



UNIANCHIETA

Revista de

DIREITO CÍVIL

ISSN 2596-2337

FICHA TÉCNICA

Revista de Direito Civil, ISSN 2596-2337, v. 2, n. 2, jul./dez. 2020

Capa: Cláudia Maria Pedro Ruiz Hespanha

Editoração e Diagramação: Gláucia Satsala

Revisão: Profa. Esp. Isabel Cristina Alvares de Souza

Editora: UNIANCHIETA

Profa. Ma. Juliana Savoy Fornari

Diretora Acadêmica

Prof. Me. João Vasconcelos

Diretor de Graduação

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 (**PUCCAMP**)
- 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.....	3
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
Nome Civil: Alteração do Sobrenome da Pessoa Natural em Homenagem aos Vínculos Afetivos Avoengos, Bisavoengos e Trisavoengos.....	4
	<i>Ivan de Oliveira Durães e Lucimar Cristina Durães</i>
O Kibutz – Considerações Verticais sobre a Experiência Judaica de Uso do Imóvel Rural em Israel, como Função Emancipatória, Cooperativa, Social e Econômica, a fim de contribuir com o Entendimento da Entidade Cooperativa e da Função Social da Propriedade Constitucional.....	23
	<i>Pietro Nardella-Dellova</i>
A Metodologia do Direito Civil Constitucional e as Características Jurídicas Contemporâneas do Direito de Família Brasileiro.....	69
	<i>Rozane da Rosa Cachapuz e Luiz Gustavo Tirol</i>
Exceção do Contrato não Cumprido e os Contratos de Compra e Venda à Vista.....	86
	<i>Camila Fernanda Pinsinato Colucci</i>
O Conceito de Pessoa Jurídica e sua Problemática. A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro.....	108
	<i>Myriam Benarrós e Renzzo Fonseca Romano</i>
A Sociedade Limitada Unipessoal e a Aparente Derrogação Tácita dos Efeitos da Unipessoalidade Incidental.....	130
	<i>Maxwell da Silva Ladslau e Saulo Bichara Mendonça</i>
Família e Educação em Sexualidade: Uma Proposta de Reflexão.....	146
	<i>Priscila Junqueira e Aline Santarém Ernesto</i>
Direito no Espelho do Faxinal, Faxinal no Espelho do Direito: Notas Etnográfico-Jurídicas sobre a Luta Comunitária pela Terra.....	156
	<i>Ricardo Prestes Pazello</i> <i>Gabriela Silva Ferreira, Kauan Juliano Cangussú</i> <i>Bruna Maria Wisinski Tomasoni e Vinicius Brasil Bark</i>
O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Tutela Jurídica dos Animais.....	178
	<i>Saulo Bichara Mendonça e Luiza de Faria</i>
Deveres Humanos: O Sistema Jurídico Judaico E Os Direitos Humanos.....	199
	<i>Alexandre Leone</i>
A Influência da Lei Hebraica no Direito Brasileiro: Casamento e Divórcio.....	207
	<i>Sinaida De Gregorio Leão</i>
Discriminazione, Hate Crimes, Razzismo: La Questione Napolitana.....	223
	<i>Massimiliano Verde</i>

APRESENTAÇÃO

Com essa nova Edição da Revista de Direito Civil da Faculdade de Direito – FADIPA - temos a profunda alegria e elevada honra de apresentar um conjunto de Artigos que contribuirão para a compreensão do Direito Civil e da tessitura do Direito Privado, sempre em chave constitucional e afinados com os Direitos Humanos.

A conquista do Direito Civil é característica de uma sociedade evoluída, civilizada e que chegou a um *status* de grandeza na compreensão da pessoa, dos bens e das relações jurídicas entre pessoas. A sociedade que estabelece seu sistema jurídico, econômico e social sobre os alicerces dos direitos fundamentais, e tem tais direitos como opção civilizatória, marca sua presença no mundo.

A superação da dicotomia entre público e privado corrigiu equívocos que nasceram na Revolução Francesa, e tal superação se deve, sobretudo, pela compreensão de que nada escapa à Constituição, principalmente à Constituição de 1988 – oitava e melhor das construções constitucionais.

Por isso mesmo, nossa alegria se revela por conta da certeza de que estamos lidando, nesta edição, com textos construídos na dimensão especialmente elevada do direito civil constitucional.

Desde os aspectos relacionados aos bens, como a propriedade e o debate que se faz sobre a condição dos animais; ou à pessoa, como o patronímico e a sexualidade; ou às relações entre pessoas, como o contrato, as famílias, o cooperativismo; ou as influências e comparação com sistemas originários, percebem-se, expressamente, o compromisso que nossa Revista de Direito Civil tem com o mais avançado debate e a mais e a defesa democrática do Direito Civil Constitucional.

Assim, com inescondível satisfação, apresentamos aos nossos leitores e estudiosos das Ciências Jurídicas e Sociais, as ideias que iluminam os articulistas da presente edição, comprometidos com um mundo melhor e mais justo (civil e constitucionalmente mais digno) que começa no primeiro piso da igualdade e segue no processo civil e emancipatório da igualização democrática, pois, conforme Mário Quintana, o grande poeta gaúcho, *a democracia é dar a todos o mesmo ponto de partida*. O Direito Civil Constitucional é, em alto e profundo, um dos colaboradores desse *ponto de partida*.

Sigamos, agora, com uma boa e profícua leitura!

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

**NOME CIVIL: ALTERAÇÃO DO
SOBRENOME DA PESSOA
NATURAL EM HOMENAGEM AOS
VÍNCULOS AFETIVOS AVOENGOS,
BISAVOENGOS E TRISAVOENGOS**

Ivan de Oliveira Durães¹
Lucimar Cristina Durães²

RESUMO

O presente artigo científico se propõe a investigar a possibilidade jurídica de alteração do nome civil da pessoa natural, para homenagens aos ancestrais próximos e remotos, com o objetivo de demonstrar que o sistema de justiça do Brasil ainda apresenta dificuldades para acolher os pedidos formulados diante do Poder Judiciário. Defendemos que a alteração do nome civil, com interesse de prestar homenagem às raízes ancestrais da pessoa natural, deve ser acolhido pelo Poder Judiciário para permitir a efetividade e plenitude dos direitos da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao nome. Direitos da Personalidade. Alteração. Homenagem aos ancestrais próximos e remotos.

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-doutor em Ciências da Religião pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutor em Antropologia pela PUC-SP. Pós-Doutorando em Educação pela Universidade São Francisco – USF. Doutor e Mestre em Direito. Mestre em Ciências da Religião. Bacharel em Direito, Filosofia e Teologia. Atuação como professor em Cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito e em áreas correlatas. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universidade Brás

ABSTRACT

This article has the goal to investigate the juridic possibility to change person's civil name, to honor close and remote ancestors, in order to demonstrate that Brazil juridic system still represents difficult to formulated orders before the judiciary. It defends that change of civil name, with the intention to pay tribute to ancestral roots of the person, must be welcomed by the judiciary to allow the effectiveness and fullness of personality rights.

KEYWORDS: Right to name. Personality rights. Change. Tribute to close and remote ancestors.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, a partir de um olhar crítico à doutrina e à jurisprudência pátrias, teve por objetivo investigar a possibilidade de alteração do nome civil da pessoa natural, com a

Cubas. Autor de dezenas de livros e artigos científicos.

² Bacharela em Direito e em Enfermagem. Pós-graduada em Gestão de Serviços de Saúde. Professora nos cursos de especialização em Direito na Universidade Municipal de São Caetano e na Universidade Estácio de Sá. Desenvolve pesquisas nas áreas do Direito Aplicado aos Serviços de Saúde e Enfermagem Oncológica. Advogada atuante na defesa dos Direitos Fundamentais.

finalidade de prestar homenagem aos avós, bisavós e trisavós.

A problemática da presente pesquisa diz respeito ao seguinte questionamento: qual é o estado da arte da realidade nacional para se postular, em juízo, a alteração do nome civil da pessoa natural por meio da inclusão de apelidos avoengos, bisavoengos e trisavoengos, com finalidades honoríficas?

Para levar adiante os propósitos do trabalho, os autores entenderam pertinente a análise dos aspectos históricos da formação e uso do nome da pessoa natural, seguindo-se da investigação de sua natureza jurídica e a sua localização no sistema jurídico pátrio. Por fim, partiram para o enfrentamento do estado da arte do direito à alteração do nome, com propósitos honoríficos, por meio da análise do acervo doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema e problemática propostos.

Constatou-se ao longo da pesquisa a escassez doutrinária no enfrentamento do objeto de investigação, com demonstração de esparsos apontamentos de alguns autores, que não se aprofundaram no direito à alteração do nome. Quanto ao enredo jurisprudencial, os autores identificaram o movimento pendular nas decisões judiciais, impondo

incertezas nos cidadãos que, eventualmente, estejam interessandos em buscar a alteração do nome com interesses honoríficos. Embora haja um tímido movimento de acolhimento dos pedidos, especialmente no que diz respeito aos apelidos avoengos, verificou-se ainda marcantes dificuldades para a alteração do nome com propósitos de se homenagear ascendentes mais remotos.

Eis o roteiro da pesquisa. Sigamos para os seus detalhes.

