208.pdf?sequence=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242928/000936208.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 11. 05. 2015.

AZEVEDO, André Gomma et al. **Manual de mediação judicial**. 3. ed. Brasília: AGBR Comércio e Impressos Gráficos Ltda, 2012. 331 p.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ 15, de 20 de abril de 2006. Dispõe sobre a regulamentação do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário, fixa prazos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos/normativos?documento=210>.

CARNEIRO, Rosamaria Giatti. **Entre Idas e Vindas: A Mediação, O Conflito e A Psicanálise**. Anais do XIII Encontro Nacional do Conpedi. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2005.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. Disponível em: <<https://direito3c.files.wordpress.com/2013/04/teoria-geral-do-processo-25-edicao.pdf>>. Acesso em: 28.05.2015.

CNJ. Resolução n. 125, de 29 de Novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. CNJ. Provimento n. 67, de 26 de Março de 2018.

Dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/provimento-67-cnj->

cartorios-mediacao.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Justiça em Números 2019.**

Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 09.02.2020.

JUNIOR, F. P. **Diferenças entre mediação, conciliação e arbitragem.**

Disponível em:

<<http://www.franciscopenante.com.br/destaques/71/diferenca-entre-mediacao-conciliacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 10. 05. 2015.

JUSBRASIL. **Saiba a diferença entre mediação, conciliação e arbitragem.**

Disponível em: <<http://dp-mt.jusbrasil.com.br/noticias/3116206/saiba-a-diferenca-entre-mediacao-conciliacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 11. 05. 2015.

MAQUIAVEL, N. O príncipe. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 163 p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial.** 3ª ed. Brasília: AGR Comércios e Impressos Gráficos Ltda, 2012. 331 p.

PESSOA, F; TEIXEIRA, R. **Direito fundamental à duração razoável do processo, conciliação e rapport.**

Disponível em:

<http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=545>. Acesso em: 23.05.2015.

FAMÍLIAS E CIDADANIA - UMA PROPOSTA DE REFLEXÃO

Ana Patrícia Bortoti Franceschini⁴⁷⁵

Géraldine Challe⁴⁷⁶

RESUMO

O presente artigo pretende suscitar reflexão sobre o conceito de cidadania no contexto da gestão dos projetos sociais com famílias, por considerar que a significação que é dada ao referido conceito por tais gestores pode resultar

⁴⁷⁵

Ana Patrícia Bortoti

Franceschini. Assistente Social graduada pela Universidade Estadual de Londrina-PR; pós-graduada em gestão de projetos sociais com famílias pela Universidade Cruzeiro do Sul; conciliadora/mediadora capacitada pela Escola Paulista da Magistratura e iniciada em estudos psicanalíticos; ex-assistente social do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; conciliadora/mediadora com atuação em Varas da Família no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Campinas e na Central de Conciliação do Tribunal Regional Federal 3ª Região, em Campinas-SP. Perita (assistente social) da Justiça Federal em Campinas, com atuação em processos de matéria previdenciária. Atualmente é estudante de direito da Universidade São Francisco, campus Campinas.

⁴⁷⁶

Géraldine Challe. Bacharel em Psicologia pela Université de Savoie (França), Mestre em Avaliação e Gestão de Políticas Sociais pela Université Grenoble-Alpes (França) e Mestre em Serviço Social pela PUC/SP, atua há mais de dez anos no terceiro setor na França e no Brasil. Tem experiência em elaboração, desenvolvimento, monitoramento e avaliação de projetos, bem como planejamento estratégico. Atualmente é gerente do Centro Profissionalizante Arca do Crescer.

em diferentes implicações na realidade interna do próprio projeto, bem como naquela onde tal projeto estiver inserido. Para isso buscou-se na bibliografia dados que mostram que ele vem se modificando ao longo do tempo e do espaço, influenciado por disputas e por valores ora mais, ora menos prevalentes. Partiu-se de elementos conceituais de cidadania na Antiguidade, ressaltou-se a influência da Revolução Francesa e do período pós-grandes guerras, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e tentou-se perceber algum de seus aspectos na legislação brasileira, especialmente em nossa Constituição de 1988. Entendeu-se que tais elementos podem ser úteis para gestores de projetos sociais com famílias despertarem para um processo de questionamentos, visando perceber em que conceito estão apoiados, de fato e de direito, considerando a Constituição Brasileira de 1988.

Palavras-chave: *gestão de projetos sociais com famílias; cidadania; direitos humanos*

ABSTRACT

This article intends to evoke reflection on the concept of citizenship in the context of the management of social projects with families, considering that the meaning given to such concept by such managers may result in different implications for the internal reality of the project itself, as well as where such a project is inserted. For this, it was searched in the bibliography for data that shows it has been changed over time and location, influenced by power struggles and values, sometimes more, sometimes less relevant. It started with conceptual elements of citizenship in antiquity, emphasized the influence of

the French Revolution and the post-Great War period with the Universal Declaration of Human Rights and attempted to understand some of its aspects in Brazilian legal system, especially in our current Constitution. It was understood that these elements may be useful for social project managers with families to awaken a questioning process, aiming to recognize in which concept they are supported, in fact and in law, considering the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: *management of social projects with families; citizenship; human rights*

INTRODUÇÃO

Especialmente os projetos sociais com famílias emergem de realidades que evidenciam as desigualdades sociais, grandes desafiantes ao alcance do exercício da cidadania conforme proposta em nossa Constituição de 1988.

Por sua obviedade, é quase dispensável afirmar que nossa Constituição é a Lei Maior e tudo o mais deve ser estabelecido sob a égide de seus ditames. Porém, existe risco de gestores de projetos sociais com famílias não a terem suficientemente presente? Na medida em que se atenta a encaminhamentos de questões pontuais e circunstanciais, ainda que não menos importantes, pode-se distanciar de

compromissos que promovam, assegurem e defendam aquilo que nela está estabelecido?

Qual tem sido o conceito de cidadania adotado cotidianamente no trabalho de gestão de projetos sociais com famílias? Ao longo deste artigo inicia-se uma análise do referido conceito, para servir de subsídio inicial de reflexão a gestores de projetos sociais com famílias, visando a autopercepção de qual conceito de cidadania tem fundamentado sua prática.

Tal reflexão justifica-se na medida em que possibilita a persecução de uma maior coerência entre propostas e práticas na realidade de projetos sociais, considerando os princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Trata-se de uma proposta de análise para os próprios gestores, iniciada através de dados sobre o conceito de cidadania, que certamente precisará ser ainda mais bem estudado, aprofundado e ampliado.

1. CIDADANIA – UMA PALAVRA

O conceito de cidadania, bem como seu significado, foi sendo transformado ao longo da história, razão pela qual é necessário considerar o

momento histórico e o contexto social a partir do qual se pretende estudá-lo. Isso significa dizer que a interpretação desse conceito veio e vem sofrendo modificações, até alcançar o entendimento que hoje lhe é atribuído.

Conforme ensina Dallari (1998), na Antiguidade, na Grécia, cidadãos eram aqueles nascidos nas cidades-estados gregas, chamadas “polis”, os quais tinham o direito de participar das decisões políticas locais e, portanto, da condução do governo.

Verifica-se com Dallari (1998) que em Roma, da mesma forma, cidadania era termo usado para designar o grau de possibilidade de participação de uma pessoa em atividades políticas e administrativas. Cidadania provém do latim, *civitatem*, que significa cidade. Seus habitantes recebiam várias classificações. Uma delas diferenciava romanos e estrangeiros. Dentre os romanos, por sua vez, havia uma classificação entre aqueles que eram livres e aqueles que eram escravos. Ainda dentre aqueles que eram livres, havia diferenciação entre os que descendiam das famílias que tinham participado da fundação de Roma e os demais. Os primeiros, considerados nobres, eram chamados patrícios, enquanto as pessoas comuns, plebeus,

os quais não tinham direito de ocupar cargos políticos.

Na realidade romana, segundo Dallari (1998), em consequência desta classificação, a cidadania era atributo dos romanos livres, mas só a cidadania ativa, que era privilégio de nobres, possibilitava a participação em cargos políticos e administrativos. O conceito referia-se basicamente a direitos políticos, e seguiu assim por muito tempo.

Amparados por Dallari (1988), podemos dizer que o conceito de cidadania começa a ter alguma ligação com o ideal de igualdade, quando, nos séculos dezesseis e dezessete, na Europa, os burgueses começaram a se revoltar contra os poderes absolutos dos reis, que juntamente com os nobres, praticavam injustiças e arbitrariedades. A história registra revoluções na Inglaterra e em suas até então colônias americanas no século dezessete, bem como na França, cuja maior expressão é a chamada Revolução Francesa, em 1789. Tais revoluções, lideradas pelos burgueses, pretendiam eliminar os privilégios dos reis e nobres, e permitir a participação do povo no governo.

Nesse momento e ambiente defendia-se a ideia de que todos os seres humanos nascem livres e iguais, e por isso deveriam ter os mesmos direitos,

não importando se nobres ou não, ricos ou pobres, homens ou mulheres. Cidadania passa a ser um conceito relacionado com a eliminação de privilégios, significando igualdade entre todas as pessoas (DALLARI,1988). Os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade, no entanto, não tardaram a ser negligenciados. Logo depois da Revolução Francesa, contrariando a ideia de igualdade até então defendida, a participação no governo voltou a ser regulada por critérios que privilegiavam apenas alguns, à semelhança do que acontecia em Roma. (DALLARI,1988).

A Constituição Francesa de 1791, feita pouco depois da Declaração de Direitos de 1789, manteve a monarquia, o que já significava um privilégio para uma família. Além disso, contrariando a afirmação de igualdade de todos, estabeleceu que somente cidadãos ativos poderiam ser eleitos para a Assembleia Nacional. Ficou sendo também um privilégio dos cidadãos ativos o direito de votar para escolher os membros da Assembleia. E para ser cidadão ativo era preciso ser francês, do sexo masculino, ser proprietário de bens imóveis e ter renda mínima anual elevada. (DALLARI,1998, p. 12).

Historicamente repetiu-se a exclusão de mulheres, trabalhadores e

segmentos sociais mais pobres, que continuaram excluídos da cidadania ativa. (DALLARI, 1998).

Inicialmente, e ainda hoje, o conceito cidadania está intimamente relacionado com a condição que permite à pessoa participar do governo de seu povo. A Constituição Brasileira de 1988 possibilita que cidadãos brasileiros, respeitados alguns critérios, escolham seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo através do voto direto, candidatem-se a estes cargos, participem em plebiscitos e referendos, assim como em órgãos de consulta e decisões, compondo conselhos deliberativos em áreas como educação, saúde, assistência social, além de outras possibilidades (DALLARI,1988).

Na atualidade, predomina o conceito de cidadania e cidadão como expressões utilizadas para designar aquele indivíduo que está vinculado à ordem jurídica de um Estado. (Dallari, 1988).

[...] “Essa vinculação significa que o indivíduo terá todos os direitos que a lei assegura aos cidadãos daquele Estado, tendo também o direito de receber a proteção de seu Estado se estiver em território estrangeiro.” (DALLARI, 1988, p. 15).

Portanto, ser cidadão nos dias atuais é ter direitos que vão muito além

daqueles que se referem à participação na condução do governo de um estado. É ter também outros direitos assegurados a uma pessoa pelo Estado ao qual ela está vinculada, ou seja, é ser pessoa com direitos políticos, mas também civis e sociais. Ter direito a liberdade de ir e vir, a ter uma propriedade, a fazer um negócio com outra pessoa (direitos civis), a ter um trabalho digno, a ter acesso à saúde e educação (direitos sociais) etc.

Mas quem é essa pessoa com direitos?

2. CIDADANIA NO BRASIL

No que se refere ao Brasil, conforme ensina Grinberg (2002), a definição de quem seria cidadão, ou seja, pessoa capaz de constituir direitos e obrigações civis, começou a ser discutida logo após a Independência, em 1823. A sistematização do direito civil era necessária para organizar e controlar as relações entre as pessoas, o que seria feito através da elaboração de um Código Civil. Nele, antes de qualquer outra coisa, seria necessário definir de que parcela da população ele estaria tratando, ou seja, quais seriam as pessoas compreendidas por tal legislação, e, portanto, quais seriam as pessoas que passariam a ser consideradas cidadãs. (GRINBERG, 2002). Na realidade brasileira da época, havia pessoas que exerciam

obrigações sem estar devidamente respaldadas por direitos, ou seja, faziam contratos de compra, venda, aluguel, trabalho, sem serem consideradas pela lei civil capazes juridicamente para tanto. Eram, por exemplo, escravos, mulheres e menores (GRINBERG, 2002).

O Código Civil seria o instrumento para definir a quem seriam concedidos os direitos de cidadania, diante de uma realidade social bastante diversa, com muitas pessoas escravizadas e outras tantas escravizadoras. A parte da população que era escravizada não era considerada pessoa na época. A depender do que constasse no Código Civil, escravo, ou seja, uma pessoa escravizada, por exemplo, continuaria ou não a ser considerada propriedade, e, portanto, um bem, como juridicamente foi por muito tempo (GRINBERG, 2002).

Segundo Grinberg (2002), houve muita dificuldade para se chegar ao consenso de quem seria considerado cidadão, porque, dentre outras razões, isso significava dizer quem teria direitos e deveres na ordem civil. E para isso era necessário enfrentar questões como, por exemplo, das mulheres e das relações de trabalho entre pessoas libertas da escravidão, as quais passaram a negociar sua própria mão de obra. As consequências poderiam não ser interessantes para segmentos detentores do poder econômico. Só em 1916 o Brasil teve seu primeiro Código Civil sancionado. (GRINBERG, 2002).

No Brasil colonial, antes de proclamada a Independência, a legislação que vigorava era imposta pela Coroa Portuguesa e, assim, nenhum habitante dispunha de mecanismos de participação em decisões de governo e, portanto, não havia cidadãos. A sociedade de então era formada basicamente por colonizadores e escravos.

Durante o período do Império, verifica-se alguma participação política de segmentos mais abastados da sociedade: proprietários de terras, comerciantes, nobres e funcionários públicos. O voto era censitário, ou seja, limitado àqueles que possuíam uma renda mínima e eram homens. Cidadania, portanto, continuou sendo privilégio.

Com a proclamação da República, nenhuma mudança significativa ocorreu, de forma que a cidadania continuou restrita aos grandes proprietários de terras. As pressões sociais que surgiram com a industrialização e a urbanização foram fortemente reprimidas, e tratadas como questão de polícia.

Após a Revolução de 1930, verifica-se que houve a ampliação de direitos sociais, com a possibilidade de organização de sindicatos de trabalhadores e a Consolidação das Leis do Trabalho (1943), mas que resultaram mais de concessões do que de lutas sociais por participação. Nesse contexto, vale ressaltar que foi instituído o voto feminino, em 1932, no Governo de Getúlio Vargas.

De 1945 a 1964, pode-se dizer que houve alguma experiência democrática no

Brasil, que, no entanto, foi interrompida com o golpe militar de 1964, quando houve séria restrição a direitos civis e políticos, com perseguição pelo Estado a líderes sociais, políticos e religiosos que discordassem da ordem vigente.

Com a Constituição de 1988, alcançou-se a universalização dos direitos civis, políticos e sociais, e, aí, passou-se a efetivamente considerar a possibilidade de uma cidadania para todos. Pelo menos do ponto de vista legal.

Como já se sabe, a Constituição de 1988 foi fruto de muitas lutas sociais e é chamada de Constituição “cidadã” justamente porque trouxe a universalização de direitos, ou seja, a inclusão de todas as pessoas como sujeitos capazes de direitos (e também de deveres).

Lembre-se, porém, que nem sempre foi assim: enquanto a escravidão perdurou no Brasil, as pessoas escravizadas eram consideradas bens, ou seja, coisas com valor econômico, que podiam ser apropriadas e negociadas por outras. Até mais recentemente, pode-se citar o exemplo das mulheres, que não tinham alguns direitos que os homens tinham, como o de votar, por exemplo.

A partir da Constituição Federal de 1988, qualquer ser humano é pessoa sujeito de direitos, independentemente de qualquer característica como sua origem étnica, identidade e ou orientação sexual, condição econômica, cultural ou religiosa. O conceito de

cidadão deixou de ser aplicável apenas a uma parcela da sociedade.

Enquanto no Código Civil de 1916 a expressão usada para designar o sujeito de direitos era o “homem”, no Código Civil de 2002, atendendo aos novos princípios constitucionais, a expressão “homem” é substituída pela expressão “toda pessoa”. Conforme se verifica no artigo 1º do Código Civil de 2002: toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. E, assim, ser “humano” é condição suficiente para ser pessoa capaz de adquirir direitos, inquestionavelmente. Se primitivamente o conceito de cidadão fundou-se na ideia de designar aquele que participava de alguma maneira do governo de seu povo, o conceito evoluiu para significar aquela pessoa vinculada à ordem jurídica de um Estado, e foi alargado para significar também que ser cidadão é ter outros direitos (e também deveres, embora estejamos preocupados em ressaltar os direitos) que a legislação desse Estado estabelece.

Cidadania e cidadão são conceitos complexos, que são usados em diversos contextos e podem adquirir diferentes significados. Já suscitaram e vêm suscitando ainda estudos profundos, pormenorizados e até divergentes.

Na nossa Constituição de 1988, verifica-se que:

[...] o termo “cidadania” ainda se encontra em processo evolutivo, com diferentes interpretações sobre o seu sentido e, portanto, sobre o seu conteúdo jurídico. Embora tenhamos importantes discussões sobre quem deva ser considerado cidadão, diversas são as óticas sobre o assunto. Alguns sustentam a necessidade de se restringir a participação à eleição de seus representantes (ou seja, o cidadão como eleitor). Outros trabalham com a relevância de estimular o cidadão a participar das decisões políticas, uma vez que ele é o maior interessado, pois será também o destinatário das leis e das referidas decisões. E, por fim, temos o cidadão como titular de direitos fundamentais individuais, difusos e coletivos. (KIM, 2013, p. 37)

Deseja-se destacar a significação do termo cidadania como o titular de direitos humanos:

Com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, a “cidadania” não implica em um direito específico. Cidadania é qualidade da pessoa, que deve ser tratada com respeito aos princípios democráticos e aos direitos humanos. (KIM, 2013, p. 38).

E ainda:

A noção ampla de cidadania implica na qualidade da pessoa de ser titular e de ver reconhecidos os seus direitos humanos, que não são mais localizados, mas que são e

devem ser universais, razão pela qual se sustentou ser necessário o reconhecimento, em especial no Brasil, de que temos uma “cidadania universal”, que inclusive deve ser reconhecida aos nacionais ou não. (KIM, 2013, p. 38).

A noção que se pretende evidenciar, é, portanto, aquela em que se considera cidadania o “direito a ter direitos” (ARENDDT, 1993, apud SILVEIRA; CAMPELLO, 2013, p. 105).

Considera-se que:

Importante marco histórico se deu com a Revolução Francesa, em que houve visível expansão na concepção de cidadania, para abranger os direitos fundamentais do homem. A proclamação em 1789, na Assembleia Nacional francesa, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com pretensões universalizantes, definiu a cidadania moderna, proclamando que todo homem possui direitos inerentes a sua natureza, que são exercidos no contexto da cidadania (KIM, 2002, p. 112).

Os direitos inerentes a sua natureza são os direitos humanos, os quais, segundo ensina Ramos (2017):

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna (RAMOS, 2017, p. 21).

Pode-se considerar que tudo aquilo que se faz necessário para um ser humano existir dignamente passa a ser direito humano. Um de seus princípios é a dignidade da pessoa. (SILVEIRA; CAMPELLO, 2013).

Novamente esbarra-se em conceito complexo, cuja interpretação requer esforço. Do ponto de vista jurídico, dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,

além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET apud SILVEIRA; CAMPELLO, 2013, p. 107).

Ousando uma análise deste conceito, percebe-se que uma das ideias que ele pressupõe sobre dignidade da pessoa humana é que seja característica inerente a cada indivíduo, interna, inseparável, suficiente para torná-lo merecedor de respeito e consideração. Respeitar, nesse sentido, é não ofender, não prejudicar, atribuindo e reconhecendo seu valor. E esse “respeito e consideração” seria o regulador das relações, seja dos indivíduos entre si, seja entre Estado e indivíduos.

Continuando a análise do conceito, essa regulação deve ser feita através de um “complexo de direitos e deveres fundamentais” que possibilite tanto que a pessoa se defenda daquilo que possa ser degradante, quanto garanta o minimamente necessário para sua vida. E, ainda, propicie e promova sua participação ativa e corresponsável nos rumos da existência própria e alheia. Ou seja, estimule o ser humano a

ser o sujeito da própria existência. Quando se pensa em cidadania, portanto, é indispensável que se perceba a íntima relação deste conceito com a defesa de tudo aquilo que preserva, defende e promove a dignidade da pessoa humana, princípio norteador dos direitos humanos.

3. RELAÇÃO ENTRE CIDADANIA E PROJETOS SOCIAIS COM FAMÍLIAS

Invariavelmente, os projetos sociais, quando não enfrentam diretamente as questões sociais, tangenciam seus temas: déficit habitacional, desemprego, dificuldades de acesso a recursos de saúde e educação, comportamentos violentos e seus desdobramentos, o abuso de drogas tanto ilícitas quanto lícitas (dentre elas os remédios), o estigma relacionado à homoafetividade e a outras questões de identidade e orientação de gênero, bem como de origem étnica, o amparo ao idoso e suas dificuldades, as dificuldades concernentes às pessoas com deficiência física etc. Refletem, portanto, desdobramentos pelo reconhecimento (ou não) dos direitos de cidadão e da dignidade da pessoa humana.

O programa “Renda Cidadã”, do governo estadual paulista, explicita a relação entre cidadania e projetos sociais desde o seu título. Na página oficial da Secretaria do Desenvolvimento Social do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2017) verifica-se:

O “Renda Cidadã” atende a famílias que vivenciam processo de vulnerabilidade em decorrência do desemprego ou subemprego envolvendo fatores como a ausência de qualificação profissional, o analfabetismo, a situação precária de saúde, a inexistência de moradia ou sua precariedade, a dependência química, entre outros problemas e dificuldades.

A proposta é enfrentar o processo de empobrecimento de uma parcela significativa da população, que tem alterado profundamente a estrutura da família, seu sistema de relações e os papéis desempenhados. (SÃO PAULO, 2017)

Verificam-se na Norma Operacional Básica para o Programa Renda Cidadã (SÃO PAULO, 2017), dentre outros, os seguintes critérios de priorização para eleição de famílias:

- família com o Índice de Pobreza Multidimensional Paulista (IPM-P) mais alto;
- família com a menor renda per capita;
- mulher como a responsável familiar;

- família com crianças na faixa etária até 3 (três) anos;
- família com crianças na faixa etária entre 4 (quatro) até 6 (seis) anos;
- família com crianças e adolescentes na faixa etária entre 7 e 17 (dezessete) anos;
- família com presença de pessoa com deficiência;
- família com crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil;
- família com idoso acima de 60 (sessenta) anos;
- família composta por pessoa egressa do sistema penitenciário ou em situação de privação de liberdade;
- família resgatada do trabalho análogo ao de escravo;
- família indígena;
- família assentada;
- família quilombola;
- família com adolescentes de 12 a 18 anos incompletos, ou jovens de 18 a 21 anos, em cumprimento de medida socioeducativa de Liberdade Assistida ou Prestação de Serviços à Comunidade;
- família ou pessoa em situação de rua;
- família ribeirinha;
- família cigana;
- família extrativista;
- família de agricultores familiares;
- família de catadores de material reciclável.

Um olhar atento e sensível para essas famílias pode revelar realidades ainda mais degradantes para a existência humana do que a aparência mostra.

O que se pretende ressaltar é que qualquer que seja a configuração e o objetivo de um projeto social, especialmente aqueles com famílias, ele estará inserto numa realidade de pessoas, cujos direitos de cidadão implicam direitos humanos imprescindivelmente.

A aproximação das realidades familiares evidencia pessoas consideradas cidadãs pela legislação deste país, desassistidas em seus direitos mais básicos para uma existência humana digna. Diante da falta daquilo que é minimamente necessário para existir dignamente, que condições uma pessoa terá para exercer cidadania? Não se pode duvidar de que o respeito aos direitos humanos é condição elementar para o exercício da cidadania, ao mesmo tempo em que a cidadania pode ser um instrumento de garantia dos direitos humanos. Porém, cidadania, direitos humanos e dignidade da pessoa humana são conceitos que exigem estudo, reflexão e questionamentos, a fim de se aumentarem as possibilidades de se alcançarem resultados coerentes com o que se pretende.

Assim, a adoção de conceitos que não sejam estáticos pode contribuir para uma gestão de projetos sociais com famílias que se alinhe cada vez mais com a nossa Constituição Brasileira de 1988.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas tímidas considerações sobre o conceito de cidadania já tornam possível perceber que seu significado pode ser associado a privilégios e foi se transformando historicamente no tempo e no espaço, influenciado por variáveis decorrentes dos embates da existência humana.

A história mostra que primitivamente o conceito de cidadania esteve ligado à ideia do homem ao qual era possibilitado participar das decisões concernentes ao governo de seu povo, e, portanto, aos rumos que este povo pretendia seguir, bem como à escolha daquilo que era considerado valor a ser protegido. Os demais indivíduos ficavam submetidos a tais decisões. Essa ideia nasce na Antiguidade, na Grécia; em Roma, apenas aos nobres nascidos na cidade eram concedidos os direitos políticos. No período absolutista, o rei e os nobres eram os detentores do direito a decidir sobre os destinos do povo.

Com o nascimento da burguesia, esse critério passou a ser intensamente questionado e culminou com a Revolução Francesa, quando se pretendeu que ideais de liberdade, igualdade e fraternidade imperassem, e houve a conquista de direitos relacionados à liberdade individual, ampliando o conceito de cidadão para aquele que tem outros direitos frente ao Estado. Com o desenvolvimento da dinâmica capitalista, novamente segmentos privilegiados passaram a exercer o direito de participar do processo decisório do governo de seus povos, e a ter outros direitos.

No Brasil, a discussão sobre quem seria considerado cidadão, ou seja, a pessoa capaz de adquirir direitos, começa a ser pensada e discutida após a Independência da Coroa Portuguesa, mas só é concluída com a promulgação do nosso primeiro Código Civil de 1916, que torna o “homem” capaz de adquirir direitos.

O conceito de cidadania evoluiu para significar cidadão o indivíduo vinculado a um determinado Estado, titular de direitos políticos, civis e sociais. Dentre outros fatores, essa evolução foi influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, produto da indignação da humanidade diante dos

horrores provocados pelas grandes guerras mundiais, reafirmando os valores de liberdade, igualdade, e, sobretudo, de dignidade de todos os seres humanos, sem nenhuma exceção. Consta da nossa Constituição Federal de 1988 que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil. Tais conceitos são complexos e há necessidade de análises mais aprofundadas sobre eles.

Porém, a provocação que se pretende é considerar o cidadão como o sujeito de direitos humanos em primeiro lugar, porque, sem o respeito a direitos inerentes à existência humana, torna-se insignificante qualquer outro direito.

Convém registrar que o titular de direitos humanos pode não ser considerado um cidadão, se o critério utilizado restringir-se a sua vinculação ou não a um Estado, ou seja, sua nacionalidade, o que vem sendo questionado. Mas impossível será não considerar um cidadão também titular de direitos humanos. E quais serão as implicações e extensão disso? É a partir dessa premissa que se propõe reflexão aos gestores dos projetos sociais com famílias: ao se depararem com as realidades apresentadas pelas famílias, independentemente do objetivo e da configuração que um projeto apresente,

qual é o conceito de cidadania que embasa as atuações? Até onde ele deixa de ser utilizado pela retórica para se transformar em atitudes e posições que se firmem pela promoção, preservação e defesa de direitos humanos?

Cidadania, direitos humanos, dignidade da pessoa humana não podem ser adotados como conceitos abstratos, vazios e estanques, cujos reflexos limitam-se ao plano retórico. Para além disso, podem e devem ser utilizados para impulsionar uma gestão de projetos sociais com famílias cada vez mais coerente com os ditames estabelecidos na Constituição Federal Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hanna. The origins of totalitarianism. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993. Apud CAMPELLO, Livia Gaugher Bósio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Cidadania e direitos humanos. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (orgs). **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 104-121.

BRASIL. Código Civil. **Código Civil Quadro Comparativo 1916 /2002**. Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003. 561 p. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?sequence=2>, acesso em 13 jun. 2019.

BRASIL, **Minicódigo Saraiva: civil, constituição federal e legislação complementar**/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 24 Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 253 p.

CAMPELLO, Livia Gaugher Bósio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Cidadania e direitos humanos. In: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (orgs). **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Editora Atlas. 2013. p 104-121.

CICILIATI, Nilza. **Cidadania e participação popular no Brasil**. Serviço Social e Cidadania, 2010. Disponível em <<http://servicosocial-erenilza.blogspot.com/2010/09/cidadania-e-participacao-popular-no.html>>, acesso em 20 jun. 2019.

(_____) . **O que são direitos civis, políticos e sociais?** Serviço Social e Cidadania, 2010. Disponível em <<http://servicosocial-erenilza.blogspot.com/2010/09/o-que-sao-direitos-civis-politicos-e.html>>, acesso em 18 jun. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. 80 p.

GRINBERG, Keila. **Código Civil e Cidadania**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2002. 86 p.

KIM, Richard Pae. O conteúdo jurídico de cidadania na Constituição Federal do Brasil. In MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (orgs). **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. p 17-38.

MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (orgs). **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo. Editora Atlas. 2013. 283 p.

MOREIRA, Pedro Alexandre;
SAPUCAIA, Rafael Vieira
Figueiredo. O direito a ter direitos como
primeiro direito fundamental. Uma
análise da situação dos apátridas a partir
de Hannah Arendt. **Revista Jus
Navigandi**, ISSN 1518-4862,
Teresina, ano 16, n. 2994, 12 set. 2011.
Disponível

em: <https://jus.com.br/artigos/19974>.

Acesso em: 15 jun. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de
direitos humanos**. 4ª Edição. São
Paulo: Saraiva, 2017. 975 p.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria do
Desenvolvimento Social. **Norma
Operacional Básica para o Programa
Renda Cidadã**. Diário Oficial Estado
de São Paulo – Poder Executivo –
Seção I Volume 127 - Nº 51 - DOE de
17/03/2017 – p. 11/12. Disponível em:
<<http://www.desenvolvimentosocial.sp.gov.br/portal.php/rendacidade>>. Acesso
em 12 set. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da
pessoa humana e direitos fundamentais.
Porto Alegre: Livraria do Advogado,
2001, Apud SILVEIRA, Vladimir
Oliveira da; CAMPELLO, Livia G.
Bosio. Cidadania e direitos humanos.
In: MORAES, Alexandre de; KIM,
Richard Pae (orgs). **Cidadania: o novo
conceito jurídico e a sua relação com
os direitos fundamentais individuais e
coletivos**. São Paulo: Editora Atlas.
2013. 283 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de
direito constitucional positivo** 41ª
Edição. São Paulo:Malheiros, 2018. 936
p.

**PARADIGMAS JURÍDICOS NO
CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: A
ESTRUTURA DAS REVOLUÇÕES
NORMATIVAS**

*José Antonio Callegari*⁴⁷⁷

RESUMO

A partir de Thomas Khun, interpretamos os paradigmas como modelos que se sucedem no tempo, atualizando o estado da arte nas ciências. Transpondo o raciocínio para o universo jurídico, analisamos os Códigos Civil e Processual Civil como paradigmas normativos, fundamentados no paradigma constitucional. Como instrumentos normativos do dever ser, estes paradigmas estabelecem a ordem do discurso. Para nós, esta ordem discursiva apoia-se na estrutura sintática dos códigos jurídicos. Através desta sintaxe jurídica, as pessoas estabelecem interações e trocas comunicativas, formulando atos e negócios jurídicos. Os Códigos viabilizam as trocas semânticas juridicamente validadas. Em suas interações, os falantes, portanto, interagem no mundo real, naquilo que se pode chamar pragmática jurídica. Com esta perspectiva, analisamos os Código Civil e Código de Processo civil como gramáticas jurídicas, a partir de uma gramática jurídica fundamental: a Constituição.

Palavras-chave: paradigma, códigos, gramática jurídica.

⁴⁷⁷ **José Antonio Callegari.** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Universidade Federal Fluminense (PPGSD).

ABSTRACT

From Thomas Khun, we interpret the paradigms as models that succeed each other in time, updating the state of the art in the sciences. Transposing the reasoning to the legal universe, we analyze the Civil and Civil Procedural Codes as normative paradigms, based on the constitutional paradigm. As normative instruments of the duty to be, these paradigms establish the order of discourse. For us, this discursive order is based on the syntactic structure of legal codes. Through this legal syntax, people establish interactions and communicative exchanges, formulating legal acts and deals. The codes enable legally validated semantic exchanges. In their interactions, speakers therefore interact in the real world, in what can be called legal pragmatics. With this perspective, we analyzed the Civil Code and Code of Civil Procedure as legal grammars, based on a fundamental legal grammar: the Constitution.

Keywords: paradigm; codes; legal grammar.

PARADIGMAS JURÍDICOS

Thomas Kuhn (2013) desenvolveu o conceito de paradigma, analisando as estruturas das revoluções científicas. Conforme Butler-Bowdon⁴⁷⁸, os paradigmas em Kuhn não existem somente na ciência. Eles representam a maneira natural de os humanos

⁴⁷⁸ Butler-Bowdon, Tom. 50 Clássicos da filosofia: as principais ideias dos mais importantes filósofos, da Antiguidade à era moderna. Tradução de Petê Rissatti. São Paulo: Benvirá, 2019. Pg. 229.

compreenderem o mundo, sucedendo-se no tempo.

Adaptando o tema para uma reflexão social e jurídica, digamos que as fontes formais do direito atuam como paradigmas jurídicos ou paradigmas normativos. No plano jurídico, representam a síntese de expectativas normativas que revolucionam as estruturas jurídicas de uma determinada comunidade politicamente organizada⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ Se observarmos as exposições de motivos do Código Civil vigente e do Novo CPC, identificaremos as fontes materiais revolucionando as estruturas normativas, até o surgimento de um novo paradigma jurídico:

CÓDIGO CIVIL

1. Não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da Lei Civil em vigor, como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias, tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social.

A exigência de atualização dos preceitos legais foi notada, preliminarmente, no campo das relações de natureza negocial, como o demonstra a elaboração de um projeto autônomo de “Código de Obrigações”, há mais de trinta anos, da autoria dos eminentes juristas HAHNEMANN, PHILADELPHO, GUIMARÃES, AZEVEDO e OROSIMBO NONATO. Essa iniciativa não vingou, entre outros motivos, por ter-se reconhecido que se impunha a revisão global de nossa legislação civil, visto não ser menos sentida a sua inadequação no que se refere às demais partes das relações sociais por ela disciplinadas. Brasil. **Código Civil (2005). Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado.**

2. ed. atual. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

O surgimento de novos paradigmas jurídicos é fruto de um processo que atua por dois vetores. Primeiro, pela decadência anacrônica de um paradigma jurídico que não atende de forma adequada as pretensões e as expectativas normativas da sociedade em transformação. Segundo, pela maturação de novas pretensões e expectativas normativas de diversos atores sociais.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições.

...

Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade.

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência. Brasil. **Código de processo civil e normas correlatas.** — 7. ed. — Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

Sob este aspecto, a formação de um novo paradigma é plural, atuando como fonte material do direito. Como disse Thomas Kuhn, *a transferência de fidelidade de um paradigma a outro é uma experiência de conversão que não pode ser forçada*⁴⁸⁰.

Neste sentido:

A assimilação de uma nova espécie de fato exige mais do que um ajuste adicional da teoria, e, até que o ajuste seja concluído – até que o cientista tenha aprendido a ver a natureza de uma maneira diferente –, o novo fato não será, de forma alguma, completamente científico. (KUHN, in BUTLER-BOWDON, pg. 229).

Transferido para o discurso jurídico, a assimilação de uma espécie de fato social exige um ajuste adicional da teoria e das normas jurídicas, até que o jurista tenha aprendido a realidade social de maneira diferente. Sem este aprendizado, o novo paradigma não passa de um banho de loja no velho, pois lhe faltará a eficácia social.

Compondo um sistema normativo, fundamentado pela Constituição Federal, o Código Civil⁴⁸¹

⁴⁸⁰ KUHN, Thomas, in Butler-Bowdon, ob cit. página 228.

⁴⁸¹ Não é de hoje que vem sendo reclamada a reforma da Lei Civil em vigor, como decorrência das profundas alterações havidas no plano dos fatos e das idéias,

e o Novo Código de Processo Civil⁴⁸², por exemplo, apresentam-se como

tanto em razão do progresso tecnológico como em virtude da nova dimensão adquirida pelos valores da solidariedade social. Brasil. **Código Civil (2005). Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado.** 2. ed. atual. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Pg. 20.

O que importa é ter olhos atentos ao futuro, sem o temor do futuro breve ou longo que possa ter a obra realizada. Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade. Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores de experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada. Brasil. **Código de processo civil e normas correlatas.** – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Pg. 25.

⁴⁸² Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. Brasil. **Código Civil (2005). Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado.** 2. ed. atual. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Pg. 24.

paradigmas que se comunicam numa relação instrumental.