1. A FORMAÇÃO E USO DO NOME CIVIL DA PESSOA NATURAL

Na tradição pátria, antes mesmo do nascimento da pessoa natural, é comum que os seus genitores, em conjunto ou separadamente, envolvam-se na escolha do nome do bebê. Pontes de Miranda ensina que o nome da pessoa natural reproduz as experiências de um povo, sendo o resultado de suas guerras e invasões, a sua compreensão de classe social, qualidades espirituais, materiais, preocupações religiosas e, ainda, valores

múltiplos, tais como heroísmo, valentia e audácia.³

O nome civil pode ser compreendido “como instrumento necessário para garantir a segurança coletiva por meio da precisa identificação do indivíduo no meio social”⁴. Por conta disso, as legislações dos povos passaram a regulamentar os critérios para o uso e a proteção do nome da pessoa natural.

No escólio de Cunha Gonçalves, para os povos antigos, “cada pessoa tinha um só nome, que o individualizava e não era transmissível aos descendentes. Assim, o praticavam na velha Índia, no Egito, na Grécia⁵, na Palestina, na Germânia”⁶. Lembram Farias e Rosenvald que o nome da pessoa natural, nos tempos antigos tinha forte conotação de individualização, “somente vindo a ser admitida a homonímia tempos

depois, fruto do crescimento populacional”⁷.

Entre os antigos hebreus, diante da constatação do surgimento de várias pessoas com o mesmo nome, adotou-se como critério de individualização, o hábito de atrelar o nome do indivíduo com a figura de seu genitor. Assim, *José Bar-Jacob* significa: *José, filho de Jacob*, pois a partícula hebraica *bar* significa *filho*. Em alguns casos, a designação do termo *bar*, talvez pelo amplo conhecimento do pai do indivíduo, era capaz de suprimir o próprio nome da pessoa, sendo apenas designada simplesmente como filho de alguém. Exemplos típicos desse são os seguintes nomes: Bartolomeu (filho de Tolomeu), Barrabas (filho de Abas).⁸⁻⁹

A mesma técnica presente na tradição judaica está presente nos costumes árabes que, ao seu turno,

³ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Tomo 1. 4ª ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 238.

⁴ Anderson Schreiber. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 181.

⁵ Particularmente, quanto aos Gregos, Washington de Barros Monteiro segue a trilha de Cunha Gonçalves, citando, ainda, como exemplos os filósofos Sócrates, Platão e Aristóteles (*Curso de Direito Civil. Vol. 1.* São Paulo: Saraiva, 1993, p. 87).

⁶ Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português. Vol. 1.* Coimbra Editora: Coimbra, 1929, p. 189.

⁷ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Curso de Direito Civil: parte geral. Vol. 1, 10ª ed.* Salvador: Juspodivum, 2012, p. 274.

⁸ Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português. Vol. 1.* Coimbra Editora: Coimbra, 1929, p. 189.

⁹ Na mesma senda: Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil. Vol. 1.* SP: Saraiva, 1993, p. 87.

empregam a palavra *bem, ibn* ou *beni*, com o significado de filho. Tem-se, assim, os seguintes exemplos: *Ali Bem Mustafá* ou *Mohamed ibn Idris*, respectivamente: *Ali filho de Mustafá*; *Mohamed filho de Idris*. Método semelhante é utilizado pelos russos, romenos e ingleses¹⁰.

No passado não muito distante, tornou-se comum a vinculação do nome das pessoas com as suas respectivas profissões ou atividades mais expressivas. São exemplos dessa prática: José Ferreira, Marcos Pedreira, Pedro Pastor, Carlos Moleiro etc.¹¹ Ainda hoje esses nomes estão presentes no Brasil, embora não carreguem o mesmo significado de outrora.

2. ASPECTOS ELEMENTARES DO NOME CIVIL

2.1 DEFINIÇÃO

¹⁰ Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Vol. 1. Coimbra Editora: Coimbra, 1929, p. 189-190.

¹¹ Conf. Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Vol. 1. Coimbra Editora: Coimbra, 1929, p. 191.

¹² Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil* - Vol. 1. 19ª ed. RJ: Forense, 2000. p. 155.

¹³ Maria Celina Bodin de Moraes. A tutela do nome da pessoa humana. In: MORAES, Maria

A doutrina civilista contemporânea não tergiversa muito a respeito da definição do nome da pessoa natural. Assim, há semelhanças expressivas na construção de seu significado.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o nome é “elemento designativo do indivíduo e fator de sua identificação na sociedade, o nome integra a personalidade, individualiza a pessoa e indica a grosso modo sua procedência familiar”¹². Concordam com essa linha conceitual Maria Celina Bodin de Moraes¹³, Washington de Barros Monteiro¹⁴, Maria Helena Diniz¹⁵, Renan Lotufo¹⁶ e outros da mesma envergadura científica.

De nossa parte, a partir das definições doutrinárias em evidência, afirmamos que o nome civil da pessoa natural é o sinal distintivo que promove a sua pertença a determinado

Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*, RJ: Renovar, 2010, p. 149.

¹⁴ Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 86.

¹⁵ Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

¹⁶ Renan Lotufo. *Código Civil Comentado: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

agrupamento familiar, sendo ainda designativo de personalidade e individualização do seu titular nos círculos relacionais em que se concretizam a tramitação jurídica e afetiva de seu titular. Neste sentido, o nome é o modo pelo qual a pessoa humana se apresenta é conhecida e reconhecida entre outros indivíduos, afigurando-se como um direito representativo de sua personalidade, assim compreendido como uma manifestação autêntica dos direitos fundamentais.

2.2. NATUREZA JURÍDICA E ELEMENTOS

Questão importante é saber qual a natureza jurídica do nome civil da pessoa natural. Há três correntes de maior relevo a respeito, a saber:

a) **Direito de propriedade.** Para essa antiga e superada teoria, o nome é um direito de propriedade regido pelos Direitos Reais, com caráter absoluto¹⁷. Desse modo, a titularidade do nome era dividida entre o indivíduo e a família da

qual ele fazia parte. Diante da dificuldade de sustentação desta teoria nos sistemas jurídicos que se distanciaram do Direito Romano antigo, os seus adeptos, a exemplo de Baudry-Lacantinerie, passaram a argumentar que o nome tem natureza jurídica de propriedade *sui generis*¹⁸.

b) **Teoria negativista.** Para os partidários desta corrente, o nome não é um bem jurídico em decorrência da impossibilidade de apropriação. Os adeptos desta corrente de pensamento, há muito superada, afirmavam que o nome não detém proteção jurídica, pois se vincula à própria pessoa, não apresentando aspectos jurídicos. Essa linha de raciocínio, conforme salienta Orlando Gomes, foi defendida por Savigny¹⁹.

c) **Direito da personalidade.** Corrente adotada pelo Código Civil em vigor, sendo defendida pela doutrina nacional após o referido diploma normativo²⁰. Para esta corrente, o nome está intimamente vinculado aos atributos da

¹⁷ Vide: Pierangelo Catalano. *Diritto e Persone: studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990.

¹⁸ Baudry-Lacantinerie. *Précis de Droit Civil*, 1/78 *Apud* Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 87.

¹⁹ Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 166.

²⁰ Por todos, vale conferir: Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. *Novo Curso de Direito Civil – Vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 170. Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 225.

pessoa humana, sendo parte de sua personalidade.

Entre nós, desde o século passado, vários autores nacionais defendiam que o nome da pessoa natural era uma das representações do direito da personalidade. A propósito, citem-se os seguintes expoentes: Orlando Gomes²¹, Pontes de Miranda²² e Limongi França²³, autores que, na vanguarda da fundamentação dos direitos da pessoa humana, encontravam-se bastante avançados em comparação à doutrina civilista erigida sob os auspícios do Código Civil de 1916, ainda tributária às Ordenações Filipinas. Para tanto, argumentavam que o nome diz respeito a um direito inato da personalidade, sendo ele um de seus pressupostos.

Coerentemente, lembra Pedro Henrique de Miranda Rosa que o nome civil da pessoa natural diz respeito a um direito essencial da personalidade, pois é por seu intermédio que a pessoa é conhecida na sociedade²⁴, sobretudo nos Estados Democráticos.

²¹ Orlando Gomes. *Introdução do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 166.

²² Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000, p. 110.

²³ Rubens Limongi França. *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 153.

2.3. ELEMENTOS DO NOME

O Código Civil em vigor no Brasil, em seu artigo 16, estabelece que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Diante disso, observamos que a norma jurídica em destaque dispõe dois elementos presentes na composição do nome civil: o prenome e o sobrenome. A estes caracteres, incluímos o *agnome*. Analisemos cada um deles a seguir.

a) Prenome. Partícula que compreende o primeiro elemento do nome, podendo ser simples (Marcelo) ou composto (Ana Paula)²⁵. No Brasil é comum as pessoas, mesmo sem muita intimidade, se tratarem pelo prenome, sendo até mesmo em certos círculos de contato, as pessoas desconhecerem os demais componentes do nome uma das outras.

b) Sobrenome. Também denominado de *apelido de família* (e, no passado, com mais intensidade, *patronímico*) vincula o indivíduo a um grupo familiar ou, até mesmo mais de um, quando a sua

²⁴ Pedro Henrique de Miranda Rosa. *Direito Civil: parte geral e teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 44.