A relação complexa entre eles compõe o que podemos chamar de subsistema da ordem civil-constitucional, fundamentada na supremacia fundamentadora da Constituição. Neste sentido, a assimilação de uma espécie de fato social exige mais do que um ajuste adicional da teoria e das normas positivadas. Há uma necessidade pedagógica de aprendizagem que permita alcançar o significado desses paradigmas como representação de expectativas sociais que pulsam no mundo da vida.

Em razão disto, reflitamos sobre o papel da tradição jurídica na construção de um novo paradigma do direito. Se pensarmos com Dworkin, o jurista estaria ligado a uma tradição que se mantém e se aperfeiçoa ao longo do tempo, constituindo um romance em cadeia. Como então lidar com ações orientadas por paradigmas obsoletos, em face do crescimento exponencial das expectativas normativas que pressionam as estruturas do direito numa tensão entre forças conservadoras, reacionárias e progressistas?

Percebe-se aí um ingrediente poderoso na formação e consolidação de um novo paradigma jurídico, uma

vez que o conflito entre as expectativas normativas de diversas gerações, no mesmo ambiente social, causa tensão e provoca rupturas sistêmicas. Neste ambiente de tensão, não basta positivar um novo paradigma jurídico, se ele não se mostrar adequado ao tempo vivido na esfera pública. Por certo, a sincronia entre um paradigma jurídico e as expectativas existenciais decorre de uma revolução mais do que estrutural. Há que se modificar mentes e corações.

Não basta revogar a “lei velha”, se “Ainda somos os mesmos e vivemos, ainda somos os mesmos e vivemos como os nossos pais”⁴⁸³. Portanto, um

⁴⁸³Como Nossos Pais

“Não quero lhe falar
Meu grande amor
Das coisas que aprendi
Nos discos
Quero lhe contar como eu vivi
E tudo o que aconteceu comigo

Viver é melhor que sonhar
Eu sei que o amor
É uma coisa boa
Mas também sei
Que qualquer canto
É menor do que a vida
De qualquer pessoa

Por isso cuidado, meu bem
Há perigo na esquina
Eles venceram e o sinal
Está fechado pra nós
Que somos jovens

Para abraçar meu irmão
E beijar minha menina na rua
É que se fez o meu lábio
O meu braço e a minha voz

Você me pergunta
Pela minha paixão
Digo que estou encantado
Como uma nova invenção
Vou ficar nesta cidade
Não vou voltar pro sertão
Pois vejo vir vindo no vento
O cheiro da nova estação
E eu sinto tudo na ferida viva
Do meu coração

Já faz tempo
E eu vi você na rua
Cabelo ao vento
Gente jovem reunida
Na parede da memória
Esta lembrança
É o quadro que dói mais

Minha dor é perceber
Que apesar de termos
Feito tudo, tudo, tudo
Tudo o que fizemos
Ainda somos os mesmos
E vivemos
Ainda somos os mesmos
E vivemos
Como os nossos pais

Nossos ídolos
Ainda são os mesmos
E as aparências, as aparências
Não enganam, não
Você diz que depois deles
Não apareceu mais ninguém

Você pode até dizer
Que eu estou por fora
Ou então
Que eu estou enganando

Mas é você
Que ama o passado
E que não vê
É você
Que ama o passado
E que não vê
Que o novo sempre vem

E hoje eu sei, eu sei
Que quem me deu a ideia
De uma nova consciência
E juventude
Está em casa

paradigma estruturado sobre bases
sociais anacrônicas não produz eficácia
social, muito embora vigente⁴⁸⁴.

Guardado por Deus
Contando o seus metais

Minha dor é perceber
Que apesar de termos
Feito tudo, tudo, tudo
Tudo o que fizemos
Ainda somos
Os mesmos e vivemos
Ainda somos
Os mesmos e vivemos
Ainda somos
Os mesmos e vivemos
Como os nossos pais”

BELCHIOR, Antonio C. G. **Alucinação**.
Rio de Janeiro: PollyGran/ Philips, 1976.
LP produzido por Mazola. Lançado em CD
em 1980 pela PollyGran/ Philips.

⁴⁸⁴ Muito embora cite o processo penal,
Lenio Luiz Streck apresenta um caso típico
de anacronismo:

“Mas, o que não mudou? Só não mudou o
imaginário dos juristas. No processo penal,
continuou-se a escrever, grosso modo, as
mesmas coisas. Poucas foram as análises
críticas, no sentido paradigmático da
palavra (não me refiro aos discursos
panfletários). E tem sido quase zero a
preocupação com a filosofia no processo,
isto é, a discussão das condições de
possibilidade de o judiciário apreender o
fenômeno e decidir. Não nos preocupamos
com a decisão. Por incrível que pareça – e
isso parece risível – somos tão atrasados
que até mesmo o projeto do novo Código
de Processo Penal (que tramita a passos de
cágado no Parlamento) insiste na tese da
livre apreciação da prova.” (STRECK.
2016. pg. 34, 35).

Práticas anacrônicas geram situações como
esta: “os juristas não acreditaram até
agora na CF que prevê a ampla defesa;
mas agora acreditam na nova lei.”
(STRECK. 2016. Pg. 35)

Por conseguinte, não basta fixar um parâmetro de conduta sem que ocorra, antes e/ou simultaneamente, a mudança de mentes e corações, necessária para a atualização das práticas sociais nas esferas pública e privada⁴⁸⁵.

Observando as constantes, e por vezes ineficazes, trocas de paradigmas jurídicos, notamos que a eficácia social depende fundamentalmente de uma pedagogia na vida de relação. Operadores do direito formados a partir de paradigmas jurídicos obsoletos convivem com outras gerações formadas a partir de paradigmas jurídicos novos. Neste cenário, uma geração mais conservadora tende a frear a revolução das estruturas jurídicas em curso, na progressiva e dialética marcha

⁴⁸⁵ A incorporação estrutural de um novo paradigma jurídico não resolve o problema, enquanto as práticas jurídicas subjetivistas desvirtuam a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, tal como alerta Streck (2016, pg. 31).

Por certo, a integridade e a coerência do ordenamento jurídico repelem o subjetivismo judicial que a partir de si pretende impor uma visão de mundo, tentando corrigir o direito com sua moralidade particular, desconsiderando a interação entre os paradigmas jurídicos a partir da Constituição. A continuar deste modo, “corremos o risco de fragilizar a autonomia do direito. É preciso estar atento porque, no mais das vezes, o discurso que se afigura com a *aparência* do novo, carrega consigo o código genético do velho” (STRECK, 2016, pg. 21)

histórica dos fatos sociais; ao passo que uma geração mais progressista pode até mesmo forçar demais o surgimento de um novo paradigma sem a devida maturação filosófica, social e jurídica. Há que se buscar um equilíbrio nessa transição entre paradigmas que se sucedem no tempo⁴⁸⁶.

Quando Hesse (1997) discorre sobre a força normativa da Constituição, estabelece parâmetros para nossa reflexão. No contexto de revolução de paradigmas jurídicos, a Constituição estabelece os fundamentos de uma nova

⁴⁸⁶ “Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência”. Brasil. **Código de processo civil e normas correlatas**. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Pg. 25.

Em sua crítica hermenêutica, a partir do Código Penal, Lenio Luiz Streck afirma:

“Ainda estamos inseridos no imaginário que albergou o Código de 1940. Somos, portanto, a-históricos. Perdemos o trem da história. Vivemos do passado. A doutrina penal, em boa parcela, continua utilizando os exemplos de Caio, Mévio e Tício, onde a vigência é igual à validade e o patrimônio individual é mais importante que o patrimônio de todos. Afinal, o que é isto – a teoria do bem jurídico-constitucional? Eis uma boa pergunta a ser respondida” (STRECK. 2016. Pg. 14).

ordem jurídica, revogando ou recepcionando paradigmas normativos vigentes na ordem jurídica anterior.

No entanto, o estabelecimento deste paradigma jurídico, fundante da nova ordem e superior aos demais, no sentido kelseniano, não implica eficácia social plena. Entre a vigência e a eficácia social de um paradigma jurídico, há que se atentar para as resistências e movimentos reacionários de pessoas e instituições arraigadas a uma tradição jurídica individualista e patrimonialista.

A tensão entre a tradição superada e uma nova ordem jurídica estabelecida força um processo de assimilação para além das formulações teóricas. No caso brasileiro, os paradigmas constitucionais de valorização da pessoa humana carecem ainda de práticas institucionais efetivas e eficientes, como relatam diariamente as crônicas⁴⁸⁷ e o relato dos cidadãos, cujas expectativas não são atendidas a tempo e a modo adequados.

⁴⁸⁷ “Já antes de 1988 fazíamos congressos e, junto com José Eduardo Faria, denunciávamos aquilo que hoje bate forte na dogmática. Faria dizia que se avizinhava uma crise de paradigma com a nova Constituição. Segundo ele, o direito estava preparado para lidar com conflitos interindividuais e não “aguentaria o tranco” quando se defrontasse com os conflitos transindividuais”. (STRECK. 2016. Pg. 33).

Acrescentem-se a isto inúmeras decisões judiciais que desfiguram a coerência e a integridade do direito quando, a título de corrigir a lei, substituem os seus preceitos pela moralidade do juiz⁴⁸⁸, ignorando a necessária hermenêutica constitucional⁴⁸⁹ como fonte de validade e legitimidade de suas decisões.

Enquanto não se der o ajuste entre as práticas e a nova ordem jurídica

⁴⁸⁸ Neste sentido, Lenio Luiz Streck diz:

Preocupa-me sobretudo tudo isso. Como me preocupa o fato de, seguidamente o Judiciário pretender corrigir a legislação a partir de juízos pessoais e não constitucionais. Se o juiz ou o Judiciário *lato sensu* não quiser aplicar uma lei, deve utilizar os mecanismos que estão a sua disposição, como o controle da constitucionalidade (no caso dos “autos”, difuso), critério de resolução de antinomias, etc., como venho explicitando em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, quando sustento que o judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses. Caso contrário, mesmo a contragosto, o juiz deve aplicar a lei.

Moral não corrige direito, não me canso de denunciar. E não vou cansar os leitores acerca da diferença e cooriginalidade entre direito e moral e as consequências disso tudo. E antes que alguém venha de novo com o papo de que “quem quis separar direito e moral foi Kelsen”, defiro uma liminar epistêmico-explicativa como adiantamento da tutela gnosiológica: Kelsen separou ciência do direito e da moral e não o direito da moral. (STRECK, 2016. pg. 21).

⁴⁸⁹ “Portanto, na contramão, insisto em dizer que aplicar a lei não significa positivismo. Aliás, cumprir a lei nos seus limites semânticos – entendidos no plano de uma hermenêutica adequada ao Constitucionalismo Contemporâneo – não é uma atividade positivista”. (STRECK. 2016. Pg. 18)

constituída; enquanto o jurista, formulador e aplicador do direito, não perceber a realidade social a partir do paradigma constitucional, restará comprometida a força normativa da Constituição, bem como a coerência e a integridade do Direito brasileiro.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 emerge como um novo paradigma que revoluciona as estruturas normativas da sociedade politicamente organizada. Sua vigência rompe com paradigmas normativos anteriores com ela incompatíveis, implicando reeleições e novas aprendizagens na comunidade aberta de intérpretes da Constituição⁴⁹⁰.

Ao revolucionar o ordenamento jurídico⁴⁹¹, a Constituição se estabelece

⁴⁹⁰ “A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.” (HÄBERLE, Pg. 24).

Em nosso contexto, podemos afirmar que toda pessoa concernida em determinada comunidade politicamente organizada é um intérprete direto da Constituição, em razão da força normativa de suas regras e princípios por todo o ordenamento jurídico. Assim, os atos da vida cotidiana são orientados por valores, fundamentos, princípios e regras constitucionais, como razão fundante do ordenamento jurídico.

⁴⁹¹ Bobbio (1999)

como o paradigma fundante que valida uma nova ordem jurídica⁴⁹². No topo da pirâmide kelseniana, rompe com alguns e recepciona outros paradigmas, atualizando o sistema jurídico de acordo com as necessidades e as expectativas existenciais das pessoas.

Com este argumento, podemos dizer que a Constituição Federal de 1988 é um novo paradigma normativo que se comunica com outros paradigmas infraconstitucionais com ela compatíveis. Daí resulta a integridade e a coerência do ordenamento jurídico, pois “a jurisdição constitucional é uma garantia para que, tanto as leis inconstitucionais não sejam validadas, quanto as que forem constitucionais sejam efetivamente aplicadas.” (STRECK, 2016. Pg. 22)

Com este prisma, observamos o Código Civil e o Código de Processo Civil como paradigmas normativos, interagindo entre si a partir da Constituição Federal. Deste modo, formam um complexo sintático, semântico e pragmático que rege a vida de relação. Por conseguinte, ao lado de Greimas (1976), analisamos cada paradigma normativo como gramática jurídica. Neste contexto, percebemos certa relação instrumental entre eles, um tanto quanto distinta daquela apresentada por Dinamarco (1998) e Bedaque

(2006). Em nossa tese de doutorado, analisamos o processo civil, destacando sua instrumentalidade gramatical: discursiva, dialética e dialógica do processo. Assim pensamos porque a formação e a validade do processo requer a participação colaborativa⁴⁹³ entre vários agentes que se comunicam segundo regras procedimentais e de direito material. Nesta relação, elaboram textos em coautoria, obstando as práticas solipsistas⁴⁹⁴ de um juiz avesso ao diálogo processual⁴⁹⁵.

⁴⁹³ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Brasil. **Código de processo civil e normas correlatas**. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

⁴⁹⁴ “o sujeito solipsista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado em uma institucionalidade, falando de um determinado lugar (o lugar da fala, em que quem possui o *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na *Ilíada* ou com a posse da concha, no livro *The Lord of Flies*). (STRECK. 2017. Pg. 276)

⁴⁹⁵ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONCEITO.

“A omissão que justifica opor embargos de declaração diz respeito apenas à matéria que necessita de decisão por parte do órgão jurisdicional (arts. 897-A/CLT e 535-II/CPC). Não é omissão o Juízo não retrucar todos os fundamentos expendidos pelas partes ou deixar de analisar individualmente todos os elementos probatórios dos autos. A sentença é um ato de vontade do Juiz, como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de

Tomando a Constituição como referente normativo, entre ela e os Códigos Civil e Processual Civil ocorre uma instrumentalidade constitucional⁴⁹⁶, tal como

pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o Juiz não está obrigado a refutar todos eles. **A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes**. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio 'causa de pedir/pedido' inexistente omissão.” (Des. Fernando A. V. Damasceno).

(TRT-10 - AR: 263201200010006 DF 00263-2012-000-10-00-6 AR, Relator: Desembargador André R. P. V. Damasceno, Data de Julgamento: 07/05/2013, 1ª Seção Especializada, Data de Publicação: 24/05/2013 no DEJT) **GRIFAMOS O TEXTO**.

⁴⁹⁶ Para termos uma ideia, a exposição de motivos do Código Civil vigente cita várias vezes a Constituição como referência normativa, revelando a instrumentalidade constitucional em questão. A título de exemplo:

Na realidade, a lei deve outorgar especial proteção à posse que se traduz em trabalho criador, quer este se corporifique na construção de uma residência, quer se concretize em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Não há como situar no mesmo plano a posse, como simples poder manifestado sobre uma coisa, “como se” fora atividade do proprietário, com a “posse qualificada”, enriquecida pelos valores do trabalho. Este conceito fundante de “posse-trabalho” justifica e legitima que, ao invés de reaver a coisa, dada a relevância dos interesses sociais em jogo, o titular da propriedade reivindicando receba, em dinheiro, o seu pleno e justo valor, tal como

proposto por Aury Lopes Jr. quando examinou o Código Penal:

determina a Constituição. (Brasil. **Código Civil (2005). Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. atual. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Pg. 48)

Por seu turno, a exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil faz referência expressa à Constituição como paradigma normativo, como vimos nestas passagens:

Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material. Pg. 26.

Mas talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência. Pg. 28.

Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo. Pg. 37.

Brasil. **Código de processo civil e normas correlatas**. — 7. ed. — Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

“A primeira questão a ser enfrentada por que se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é exatamente (re)discutir qual é o fundamento de sua existência, por que existe e por que precisamos dele. A pergunta poderia ser sintetizada no seguinte questionamento: um Processo Penal, para quê (quem)? Buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. (LOPES Jr. Pg. 29)

Logo, não se pode mais estudar, ensinar e praticar o Direito Civil e Processual Civil sem a devida leitura dos valores e princípios consagrados na Constituição. Por conseguinte, para compreender a crise no direito, devemos compreender igualmente a crise no ensino jurídico:

Em síntese: é preciso compreender — e isto é mais claro nos capítulos posteriores — que a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentada em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico. De um lado, os operadores do Direito continuam

refêns de uma crise emanada da tradição liberal-individualista-normativista (e iluminista, em alguns aspectos); e, de outro, a crise dessa(s) crise(s) é um Direito alienado da sociedade, questão que assume foros de dramaticidade se compararmos o texto da Constituição com as promessas da modernidade incumpridas". (STRECK. 2014. PG. 100)

Como assinalamos, cada paradigma normativo comunica-se com outro, transmitindo um fluxo sintático, semântico e pragmático constante. Mas esta comunicação não se reduz a operações mecanizadas que objetivam as relações humanas, como se fora um grande computador programado a partir de algoritmos.

A conexão entre subsistemas normativos, ou paradigmas jurídicos, permite o trânsito das percepções internas do sistema e do mundo da vida, numa troca de informações, pretensões, decisões, e, por vezes, frustrações de expectativas.

Este trânsito comunicacional decorre do pluralismo que fundamenta, legitima e sustenta o Estado Constitucional Democrático de Direito. Por certo, uma sociedade aberta aos intérpretes (HÄBERLE, 1997) implica negar o funcionamento estanque de seus paradigmas, forçando aberturas cognitivas, releituras de seus

fundamentos e reconfigurações da estrutura normativa.

Assim sendo, podemos supor que a nova ordem constitucional aberta⁴⁹⁷ a um número crescente de intérpretes, coloca em xeque a pirâmide normativa verticalizada. Podemos até imaginar uma figura poliédrica em um nível horizontal, contendo múltiplos vértices, abertos a outros tantos, ampliando cada vez mais o seu espectro sintático, semântico e pragmático, a partir de um núcleo central: a Constituição.

Como efeito da sociedade em rede (CASTELL, 1999), as interações entre os paradigmas normativos permitem articular melhor as expectativas existenciais de cada um de nós. Não obstante o constitucionalismo em rede, aberto à sociedade de intérpretes (HÄBERLE, 1997), a hierarquia normativa em Kelsen guarda sua utilidade ao justificar a supremacia fundamentadora e legitimadora da Constituição.

Em razão, pois, desta centralidade e supremacia, a Constituição atua como centro hermenêutico, do qual irradiam fluxos sintáticos, semânticos e pragmáticos para todos os demais paradigmas

normativos. Esta rede de paradigmas, aberta à sociedade de intérpretes, impõe constante atualização hermenêutica, pois, como diz Häberle (1997), a interpretação constitucional *tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada*⁴⁹⁸. Contrapondo a isto:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do

⁴⁹⁸ Neste sentido:

“A instituição da sociedade como totalidade coesa, que amarra os corpos e os desejos ao poder, se produz através de um “dialeto social” formado por enunciados de lei e um complexo de representações imaginárias (imaginário social). Estas últimas produzem a maioria de seus efeitos atacando as emoções e os sentimentos, disciplinando formas e desejo. A função do imaginário social é a de adequar o desejo ao poder, de inscrever os sentimentos no meio do poder, facilitando o acesso passivo do homem à lei. O imaginário social opera como organizador de significação dos atos sociais, impondo os limites alienados entre o permitido e o proibido, o justo e o injusto, o bem e o mal. Estou falando da configuração de um plano homogêneo de significações que instituem a realidade social por uma relação de medo – superstição, que determina a subjetividade seriada. A linha de montagem do homem para o poder. A instituição imaginária da sociedade que se apresenta como barbarismo e servidão ao poder. A instituição da inconsistência política da sociedade. Um trabalho sobre os sentimentos, sobre o que os recalca e captura num plano homogêneo de compreensão das condições de existência. O plano que torna invisíveis as diferenças de sentido, a mobilidade do desejo e a diversidade dos atores sociais. A instituição do homogêneo, que violenta do diverso” (WARAT. 1995. Pg. 111).

processo social, estão nele envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador da sociedade constituinte. (HÄRBELE, 1997. Pg. 13)

Portanto, a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico não é meramente formal, pois:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄRBELE, 1997. Pg. 15)

Estabelecida a rede comunicacional entre os diversos paradigmas, concluímos que as práticas jurídicas e sociais, em conformidade com a Constituição, expandem cada vez mais sua força normativa (HESSE, 1991). Deste modo, a Constituição comunica a todos os subsistemas normativos a visão de mundo que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Esta comunicação permite o fluxo semântico dos fundamentos, valores e princípios constitucionais⁴⁹⁹, numa expansão

⁴⁹⁹ Como podemos ver nos dispositivos extraídos da Constituição Federal de 1988:

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;

que provoca constantes revoluções de paradigmas normativos.

Portanto, a centralidade da Constituição, como paradigma fundamental, projeta efeitos no campo do Direito Civil e do Código de Processo Civil, exercendo verdadeira instrumentalidade constitucional (LOPES Jr., 2018). Em face desta relação instrumental, consideramos cada um deles como verdadeiras gramáticas jurídicas, estabelecendo a ordem do discurso⁵⁰⁰ (sintaxe), o sentido dos termos e expressões normativas (semântica) e o modo de como se dão as interações dialógicas, dialéticas e discursivas entre as pessoas (pragmática).

GRAMÁTICAS JURÍDICAS

Como vimos, os paradigmas jurídicos operam num espaço de validação e fundamentação constitucional:

*Consequentemente, a
Constituição passa a ser, em*

-
- IV - não intervenção;
 - V - igualdade entre os Estados;
 - VI - defesa da paz;
 - VII - solução pacífica dos conflitos;
 - VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
 - IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
 - X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁵⁰⁰ (FOUCAULT, 2013).

toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico. (STRECK. Pg. 345).

Como paradigma normativo, a Constituição delimita as práticas jurídicas e judiciárias, dentre elas a atividade hermenêutica, pois:

a interpretação conforme a Constituição é mais do que um princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela (STRECK, 2014. Pg. 351)

Nestes termos, o funcionamento do sistema normativo parte de um centro de legitimação comum: a Constituição. Deste modo, estabelecendo a ordem democrática do discurso jurídico, ela impõe práticas de redação e de interpretação em conformidade com os princípios e valores fundamentais nela consagrados.

Assim sendo, os paradigmas jurídicos ditam a ordem do discurso, as práticas jurídicas e a interpretação conforme a Constituição. Por esta razão, adotamos uma análise gramatical, decompondo os paradigmas normativos em três partes: sintática, semântica e pragmática.

SINTAXE

A sintaxe para nós representa a ordem do discurso prescrita pelo legislador. Ao positivar normas jurídicas, o legislador estabelece determinado fluxo de comunicação e regras que orientam as práticas comunicativas.

Quando o texto constitucional, por exemplo, diz que a casa é asilo inviolável do indivíduo, acrescenta que nela ninguém pode entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro; e durante o dia por determinação judicial.

Observe-se, pois, que o preceito constitucional garante a inviolabilidade de domicílio, no seu aspecto semântico, estabelecendo uma ordem de ações permitidas e suas vedações (aspectos sintático e pragmático).

No Direito Civil, encontramos um exemplo de sintaxe, dentre muitos disponíveis. A validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, bem como forma prescrita ou não defesa em lei. A violação deste fluxo sintático pode contaminar a existência, a validade ou a

eficácia do negócio jurídico, segundo a Escada Ponteanas⁵⁰¹.

No Código de Processo Civil, extraímos o seguinte exemplo: *o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*⁵⁰².

Ora, infringindo o juiz a ordem do discurso, a parte pode arguir a nulidade do ato processual, implicando por vezes nulidade de todo o procedimento (princípio da consequencialidade)⁵⁰³.

⁵⁰¹ Pontes de Miranda analisava o negócio jurídico a partir dos requisitos de existência, de validade e de eficácia. Por conta disto, sua Teoria é conhecida como Escada Ponteanas ou Pontiana. (TARTUCE. 2019 Pg. 203, 204)

⁵⁰² Artigo 10 do Código de Processo Civil.

⁵⁰³ Daniel Amorim Assumpção Neves trata a questão como efeito expansivo e confinamento das nulidades, a partir da leitura do artigo 281 e 282 do CPC, a saber:

Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Brasil. **Código de**

No entanto, a sintaxe é letra morta se não atender a um propósito maior. A ordem do discurso estabelece as condições discursivas, dialéticas e dialógicas a serem aplicadas no ambiente social e judiciário. Através dela, os agentes comunicam-se expondo seus argumentos, celebrando negócios jurídicos, formulando pretensões, etc. A ordem do discurso viabiliza as trocas semânticas no mundo da vida e no subsistema judiciário.

SEMÂNTICA

No discurso normativo e no discurso jurídico, encontramos termos específicos dotados de significados próprios, muitas das vezes distintos daqueles colhidos na linguagem comum.

Para exemplificar, *casa*, na Constituição Federal, denota um tipo de garantia inviolável da pessoa humana⁵⁰⁴, ao passo que no Direito

processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

⁵⁰⁴ XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência). **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto

Civil pode significar um bem economicamente apreciável suscetível de compra e venda, locação, habitação⁵⁰⁵, significado distinto daquele empregado no Direito Penal⁵⁰⁶. Portanto, em cada estrutura sintática encontramos termos, expressões e conceitos próprios, atribuindo uma carga semântica distinta que deve ser

constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n.ºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n.ºs /92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo n.º 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496

⁵⁰⁵ Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.

Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la.

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto. Brasil. Brasil. **Código Civil (2005). Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado.** 2. ed. atual. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.

⁵⁰⁶ Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Brasil. **Código penal.** – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 138 p.

empregada adequadamente por quem propõe um discurso jurídico.

Assim sendo, cada paradigma normativo requer um tipo específico de interpretação, desde que orientada por uma hermenêutica constitucional. Isto exige competência comunicativa do agente discursivo, habilidade que vai muito além do simples domínio das regras jurídicas, pois nos textos jurídicos devemos aplicar valores e princípios de matriz constitucional.

PRAGMÁTICA

Como vimos em Häberle (1997), a ordem jurídico constitucional é aberta a uma comunidade de intérpretes que, expectando progressão social, praticam atos de fala⁵⁰⁷ que transformam em discursos jurídicos: leis, contratos, petições iniciais, sentenças, etc.

Esta dinâmica comunicacional constituiu a pragmática jurídica, segundo propomos. Neste caso, a pragmática jurídica constitui-se de práticas e *aspectos comportamentais da relação discursiva* (FERRAZ JR. 2009. Pg. 4).

Ao produzirem discursos, em relações dialéticas, dialógicas e discursivas, por exemplo, as pessoas

⁵⁰⁷ Austin (1990).

interagem câmbios semânticos, a partir de uma estrutura gramatical de legitimação: paradigmas jurídicos.

Deste modo, as práticas jurídicas dependem do desempenho comunicativo de sujeitos reais de fala que ocupam situações comunicativas definidas, tais como: contratante, contratado, autor, réu, juiz, etc. Para legitimar e controlar este fluxo comunicativo, o legislador estabelece as regras do discurso. No entanto, são as pessoas reais, na sua vida cotidiana, que produzem os atos de fala, vivificando as regras gramaticais disponíveis, concretizando as pautas éticas, os valores e os princípios embutidos nas gramáticas jurídicas.

Por esta razão, dispõe o Código Civil de pautas éticas de conduta, vedando situações de reserva mental, de lesão e de má-fé; privilegiando condutas éticas e de boa-fé. Por seu turno, o Código de Processo Civil prescreve condutas colaborativas, sancionando a litigância de má-fé, os atos procrastinatórios e as resistências injustificadas ao andamento processual, etc.

Mas, e principalmente, cada gramática jurídica projetada no mundo da vida o fluxo sintático, semântico e pragmático a partir da Constituição. Assim, as práticas dialéticas dialógicas

e discursivas, orientadas por valores e princípios constitucionais, constroem uma tradição jurídica coerente e íntegra de valorização existencial da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Em poucas linhas, refletimos sobre a relação entre paradigmas jurídicos, adotando a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Processo Civil como gramáticas jurídicas.

Tal como na ciência natural, os paradigmas jurídicos surgem a partir de revoluções nas estruturas sociais, reclamando uma adequação do direito positivado com as expectativas normativas da sociedade em transformação.

Ao longo da exposição, demonstramos a relação entre os paradigmas jurídicos observados, demarcando a centralidade fundamentadora da Constituição.

Por este motivo, a Constituição impacta o modo de produção jurídica em cada subsistema normativo. Direito Civil e Processo Civil, por exemplo, dinamizam entre si e uma relação instrumental que expande e concretiza a força normativa da Constituição.

Neste contexto, identificamos uma função gramatical, estabelecendo assim a

ordem do discurso⁵⁰⁸ como parâmetro normativo de condutas. No sentido gramatical, cada paradigma articula sintaxe, semântica e pragmática.

A sintaxe organiza a sequência discursiva das normas jurídicas, estabelecendo permissões, vedações e sanções; a semântica confere sentido a termos e expressões específicas de cada ramo jurídico; e a pragmática refere-se às interações, dialéticas, dialógicas e discursivas a partir desta rede de paradigmas.

Centralizada na Constituição Federal, esta rede gramatical orienta todos aqueles que textualizam no mundo jurídico expectativas existenciais, concretizando em suas práticas cotidianas princípios e valores constitucionais, cujo fim último é a dignidade existencial da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, J. L. **Quando Dizer é Fazer**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BELCHIOR, Antonio C. G. **Alucinação**. Rio de Janeiro: PollyGran/Philips, 1976. LP produzido por Mazola. Lançado em CD em 1980 pela PollyGran/Philips.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed.
- Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1999.
- Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos /92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016. 496 p.
- Brasil. **Código Civil (2005). Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. 2. ed. atual. — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. 340 p.
- Brasil. **Código de processo civil e normas correlatas**. – 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 313 p.
- Brasil. **Código penal**. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 138 p.
- BUTLER-BOWDON, Tom. **50 Clássicos da Filosofia: as principais ideias das mais importantes obras filosóficas, da Antiguidade à era moderna**. Tradução de Petê Rissatti. São Paulo: Benvirá, 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio da pragmática da comunicação normativa. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada no dia 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 23. ed. São Paulo: Loyola, 2013.
- GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e Ciências Sociais**. Tradução de Álvaro Lorencini e Sandra Nitrini. São Paulo: Cultrix, 1976.
- HESSE, Konrad. **A forma normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. PA: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: Judge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá. 2016.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 9. ed. 2. Reimpr. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE
ATENDIMENTO À CRIANÇA E
AO ADOLESCENTE: DESAFIOS
PAUTADOS NUMA VISÃO
MULTIDIMENSIONAL DE
DESENVOLVIMENTO HUMANO**

*Ana Larissa Raynara da Silva Domingos*⁵⁰⁹

*Francisca Carminha Monteiro de Lima*⁵¹⁰

RESUMO

Ao longo da história, os processos de reconhecimento de direitos estiveram destinados aos adultos. Crianças e adolescentes eram invisíveis. Neste sentido, a adoção de políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente que garantam e tornem efetivos esses direitos deve ser pensada a partir de um sistema de garantias. Com isso, o objetivo do presente artigo é uma reflexão quanto ao reordenamento das políticas públicas de

⁵⁰⁹ **Ana Larissa Raynara da Silva Domingos**, Graduada em Engenharia Agrônoma pela Universidade Federal do Cariri (UFCA), atualmente graduanda em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Membro Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF.

⁵¹⁰ **Francisca Carminha Monteiro de Lima**. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri- URCA. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA. Graduada em História pela faculdade de Filosofia do Crato - CE. Professora efetiva do curso de Direito da Universidade Regional do Cariri.

atendimento à criança e ao adolescente. Optou-se pelo método hipotético-dedutivo. Neste sentido, refletir acerca da experiência da Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri como referência para o reordenamento das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente. Por fim, a título conclusivo parcial, pode-se afirmar que a experiência da Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri contribui para a qualificação das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente.

Palavras-chave: Criança- Adolescente- Políticas Públicas- Reordenamento- Fundação Casa Grande.

ABSTRACT

Throughout history, rights recognition processes have been aimed at adults. Children and teenagers were invisible. In this sense, the adoption of public policies for the care of children and adolescents that guarantee and make these rights effective must be thought through a system of guarantees. Thus, the objective of this article is to reflect on the reorganization of public policies for the care of children and adolescents. The hypothetical deductive method was chosen. In this sense, reflect on the experience of the Casa Grande Foundation - Memorial do Homem Kariri as a reference for the reorganization of public policies for the care of children and adolescents. Finally, as a partial conclusion, it can be said that the experience of the Casa Grande Foundation - Memorial do Homem Kariri contributes to the qualification of public policies for the care of children and adolescents.

Keywords: Child- Adolescent- Public Policies- Reordering- Casa Grande Foundation.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os processos de reconhecimento de direitos estiveram destinados aos adultos. Crianças e adolescentes eram invisíveis. Nas últimas décadas do século XX ocorre o reconhecimento destes como sujeitos de direitos e merecedores de proteção integral e de, em razão da sua condição de pessoas em desenvolvimento biopsicossocial, serem tratados com prioridade absoluta. Neste sentido, a adoção de políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente que garantam e tornem efetivos esses direitos deve ser pensada a partir de um sistema de garantias de direitos que se apresente como resultado da articulação de diversos órgãos, entidades governamentais e não governamentais, trabalhando em rede, tanto na formulação quanto na execução e controle dessas políticas.

Nesse sentido, é importante ressaltar os fundamentos da teoria da proteção integral como condição indispensável para compreender os processos de reconhecimento de direitos da criança e do adolescente ao longo da

história. Durante vários séculos, crianças e adolescentes eram invisíveis socialmente. A infância percorreu longos períodos históricos onde sua existência não tinha qualquer significado para o direito. Os processos de reconhecimento de direitos ao longo desse tempo estiveram destinados aos adultos e tão somente na última década do século XX assiste-se à ruptura desse paradigma, secularmente implantado.

Ademais, a Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri como referencial sobre o qual se desenvolveu a pesquisa deve-se aos seguintes motivos: a Fundação Casa Grande é uma ONG criada em 1992, em Nova Olinda, um pequeno município localizado no sertão do Ceará, na região do Cariri, tem uma base econômica voltada para agricultura e serviços, com Índice de Desenvolvimento Humano – IDH muito baixo. Entretanto, é nesse cenário que a Fundação Casa Grande nasceu e mantém-se até hoje, consolidada como uma escola de gestão cultural, tendo como missão educar crianças e jovens do sertão através dos programas de Memória, Comunicação, Artes integradas, Turismo Comunitário, Esporte e Meio Ambiente. A Fundação Casa Grande colocou Nova Olinda sob os olhares do Brasil e do mundo, visibilidade esta comprovada pelos

milhares de visitantes, dentre eles pesquisadores, turistas e curiosos, que querem conhecer o projeto da ONG.

Tendo em vista a realização do estudo e para a sua concretização optou-se pelo método hipotético-dedutivo, no qual parte-se do problema existente cujos dados disponíveis sobre o mesmo são insuficientes para explicá-lo. O objetivo do presente artigo é uma reflexão quanto ao reordenamento das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente a partir da visão multidimensional de desenvolvimento humano, tendo como ponto de reflexão o reordenamento das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente no município de Nova Olinda, Ceará, no marco teórico da proteção integral: uma análise a partir da experiência da Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri.

2. FUNDAMENTOS CONCEITUAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA INTERFACE NO ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Foram profundas as transformações pelas quais passou todo o mundo nos campos econômico, social e político desde o pós-Segunda Guerra Mundial, de 1939 até 1945, as crises do

petróleo de 1973 e 1979, a globalização acelerada na década de 1980, tendo como motor os avanços tecnológicos nas áreas de microeletrônica e telecomunicações e, ao mesmo tempo, aqui no Brasil revezavam-se governos populistas e ditatoriais até a promulgação da Constituição Federal de 1988. É tão somente nesse momento, com o Estado Democrático de Direito restaurado, que se pode cobrar uma resposta positiva do Estado às demandas sociais e a efetiva concretização de políticas públicas. Souza revela antecedente e sob qual contexto histórico ocorreu a introdução da política pública como ferramenta das decisões governamentais nos Estados Unidos:

É produto da Guerra Fria e da valorização da tecnocracia como forma de enfrentar suas consequências. Seu introdutor foi Robert McNamara que estimulou a criação, em 1948, da RAND Corporation, organização não governamental financiada por recursos públicos e considerada a precursora dos think Tanks. A proposta de aplicação de métodos científicos às formulações e às decisões do governo sobre problemas públicos se expande depois para outras áreas da produção governamental, inclusive para a política. (SOUZA, 2006, p. 22-23)

Estimulados por todas essas mudanças na relação dicotômica de

Estado e sociedade é que a temática “políticas públicas” despertou o interesse da academia ao ponto de admiti-la como área de conhecimento multidisciplinar. Assim sendo, esta “análise de políticas” pode ser definida, no entendimento de Schmidt (2008, p. 2308), como “um conjunto de conhecimentos, proporcionado por diversas disciplinas das ciências humanas, utilizados para buscar resolver ou analisar problemas concretos em política pública”, ou ‘policy’, expressão inglesa.