²⁵ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Vol. 1. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 277.

composição agrupa identificações de ascendentes de ambos os genitores. “Enquanto o prenome é a designação do indivíduo, o sobrenome é o característico de sua família, transmissível por sucessão”²⁶.

No direito presente na codificação civilista, toda a pessoa humana faz jus ao sobrenome. Contudo, no cotidiano há pessoas não alcançadas por esse direito da personalidade. O que queremos dizer com isso? Há seres humanos no território nacional que não são portadoras do sobrenome. A título de exemplo, citemos o caso de Renata que, após ser abandonada em um abrigo infantil, e nunca ter sido adotada, foi registrada apenas com o prenome²⁷.

Renata conseguiu o direito a um sobrenome somente por meio de uma ação judicial de retificação de registro civil, sendo que optou pelo uso do sobrenome de uma pessoa, já falecida, que lhe deu apoio diante de seus revezes existenciais. Após decisão judicial (patrocinada pela 9ª Defensoria Pública de Atendimento de Família, Sucessão e Registros Públicos do Amazonas), ela

passou a se chamar Renata Ramos de Lima. A data de nascimento constante em sua certidão de nascimento, retificada para constar o novo sobrenome, foi atribuída pelo abrigo de menores em que ela passou toda a infância e parte da juventude. Fato bastante triste, representativo da realidade nacional²⁸. Não há plenitude de direitos fundamentais em nosso país, enquanto nos depararmos com a negação do mais expressivo direito humano: o direito ao nome, com todos os seus componentes.

c) *Agnome*. Embora o Código Civil disponha de apenas dois elementos do nome (prenome e sobrenome), parte da doutrina inclui o *agnome* como um terceiro componente, sendo ele facultativo. Serve para designar o grau de parentesco ou geracional da pessoa natural em relação a outro membro da família. São exemplos, filho, júnior, neto, sobrinho, segundo, terceiro, quarto etc. Quanto a estes últimos, embora não seja comum no Brasil, é possível grafar tais *agnomes* por meio de algarismos

²⁶ Carlos Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: parte geral. Vol. 1. SP: Saraiva, 2009, p. 125.

²⁷ Renan Prates. *Mulher sem Sobrenome Ganha Direito de Criar um aos 24 anos*. E presta homenagem. Matéria de 07/07/2017. Disponível em

<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/07/07/mulher-sem-sobrenome-ganha-direito-de-criar-um-aos-24-anos-e-presta-homenagem.htm>>. Acesso em 20.09.2020.

²⁸ Ibidem.

romanos, tais como: I, II, III, IV e assim por diante.

Expostos os temas preliminares a respeito do nome civil, abriremos espaço para abordar a problemática desta pesquisa, conforme segue.

3. ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL DA PESSOA NATURAL COM PROPÓSITOS HONORÍFICOS: ACRÉSCIMOS DE APELIDOS DE FAMÍLIA AVOENGOS, BISAVOENGOS E TRISAVOENGOS

Há algum tempo intensifica-se no Brasil a flexibilização das regras de inalterabilidade do nome, apesar de ainda se encontrarem profundas barreiras para a alteração do nome civil da pessoa natural e, em muitos casos, a práxis ou a legislação nacional exige decisão judicial como requisito para modificação do nome de uma pessoa²⁹.

Este artigo, que pretende demonstrar a possibilidade jurídica da alteração do nome, com interesses honoríficos, não tem por foco enfrentar a recorrente discussão a respeito da

inclusão de apelidos de família dos genitores da pessoa natural, dada a abundância de obras doutrinárias a esse respeito³⁰. Ao contrário, nosso interesse é avançar para além dessa linha de ancestralidade, direcionando a discussão para a órbita da utilização dos apelidos avoengos, bisavoengos e trisavoengos.

3.1. A TIMIDEZ DOUTRINÁRIA NA DISCUSSÃO DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA ALTERAÇÃO DO NOME CIVIL COM PROPÓSITOS HONORÍFICOS

Há diversas lacunas doutrinárias a respeito de temas atrelados aos direitos da personalidade. E no que diz respeito ao nome, não é diferente. Em nosso sentir, isso se dá pelo fato de que a doutrina nem sempre acompanha os grandes dilemas jurídicos da sociedade. De nossa parte, esperamos que a doutrina, especialmente a civilista, esteja mais próxima ao cotidiano das pessoas para a promoção da análise e reflexão jurídica das múltiplas necessidades

²⁹ A doutrina tem produzido excelentes textos a respeito da flexibilização do princípio da imutabilidade do nome civil da pessoa natural. A respeito, conf.: Elimar Szaniawski. *Limites e Possibilidade do Direito à Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo: RT, 1998; Elaine Garcia Ferreira (coord.). *Direito Notarial e Registral: questões polêmicas*. São Paulo: BH Editora, 2010.

³⁰ Vide: Carlos Alberto Bittar. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004; José Roberto Neves Amorim. *Direito ao Nome da Pessoa Física*. São Paulo: Saraiva, 2003; BRANDELLI, Leonardo. *Nome Civil da Pessoa Natural*. São Paulo: Saraiva, 2012; Walter Ceneviva. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. Saraiva: São Paulo: 2010.

existenciais dos destinatários do direito. Diante desse registro preliminar, verifiquemos alguns lampejos doutrinários atrelados ao tema objeto desta investigação.

Listamos a seguir alguns poucos autores que, embora de maneira rápida, abriram espaço em suas obras para tocar na matéria de interesse deste artigo. Apesar de pouca discussão, os doutrinadores abaixo merecem menção distintiva. Vamos a eles.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em rápida alusão à possibilidade de alteração do nome, por meio do acréscimo do apelido de família de ancestrais para além dos genitores e adotantes, destacam que “para a inclusão de sobrenome de ascendente (inclusive abarcando a chamada inclusão de sobrenome avoengo na hipótese de acréscimo do patronímico dos avós), desde que não prejudique o patronímico dos demais ascendentes”³¹.

Washington de Barros Monteiro, ao discorrer sobre a possibilidade da ulterior utilização do sobrenome dos ancestrais, assim se manifesta: “pode o

interessado encaixar no próprio nome outros elementos, como o sobrenome materno ou avoengo...”³². Faz desse modo, uma alusão rápida à possibilidade de inclusão do sobrenome dos ancestrais, sem maiores aprofundamentos.

Maria Helena Diniz, ao seu turno, sem explorar o tema em seus detalhes, em curto ensinamento, afirma que a Lei 6.015/73, em seu artigo 56, permite a alteração do nome no primeiro ano após o alcance da maioridade civil. Sendo que aduz a citada autora que o interessado poderá “encaixar (...) no próprio nome, o sobrenome materno (JB, 130:130), o avoengo ou o do padrasto (STJ, Revista Consultor Jurídico, 28-11-2000)”³³.

Fábio Ulhoa Coelho, também sem explorar detalhes acerca da inclusão dos sobrenomes de ancestrais, acentua que é possível essa espécie de alteração para evitar a homonímia “costuma-se trazer para o sobrenome elementos do patronímico de avós ou bisavós”³⁴.

A hipótese de alteração do nome para honrar ancestrais, a partir do grau avoengo, não é devidamente enfrentada pela doutrina nacional com o merecido

³¹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Vol. 1, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 281.

³² Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 92.

³³ Maria Helena Diniz. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral*. SP: Saraiva, 2011, p. 236.

³⁴ Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de Direito Civil: vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185-186.

rigor. Identifica-se, assim, marcante vácuo doutrinário. Uma pena, dada a recorrência do tema em nossos tribunais.

3.2 O PÊNDULO JURISDICIONAL DA ALTERAÇÃO DO NOME DA PESSOA NATURAL PARA A INCLUSÃO DE APELIDOS AVOENGOS, BISAVOENGOS E TRISAVOENGOS COM PROPÓSITOS HONORÍFICOS

3.2.1. Decisões Judiciais Relacionadas a Inclusão de Apelidos Avoengos e bisavoengos

A jurisprudência não é pacífica a respeito da homenagem avoenga por meio da inclusão de apelidos de família desses ancestrais da pessoa natural. As decisões judiciais envolvendo o assunto movimentam-se como um pêndulo em movimentos dúbios, ora acolhem, ora rejeitam os pedidos dos jurisdicionados que, sem alternativa, procuram socorro no Poder Judiciário. Isso é muito grave, pois a previsibilidade das decisões judiciais é um dos componentes da segurança jurídica. Seguem os dois grupos decisórios presentes na prática judiciária nacional.

a) Decisões denegatórias de pedidos destinados à inclusão de apelidos avoengos e bisavoengos com finalidade honorífica

Em São Paulo, há julgados na 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclinados pelo indeferimento do pedido de inclusão de sobrenome avoengo, sob o argumento de que não há previsão legal para essa modalidade de alteração do nome. Os argumentos utilizados para a denegação de pedidos são os seguintes: os pedidos não podem ser acolhidos em função do princípio da imutabilidade do nome; ausência de causa excepcional e necessidade da manutenção do que se costuma denominar cadeia registral³⁵.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos deparamos com interessante julgado, com pedido também rejeitado pelos julgadores. No contexto do acórdão, os argumentos impeditivos para a inclusão do sobrenome da avó paterna no nome do requerente centram-se no argumento de que não há amparo normativo para o pedido formulado, com acréscimo do entendimento de que o nome de família

³⁵ Conf. TJSP. Apelação nº 1023683-80.2016.8.26.0554. Relator Edson Luiz de Queiroz. Publicação em 22/08/2017.