Nessa conceituação de políticas públicas é evidenciado um dos grandes problemas constitutivos do regime democrático, que é a “descontinuidade” administrativa, ao mesmo tempo em que recaem sobre elas (as políticas públicas) – quando “apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental” – a responsabilidade de redução dos efeitos dessa renovação periódica dos gestores governantes, por isso o acompanhamento de tais é de crucial importância.

Para o cidadão é muito relevante que conheça e entenda o que está previsto nas políticas que o afetam, quem as estabeleceu, de que modo foram estabelecidas, como estão sendo implementadas, quais são os interesses que estão em jogo, quais são as principais forças envolvidas, quais são os

espaços de participação, os possíveis aliados e os adversários, entre outros elementos. (SCHMIDT, 2008, p. 2308)

Nesse sentido, as questões afetas às políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente no Brasil – estas entendidas como ações do poder público no sentido de amenizar ou dar solução a problemas sociais que envolvam este ser em formação na perspectiva da proteção integral, se constitui como objeto dessa abordagem. Nesse fito, tomar-se-á o período denominado “Era Vargas” – de 1930 a 1954 – como pontos de referência inicial, porque é nesse período que se identificam ações do Estado na direção do serviço social de atendimento à criança e ao adolescente e caminha-se até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, e as ações no sentido de sua concretização.

Compreende-se, assim, que nesse momento também o país se transpõe de uma sociedade de base agrária para uma sociedade urbano-industrial.

Especificamente nos anos 30 do século XX, com o ingresso tardio na era industrial, o Estado brasileiro inicia suas intervenções na relação entre capital e trabalho, modificando, consequentemente, a

concepção política sobre a assistência, que até então era praticada com caráter de filantropia através de iniciativas da igreja, e subsidiariamente pelo Estado (COSTA; LEME, 2012, p. 10)

As políticas sociais, como perceptível, nesse período de governo populista e de forte apelo nacionalista, têm caráter assistencialista e, também, nesse mesmo grupo de “assistidos sociais” incluem-se as crianças pobres, ainda estigmatizadas como “menores”.

Por conseguinte, tornou-se obrigatória a educação primária integral e gratuita e, também, foi criado o Departamento Nacional da Criança – DNCr, com o Decreto-lei nº. 2204, de 17 de fevereiro de 1940, vinculado ao Ministério da Educação e Saúde, que se obrigava a coordenar as ações do governo relativas à proteção, à maternidade, à infância e à adolescência e se responsabilizava por orientar a opinião pública no sentido de se formar uma nova consciência social da necessidade dessa proteção. Nesse período, apropriadamente, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor – SAM, decreto-lei nº. 3.799, de 05 de novembro de 1941, vinculado ao Juízo de Menores do Ministério da Justiça e Negócios do Interior, que propõe, segundo Faleiros:

[...] orientar e fiscalizar educandários particulares; investigar menores para fins de internação e ajustamento social; proceder ao exame médico e psicopedagógico; abrigar e distribuir os menores pelos estabelecimentos, promover a colocação deles; incentivar a iniciativa particular de assistência a crianças e estudar as causas do abandono [...] (FALEIROS, 1995, p. 68).

Outros programas assistencialistas de atenção à criança e ao adolescente deste período estiveram quase sempre ligados à figura carismática da primeira-dama, e, curiosamente, a própria LBA – Legião Brasileira de Assistência foi intitulada originalmente como Legião de Caridade Darcy Vargas e era voltada, no primeiro momento, ao atendimento de crianças órfãs da guerra. Sobre o assunto, Costa e Leme complementam:

[...] O período em que a LBA existiu foi caracterizado pela institucionalização do chamado “primeiro damismo”, pois em sua gênese foi coordenada pela esposa do então presidente Getúlio Vargas, Senhora Darcy Vargas, tradição que se manteve até a extinção da LBA, após o governo do Presidente Fernando Collor de Mello, com o indiciamento da primeira-dama e então coordenadora da LBA, Rosane Collor de Mello. Outra marca deixada foi o surgimento de diversas faculdades de Serviço Social com vistas à profissionalização de

assistentes sociais (COSTA; LEME, 2012, p. 12).

Com a redemocratização, o país volta a respirar os bons ares da democracia e um novo cenário sócio-político-cultural se desenha agora, caracterizado pelo aprofundamento da industrialização, pelo aumento do consumo interno e pela internacionalização da economia nacional (PASSONE; PEREZ, 2010, p. 659).

No momento que segue, a promulgação da nova Constituição Federal de 1946 imprime novos ordenamentos jurídicos que garantem em âmbito nacional a obrigatoriedade da assistência sanitária e médica à gestante, assistência à maternidade, assistência à infância e ao adolescente, como também a proibição do trabalho para menores de quatorze anos.

Posteriormente, em 1949, foi criado o primeiro Serviço de Colocação Familiar – decreto de Lei nº 560, e, em 1953, foram criados dois ministérios: o Ministério da Saúde, que segue a mesma orientação do Departamento Nacional da Criança - DNCr no que se refere ao modelo assistencial à infância, e o Ministério da Educação e Cultura, que instituiu o Serviço Nacional de Merenda Escolar, um programa que

objetivava fazer a suplementação alimentar da criança na escola.

As estratégias e ações que envolvem as políticas sociais encetadas pelo Brasil na direção de proteger a criança e o adolescente tendem a receber, agora claramente, a influência das abordagens do 9º Congresso Panamericano da Criança, realizado em Caracas, em 1948, e, posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, marco pelo qual a infância passou a ser valorizada e a criança considerada internacionalmente como sujeito de direitos pela Organização das Nações Unidas – ONU. Assim, os novos paradigmas emergem agora como movimento social internacional.

As agências multilaterais, como o Fundo das Nações Unidas para a Infância – Unicef e a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação – FAO, influenciaram o discurso do DNCr, cuja marca, a partir dos anos 60 do século XX, seria a criação de centros recreativos e a participação da comunidade nos próprios programas, como um mecanismo de desenvolvimento social e comunitário da organização social (PASSONE; PEREZ, 2010, p. 659).

O órgão nacional gestor desta política passa a ser a Fundação Nacional do Bem- Estar do Menor – FUNABEM, e os órgãos executores estaduais as

FEBEMs. Dessa forma, o poder público amplia quantitativamente o atendimento à criança e ao adolescente com a criação dessas colônias correcionais confinadoras, sem distinção, de crianças e adolescentes desvalidos e outros infratores, por entender ser a criança carente um potencial delinquente. É neste momento que o SAM é extinto.

Até 1964, o modelo jurídico do Direito do Menor, que na verdade foi reduzido ao direito de ação estatal contra o menor, subsistiu às diversas transformações do Estado brasileiro praticamente inalterado, convivendo com pequenas experiências democráticas, como nas Constituições de 1934 e de 1946, e também com modelos autoritários, como do Estado Novo em 1937.

No entanto, não se pode desconsiderar que por detrás das concepções menoristas estão as ideias fundamentais do pensamento autoritário. Contudo, a transposição desse modelo centrado no controle jurisdicional sobre a menoridade para o controle repressivo assistencial aconteceria a partir do golpe militar em 1964, com o estabelecimento da Política Nacional do Bem-Estar do Menor e a correspondente criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. (CUSTÓDIO, 2009, p.17)

É pertinente, porque complementar, a observação de Machado e Souza:

A realidade da assistência à infância refletia bem o modelo de governo ditatorial da época, em que o compromisso do Estado em prover benefícios sociais era mínimo, e só a parcela estigmatizada e marginalizada era alvo das políticas públicas [...] (MACHADO; SOUZA, 2015, p. 66)

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM e sua política repressora consagram a Doutrina do Menor em Situação Irregular que estigmatiza a infância, reproduzem o conceito de “menoridade” e tornam crianças e adolescentes objetos de políticas de controle social.

Tão somente na década de 1980 do século passado, os pruridos pela redemocratização tomam conta do país e, no dizer de Machado: A proteção especial que crianças e adolescentes receberam no Brasil a partir de 1988 foi construída no bojo do vigoroso processo de mobilização popular de cunho francamente democratizante e humanitário que pôs fim à ditadura militar e engendrou a Assembleia Nacional Constituinte. (MACHADO, 2003, p. 55).

Esta proteção especial teve sua culminância com a promulgação da Constituição Federal de 1988,

denominada “Constituição Cidadã”, uma vez que priorizava a defesa dos Direitos Humanos. Destaque-se aqui a representação do movimento pró-infância da Frente Parlamentar Suprapartidária pelos Direitos da Criança e os Fóruns de Defesa da Criança e do Adolescente, o que possibilitou a inscrição de leis em defesa da criança e do adolescente inspiradas, essencialmente, na Declaração dos Direitos Humanos e na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Custódio observa:

Com segurança, pode-se afirmar que a transição da “doutrina da situação irregular do menor” para a “teoria da proteção integral” estabeleceu-se gradativamente a partir da consolidação dessas práticas e experiências ocorridas durante toda a década de oitenta, com ênfase no processo de elaboração da nova Constituição, que, posteriormente, seria o elemento constitutivo das bases do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil (CUSTÓDIO, 2009, p. 24-25)

Esse sistema especial de proteção emana do texto constitucional no art. 227 e nele se inspira para a construção do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, instituído pela Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990, que revogou o impróprio Código de Menores e adotou a Doutrina da

Proteção Integral. A partir de então, como viés principal para as políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente, estes se tornam destinatários de integral proteção que deve ser exercida conjuntamente pela família, Estado e sociedade civil.

3. A POLÍTICA DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE PAUTADA NUMA VISÃO MULTIDIMENSIONAL DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

No que diz respeito à política de atendimento, o artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente é categórico quando dispõe sobre a operacionalização do sistema de garantia de direitos que “far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e suas diretrizes estão contidas nos seis incisos do artigo 88 desse estatuto, que, resumidamente, são: a municipalização do atendimento; criação de conselhos de direitos nos três níveis de governo; criação e manutenção de programas específicos de atendimento às crianças e adolescentes e às suas famílias; criação dos Fundos para a Infância e Adolescência – FIA nos três níveis de governo e controlados pelos conselhos de direitos; a integração operacional de

órgãos do judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social que compõem o sistema de justiça.

É criado o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – órgão federal responsável pela normatização das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente, tais como: políticas sociais básicas; políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; proteção jurídico-social por entidade de defesa dos direitos da criança e do adolescente e, mais, pelo acompanhamento/fiscalização de sua execução, tendo como espelho o contido no art. 87 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

Entretanto, somente passados dezesseis anos desde a formulação do Estatuto da Criança e do Adolescente é que o CONANDA, em deliberação conjunta com a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, assinou a Resolução nº 113, em abril de 2006, que dispõe sobre os parâmetros para a

institucionalização do Sistema de Garantia dos Direitos.

O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal (CONANDA, Art. 1º, Resolução 113, de 2006).

Neste contexto, foram propostas no país diversas políticas públicas com vista ao atendimento integral da criança e do adolescente. No campo das políticas públicas de assistência social, como marco normativo e regulatório desta política de atendimento, foi promulgada a Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, Lei Federal nº 8.742/93. Entretanto, somente em 2004 é que foi instituída a Política Nacional de Assistência Social – PNAS, que define princípios e diretrizes para a implantação do Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, de todos os direitos humanos e, ainda, direitos especiais em face da sua condição peculiar de pessoa em

desenvolvimento demonstra, para além de uma garantia legal, toda uma concepção embasada na leitura do ser humano no seu aspecto complexo e multidimensional. Corroborando com esta afirmação, Morin:

O ser humano é a um só tempo físico, biológico, psíquico, cultural, histórico. [...] de modo que cada um, onde quer que se encontre, tome conhecimento e consciência, ao mesmo tempo, de sua identidade complexa e de sua identidade comum a todos os outros humanos. (MORIN, 2000, p. 15)

É com base nessa compreensão em relação ao ser humano e, especialmente, às crianças e adolescentes, que se vêm buscando desenvolver, ao longo das últimas décadas, as políticas afirmativas nas quais os mais diversos campos da vida humana sejam contemplados e que respondam positivamente a essas demandas. Isso porque

A sociedade comporta as dimensões históricas, econômicas, sociológicas, religiosa... O conhecimento permite reconhecer esse caráter multidimensional e nele inserir estes dados: não apenas não se poderia isolar uma parte do todo, mas as partes umas das outras. (MORIN, 2000, p. 38).

As políticas econômicas devem estar pautadas no quantum estas podem

afetar positivamente a qualidade de vida das pessoas. De acordo com o Relatório Anual do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, desenvolvimento humano, enquanto processo, comporta a possibilidade de alargamento das escolhas das pessoas conforme aumentem suas oportunidades, mas é também um objetivo quando prevê a interferência das pessoas na consecução de medidas que qualifiquem as suas vidas (MACÊDO, 2017).

O desenvolvimento humano é um processo que permite alargar o leque de escolhas das pessoas, na medida em que adquirem mais capacidades e gozam de mais oportunidades para usá-las. Contudo, o desenvolvimento humano é também um objetivo, pelo que é simultaneamente um processo e um resultado. Trata-se de uma abordagem mais ampla comparativamente a outras, como, por exemplo, a abordagem de recursos humanos, a abordagem das necessidades básicas ou a abordagem do bem estar humano. (BRASIL, 2015)

Há muito tempo que a visão de desenvolvimento baseada unicamente em critérios econômicos tem levado milhares de pessoas a uma condição de vida marginal. Entendê-lo não só como o aumento de rendimentos, mas também como possibilidades de escolhas das

peças tendo em vista o reforço aos direitos humanos, às liberdades, capacidades e oportunidades, o que modifica totalmente o conceito de desenvolvimento existente até então.

Ao reconhecermos as dimensões sociais e culturais do desenvolvimento, considera-se que o fim último das políticas seria a real melhoria das capacidades e condições de vida das populações, e estas melhorias deveriam ser incorporadas aos critérios de medição do desenvolvimento. (ROQUE, 2009, p. 28)

Neste sentido, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, criado pela Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1965, ancorado, em grande extensão, no paradigma de Desenvolvimento Humano de Sen, utiliza-se do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH para medir o nível de desenvolvimento de uma sociedade.

Quanto às políticas de atendimento a crianças e adolescentes, a necessidade de um reordenamento na organização das mesmas, com alterações radicais de conteúdo, métodos de gestão, exigiu o reconhecimento, em primeiro lugar, das necessidades e direitos do universo infante-juvenil e também das fragilidades institucionais herdadas de ensaios democráticos incipientes, com

pouca participação social. Neste sentido pode-se dizer que

Há uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos. Pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação de demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade dos direitos. (BUCCI, 2001, p. 13)

Sob o olhar ampliado sobre políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente permeado pelo princípio da dignidade humana, sabe-se que para o atendimento à proteção integral existe a necessidade de pôr em prática um conjunto de políticas, nos mais diversos campos, de forma articulada e intersetorial, descentralizada e participativa, com a finalidade de aperfeiçoar o que já existe e que está avaliado como positivo como também o reordená-las, tendo em vista o aprimoramento e o atendimento aos parâmetros de desenvolvimento humano.

4. DA FUNDAÇÃO CASA GRANDE – MEMORIAL DO HOMEM KARIRI: EXPERIÊNCIAS MULTIDIMENSIONAIS DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

Em tempos idos ou ainda hoje uma criança no sertão do Nordeste

brasileiro é carente de políticas públicas que lhe garantam um atendimento de forma integral, em razão, talvez, de obstáculos que inviabilizam a universalização dessas políticas. Agrava-se mais ainda quando se diz a uma criança que o lugar onde mora não está no mapa, “Retornando ainda à cidade de Miranorte, que segundo a narrativa de Alembert, era uma cidadezinha que não tinha nem no mapa do Brasil, pois quando a professora apontava no mapa dizia: - ‘A nossa cidade é mais ou menos aqui’ [...]”, vale dizer que se o lugar onde a criança vive não existe, ela também não existe. Assim, esta criança precisa imaginar outro lugar onde ela possa existir e tornar-se visível. Pois é desse jeito que as crianças e adolescentes da Fundação Casa Grande Memorial do Homem Kariri se tornam visíveis na pequena cidade de Nova Olinda, no Cariri, sul do Ceará, Nordeste do Brasil (BARBOSA, 2010, p. 87).

A Fundação Casa Grande-Memorial do Homem Kariri, criada em 19 de dezembro de 1992, constitui-se como:

[...] uma organização não governamental cultural, sem fins lucrativos, cuja missão é a formação educacional de crianças e jovens para que sejam protagonistas em gestão cultural por meio de seus programas de Memória, Artes,

Comunicação, Turismo, Esporte e Meio Ambiente e ser uma escola de referência em educação com a visão de levar "o mundo ao sertão", mas não qualquer mundo, e sim um mundo que proporcione as crianças e jovens o empoderamento da cultura e da cidadania (www.fundacaocasagrande.org.br)

Nesta perspectiva encontram-se as Organizações Não Governamentais, como uma das formas de sociabilidade no interior da sociedade civil:

Inúmeras formas de sociabilidade existentes no interior da sociedade civil, desenvolvidas historicamente segundo valores e tradições culturais, e que não se organizaram como movimentos sociais, emergiram na cena pública dos anos 90 como forças vivas e atuantes, formando, com as novas redes associativas do terceiro setor (de composição sociopolítica de caráter plural e pouco ideologizado), um novo campo de força democrática na sociedade. (GOHN, 2005, p. 88-89).

Dentro desse contexto foi criada Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri. (www.fundacaocasagrande.org.br), uma Organização Não Governamental. A ideia da sua criação surge em 1983, com o retorno de um dos seus fundadores, Alembert Quindins, para a cidade do Crato, no Cariri. Alembert, como músico, iniciou pesquisa étnica musical para as suas composições, tendo como inspiração as lendas e os mitos dos

índios Kariri ainda preservados pela oralidade (MACÊDO, 2017).

[...] Então eles doaram aquilo pra mim, eu comecei a receber visitantes lá em minha casa pra ver essas pedras, essas lendas, pra ver as fotografias das pinturas rupestres e foi daí que nasceu a necessidade de fazer um espaço, de construir um espaço na região pra contar daquele acervo, de histórias desse povo que mora aqui na região, do povo antigo e pra visitação e valorização desse acervo oral e desse acervo material (BARBOSA, 2010, p. 169).