é imutável, merecendo destaque o seguinte trecho da ementa: “O nome dos avós que é transmissível é aquele que passou para o pai ou para a mãe, não sendo transmissível aquele que não seguiu a cadeia registral”³⁶, acrescentando o relator que “a pretensa homenagem às raízes familiares não constitui justificativa ponderável para promover a alteração do registro civil”³⁷.

No mesmo Tribunal, também é possível encontrar decisões denegatórias semelhantes, conforme segue: “Apelação. Retificação de registro. Improcedência. Adequação. Não é viável retificar nome para incluir patronímico dos avós paternos que não foi transmitido ao pai. Precedentes. Negaram provimento”³⁸⁻³⁹.

Temos a impressão de que as decisões jurisdicionais que negam a homenagem aos ancestrais apresentam-se como uma violação dos vínculos

familiares presentes entre parentes próximos, pois, como sabemos, é comum que pessoas tenham acesso afetivo aos avós. Assim, as decisões denegatórias que acima se seguem, salvo melhor juízo, não consideram o princípio do afeto que, de longa data, encontra-se presente nas relações jurídico-familiares.

No mais, a fundamentação de que os pedidos de inclusão de apelidos avoengos no nome da pessoa natural ferem a cadeia registral padece de solidez, visto que tais pretensões formuladas em juízo têm o condão de evitarem exatamente a exatidão da continuidade registral que, em dado momento, fora deixada de lado. Além disso, a inclusão do apelido familiar tem nítida conotação honorífica na medida em que poderá salvar a perda irreversível da identidade de um indivíduo com ancestrais próximos, no caso os avós.

Não se pode deixar de lado que o “nome personifica a família, recorda os

³⁶ Apelação Cível Nº 70070929831, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/10/2016.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Conf. TJRS. Apelação Cível Nº 70064201858, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015.

³⁹ Desde já, vale apontar que esta decisão não é unânime no TJRS, pois a mesma Câmara, em outra oportunidade, já decidiu pela inclusão do

sobrenome avoengo com fins honoríficos. Observemos julgado que contradiz a posição presente na ementa acima citada: “Apelação cível. Retificação de registro civil. Acréscimo do apelido materno que não lhe foi dado quando de seu registro de nascimento. Possibilidade. (...) Se a pretensão da apelada não traz qualquer prejuízo, mas, ao contrário, está na busca do resgate de sobrenome tradicional de sua família, mantém-se a decisão recorrida. Precedentes. Apelação desprovida.” (Apelação Cível nº 70.013.442.801, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 05.04.06) (José Ataídes Siqueira Trindade - 05.04.06 - 70013442801)”.

antepassados, estabelece certa solidariedade entre os parentes, reforça a tradição de sentimentos, virtudes e profissões, dá às famílias o desejo de durar, de se perpetuar”⁴⁰. A negativa de inclusão do apelido avoengo poderá lançar no perpétuo esquecimento um vínculo afetivo capaz de traduzir marcante identidade genética.

Com os mesmos argumentos, há abundância de julgados negando a inclusão do apelido de família de bisavós. A propósito, vale destacar acórdão em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao negar pedido de alteração de nome, consignou que “o nome dos bisavós que é transmissível é aquele que passou para os avós e para o pai ou para a mãe, não sendo transmissível aquele que não seguiu a cadeia registral. (...) Pretensa homenagem às raízes familiares não constitui justificativa ponderável para promover a alteração do registro civil”⁴¹.

Em recente decisão, o STJ, em acórdão proferido no Recurso Especial 1.721.829, na relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da terceira

turma, negou pedido de inclusão de apelido bisavoengo, a partir da perspectiva de desrespeito à cadeia registral, o que é comum nas decisões denegatórias para inclusão dos apelidos de família dos avós.

A rejeição dos pedidos de alteração de nomes, com propósitos honoríficos para alcançar avós e bisavós, é insustentável por, pelo menos, dois motivos, a saber: *Primeiro* – propõe-se a criar regra de ordem pública impeditiva, de caráter absoluto, caracterizada pela impossibilidade de alteração do nome. Esse movimento jurisdicional não encontra amparo no sistema jurídico nacional, na medida em que estamos diante da compreensão de que o nome, enquanto expressão da personalidade, diz respeito a interesses de ordem privada, pois vinculados aos mais íntimos elementos constitutivos da pessoa humana, fazendo parte da esfera de interesse privado. *Segundo* – a rigidez da corrente jurisprudencial que reitera julgamentos de improcedência do pedido de alteração do nome para homenagem aos avós e bisavós apresenta enredo argumentativo, tendente a transformar o

⁴⁰ Luiz da Cunha Gonçalves. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Vol. 1. Coimbra Editora: Coimbra, 1929, p. 189.

⁴¹ TJRS. Apelação Cível nº 70035184332. Porto Alegre. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Sérgio

Fernando de Vasconcelos Chaves - DJ 28.07.2011.

nome civil da pessoa natural em bem jurídico de natureza pública, nada valendo a vontade da pessoa humana diante do interesse estatal em impedir a sua alteração, com propósitos honoríficos. Nessa dimensão pública-estatal a que os julgados relegam o nome, o sentimento pessoal não é levado em consideração nas decisões denegatórias por nós avaliadas.

Felizmente, as decisões acima não são unanimidade no Poder Judiciário. Verifiquemos as que seguem em sentido contrário.

b) Decisões acolhendo pedidos de inclusão de apelidos avoengos e bisavoengos com propósitos honoríficos

No pêndulo das decisões judiciais, com as suas consequentes oscilações, encontram-se várias decisões destinadas a acolher pedidos de alteração de nomes, com o fim de incluir apelidos avoengos para que os descendentes, por meio da inclusão de partícula de nomes dos ancestrais, carreguem inseridas em sua personalidade constante homenagem a ascendentes.

Em decisão já antiga, encontra-se tendência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em acolher pedidos de inclusão de apelidos avoengos para continuidade do nome da avó materna, bastante conhecido na cidade. Em tal caso, o Tribunal Estadual não impôs óbice ao pedido formulado em Juízo, notadamente diante das certidões comprobatórias de idoneidade financeira do requerente.⁴²

O fundamento central da decisão acima segue no sentido de que o pedido formulado mereceu acolhida pelo fato de que não houve prejuízo aos apelidos de família do requerente, bem como as certidões negativas acompanharam a petição inicial. Esta última afirmação, utilizada como fundamento da decisão do julgado em destaque, mostra-se bastante curiosa, pois apresenta, nas entrelinhas do julgado, a premissa de que o devedor com o nome apontado em serviços de proteção ao crédito não está autorizado a homenagear os avós. Argumento jurisdicional no mínimo questionável, na medida em que os serviços de proteção ao crédito permitem as buscas por meio do CPF, e não somente pelo nome.

⁴² Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Ap. Cível nº. 1.0518.03.043527-6/001. Rel. Des. Belizário de Lacerda. DJU 28.05.04.

Não é razoável retirar do devedor o direito do pleno exercício de seus direitos da personalidade. Com isso, o Poder Judiciário cria estranha regra: quem tem o *nome limpo* poderá homenagear os ancestrais, como espécie de prêmio pela condição de bom pagador das obrigações, o mesmo não se aplicando para devedores que, por questões diversas, não conseguiram honrar suas obrigações.

Relevante fazer constar trecho de julgado do TJRS, utilizado como paradigma em decisões de alteração de nome com fins de homenagem avoenga. Na estrutura do julgado, encontra-se afirmação de que a alteração é razoável, não havendo qualquer impedimento normativo capaz de impor, com base na Lei dos Registros Públicos, obstáculo a acréscimo de apelido avoengo, mormente quando o pedido formulado em Juízo tem por objetivo garantir a continuidade de apelidos de família.⁴³

O interessante nesta linha de julgamento é que o Poder Judiciário adota padrão de decisão bastante coerente, qual seja: não havendo regra expressa de proibição para a alteração do nome civil para homenagem a ancestrais,

o mais adequado ao Poder Judiciário é seguir pelo deferimento do pedido.

Julgados com a fundamentação acima mencionada mostram-se condizentes com a natureza jurídica do nome que, atualmente, está inserido entre os direitos da personalidade. Categorização esta que exige necessária modificação hermenêutica na interpretação das normas atreladas ao nome civil da pessoa natural, pois com a natureza jurídica adotada pelo Código Civil e doutrina pátria recente, o nome está agora vinculado aos interesses mais particulares da pessoa humana, deixando de lado a sua vertente meramente *publicista* que orientou as origens da Lei 6.015/73.

Em decisão de referência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, o relator aponta que, em casos de jurisdição voluntária, o julgador deverá analisar o conflito apresentado ao Poder Judiciário com um olhar mais flexível, com vistas à adequada formulação de resposta jurisdicional ao caso concreto⁴⁴.

Mais rarefeitas são as decisões acolhendo pedidos de alteração de nomes com propósitos de homenagem aos bisavós. Contudo, merece destaque

⁴³ TJ/RS, Des. Tael João Selistre, Ap Cível nº 033.810, Sessão de 22.05.97, na 3ª Câmara Cível.

⁴⁴ Vide: TJMT. Ap. 163595/2015. Des. Sebastião de Moraes Filho. 2ª Câmara Civil. Julgado em 02/03/2016, Publicado no DJE 09/03/2016.

Julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, em votação não unânime, acolheu pedido de alteração de nome para a inclusão de sobrenome de bisavó materna, cuja fundamentação para o acolhimento da apelação da requerente foi a da preservação do histórico familiar em resgate de apelido de família perdido por conta dos arranjos dos nomes dos ascendentes do requeute. No julgado, para os desembargadores que acolheram o pedido, foi decisivo o argumento de que o deferimento do pedido formulado em Juízo não impõe prejuízos a terceiros⁴⁵. Argumentos jurisdicionais neste sentido demonstram a inclinação de parte dos magistrados de que o direito à alteração do nome merece intensa flexibilização para a efetivação do gozo de direito da personalidade atrelado ao nome.

As decisões acima expressam o estado da arte da relativização do princípio da imutabilidade do nome e, ainda, acenam para uma visão mais branda da possibilidade de alteração do nome, em hipótese de o ascendente carregar ao Poder Judiciário o interesse de homenagear ascendentes por meio da inclusão do sobrenome de ancestrais.

⁴⁵ TJMJ. Apelação Cível 5001784-07.2016.8.13.0687. Relator Des. Oliveira Firmo. 7ª Câmara Cível. Publicação 09.11.17. Disponível em <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/519053274/a>

É preciso reiterar que o direito à alteração do nome com propósitos honoríficos diz respeito à possibilidade jurídica atrelada ao exercício e efetividade dos direitos da personalidade. E, assim, não há sentido jurídico razoável na atuação estatal, por meio do Poder Judiciário, centrada em impedir a ostentação de apelidos de família avoengos, bisavoengos. Felizmente, parte do Poder Judiciário está atenta a esta perspectiva jurídica.

No entanto, com o propósito de homenagear ancestrais, alguns jurisdicionados vão além dos avós e bisavós e, com esse desiderato, postulam alcançar os trisavôs e trisavós. Sigamos para a análise deste fenômeno.

3.2.2. SALTO GERACIONAL: A INCLUSÃO DE SOBRENOME TRISAVOENGO

Ao tempo em que os tribunais, em movimento lentos, passam a acolher pedidos de inclusão de sobrenomes avoengos e bisavoengos com a finalidade de descendentes homenagearem ancestrais, abriu-se

[pelacao-civel-ac-10000170525141001-mg/inteiro-teor-519053390?ref=juris-tabs](https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/10000170525141001-mg/inteiro-teor-519053390?ref=juris-tabs)
Acesso em 22.09.2020.

espaço para um salto geracional e, neste sentido, podemos citar um precioso julgado em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu pedido de alteração de nome, para o trineto prestar tributo a trisavós paternos. Ao longo da decisão, reitera-se a compreensão daquele Tribunal Estadual de que a regra é a imutabilidade do nome, no entanto, destaca a razoabilidade da “intenção de preservar a árvore genealógica, dando continuidade aos sobrenomes da família, de modo que se justifica o pedido de alteração do registro civil do requerente para incluir os patronímicos dos trisavós paternos”.⁴⁶

O julgado acima citado não é unânime. Detalhe que merece destaque. No entanto, apesar de posicionamentos divergentes no STJ, esperamos que a decisão acima pavimente caminho para tendência futura do Poder Judiciário em acolher, com menos requisitos, pedidos de alteração do nome civil da pessoa natural, fundamentados no interesse de se prestar homenagem aos ancestrais. Não deve o Estado recusar essa hipótese de alteração do nome, sob pena de rejeitar a tipologia de direito da personalidade atribuída ao nome civil da

pessoa natural e, ainda, a dignidade de seu exercício e fruição.

Na atual classificação do nome, com a sua natureza jurídica compreendida como um dos direitos da personalidade, não há consistência no posicionamento de parte dos magistrados em rejeitar, reiteradamente, pedidos de inclusão de apelidos de família de avós/avôs, bisavós/bisavôs ou trisavós/trisavôs, mormente quando esse desejo, em ações de jurisdição voluntária, representa a busca pessoal da efetividade de direitos inerentes à pessoa humana. Não é papel do Estado Democrático de Direito atuar na restrição da fluência do gozo dos direitos da personalidade.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por alvo discorrer sobre a possibilidade jurídica de alteração do nome da pessoa natural com o propósito de prestar tributos ao ancestrais por meio da continuidade de apelidos de família das gerações avoengas, bisavoengas e trisavoengas. Para tanto, os autores investigaram os aspectos históricos do direito ao nome e

⁴⁶ TJMG. Apelação Cível 100151400005735001. Rel. Raimundo Messias Júnior. 2ª Câmara Cível. Publicação: 08/09/2015.

a sua natureza jurídica atrelada aos direitos da personalidade, indispensável à realidade dos atributos da pessoa humana.

Asseverou-se nesta pesquisa a marcante ausência de enfrentamento doutrinário relativo ao tema, objeto da problemática aqui formulada. Constatou-se, ainda, a ausência de firmeza jurisprudencial nas causas em que há pedidos de alteração do nome da pessoa natural com propósitos honoríficos. Não obstante a controvérsia jurisprudencial, a pesquisa constatou, com algumas resistências, inclinação do Poder Judiciário em atender os pedidos de alteração do nome quando o apelido de família estiver relacionado aos avós. Por outro lado, verificou-se mais resistência no deferimento de pedidos atrelados à alteração do nome a partir de apelidos bisavoengos. Nestes episódios, tanto para casos envolvendo bisavós como trisavós, a tendência do Poder Judiciário é denegar pedidos, sob o argumento de que há ofensa à cadeia registral. Com essa tendência jurisdicional, o Estado, por meio do Poder Judiciário, passa a condenar apelidos de família ao esquecimento e às brumas do passado imemorável.

A presente pesquisa comprovou a hipótese dos autores que seguiu no sentido de que, no Brasil, ainda há

deliberada resistência por parte do Poder Judiciário em acolher pedidos de alteração do nome da pessoa natural com propósitos honoríficos, apesar do paulatino movimento de flexibilização da imutabilidade do nome da pessoa natural. O que é uma pena, na medida em que o nome é uma das expressões dos direitos da personalidade.

Por fim, há de se registrar: não é papel do Estado portar-se como obstáculo ao exercício de direitos da personalidade. Quando isso ocorre é preciso reavaliar a atuação estatal, para diminuir o seu peso nas dimensões de foro íntimo e nas relações familiares e afetivas de cada indivíduo. O direito à alteração do nome civil da pessoa natural, com propósitos honoríficos, nada mais é do que a manifestação da garantia de efetividade de um dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao Nome da Pessoa Física*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*. RJ: Forense Univ., 2004.

BRANDELLI, Leonardo. *Nome Civil da Pessoa Natural*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATALANO, Pierangelo. *Diritto e Persone: studi su origine e attualità del*

- sistema romano. Torino: Giappichelli, 1990.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. Saraiva: São Paulo: 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Vol. 1. Coimbra Editora: Coimbra, 1929.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 1: Teoria Geral do Direito Civil. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Vol. 1, 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- FERREIRA, Elaine Garcia (coord.). *Direito Notarial e Registral: questões polêmicas*. São Paulo: BH Editora, 2010.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Do Nome Civil das Pessoas Naturais*. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio Carlos; CAMILLO, Eduardo Nicoletti *et al.* *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Novo Curso de Direito Civil – Vol. 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A tutela do nome da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da Pessoa Humana: Estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- PASCHOAL, Antonio Edmilson. *O Procedimento Genealógico em Nietzsche*. Revista Diálogo Educacional - v. 1 - n.2 - p.1-170 - jul./dez. 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil - Vol. 1*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Instituições de Direito Civil*, vol. 1. 24ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral, Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas*. Tomo I. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo VII. Campinas: Bookseller, 2000.
- PRATES, Renan. *Mulher sem Sobrenome Ganha Direito de Criar um aos 24 anos*. E presta homenagem.

Matéria de 07/07/2017. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/07/07/mulher-sem-sobrenome-ganha-direito-de-criar-um-aos-24-anos-e-presta-homenagem.htm>>. Acesso em 20.09.2020.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. *Direito Civil: parte geral e teoria geral das obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: volume 1*. Campinas, Bookseller, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidade do Direito à Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo: RT, 1998.

**O KIBUTZ – CONSIDERAÇÕES
VERTICAIS SOBRE A EXPERIÊNCIA
JUDAICA DE USO DO IMÓVEL RURAL
EM ISRAEL, COMO FUNÇÃO
EMANCIPATÓRIA, COOPERATIVA,
SOCIAL E ECONÔMICA, A FIM DE
CONTRIBUIR COMO O ENTENDIMENTO
DA ENTIDADE COOPERATIVA E DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
CONSTITUCIONAL**

*Pietro Nardella-Dellova*⁴⁷

RESUMO

É possível realizar a *utopia*? A esta pergunta, os libertários clássicos não tiveram a oportunidade de responder ou ver respondida. Porém, na virada do

⁴⁷ **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 Letras 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

século XIX, grupos de judeus libertários formaram núcleos agrícolas com fundamentos libertários, com uma ideia convertida em realidade – os *Kibutzim*, que atravessaram décadas nas terras israelenses e, hoje, vivem sua mais profunda crise: redescobrir sua origem libertária e, sobretudo, sua função frente aos piores momentos da história.