A Funda o Casa Grande – Memorial do Homem Kariri seria um lugar tão somente para abrigar todo o acervo mitológico e arqueológico (material de audiovisual, peças doadas, etc.) obtido a partir das pesquisas étnico-musicais dos seus fundadores, o que ocorreria assim que se recuperasse o casarão doado pela família para tal fim, casarão este que em tempos passados dera origem à cidade de Nova Olinda. Entretanto,   medida que o casarão era recuperado, a cidade toda ficava sabendo da intenção dos seus fundadores. As mais curiosas eram as crianças da cidade, porque o casarão, antes tido como mal-assombrado, transformava-se numa casa colorida por fora e por dentro. Cheia de encantamentos, mitos e lendas, se abria

como espaço receptivo para suas brincadeiras.

[...] a reforma chamou a atenção das crianças, elas passaram a ir vê-la sempre, era a novidade da pequena cidade. Começaram a ocupar o terreiro da casa, realizando brincadeiras e observando o ir e vir das pessoas. Este fato chamou a atenção do fundador, que percebeu que, de tanto ouvi-lo explicar sobre o local, as crianças já repassavam as informações e “encantavam” os visitantes. [...] A ideia de incluir as crianças nas atividades foi a forma encontrada de lhes “despertar a vontade de voltar. [...] Esta a o fez desse projeto uma iniciativa única, com um modelo educacional que foi se constituindo de acordo com as necessidades locais, o envolvimento da comunidade e as ideias infantis. (NORONHA, 2008, p. 55-56).

Considere-se aqui o que pode ser compreendido como o primeiro atendimento   criança e ao adolescente no âmbito da Funda o Casa Grande no fundamento de educa o patrimonial e Memória, um dos seus programas permanentes para criança e adolescente. Assim, desde 1992, portanto ao longo de vinte e quatro anos, a Funda o Casa Grande – Memorial do Homem Kariri dedica-se ao atendimento de crianças, adolescentes e jovens, incluindo suas famílias e, ainda, visitantes, nos seis programas educacionais permanentes

que contemplam as áreas de Memória, Artes integradas, Comunicação, Turismo Comunitário, Ecologia e Esporte, todos eles sistematizados nos laboratórios de conteúdo e produção.

[...] os projetos desenvolvidos e em desenvolvimento na Fundação pertencem aos laboratórios de “produção” e partem de uma “leitura do mundo”: o mundo do sertão do Cariri e do verde vale da Chapada do Araripe. Ao se apropriar de uma paisagem natural como a Chapada do Araripe, catalisadora de povos e culturas desde a pré-história, ao mesmo tempo em que se apropriam de novas tecnologias como o rádio, a TV e a internet, as crianças e jovens da Fundação Casa Grande se dão conta da relação do homem com a natureza onde a cultura é o agente, a área natural o meio e a paisagem cultural o resultado (LIMAVERDE, 2010, p. 117)

A primeira impressão de impacto para o visitante que chega à Casa Grande é a presença mínima de adultos nos diversos procedimentos que envolvem a ONG, desde a recepção e em todos os outros espaços de conteúdo e de produção, como a Rádio FM, a DVteca, gibiteca, biblioteca, teatro, onde as próprias crianças e adolescentes coordenam e executam as atividades. São a um só tempo educadores e educandos, protagonistas autônomos e

responsáveis pelas atividades realizadas pela Fundação. Esse processo de ensino e aprendizagem com autonomia remete às lições de Freire quando afirma:

Outro saber necessário à prática educativa [...] a da inconclusão de ser que se sabe inconcluso – é o que fala do respeito devido à autonomia do ser do educando. Do educando criança, jovem ou adulto. [...] O respeito à autonomia e a dignidade de cada um é um imperativo ético e não um favor que podemos ou não conceder uns aos outros. [...] Saber que devo respeito à autonomia e à identidade do educando exige de mim uma prática em tudo coerente com este saber (FREIRE, 2008, p. 59-61)

Saliente-se que o ato educativo prescinde de outros saberes. O ato de ensinar exige liberdade e autoridade. Neste sentido recorre-se mais uma vez a Freire (2008, p. 105), quando afirma que “a questão dos limites sem os quais a liberdade se perverte em licença e a autoridade em autoritarismo”. Nesta perspectiva, a gestão protagonizada pelas crianças e adolescentes da Fundação Casa Grande está calcada também em normas, regras e disciplina, sem as quais se colocaria em risco o contexto pedagógico.

Aspecto relevante a considerar é que a educação não formal deve ser complementar à educação formal, não

sua substituta. Esta observação se faz necessária para não se incorrer no erro de subestimar ou até negar a importância do processo de ensino-aprendizagem desenvolvido na escola formal e quão imprescindível é para o desenvolvimento integral das pessoas, além de ser um direito de todo cidadão nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art.205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Percebe-se que o programa extrapola os muros da Casa Grande e Nova Olinda e forma profissionais de turismo para toda a região do Cariri. As pousadas comunitárias, tanto na zona urbana quanto na rural, ficam localizadas nos quintais das casas dos pais das crianças e adolescentes da Casa Grande. O programa de Empreendedorismo Social tece uma rede de empreendimento social para a sustentabilidade pessoal e compreende os projetos de Produção Cultural, realizados através da casa de produção cultural; Turismo e Hospitalidade, que compreende uma agência de turismo;

Arqueologia, com a A&R Arqueologia, Consultoria e Produção Cultural, e com a Arqueotop Consultoria e Serviços; Moda, com o Modus Cariri, e Gastronomia, que compreende o Nova Olinda Café Cultural e o Café Violeta.

Na práxis da Fundação Casa Grande, identifica-se uma pedagogia fundada na ética, no respeito à dignidade e na autonomia do educando, com uma preocupação metodológica de propiciar às crianças, adolescentes e jovens conhecimentos que possam qualificá-los para a inserção no mundo do trabalho e, principalmente, habilitá-los como sujeitos do seu destino.

CONCLUSÃO

Por fim, a título conclusivo parcial, pode-se afirmar que a experiência da Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri contribui para a qualificação das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente. Construiu-se como referência na área de comunicação e gestão cultural para crianças e adolescentes. Reconhecendo os avanços conquistados, mas ao mesmo tempo identificando os muitos desafios que se apresentam para um atendimento integral à luz do desenvolvimento humano, é importante incorporar às

análises e reflexões sobre o reordenamento das políticas públicas todas as experiências realizadas por Organizações Não Governamentais – ONG, e é neste sentido que se traz a experiência da Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri, em Nova Olinda, no Cariri Cearense, como uma possibilidade de referência para qualificar essa modalidade de atendimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social – NOB-RH/SUAS**. Brasília, 2006. Disponível em: <www.mds.gov.br/.../norma-operacional-basica-de-recursos-humanos...suas-nob-rh-su> Acesso em: 26 março 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari, et al. **Direitos humanos e Políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br>> Acesso em: 26 março 2019.

BARBOSA, Carmem Débora Lopes. **Experiências de vida e formação do educador popular Alembert Quindins da Fundação Casa Grande – Memorial do Homem Kariri**. 2010. 232 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Educação – Mestrado e Doutorado) Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/2963>> Acesso em: 20 fev. 2019.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/18069.HTM>. Acesso em: 20 fev. 2019.

COSTA, Marli M. Moraes da. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação**. 2006. 282 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/88949>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil contemporâneo: limites e perspectivas para sua erradicação**. 2006. 282 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/88949>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: Unesc, 2009. Disponível em: <https://www.academia.edu/23711816/Direito_da_Criança_e_do_Adolescente> Acesso em: 20 fev. 2019

MACÊDO, Francisca Carminha de Lima. **A Fundação Casa Grande - memorial do homem Kariri: uma referência para o reordenamento das políticas públicas de atendimento à criança e ao adolescente**. 2017. DISSERTAÇÃO (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/2077>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA. **Plano Decenal dos Direitos da Criança e do Adolescente**. 2011. Disponível em: <www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/>

File/download/plano_decenal_conanda.pdf

FALEIROS, Vicente. Infância e processo político no Brasil. In: PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Orgs.). **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano DelNiño/Santa Úrsula/Amais Livraria e Editora, 1995. Disponível em: <repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4569/1/bps_n.11_ENSAIO1_Vicente1_1.pdf.> Acesso em: 06 fev. 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. Disponível em: <forumeja.org.br/files/Autonomia.pdf.> Acesso em: 06 fev. 2019.

FRIGOTTO, Gaudêncio. **Educação e a Crise do Capitalismo Real**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 1999. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/tes/v7s1/04.pdf> Acesso em: 28 fev.2019.

FUNDAÇÃO CASA GRANDE (SITE). Disponível em: <http://www.fundacaocasagrande.org.br/principal.php> Acesso em: 28 fev. 2019.

GOHN, Maria da Glória. Educação Não Formal, **Aprendizagens e Saberes em Processos Participativos**. Investigar em Educação - II^a Série, Número 1, 2014. P. 35-50. Disponível em: <https://ec.europa.eu/epale/sites/epale/files/gohn_2014.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos, ONGs e lutas sociais no Brasil nos anos 90**. São Paulo: Cortez, 1997. Disponível em: <https://ec.europa.eu/epale/sites/epale/files/gohn_2014.pdf> Acesso em: 10 jan. 2019.

IPHAN. 20 anos da Casa Grande. **Minc. Brasília-DF: Iphan**, 2012. Disponível em: <portal.iphan.gov.br/uploads/publicaca

o/cartilha_1__parasabermmais_web.pdf> Acesso em: 28 fev. 2019.

LIMA Fernanda da Silva; PAGANINI Juliana. **Os direitos da Criança e do Adolescente no Brasil instrumentalizados a partir da Democracia Participativa**. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs). **Direito & Políticas Públicas X**. Curitiba: Multideia, 2015. Disponível em: <https://www.escavador.com/sobre/2944731/juliana-paganini> Acesso em: 16 fev. 2019.

LIMAVERDE, Rosiane. **Uma experiência inclusiva e formadora de crianças e jovens**. Cadernos Cenpec 2010 n. 7 2010. Disponível em <http://cadernos.cenpec.org.br/cadernos/index.php/cadernos/article/viewFile/58/73> Acesso em: 16 fev. 2019.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri-SP: Manole, 2003. Disponível em <docvirt.com/docreader.net/WebIndex/WIPagina/BibliotDCA/4692> Acesso em: 16 fev. 2019.

MACHADO, Raimar Rodrigues; SOUZA, Ismael Francisco de. **Políticas Públicas para Crianças e Adolescentes no Brasil Contemporâneo**. In: COSTA, Marli M. Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (Orgs). **Direito & Políticas Públicas** tomo X. Curitiba: Multidéia, 2015. Disponível em <docvirt.com/docreader.net/WebIndex/WIPagina/BibliotDCA/4692> Acesso em: 16 fev. 2019.

MANACORDA, Mário Alighiero. **História da Educação: da antiguidade aos nossos dias**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000. Disponível em <www.ppe.uem.br/8cbhe/resumos/pdf/c_coord/cc32.pdf.> Acesso em: 16 fev. 2019.

NORONHA, Izabelle de Luna Alencar. **Fundação Casa Grande – Memorial**

do Homem Kariri: Cotidiano, Saberes, Fazeres e as Interfaces com a Educação Patrimonial. 2010. 232 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010. Disponível em <<http://www.ce.ufpb.br/ppge/Dissertacoes/dissert08/ISABELLE%20DE%20LUNA%20ALENCAR/Funda%E7%E3o%20Casa%20Grande%20%20Memorial%20do%20Homem%20Kariri-%20Cotidiano,%20.pdf>> Acesso em: 14 fev 2019.

ROQUE, Augusto. **Desenvolvimento como Liberdade: uma aplicação dos conceitos de Amartya Sen à educação de adultos.** 2009. 156 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Administração de Empresas - Mestrado) Centro Universitário da FEI. São Paulo, 2008. Disponível em:<<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp106061.pdf>> Acesso em: 9 fev. 2019.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura.** In: Sociologias. Porto Alegre, 2006. ano 8, nº 16, p. 20-45. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em: 20 mar. 2019.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos.** In: REIS. J.R.; LEAL, R.G. Direitos Sociais e Políticas Públicas, tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. Disponível em <<unisc.br/editora/1364238825.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Cia das Letras, 2000. Disponível em <<abdconst.com.br/revista16/liberdadeFlavio.pdf>> Acesso em: 16 fev. 2019.

**VIOLAZIONE DEI DIRITTI DEI
MINORI, DIRITTI LINGUISTICI:
IL CASO NAPOLITANO**

*Massimiliano Verde*⁵¹¹

SUNTO

Il Napoletano, lingua di una comunità culturale, valore di un patrimonio universale. Premesse storico-culturali di una problematica attuale. I diritti linguistici dei bambini alla luce dei diritti linguistico-culturali come umani. Il caso dei bambini di madrelingua napoletana, la loro rappresentazione sociale, culturale e politica in Italia. Le

⁵¹¹ **Massimiliano Verde**, Dottore Magistrale in Scienze Politiche, formatore esperto del patrimonio linguistico storico-culturale della Campania; Presidente del gruppo scientifico internazionale “*Accademia Napoletana*” per la tutela e promozione della cultura e lingua napoletana. Interlocutore UNESCO per l’IYIL 2019 (International Year of Indigenous Language) e l’International Mother Language Day 2018, 2019 e 2020 per la lingua Napoletana; Membro ed amministratore del gruppo “Language Rights, Derechos Lingüísticos, Lenguas y Comunidades de Hablantes en riesgo”; autore del primo corso di lingua e cultura napoletana realizzato secondo il QCER (CEFR) riconosciuto dal Comune di Napoli; collabora con l’AIAE (Association of Italian American Educators), l’Italian Community of Westbury (NY), la Real Academia de Cultura Valenciana, l’Institut d’Estudis Valencians, l’Università Capodistriana di Atene, la Universidad URCA do Cariri.

disposizioni della *Carta dei diritti dell'infanzia* e le convenzioni internazionali per la protezione della diversità culturale e linguistica come base per il rispetto della diversità umana. La politica di colonizzazione culturale: violenza sociale e culturale contro la madre e il bambino, rispetto alla lingua napoletana. Folklorismo, degrado sociale e combinazione di entrambi nella narrazione della cultura ufficiale italiana rispetto alla lingua napoletana e ai suoi parlanti. Il lavoro internazionale per i diritti umani dell'Accademia napoletana.

Parole-chiave: diritti dei minori, infanzia, diritti umani, linguaggio, famiglia e società

ABSTRACT

Neapolitan: language of a cultural community, the value of a universal heritage. A unique case in the West of a non-minority language excluded from any cultural and legal preservation. Children's linguistic rights as human rights. Neapolitan native speakers rights. Folklorism, social degradation in the Italian narrative about Neapolitan language and speakers. Neapolitan mother tongue children: their social-cultural “representation” in Italy. The *Declaration of the Rights of the Child*: human rights and Neapolitan mother tongue children. Cultural policy and colonialism in Italy: the violence against the mother and the child, with respect to the Neapolitans. The human rights work of the Neapolitan Academy,

to preserve Neapolitan and the social dignity of the Neapolitan children.

Keywords: children's right, human rights, language, Neapolitan and Italian family, child and society

INTRODUZIONE

La diversità culturale è una caratteristica essenziale dell'Umanità, la diversità linguistica è un elemento fondamentale della diversità culturale. Le lingue locali e storiche, in particolare quelle appartenenti a minoranze culturali ed autoctone, trasmettono culture, valori e conoscenze tradizionali, pertanto svolgono un ruolo importante nella promozione dello sviluppo sostenibile. La *Dichiarazione universale sulla diversità culturale* adottata dalla Conferenza generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura nella sua trentunesima sessione, il 2 novembre 2001, ci ricorda che i diritti culturali sono parte integrante dei diritti umani, che sono universali, indivisibili e interdipendenti. Difatti tutte le persone dovrebbero essere in grado di *esprimersi* e di *creare e diffondere* il proprio lavoro nella lingua di loro scelta, in particolare nella loro lingua madre; tutte le persone dovrebbero avere diritto a un'*istruzione* e una

formazione di qualità che rispettino pienamente la loro identità culturale; e tutte le persone hanno il diritto di partecipare alla vita culturale da loro scelta e condurre le proprie pratiche culturali, nel rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Le lingue sono gli strumenti più potenti per preservare e sviluppare il nostro patrimonio culturale tangibile e immateriale. *Il patrimonio linguistico di Napoli è parte integrante del suo patrimonio culturale.* L'UNESCO riconosce l'unicità dell'identità culturale della città di Parthenope e il suo contributo culturale a tutta l'Europa e oltre. Questo patrimonio culturale è una ricchezza del patrimonio culturale mondiale. In effetti, le tradizioni, le espressioni, il patrimonio musicale e linguistico napoletano fanno parte del suo patrimonio culturale, cioè quella particolare *eredità* che viene tramandata di generazione in generazione da una comunità, che deve necessariamente essere difesa soprattutto per le nuove generazioni, individualmente o collettivamente, come diritto a beneficiare del patrimonio culturale e a contribuire al suo arricchimento. Come ricorda sempre l'UNESCO, "*le lingue sono gli strumenti più potenti per preservare e sviluppare il nostro patrimonio materiale e immateriale*".

Quest'ultimo - il "patrimonio culturale immateriale" - ovvero le pratiche, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how, nonché gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali ad essi associati - che le comunità, i gruppi e, in alcuni casi, gli individui riconoscono come parte del loro patrimonio culturale.

La lingua è un *veicolo* per la trasmissione del patrimonio culturale immateriale e base della diversità culturale, una garanzia di sviluppo sostenibile. L'UNESCO afferma correttamente: lingua napoletana (seguendo i vecchi confini, non solo di lingua, dell'antico Regno delle Due Sicilie, senza la Sicilia, che ha una sua lingua).