Palavras-chave: propriedade, cooperativas, Israel, direito comparado e *kibutz*

ABSTRACT

Is it possible an *topia*? These questions couldn't be responded by the classical libertarians nor they were able to testify those answers. However, right in the beginning of the 19th Century, a group of libertarian jews formed an agricultural nucleus on libertariam foundations, with an idea that turned into reality - the Kibbutzim, that were able to go through decades in Israel's land and, today, face

Brasileira de Escritores; em 2011 criou o Grupo de Estudos e Pesquisas NUDAR – Teorias Críticas Aplicadas ao Direito Civil. É Pesquisador e Co-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, Faculdade de Direito Padre Anchieta – UniAnchieta, ESA – Escola 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 Romano e Direito Hebraico Comparados”. É Pesquisador bolsista CAPES/FUNDASP no Programa de Estudos Pós-graduados da PUC/SP, abordando o tema “Direito, Direitos Humanos e Judaísmo”. Atualmente também desenvolve estudos e pesquisas em *New York*, USA.

its most severe crisis: rediscover its libertarian origins, and, most importantly, recover its role regarding the worst times in History.

Keywords: property, cooperatives, Israel, comparative law and *kibbutz*

INTRODUÇÃO

Entre 2011 e 2014, como Professor Convidado, ministrei algumas aulas de Direito Hebraico comparado com Direito Romano e Direito Civil, no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da USP.⁴⁸ O honroso convite foi feito pelo Prof. Dr. Hécio Maciel França Madeira, romanista da FADUSP. Tratava-se de estabelecer as conexões entre um e outro sistema, assim como analisar suas influências recíprocas. Os aspectos afins dos três sistemas são inúmeros, entre

⁴⁸ Nas disciplinas de Direito Romano e História do Direito, a convite do Prof. Dr. Hécio Maciel França Madeira, um dedicado e profundo romanista daquele Departamento da FADUSP, a quem tive a imensa alegria de conhecer pelas plagas da Amazônia, quando ali, entre 2009 e 2010, coordenei um Projeto e Curso de Direito. Ele se encontrava na região como Membro de uma Comissão Avaliadora do MEC. Falamos sobre assuntos os mais profundos e variados em um longo café. Quando concluí e encerrei minha coordenação no Projeto de Direito da região amazônica, voltamos a nos encontrar na Faculdade de Direito da USP e nos seus cafés da vizinhança, momento em que recebi o convite para ministrar as aulas de Direito Hebraico comparado com Direito Romano e Direito Civil.

eles, *nome, contratos, obrigações jurídicas, direito de empresa, direito das famílias, sucessões, responsabilidade civil, posse e propriedade e relações entre uso da terra com meio ambiente, igualdade e justiça social.*⁴⁹ Mostrava-se necessário, conforme me disse o Prof. Madeira, levar aos Estudantes o conhecimento de fonte jurídica e Direito Hebraico comparado, como, aliás, era – e é necessário em quaisquer Faculdades de Direito que, infelizmente, não têm quaisquer estudos de Direito Hebraico, Direito Grego e Direito Comparado, aliás, abandonaram até mesmo os estudos de Direito Romano.

Naquelas aulas, como Professor Convidado da *SanFran*, utilizei várias obras, entre as quais, os estudos de Maimônides e do Talmud. Também indiquei um antigo livro do Prof. Waldirio Bulgarelli⁵⁰, que foi

⁴⁹ Apontamentos do Programa e Plano de Aulas que apresentei para realização na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2011-2014;

⁵⁰ Waldirio Bulgarelli: (1930-2006), foi Membro da Comissão Estadual de Reforma da Legislação Cooperativa, Presidente do Instituto de Pesquisas e Estudos de Cooperativismo (ISPECO), Pesquisador e Professor Titular de Direito Comercial e Direito Cooperativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, autor de vários livros, entre os quais, *A Natureza Jurídica da Sociedade Cooperativa* (1961); *Tratado Geral de Crédito Cooperativo* (1962); *O Kibutz e a Entidade Cooperativa* (1964); *Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas* (1965); *Títulos de Crédito* (1970); *Fusão e Incorporação de Empresas* (1972); *Regime Tributário das*

Professor Titular de Direito Comercial e Direito Cooperativo na Faculdade de Direito da USP até 2006, ano de sua morte. Trata-se do livro *O KIBUTZ E A ENTIDADE COOPERATIVA*,⁵¹ de 1964, fruto de uma pesquisa que o Prof. Bulgarelli realizou na década de sessenta (1962/1963) diretamente nos *Kibutzim* de Israel, financiado pelo *Fundo de Fomento e Propaganda do Cooperativismo*, com apoio do *Departamento de Assistência ao Cooperativismo da Secretaria da Agricultura do Estado de São Paulo*, cujo objetivo era conhecer, analisar e caracterizar os *Kibutzim* israelenses como entidades agrícolas cooperativas, fazendas cooperativas e o uso racional e social do solo israelense. O objetivo era conhecer um sistema de sucesso que se construiu entre a ideia de *posse* e de *propriedade* com um forte apego social, emancipatório, igualitário e produtivo e, quiçá, apresentá-lo como um paradigma para o sistema cooperativo agrícola que estava sendo lançado no Brasil, em alternativa aos destrutivos sistemas latifundiários – herança colonial.

Cooperativas (1974); *O Direito dos Grupos e a Concentração de Empresas* (1975); *Direito Comercial* (1977); *A Proteção às Minorias na Sociedade Anônima* (1978); *Contratos Mercantis* (1979); *Sociedades Comerciais, Empresas e Estabelecimentos* (1980).

⁵¹ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. SP: Sec. Agricultura de SP. 1ª

Conheci esse precioso livro quando dos meus estudos pós-graduados em Direito Civil e Processo Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo, no começo da década de noventa, por indicação do Prof. Dr. Carlos Alberto Senatore, também titular de Direito Comercial da FADUSP. Ao encerrar os estudos pós-graduados em Direito Civil, ingressei no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da USP, ainda na década de noventa, e retomei esse pequeno livro de Bulgarelli. Ainda discutíamos a propriedade, a posse, a comunidade de bens, a igualdade e a justiça social e, claro, a partir de Cultura judaica e Direito Hebraico comparado que se converteu em Dissertação de Mestrado⁵².

O livro *O KIBUTZ E A ENTIDADE COOPERATIVA*, de Bulgarelli, foi elogiado em 1964 pela Prof.^a Dra. Diva Benevides Pinho, da Cadeira de Economia Política e História das Doutrinas Econômicas da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo – USP. Digase que a Prof.^a Diva Benevides também

edição em 1964; 2ª edição em 1965 e 3ª edição em 1966. Utilizaremos, aqui, a edição de 1964.

⁵² Pietro Nardella-Dellova. *A Crise Sacrificial do Direito*. Dissertação de Mestrado: Faculdade de Direito da USP, 2000;

trabalhou a pesquisa em cooperativas nacionais e no sistema comparado⁵³. De acordo com a Prof.^a Benevides, Bulgarelli mostra *a importância econômico-financeira, a planificação e distribuição do trabalho e a evolução econômica do Kibutz* e, de modo original, *aborda problemas de acomodação de algumas normas cooperativistas, demonstração de princípios doutrinários plenos de vitalidade porque se baseiam no espírito da solidariedade humana*.⁵⁴

Segundo Benevides, a pesquisa e o trabalho sobre cooperativismo e entidades cooperativas são extremamente importantes (ela está escrevendo em 1964) porque *o tema é de excepcional relevância em face do Estatuto da Terra* (de então), que introduz o cooperativismo integral no país *e faz convergir a atenção de técnicos, especialistas em assuntos agrários e de direito agrário, juristas e economistas e do público em geral sobre a experiência kibutziana*.⁵⁵

Não é diferente nos dias atuais, sobretudo no que respeita à ocupação e

exploração das reservas florestais, bem como um crescente imperativo de agricultura solidária, em consonância com o espírito dos Artigos 5º, XXII e XXIII, 170, 183 e segs., e 225, todos da Constituição Federal de 1988, combinados com os Artigos 1228 e seguintes do Código Civil de 2002. Ambos os diplomas traçando os caminhos para a realização da justiça social, livre iniciativa, preservação do meio ambiente, valorização do trabalho humano, respeito ao consumidor. Não há Código Civil sem sua leitura constitucional. Não há Direito Civil que se baseie em institutos dos quais não se busca o entendimento e a exata compreensão. Fizeram o mesmo percurso de análise profunda dos Institutos de Direito, especialmente, de Direito Civil, e das ideias que construíram a crítica jurídica, nomes como Pontes de Miranda, que coloca como essencial para a crítica para explicação e elaboração do direito,⁵⁶ e

⁵³ Diva Benevides Pinho. *A Doutrina Cooperativa*. 2ª ed. rev. e ampliada. SP: Pioneira Ed., 1966;

⁵⁴ Diva Benevides Pinho. *Prefácio*, in W. Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. *op. cit.*, p. 9;

⁵⁵ Diva Benevides Pinho. *Prefácio*, in W. Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. *op. cit.*, p. 12;

⁵⁶ 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.;

Ruy Barbosa, que a utiliza elogiosamente em seus textos.⁵⁷

Estudar os *kibutzim* nos leva a uma crítica específica, proativa, construtiva e racional sobre o uso do solo, especialmente agrícola, a função social da propriedade, as diferenças entre posse e propriedade e as políticas que se verificam ao longo da história brasileira de uso da terra.

Pontes de Miranda, por exemplo, 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*. 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 sofredores e o entusiasmo do que sonham; o que é preciso, e as circunstâncias terão de evidenciar, é a solução científica do problema humano.”*⁵⁸

Em outras palavras, toda pesquisa, toda leitura, todo

⁵⁷ Ruy Barbosa. *Teoria Política*. SP: W. M. Jackson, 1964, pp. 303 e segs.;

⁵⁸ 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;

aprofundamento, toda pergunta, todo movimento com base na criticidade leva a um estado de emancipação (do estado de cegueira e de preconceito). Spencer Vampré, antigo Professor de Direito Civil e ex-diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), em seu compêndio *O QUE É O CÓDIGO CIVIL*, 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.⁵⁹

Finalmente – e novamente, levei o pequeno e substancial livro de Bulgarelli, *KIBUTZ E A ENTIDADE COOPERATIVA* para utilizá-lo nas pesquisas de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, de que resultou a Tese de Doutorado, qualificada, defendida e aprovada com louvor, sobre as Teorias

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

⁶⁰ Pietro Nardella-Dellova. *O Direito Civil e a Teoria Proudhoniana da Propriedade*. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 2018;

da Propriedade desde Atenas, passando por Roma, Revolução Francesa e, como experiência de longo sucesso, os *Kibutzim*.⁶⁰ Da Tese apresento este Artigo como contribuição para o entendimento do uso da terra, propriedade, posse e justiça social. Optei, neste caso, por verticalizar o estudo dos *Kibutzim* do ponto de vista doutrinário e fático e, quiçá, propô-lo para estudo da propriedade, mormente em tempo de destruição das reservas naturais, de queimadas desnecessárias, contaminação dos recursos hídricos e da biodiversidade.

1. O Kibutz como topia (realidade) ⁶¹

- *Origem e conceito dos Kibutzim*

A questão que sempre se apresenta (de resposta difícil) diz respeito à possibilidade de realização do ideal judaico de justiça social,⁶² sobretudo, na voz dos grandes e antigos profetas, em alguma dimensão. Em

⁶¹ O presente Artigo foi elaborado a partir da Tese de Doutorado sobre DIREITO CIVIL E PROUDHONISMO, apresentada, qualificada, defendida e aprovada no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 2018.

⁶² Pietro Nardella-Dellova. *A Morte do Poeta nos Penhascos e Outros Diálogos/Monólogos*. São Paulo: Ed. Scortecci, 2009, pp. 166-194; pp. 278-290;

outras palavras, buscava-se saber se era mesmo possível sair do plano das ideias, no qual os libertários estavam condenados à *utopia*, e avançar para a *topia*:⁶³ ideia básica de Gustav Landauer, desenvolvida posteriormente por Buber em Israel.⁶⁴

A reflexão sobre isso conduz necessariamente à possibilidade – ou não, de se sair do (apenas) contexto da crítica, na qual os pensadores mais profundos sempre foram muito bons, e viabilizar uma sociedade cuja organização tivesse pressupostos de justiça, equidade e solidariedade.

A utopia de Landauer coloca-se contra (e em face de) uma *topia*, mas cria outra, a fim de que nova utopia se construa, em processo naturalmente sem fim – isto é compreensível em sua obra,⁶⁵

o que não leva necessariamente à certeza de que diante da nova *topia* se saberá o momento para a criação de nova (e revolucionária) utopia. Michael Löwy lembra que Landauer e Buber tiveram uma relação de amizade e influência recíproca, produzindo-se aí uma interessante corrente judaico-libertária, que em Landauer foi explícita,⁶⁶ com uma obra que influenciou decisivamente jovens judeus sionistas-socialistas,⁶⁷ na disseminação dos conceitos de comunidade rural nos Kibutzim palestinoses.⁶⁸

Buber, considerado por Löwy como um *socialista libertário anti-Estado*,⁶⁹ incluído por ele entre os judeus anarquistas europeus, marcará sua presença crítica diretamente nos *Kibutzim*, inclusive colocando-se, de

⁶³ Karl Mannheim. *Ideologia e Utopia*. 2ª ed., Trad. Sérgio M. Santeiro. RJ: Zahar, 1972, p. 221;

⁶⁴ Martin Buber. *O Socialismo Utópico*. Trad. de Pola Civelli. SP: Perspectiva, 1971, p. 160;

⁶⁵ Gustav Landauer. *The Revolution and Other Writings*. Translated by Gabriel Kuhn, preface by Richard J. F. Day. Okland: PMPress, 2010;

⁶⁶ Michael Löwy. *Romantismo e Messianismo*. SP: Perspectiva, 2008, p. 159;

⁶⁷ Michael Löwy. *Idem*. p. 146;

⁶⁸ Palestinoense como referência à região geográfica Palestina. É nome dado pelos romanos (referência aos filisteus “*philitaen*”, um antigo povo não semita que viveu ali onde hoje é a região de Gaza) à região como um todo. Após 135 e. c. (era comum) as regiões da *Síria*

Romana e da *Judeia Romana*, com a revolta do grupo judaico liderado por Bar Kokhba, foram reunidas sob o nome de *Syria Palaestina*. Importante ressaltar que antes de 1948 não se pode falar em Israel e Palestina (enquanto Estados), já que um nasce em função do outro apenas em 1948 (na ONU, em 1947). Usei acima o termo “*kibutzim judaicos nas regiões palestinoses*” para evitar, e quiçá corrigir, um equívoco recorrente, ou seja, o uso das expressões “*kibutzim de Israel*” ou “*kibutzim israelenses*”, termos impróprios porque os Kibutzim são bem anteriores ao Estado de Israel, e têm o qualificativo “judaico” e não “israelense”. Por isso mesmo, preferirei, tanto quanto for necessário, utilizar aqui apenas os termos *Kibutz judaico* ou *Kibutzim judaicos*.

⁶⁹ Michael Löwy. *Redenção e Utopia: O Judaísmo Libertário na Europa Central*. SP: Letras, 1989, p. 47;

modo consciente, a favor de uma composição colaborativa com os vizinhos árabes, situação que, entre outros aspectos, marcará Buber negativamente pelas instituições governamentais israelenses.

Há em Buber e nos pioneiros judeus palestinos alguma coisa de anarquismo, ainda que seja certo *anarquismo religioso*. Usar a expressão “anarquismo” não é alguma coisa fácil em épocas, como a atual, de poucas luzes e pobreza intelectual, pois os anarquistas foram considerados rudes e toscos (por Platão), desordeiros (por Burke), agitadores (por Blanc), violentos e criminosos (por Ruy Barbosa), portadores de alguma enfermidade mental (por Lombroso), utópicos e pequeno-burgueses (por Engels e Marx), entre outras acusações, geralmente *infundadas*.⁷⁰ Proudhon, por exemplo, até o final da sua vida, estava constantemente se defendendo das acusações de ser não mais que um homem-bomba,⁷¹ um demolidor, alguém que não oferecia nada para construir, mas apenas para destruir.

Proudhon, lido e relido por Landauer e Buber, ressaltou várias

vezes, de modo insistente, que há, ao menos, duas antinomias no meio social e político: o autoritarismo estatal e a economia política burguesa despótica. Sua obra procurou o ponto de equilíbrio entre esses *termos*, na busca do *reino* da liberdade e da igualdade, mas ele não viveu para ver esse *reino* da liberdade e da igualdade finalmente vitorioso.

Claro que o ideal anarquista não se refere apenas ao contexto estatista, abandonado faz tempo, mas, também social e político, tendo alcance em outros setores da vida humana, como, por exemplo, o conceito de amor livre – hoje consagrado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Direito das Famílias; a criatividade e liberdade artísticas – fundamentais no rol de direitos individuais da Constituição de 1988; a organização sindical – matéria constitucional e, pouco a pouco, muito do que era bandeira anarquista foi encontrando um espaço, mesmo no sistema político e jurídico, aliás, sobretudo no sistema jurídico e judicial, podendo oferecer alternativas ao próprio sistema ou a aspectos do sistema.

Uma das áreas é a própria pesquisa científica, carente, conforme

⁷⁰ Pietro Nardella-Dellova. *O Direito Civil e a Teoria Proudhoniana da Propriedade*. Tese de Doutorado: Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 2018, p. 207;

⁷¹ Florestan Fernandes (dir.). *Proudhon - Política*. Organização de Paulo-Edgar A. Resende e Edson Passetti. SP: Ática, 1986, p. 23;

Feyerabend, de certo espírito anarquista,⁷² ou, se quisermos, de uma produção científica mais plural, menos engessada, menos programada e mais multifacetada.