Napoli è l'unica città nell'antica Europa in cui esiste ancora un "popolo" - Napolitano - che parla la propria lingua come lingua madre e la trasmette come tale, nonostante tutto. Utilizziamo per il Napoletano il termine lingua e non dialetto, perché questa è la lingua della *comunità culturale* e del patrimonio culturale, dell'identità napoletana sviluppata da secoli in tutti i continenti. Così il Napoletano è: a) una lingua codificata dall'UNESCO come vulnerabile (codice ISO 639-3: nap); b) un veicolo internazionale del patrimonio storico e artistico della comunità

culturale e della città di Napoli, città già declinata dall'ICOMOS, *Consiglio Internazionale dei Monumenti e dei Siti*, organo consultivo dell'UNESCO, come esempio incomparabile di unicità, c) una via di trasmissione di generazione in generazione dalla comunità napoletana come lingua madre e mezzo di comunicazione del patrimonio culturale napoletano, oltre a influenzare pacificamente e armoniosamente le espressioni culturali dei paesi di emigrazione di quella comunità (ad esempio, con la tradizione musicale in lingua napoletana). In effetti, gran parte della popolazione della città metropolitana di Napoli e non solo, tra questa, principalmente giovani e bambini, è principalmente di lingua napoletana, in altre parole, la loro lingua madre è il Napoletano. Molto importante evidenziare che i Napoletano, nelle sue espressioni più diverse, viene costantemente ricreato dalle comunità e dai gruppi di parlanti Napoletano (specialmente delle nuove generazioni) e da scrittori, poeti, artisti, autori teatrali, musicisti e cantanti, scrittori, napoletani e stranieri. La comunità socio culturale napoletana si identifica nella sua lingua anche nell'indicazione odo-toponimica della sua città, in modo diverso da quella codificata ufficialmente. La lingua

napoletana è, quindi, un mezzo di auto-identificazione di questa comunità in relazione al suo territorio, storico e presente. È un mezzo di *autocoscienza*. In tal senso si ricorda il lavoro di ricerca e ricostruzione odo-toponomastica di Napoli nel vernacolo popolare corrente in situ, da parte dell'Accademia Napoletana (carta info-turistica della III°Municipalità di Napoli). Il Napoletano, come lingua parlata, è tra le cinquanta lingue più utilizzate al mondo. In effetti, gli esperti linguistici stimano che ci siano circa undici milioni d individui in grado di esprimersi in lingua napoletana. Chi scrive infatti parla di “*napoletanofoni*”, ovvero sia come coloro che, ovunque nel mondo siano capaci d'intendere, esprimersi e/o comunicare anche in una variante del Napoletano. E se consideriamo la diaspora napolitana, comprendiamo bene ciò cosa significhi.

Il Napolitano non è un dialetto dell'Italiano, ma una lingua romanza influenzata da lingue prelatine (Osco e Greco, tuttora presenti nell'oralità e nella scrittura dei napoletanofoni) ma anche altre d'origine francese, catalana, valenziana, ebraica, araba, persiana, anglo-americana, ecc. È un patrimonio culturale molto importante perché è attraverso la lingua napoletana che viene trasmessa la filosofia magno-

greca del “saper vivere” (*sapé campà*, in lingua napoletana) come anche l'antico vocalismo greco: è la lingua in cui molte culture e lingue del mondo coesistono armoniosamente, ma con una particolarità : questa lingua, come chi la parla, non perde mai la sua particolare identità. È la lingua che esprime, nelle rappresentazioni sociali e culturali, religiose e musicali dei suoi parlanti, il rispetto verso la diversità culturale e d'orientamento sessuale (basti pensare al culto per la Madonna Nera, detta *Mamma Schiavona* od alla “*figliata dei femminielli*” rappresentazioni sociali e culti di origine pre-cristiana risalenti a migliaia di anni addietro, connessi al mito di Cibele). Disgraziatamente quest'immenso patrimonio di civiltà è diffuso alle nuove generazioni, attraverso l'impianto culturale e sociale italiano (e di riflesso, extra-italiano) in una forma criminogena, folcloristica, mistificata. Con effetti come vedremo di seguito disastrosi. E ciò è tanto più ingiusto se si pensi che il Napoletano è anche la lingua con la cui e grazie alla cui i Napoletani, organizzando la *Resistenza*, liberarono Napoli dal nazifascismo mostrando l'esempio all'Italia intera (c.d. Quattro Giornate di Napoli, 27-30 settembre 1943) prima dell'arrivo delle forze anglo-americane. L'avvenimento valse alla città di Napoli

il conferimento della medaglia d'oro al valor militare e Napoli, è bene ricordarlo, fu la prima tra le grandi città europee ad insorgere con successo contro l'occupazione nazista con il sacrificio di tanti civili, in primis degli *scugnizzi*, ovvero i bambini del popolo minuto.

1. PROBLEMATICHE: ASSENZA DI TUTELA SOCIALE E LEGALE PER IL NAPOLETANO

In Italia manca una protezione legale per il Napoletano, motivo per cui l'UNESCO definisce questa lingua come a rischio/ vulnerabile. Questa lacuna confligge tra l'altro con l'art.9 della *Costituzione della Repubblica italiana*, la quale promuove invece lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica e tutela il patrimonio storico e artistico della Nazione. L'assenza di tutela legale della lingua napoletana comporta anche la compromissione e *compressione* dell'intero patrimonio storico-artistico della nazione italiana riconosciuto il valore del patrimonio culturale napoletano e campano nella formazione e promozione anche internazionale di quello della nazione italiana.

Si pensi alla tradizione melodica, eno-gastronomica, poetica, ed

alle espressioni orali, letterali, rituali e gestuali napoletane passate nella lingua e nella cultura italiana e per questa via nel mondo (basti citare pizza o canzone napoletana ad esempio). In Italia, invece, l'eredità linguistica napoletana è assolutamente tenuta fuori dal sistema scolastico nazionale, tale patrimonio che abbiamo sólo molto superficialmente delineato più sopra, viene spesso trattato e trasmesso dai mass media come qualcosa di rozzo, volgare, folclorico, di corrotto e degradante, cioè direttamente o con allusioni, principalmente alla criminalità o connesso all'ignoranza, una lingua insomma parlata da analfabeti o almeno ridicoli/simpatici ignoranti. Peggio: assistiamo alla diffusione del vernacolo Napolitano attraverso una combinazione *malefica* di questi elementi che si offrono al pubblico (anche internazionale) nella versione da un lato, di una presunta "identità popolare" o come una sorta di azione di "denuncia sociale" dall'altro. Quanto sopra avviene attraverso una ignobile *generalizzazione* di contesti sociali abbandonati dalle pubbliche istituzioni, di realtà, rappresentate senza speranza. O comunque con il peso di una macchia indelebile, la colpa, la vergogna, sempre latente anche in un presunto riscatto sociale. Questa situazione è

particolarmente grave per i bambini di madrelingua napoletana specie per quelli appartenenti a situazioni di disagio che lo Stato ed un sistema sociale e culturale disgregato - abbandonato soprattutto da una silente e colpevole classe "intellettuale" - hanno lasciato a loro stessi.

In Italia difatti, l'unica e unilateralmente negativa rappresentazione della realtà culturale e linguistica di Napoli (e del Sud Italia, Napoli nell'immaginario collettivo italiano è l'emblema del Sud arretrato ed ignorante) prodotta dai mass-media e dal sistema educativo, contribuisce a diffondere tra i giovani e bambini napoletani per lo più appartenenti a situazioni sociali e culturali a rischio, ma non solo, ancor più una *sottocultura* che induce, in un pericoloso effetto domino, questa nuova generazione a cambiare in *modo violento* la pronuncia napoletana. Assistiamo ad un duplice attacco ai diritti di questi questi bambini. In primis al bambino di lingua materna napoletana, il sistema educativo e dei media italiani impone (come impone al suo nucleo familiare) un'educazione alla *minorizzazione* con riguardo alla sua lingua od accento, come qualcosa che si deve perdere, ovvero qualcosa di "volgare" , degradante, ignorante come sopra si

diceva. Naturalmente ciò include la perdita e la minus valorizzazione di tutto ciò che appartiene autenticamente a quell'eredità culturale-linguistica che è propriamente quella napoletana (e campana).

Occorre anche evidenziare, purtroppo la messa in scena di opere cinematografiche, anche per bambini i cui caratteri (questo è il caso di opere cinematografiche non italiane, doppiate in italiano per esempio) con accento napoletano, le quali hanno un'impronta negativa: assistiamo in questo caso a personaggi dal chiaro accento napoletano rappresentati come fannulloni, truffaldini, criminali, ecc. Troviamo esempi di ciò in films e serie cartoons come Zootropolis (Duke Donnolesi: donnola ladruncola dal chiaro accento napoletano) e The Simpson (Clarence Winchester, pubblico ufficiale impulsivo, pasticcione e poltrone, spesso dedito ad azioni caratterizzate da abuso di potere, con accento napoletano). In questo modo, viene sviluppata una rappresentazione e un'identificazione di tipo discriminatorio nei bambini napoletani e campani e tra i bambini (italiani) circa un'intera comunità culturale, geografica e sociale, vale a dire "antropologica". Tale rappresentazione si riproduce all'estero,

con effetti veramenti disastrosi e dall'estero ritorna in Italia. Tutto ciò va contro i diritti di questi bambini, ma vedremo anche i diritti delle loro madri. In breve, il patrimonio linguistico e culturale, napoletano, viene brutalizzato sia grammaticalmente che nella sua autentica espressione culturale e sociale. In questa situazione, quindi ed in secondo luogo, i bambini napoletani riproducono in una sorta di nuova *auto-identificazione* sociale, atteggiamenti, comportamenti ed azioni deviate, mescolando con neologismi volgari o criminali (od a imitazione di termini inventati da interpreti di personaggi di film di criminalità) che vengono amplificati dai media per scopi commerciali e che sono ri-prodotti e diffusi come esempi di successo, potere, "immortalità". Viene quindi alimentata una nuova "lingua" artificiale e degradante che sostituisce la nobile lingua madre napoletana. Infine, la lingua napoletana perde le sue migliori caratteristiche: la musicalità ed espressività, che l'hanno resa famosa a livello internazionale e con essa si perde un patrimonio culturale inestimabile. Pertanto, si assiste ad una ripetuta *violenza* culturale, sociale e linguistica contro una popolazione - eredità e comunità culturale- soprattutto di bambini e giovani che è appunto la

napoletana (rappresentativa nel luogo comune e sui generis di tutta l'Italia meridionale).

Per il sistema di istruzione nazionale italiano semplicemente il problema non si pone in quanto il Napolitano non è meritevole di progetti educativi e d'istruzione di massa, il patrimonio linguistico napoletano, infatti, è considerato una degradazione dell'Italiano, connesso all'analfabetismo e sicuramente da evitare.

In questo senso invece è incessante l'attività didattica dell'Accademia Napoletana, nonostante innumerevoli ostacoli, principalmente in Italia: è il caso del progetto per l'IC 72°Palasciano di Pianura (Napoli): "*Napoli Lingua e Cultura*" nell'ambito del Programma Operativo Nazionale (PON) del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca Italiano del Fondo Sociale Europeo finalizzato al potenziamento dell'educazione al patrimonio culturale, artistico, paesaggistico o del primo Corso di Lingua e Cultura Napoletana CEFR, riconosciuto formalmente dal Comune di Napoli, sviluppato sempre dall'Accademia. Il lavoro per i giovani di lingua materna napoletana dell'Accademia si svolge infatti secondo le direttive ed in ossequio della

Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (Parigi, 20 ottobre 2005) la cui evidenza il ruolo fondamentale dell'*educazione* nella protezione e promozione delle espressioni culturali, specialmente in situazioni in cui queste possano essere sottoposte al *rischio di estinzione*, a una grave minaccia, ed invita gli Stati a favorire programmi di educazione e di sensibilizzazione capillare del pubblico. Difatti la *Conferenza generale delle Nazioni Unite per l'educazione, Organizzazione scientifica e culturale*, alla sua 33a riunione, tenutasi a Parigi dal 3 al 21 ottobre 2005, ricorda che la diversità *linguistica* è un elemento fondamentale della diversità *culturale* e ribadisce il ruolo fondamentale che *l'educazione* svolge nella protezione e promozione delle espressioni culturali, invitando anche gli Stati ad adottare misure di protezione della diversità delle espressioni culturali e dei loro contenuti, soprattutto nelle situazioni in cui le espressioni culturali possono correre il *rischio* di estinzione o di grave *compromissione*. Il lavoro di preservazione dell'eredità culturale e linguistica napoletana portato avanti dall'Accademia Napoletana, ha come scopo quello di proteggere il diritto alla tutela della diversità culturale onde

garantire i diritti umani e le libertà fondamentali come la libertà di espressione, d'informazione e comunicazione, nonché la possibilità di scegliere per ogni comunità ed in particolare, quella napoletana ed ogni individuo di questa comunità, le proprie espressioni culturali.

2. I DIRITTI LINGUISTICI IN QUANTO DIRITTI UMANI: I BAMBINI DI LINGUA MATERNA NAPOLETANA

Per comprendere bene l'attuale situazione culturale e sociale della lingua napoletana e dei suoi parlanti ed in specie dei minori di lingua materna napoletana, è fondamentale e necessario fare un passaggio storico che riguarda la stessa costruzione dello Stato Italiano. In questo senso il 1860 è l'anno cruciale per il futuro di Napoli, capitale del Regno delle Due Sicilie, stato libero ed indipendente.

L'aggressione militare non dichiarata del Piemonte, con il sostegno diretto della massoneria inglese e Francia, fa precipitare Napoli da capitale internazionale plurisecolare in una delle province del Regno d'Italia. L'economia del Regno delle Due Sicilie viene distrutta. (Pietrarsa, Napoli, agosto 1863: primo assassinio di operai

in sciopero, fatto antecedente a quello di Chicago); le risorse finanziarie e industriali vengono prosciugate, smantellate e dirette verso Nord, fabbriche, porti, agricoltura messe in ginocchio ed il sistema scolastico napoletano esautorato e sostanzialmente cancellato. La mafia è usata per mantenere l'ordine sociale e incoraggiare la nascita del nuovo ordine politico. Inizia l'esodo e la diaspora dei napoletani in tutti i continenti. È qui l'inizio di un processo di *rieducazione culturale* che dura e perdura ancora oggi - a cui non poteva sfuggire in primis la lingua dei napoletani - di una *colonizzazione* socioeconomica delle popolazioni dell'antico regno di Napoli: la classe intellettuale del nuovo regime inizia un'opera di minimizzazione etnico-culturale dell'Italia "meridionale": Cesare Lombroso teorizza l'inferiorità della razza meridionale, cioè degli abitanti dell'antico regno delle due Sicilie a cui partecipa la borghesia e l'aristocrazia pro-Savoia (Niceforo, Croce, Sergi, ecc.) tanto a Nord che a Sud, come ben ricordato negli scritti sul "Mezzogiorno" da Antonio Gramsci. Tale processo è ancora in corso e pare risaltare perfino in giurisprudenza. Sembra (ma è una testimonianza diretta di quanto diciamo) incredibile

l'esistenza ancora oggi di un museo a Lombroso dedicato, presso l'Università di Torino, dove anche alcuni resti di resistenti napoletani all'invasione piemontese sono esposti al pubblico, tra cui teschi decapitati dall'esercito italiano nella guerra contro la resistenza nell'Italia meridionale. L'Accademia Napoletana appoggia le battaglie finalizzate alla loro restituzione e degna sepoltura.

Lo Stato Italiano impose quindi il Fiorentino come lingua del Regno ad una popolazione che fino alla metà del secolo XX non la parlerà né conoscerà compiutamente, poiché di lingua locale e storica differente (tanto a Nord che a Sud). La lingua napoletana diventa ufficialmente ciò che Dante diffamava per motivi politici secoli prima nel suo "De Eloquentia", ovvero la lingua di rozzi balbuzienti, mentre plasmava quello che sarebbe poi diventato l'Italiano, sostanzialmente *a tavolino*, sostenuto dall'attiva rete finanziaria e commerciale toscana. Questa premessa storica sebbene molto rapida era necessaria per l'analisi del nostro tema. Oggigiorno la situazione dei minori di lingua materna napoletana si pone in contrasto con diverse dichiarazioni e convenzioni ratificate anche dallo Stato Italiano e che hanno riguardo alla tutela di diritti umani fondamentali.

La *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* per esempio, impone agli Stati Parte d'impegnarsi a vietare ed eliminare la discriminazione razziale *in tutte le sue forme* garantendo il diritto di tutti, senza distinzioni di origine etnica all'uguaglianza davanti alla legge, in particolare nel godimento dei *diritti sociali e culturali*; ad adottare misure immediate ed efficaci, in particolare nei settori dell'insegnamento, dell'istruzione, della cultura e dell'informazione, al fine di combattere i *pregiudizi* che portano alla discriminazione razziale e promuovere la comprensione, la tolleranza e l'amicizia tra i gruppi etnici.

Particolarmente rilevante in tal senso è l'affermazione del diritto all'uguale partecipazione alle attività culturali, diritto che è seriamente messo in discussione dallo scarso od assente accesso dei bambini di lingua materna napoletana alla conoscenza e comprensione del valore e dignità sociale, del proprio ed autentico patrimonio storico-culturale. Ciò infatti, per i motivi succitati dovrebbe prevedere necessariamente anche una - corretta - *istruzione* nella e della loro lingua materna. Assistiamo di converso ad una frizione rispetto al fatto che l'espressione "discriminazione razziale"

della Carta in questione stia ad indicare ogni distinzione, restrizione o preferenza che sia anche basata sull'*origine etnica*, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di *compromettere* il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo *sociale e culturale* o in ogni altro settore della vita pubblica.

La Carta impone, infatti e lo sottolineiamo, di eliminare la discriminazione razziale *in tutte le forme* ed a garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di *origine etnica*, nel pieno godimento, in particolare, dei diritti *sociali e culturali*. L'assenza di tutela legale e socio-culturale della lingua materna dei bambini napoletano-parlanti viene alla luce proprio nel *mancato impegno* dello Stato italiano nell'adottare quelle *immediate ed efficaci* misure richiamate dalla succitata Convenzione, in particolare nei campi dell'insegnamento, dell'educazione, della cultura e dell'informazione, posti alla base di ogni contrasto a quei *pregiudizi* che portano alla discriminazione di questa comunità sociale e culturale in Italia.

Ricordiamo infatti che il napoletano parlante è in Italia sinonimo

d'arretratezza, ignoranza, analfabetismo, folklore, degrado sociale e criminale od un mix di tutto ciò "venduto" come identità culturale di fondo di un'intera comunità sociale e culturale. Una siffatta situazione sociale e culturale è da esaminare anche alla luce di quanto disposto dalla *Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche*, adottata con risoluzione dell'Assemblea Generale 47/135 del 18 dicembre 1992.

Secondo questa Carta le persone appartenenti a minoranze linguistiche, ovvero a *gruppi di persone* che costituiscono meno della metà della popolazione dell'intero territorio di uno Stato e di cui i membri condividono le caratteristiche comuni di *lingua*, hanno il diritto di godere della propria cultura e di usare la propria lingua, in privato e in pubblico, *liberamente* e senza interferenze o qualsiasi forma di *discriminazione*.

Pertanto alle entità statuali è imposto di adottare misure atte a creare condizioni favorevoli onde sviluppare per queste stesse minoranze, cultura, lingua, tradizioni e costumi. Inoltre gli Stati dovrebbero adottare le misure appropriate affinché, ove possibile, le persone appartenenti a minoranze possano avere adeguate opportunità di

apprendere la loro *madrelingua* o di ricevere istruzioni nella loro madrelingua. Anche questa Carta pone l'accento sul fatto che questi Stati dovrebbero incoraggiare la conoscenza della storia, delle tradizioni, della *lingua* e della *cultura* delle minoranze esistenti nel loro territorio. L'istruzione nella lingua materna di una minoranza di solito infatti, aumenta la permanenza degli studenti nel sistema educativo e migliora i loro risultati accademici, anche in relazione all'apprendimento della lingua ufficiale, in particolare per segmenti vulnerabili della società, come le popolazioni autoctone e le donne. Vari studi condotti in tutto il mondo, alcuni dei quali pubblicati dalla Banca mondiale, l'UNESCO e il Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia dimostrano che per una minoranza linguistica, un'educazione nella loro madrelingua, unita a un insegnamento di qualità della lingua ufficiale: a) è più redditizia a lungo termine; b) riduce i tassi di abbandono e la ripetizione dei corsi scolastici; c) porta a risultati accademici significativamente migliori, in particolare tra le fanciulle; d) migliora i livelli di alfabetizzazione e la padronanza della lingua madre e nella lingua ufficiale o maggioritaria e) genera un aumento della partecipazione

e del sostegno della famiglia e della comunità.

Come si pone tutto ciò rispetto al tema che stiamo esaminando? Il paradosso è che ci troviamo in presenza di un idioma, il Napoletano che non è considerato in Italia né come appartenente ad una minoranza linguistica e quindi da tutelare anche ai sensi dell'art.6 della Costituzione Italiana (“La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche”) né in quanto lingua *sic et simpliciter*, nonostante la codificazione UNESCO e soprattutto, nonostante sia tra i più diffusi idiomi dopo l'Italiano in Italia e riprodotto da napoletani e non napoletani in Italia ed all'estero.

Si pensi ancora, ad esempio, oltre alla canzone, al teatro alla *nomenclatura* di numerosi elementi della dieta mediterranea, patrimonio dell'Umanità ed alla letteratura, all'arte del *pizzaiuolo* napoletano, pure patrimonio culturale immateriale UNESCO espressione dell'eredità culturale napoletana che si realizza in un'arte anche linguisticamente napoletana (*pizzaiuolo* è un sostantivo non italiano ma napoletano). Ricchezze culturali che fanno l'Italia ammirata nel mondo. Ciononostante, l'impossibilità, nella sostanza, a causa della mancata previsione in Italia, di un'istruzione

impartita nella loro lingua autoctona, per i minori di lingua materna napoletana, appunto il Napoletano, è concausa anche delle difficoltà che questi minori hanno nell'apprendimento della lingua italiana e ciò conferma un altro fatto già altrove dimostrato - disgraziatamente pure evidente per i minori di lingua materna napoletana - ovvero che gli allievi appartenenti ad una minoranza linguistica ai quali sia impartita un'istruzione *esclusivamente* nella lingua ufficiale, nel nostro caso l'Italiano, in media ripetono gli anni scolastici, abbandonano la scuola più spesso, ottengono risultati peggiori e finiscono per avere in futuro un lavoro sottopagato ed in generale un tasso di disoccupazione ed un livello di apprendimento della lingua ufficiale peggiore, rispetto agli studenti istruiti nella loro lingua materna. Infatti questi ultimi hanno migliori risultati, anche per quanto riguarda la fluidità acquisita nella lingua ufficiale. L'atteggiamento culturale ed educativo delle istituzioni italiane rispetto ai minori di lingua materna napoletana sembra anche andare in *direzione opposta* a quella raccomandata dalle principali organizzazioni internazionali quale ad esempio l'UNESCO, ovvero alla necessaria promozione e diffusione delle lingue materne, in ossequio alla

diversità linguistica e l'educazione multilingue, onde sviluppare una maggiore consapevolezza delle tradizioni linguistiche e culturali in tutto il mondo, la solidarietà, comprensione, tolleranza e dialogo tra i popoli.

Qui ricordiamo la risoluzione adottata dall'Assemblea generale il 16 maggio 2007 che invita gli Stati membri, il sistema delle Nazioni Unite e tutte le altre parti interessate a sviluppare, sostenere e intensificare le attività volte a promuovere il rispetto e la promozione e protezione di tutte le lingue, in particolare le lingue a rischio di estinzione, la diversità linguistica e il *multilinguismo*. Ricordiamo in tal senso anche la *Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, adottata nel 2000 resa legalmente vincolante dal trattato di Lisbona, che vieta le discriminazioni fondate sulla lingua (articolo 21) e impone all'Unione il rispetto della diversità linguistica (articolo 22).

Ed ancora: la Risoluzione del Parlamento europeo del 24 marzo 2009 sul *Multilinguismo: una risorsa per l'Europa e un impegno condiviso*, la cui promuove e sostiene l'introduzione delle lingue madri minoritarie, locali e straniere nei programmi scolastici e/o nel quadro di attività extrascolastiche aperte a tutti, ribadendo il suo tradizionale impegno nel promuovere

l'apprendimento linguistico, il multilinguismo e la diversità linguistica nell'Unione europea, anche con riferimento alle lingue regionali e minoritarie. L'Unione Europea infatti considera le lingue minoritarie un patrimonio culturale da salvaguardare e coltivare e ritiene che il multilinguismo sia essenziale per una comunicazione efficace e rappresenti uno strumento per facilitare la comprensione tra le persone e di conseguenza l'accettazione delle differenze e delle minoranze.

In ossequio a tali raccomandazioni, l'Accademia Napoletana si occupa strenuamente di sensibilizzare, attraverso il progetto di formazione, didattico, culturale internazionale "Nuje" (Noi) per le comunità napoletane ovunque presenti, con le proprie attività formative multilinguistiche e multidisciplinari, le istituzioni pubbliche italiane onde "utilizzare" ad esempio il Napoletano come strumento di avvicinamento alla scuola pubblica e quindi all'alfabetizzazione dei minori di lingua materna napoletana particolarmente provenienti da ambiti socio-culturali a rischio e potenzialmente devianti. Al contrario, verificiamo l'assenza di azioni istituzionali che incoraggino queste azioni formative che invece vorremmo a favore della platea dei

napoletani parlanti, in ispecie dei fanciulli, onde contribuire alla conoscenza della storia, delle tradizioni, della lingua e della cultura della loro comunità linguistica, per questa stessa comunità, prima che sia fatalmente troppo tardi. Crediamo inoltre che la condizione di questi minori in Italia si ponga *de facto* anche in contrasto rispetto agli artt.2 e 22 della *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani* e all'art. 55(c) della *Carta delle Nazioni Unite* entrata in vigore con il deposito del ventinovesimo strumento di ratifica il 24 ottobre 1945. Si rileva infatti per i minori di lingua materna napoletana, la compressione quanto alla tutela dei loro diritti sociali e culturali (e come abbiamo visto poc'anzi in nuce, anche economici) indispensabili al pieno dispiegarsi della dignità umana ed al libero sviluppo della personalità di ogni individuo. I diritti e le libertà di cui agli articoli summenzionati, infatti, non contemplano alcuna *discriminazione* per ragioni di lingua, di religione, origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione.

Preservare la lingua napoletana ed i diritti dei suoi parlanti, come cerchiamo di fare con l'Accademia Napoletana, vuole andare incontro alla necessaria tutela di quel 40% delle stimate 6.700 *linguae* parlate in tutto il

mondo che è a rischio di scomparsa, proprio perché come sappiamo queste lingue svolgono un ruolo decisivo per lo sviluppo sostenibile, la pace e la riconciliazione. Ma vuol dire anche tutelare l'uguaglianza e la dignità sociale prevista dalla Costituzione Italiana che si oppone ad ogni discriminazione linguistica (art.3) e che afferma invece la libertà di espressione (art.21) e la libertà d'insegnamento e di istruzione, delle arti e delle scienze (art.33).

Il lavoro dell'Accademia Napoletana trova fondamento, ancora più particolarmente nei principi posti alla base della *tutela dei diritti dei fanciulli* e che vietano ogni discriminazione verso la donna. In Italia generazioni di fanciulli di lingua materna napoletana hanno subito e subiscono un'azione diretta ed indiretta di sradicamento e cancellazione della propria identità culturale e linguistica, innanzitutto con l'imposizione educativa di un'unica lingua ufficiale, l'Italiano (accanto a lingue diverse) e dall'altro da una forte marginalizzazione socio-culturale della propria identità linguistica declinata come abbiamo prima osservato, in forme criminogene, univocamente degradata peggio edulcorate in nome di una "superficiale" riconquista di

un'eredità culturale che invece è contraddistinta dai tratti parziali, grotteschi mai pedagogici e comunque sempre riconducibili ad ambiti socialmente sottosviluppati e connessi all'arretratezza morale e sociale. Ma c'è qualcosa che ancor più terribilmente evidenzia questa marginalizzazione che possiamo tranquillamente rilevare come azione di colonizzazione culturale e psicologica: l'educazione ricevuta da questi minori nel seno della famiglia. Infatti alle madri di questi bambini viene suggerito dal sistema scolastico italiano d'insegnare ai figli il "parlar bene" ovvero, a riprendere i loro figli quando questi ultimi si esprimono in Napoletano, in quanto tale lingua sarebbe "un male", qualcosa prettamente di volgare da dimenticare. In sostanza siamo in presenza di una doppia violenza di stato sia verso la madre (sorgente educatrice degli uomini di domani) che verso la prole. Il messaggio è chiaro: cancellare la loro intima identità sin dall'infanzia, tale rimozione o degradazione/edulcorazione dell'identità verrà poi fortificata dai mass-media italiani durante il percorso di crescita.

Trattasi di un attentato alla *Convenzione sui diritti del fanciullo*, fatta a New York il 20 novembre 1989 -

ratificata dallo Stato italiano Italia il 27 de maggio del 1991 con la legge n. 176 - che ribadisce invece l'importanza delle *tradizioni* e dei valori culturali di ciascun popolo per la protezione e lo sviluppo armonioso del fanciullo, per la preservazione della propria *identità*; il diritto alla libertà di espressione (art.12), imponendo agli Stati ratificanti il dovere di inculcare al fanciullo il rispetto della sua *identità*, della sua *lingua* e dei suoi *valori culturali*, così secondo le disposizioni dell'art.29 della medesima Convenzione. Evidente appare anche il contrasto con quanto disposto dall'art.17 laddove gli Stati parti "incoraggiano i mass-media a divulgare informazioni e materiali che hanno una utilità sociale e culturale per il fanciullo e corrispondono allo spirito dell'articolo 29; b) incoraggiano la cooperazione internazionale in vista di produrre, di scambiare e di divulgare informazioni e materiali di questo tipo provenienti da varie fonti culturali, nazionali ed internazionali; c) incoraggiano i mass-media a tenere conto in particolar modo delle esigenze linguistiche dei fanciulli *autoctoni* o appartenenti ad un gruppo minoritario".

Semplicemente tutto ciò non ha riguardo in Italia per i bambini di lingua materna napoletana, esposti invece fin dalla tenera età a messaggi pubblicitari,

informativi e scolastici che li rappresentano come soggetti devianti o retrogradi che hanno una sola alternativa: seguire modelli sociali degradati o ridicoli, mitizzati dai mass media ed associati ad una presunta lingua napoletana (declinata spesso come mafiosa in quanto tale) o come ripetutamente detto, a modelli che si vorrebbe raccontati come una sorta di un presunto riscatto sociale che tal non è, in quanto privi di stimoli verso la ricerca delle radici profonde del disagio di una comunità, quale quella napoletana. La violenza morale e culturale che questi minori subiscono dal ricevere un'educazione alla minorità con rispetto alla loro identità linguistica e culturale, è quella alla cui sono sottoposte anche le loro madri, dal sistema culturale e mediatico italiano e si configura come una violazione, per queste ultime della *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione nei confronti delle Donne*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, entrata in vigore il 3 settembre 1981, dall'Italia ratificata con legge del 14 marzo 1985, n. 132. Tale Convenzione infatti impegna gli Stati parti a tutelare la *funzione sociale* della maternità, ovvero di progresso sociale per una comunità, che anche qui viene

compresa e violata da un'azione educativa materna alla disistima della dignità sociale e culturale dei figli, quale è quella che le madri sono *indotte* dal sistema culturale italiano a trasmettere. Una disgregazione in nuce della comunità sociale, culturale e linguistica napoletana. Basti qui ricordare che negli ultimi trent'anni al Tg1 (primo programma d'informazione nazionale italiano) sólo il 9% delle notizie hanno riguardato il cosiddetto Mezzogiorno d'Italia e quasi tutte sul crimine o che negli anni 2000 gli articoli giornalistici della stampa italiana (*"Napoli, città decomposta da migliaia di anni"*, cit. Giorgio Bocca), diminuiti dell'80% ed anche questi debordanti sull'esclusivo tema criminale.

Se non vogliamo ricordare gli incessanti filoni cinematografici e d'intrattenimento che rappresentano la città di Napoli, i parlanti Napoletano, principalmente come degradati. L'editoria scolastica ed i messaggi pubblicitari non fanno eccezione, basti ricordare gli spots Telecom, principale compagnia di telecomunicazione italiana, nella contrapposizione tra personaggi dal chiaro accento del Nord Italia nello sbeffeggiare il personaggio dal chiaro accento e nome napoletano, presentato come un simpatico *ritardato*

od ancora come lo spot Red Bull che rappresenta un fantomatico lavoratore sfaticato, dall'accento e dal chiaro nome napoletano. Parrebbero esempi del tutto superficiali ma purtroppo invece suscettibili di stereotipi discriminatori e minorizzanti verso un'intera comunità culturale e linguistica che vanno ad aggiungersi all'incredibile cancellazione (!) dei poeti e scrittori meridionali del '900 dai programmi ministeriali per i licei italiani, specchio di una più ampia politica culturale italiana verso la comunità del Sud Italia. Gli atteggiamenti di politici di rango anche istituzionale e nazionale non sono da meno (*“la camorra dato costitutivo della città di Napoli”* cit. Rosy Bindi, Presidente della Commissione parlamentare antimafia; *“Napoli, fogna da derattizzare”*, cit. Roberto Calderoli, ministro delle riforme istituzionali) così come quelli di esponenti di punta del giornalismo italiano (*“Napoli, città decomposta da migliaia di anni”*, cit. Giorgio Bocca).

CONCLUSIONI

La grave situazione dei minori di lingua materna napoletana alla luce dei diritti linguistici in quanto diritti umani è inscindibile dalla loro situazione sociale e culturale in Italia. Questa

tematica semplicemente non esiste per l'intellettualità e le istituzioni italiane, per queste non è meritevole di alcuna attenzione in quanto non contemplabile come tale. L'Accademia Napoletana, per la tutela della cultura e della lingua napoletana, svolge pertanto un'attività paladina e pioniera per i diritti di questi bambini, delle loro madri, della comunità linguistica e sociale napoletana, in Italia e nel mondo, in collaborazione con entità, associazioni, comunità che altrove pure hanno problemi simili o che soffrono di discriminazioni linguistiche e socio-culturali. L'Accademia Napoletana, nella persona dello scrivente è interlocutrice dell'UNESCO per l'International Year of Indigenous Languages 2019 per il cui rappresenta la lingua Napoletana e si prepara ad affrontare il decennio 2022-2032 che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha deciso di dedicare, il 18 dicembre 2019, alle lingue indigene. Proprio al Palazzo delle Nazioni Unite nel maggio 2019 lo scrivente ha rilasciato una lunga intervista sulla questione che abbiamo delineato nel presente articolo. Le nostre attività ricevono sentimenti di amicizia, riconoscimenti accademici e collaborazione in Europa e nel continente americano, ma senza alcuna

sorpresa, visto i temi trattati, non destano attenzione in Italia. Ciononostante, nel ringraziare il Comitato Editoriale della Revista de Direito Civil e particolarmente il coordinatore, Chiar.mo Prof. Dr. Pietro Nardella-Dellova, per la disponibilità ad accogliere il presente lavoro, confermiamo che proprio il silenzio e gli ostacoli incontrati in Italia sulle suddette tematiche, costituisce il più ineludibile propulsore per un'attività democratica e sociale, formativa e divulgativa, per i diritti civili ed umani qual è quella dell'Accademia Napoletana, per la Tutela della Lingua e Cultura Napoletane.

BIBLIOGRAFIA

- Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, Parigi, 3 novembre 2003;
- Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società. Faro, 27 ottobre 2005);
- Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, Parigi, 3 novembre 2003;
- Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. ONU, 21/12/1965;
- Convenzione sui diritti del fanciullo, New York, 20 novembre 1989;
- Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione nei confronti delle Donne, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979;
- UNESCO, Liste del Patrimonio immateriale. Dodicesima sessione del Comitato intergovernativo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale (4-9 dicembre 2017);
- Moseley, Christopher (ed.). 2010. Atlas of the World's Languages in Danger, 3rd edn. Paris, UNESCO Publishing;
- UNESCO's Decision: CONF 203 VIII.C.1 Inscription: The Historic Centre of Naples (Italy);
- UNESCO, Improving the Quality of Mother Tongue-based Literacy and Learning: Case Studies from Asia, Africa and South America (Bangkok, UNESCO, 2008);
- Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 18.12.2000;
- Nadine Dutcher, in collaborazione con G. Richard Tucker, "The use of first and second languages in education: a review of educational experience", Pacific Islands Discussion Paper Series, núm. 1 (Washington, D.C., Banco Mundial, 1997);
- Carol Benson, "Girls, Educational Equity and Mother Tongue-Based Teaching" (Bangkok, Oficina Regional de Educación de la UNESCO para Asia y el Pacífico, 2005);
- "Education, language and the human rights of minorities", Report of the Special Rapporteur on minority issues, Human Rights Council Forty-third session 24 February–20 March 2020;
- Gramsci, Antonio "Alcuni temi della questione meridionale", \S.l.: s.n. 1935?! ed "Ordine Nuovo, 3 Gennaio 1920
- "Poeti e scrittori meridionali del '900 cancellati dai programmi per i licei", in Corriere del Mezzogiorno, 19 marzo 2012;
- "I napoletani sono tutti ladri: per la Procura di Aosta non è reato", da TGCOM24, 11/06/2019;
- «Non fare il napoletano» non è offensivo Lo dice una sentenza della

Cassazione, in Corriere del Mezzogiorno, 29 marzo 2010;
“Leghista scrisse «Forza Vesuvio» su Facebook, la corte spiega perché assolve”, in Il Mattino.it, 24 Febbraio 2020;
Calderoli: "Napoli, una fogna da bonificare", in La Repubblica.it, 1 novembre 2006
“Napoli, città decomposta da migliaia di anni”, Giorgio Bocca, in “Che Tempo che fa”, Rai3, 05/11/2006;
“La lingua di Dante nata a tavolino”, in Corriere della Sera, 28 Dicembre 2015;
«Dalla Patria alla Matria. Ecco perché è la lingua che ci ha fatto italiani», in L'UNITÀ', 21/02/2011
Carta info-turistica in Napoletano: Promozione della nostra eredità culturale, in AccademiaNapulitana Ottobre 6, 2017