Embora não seja única, a questão social, econômica e política, ainda são mais importantes. Nesse sentido, Martin Buber, a partir de uma refinada compreensão da conjuntura do pós Segunda Guerra Mundial, volta a questionar pontos importantes da experiência humana, entre eles, a propriedade e a apropriação do solo. Assim como fez Proudhon, Buber vê os grandes embaraços humanos relacionados à economia, quase sempre arruinada pelos conflitos.

Sua reflexão tem especial importância porque, nascido em Viena, tendo frequentado os ciclos de judeus libertários, encontrou-se no meio do turbilhão antissemita e nazifascista europeu e, transferindo-se para Jerusalém em 1938, ali encontraria, após 1948, até o final da sua vida, em 1965, os dramas que ainda permanecem até hoje: de um lado, o conflito israelo-árabe, e, de outro, o conflito expresso entre o poder

estatal israelense e o projeto *kibutziano*. Também como Proudhon, Buber vê no poder estatal descontrolado, antidemocrático e sem regramento constitucional, alguma coisa de mal e destrutivo. Escreve ele, ainda nos anos 50, que os sistemas econômicos ocidentais, mormente de nações pequenas, uma vez destruídas por conflitos, só podem ser restaurados parcialmente ou, como assevera, *restaurados aparentemente*⁷³ (o que já é bem pior que parcialmente). Afirma Buber que, por isso mesmo, haverá

“necessidade de socializações radicais nas pequenas nações, sobretudo a expropriação do solo. Tornar-se-á então de uma importância decisiva saber quem será o sujeito real da economia transformada e o proprietário dos meios sociais de produção: o poder central de um Estado totalmente centralizado (como o caso da URSS)⁷⁴, ou as unidades sociais dos trabalhadores rurais e urbanos que vivam e produzam em conjunto” (como o caso dos KIBUTZIM)⁷⁵;

(...) está em jogo a decisão sobre a base: reestruturação da sociedade como federação de federações e redução do Estado à função de unificador, ou absorção da sociedade amorfa pelo Estado todo-poderoso; pluralismo socialista ou unitarismo “socialista”;

(...) promessa de liberdade que se supõe deverá

⁷² Paul Feyerabend. *Contra o Método: Esboço de uma Teoria Anárquica da Teoria do Conhecimento*. Trad. Octanny S. Mota e L. Hegenberg. RJ: Francisco Alves, 1977, pp. 292, 293;

⁷³ Martin Buber. *O Socialismo Utópico*. *op. cit.*, p. 170;

⁷⁴ Destaque e inserção nossa;

⁷⁵ Destaque e inserção nossa;

sobrevir “por si mesma, posteriormente”⁷⁶

Na seara social, política e econômica, houve várias experiências interessantes, de caráter libertário: *utopias* que se converteram em *topias*, com mais ou menos durabilidade, com mais ou menos sucesso, mas em todas foi demonstrado ser possível uma organização diversa daquelas a que nos acostumamos ao longo da história.

Entre tais experiências, citem-se os *Kibutzim* judaicos *palestineses*,⁷⁷ em suas múltiplas modalidades (coletivismo, cooperativismo e individualismo), a Colônia Cecília do Paraná e outras em lugares e momentos diversos. O *Kibutz*, que tomamos aqui como principal experiência de inspiração judaica libertária, conforme Giora Manor,⁷⁸ é uma organização agrícola judaica⁷⁹ que se desenvolveu nas terras *palestineses* desde a virada do século

XIX, de caráter rural, economia socializada, gestão coletiva e vida em comum.

Alguns autores, entre os quais Silva Mello,⁸⁰ que datam sua formação embrionária em 1870, isto é, de quando Charles Netter,⁸¹ e outros judeus, fundaram a *Escola de Agricultura Mikveh Israel*, em Jafa, região litorânea sudoeste, cujo objetivo era o desenvolvimento agrícola da região, em especial o apoio a pequenos grupos de famílias judias que ali se encontravam. Em 1878, conforme Silva Mello, um grupo de jovens judeus de Jerusalém fundou a primeira comunidade agrícola autônoma, chamada de *Petach Tikvah*, às margens do rio *Yarkon*, região palestinese sudoeste. Era uma *Kvutzá*, que, em hebraico, significa *reunião*, nome conceitual porque constituída por pequeno grupo com vida comunitária total, sem trabalho assalariado,

⁷⁶ Martin Buber. *Idem*. pp. 170-171;

⁷⁷ “palestineses”, de conotação geográfica e não política, conf. nossa nota ao final do Cap. I;

⁷⁸ “A Natureza Anarquista do Kibutz”, texto de Giora Manor (1938-2005), judia anarquista, jornalista, atuou na crítica de teatro e dança israelenses, foi membro do *Kibutz Mishmar HaEmek*, publicado originalmente no *Kibbutz Trends*, n. 10, summer 1993 (Yad Tabenkin), reproduzido depois na “A – Rivista Anarchica (anno 24, n. 214, 12/1994 e 1/1995) e, finalmente, no *Bollettino Centro Studi Libertari*”. Milano: Eleuthera Editrice / Archivio Pinelli, 2000, pp. 19-21;

⁷⁹ Lévi-Strauss, Kathleen Gouch e Melford Spiro. “O Casamento e a Família no Kibutz”, in *A Família: Origem e Evolução*. Porto Alegre: Ed. Villa Martha, 1980, p. 87;

⁸⁰ Antonio da Silva Mello: (1886-1973), historiador e membro da Academia Brasileira de Letras, escreveu os rascunhos *Israel: Prós e Contras*, em 1955, quando visitou e proferiu palestras em Israel;

⁸¹ Charles Netter: (1826-1882), francês, membro da *Alliance Israélite Universelle*, fundador e primeiro diretor da *Escola Agrícola Mikveh Israel*, onde atuou de 1870 a 1873;

baseando-se no consumo conforme as necessidades e capacidade de sua economia interna, com rigorosa seleção e restrição ao ingresso de membros.⁸²

Em 1882, com apoio financeiro, constituíram-se outras colônias agrícolas com as mesmas características, sendo a primeira delas chamada de *Rishon-le-Zion*, região sul litorânea de Israel, sem propriedade privada, com posse coletiva, uso específico para fins de agricultura e moradia, sem qualquer especulação sobre o solo.⁸³

O conceito de *Kvutzá*, conforme esclarece Cecil Roth, é mais restrito que o de *Kibutz*, que também significa “reunião” em hebraico, mas neste caso com um número maior de pessoas, modificou-se, e hoje há pouca diferença entre um e outro.⁸⁴ De acordo com Paulo Geiger,⁸⁵ pode-se dizer que o *Kibutz* é a *Kvutzá*, com os mesmos princípios, mas institucionalizada, que *visa ser um ponto de interferência na economia, nos*

*valores sociais, na própria condução dos destinos políticos e ideológicos do universo judaico naquelas terras.*⁸⁶

A data de sua origem, conforme Silva Mello, a despeito dos grupos embrionários acima citados, e destas organizações agrícolas plurais, conhecidas então como *Kvutzá* ou *Kibutz*, nas suas variadas formas de atuação: *coletivista, cooperativista*⁸⁷ e, ainda, outra modalidade, a *Moshavá*, de caráter *semi-individualista* e *mutualista*, começaram, *oficialmente*, em 1909, em Degania, região ao sul do Mar da Galileia. O grupo de Degania foi considerado efetivamente o primeiro *Kibutz*.⁸⁸ Nesta organização foi proibido, por decisão de todos os membros, o uso de dinheiro, sendo que, com o trabalho, coletivo ou cooperativo, todos tinham o direito aos bens produzidos conforme a necessidade de cada família ou indivíduo.

⁸² Antonio da Silva Mello. *Israel: Prós e Contras*. RJ: Ed. Civilização Brasileira, 1961, pp. 162 e segs. Mas Cecil Roth considera tais colônias como *Moshavá* e não *Kevutzá*;

⁸³ São características, hoje, das ocupações para fins de produção, bem como da política agrária da Constituição Federal de 1988;

⁸⁴ Cecil Roth. *Enciclopédia Judaica*. 10 Volumes. (1959, Tel Aviv). RJ: Ed Tradição, 1967, pp. 729-731;

⁸⁵ Paulo Geiger (1935-) ex-membro de *Kibutz* (1950/60). É Escritor, Ed. e Prof. de Cultura Judaica;

⁸⁶ Celso Lafer, Paulo Geiger, Saul Fuks (org.) *et alii. Tribunal da História: Julgando Controvérsias da História Judaica*. RJ: Relume Dumará, 2005, p. 188;

⁸⁷ Diva B. Pinho. *Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista*. SP: Pioneira, 1966, p. 57;

⁸⁸ Marc Segal *et alii. The Kibbutz*. Tel-Aviv: Sadan Publishing House, 1973, p. 4;

Utilizaremos o termo *Kibutz* com sentido geral e abrangendo os vários grupos e modelos econômicos, cuja base seja a *posse coletiva da terra*, com exceção dos grupos chamados *Moshavot*, cuja expressão que está no plural, significa núcleo ou colônia em hebraico, cujo fundamento é a pequena *propriedade privada*, de caráter semi-individualista, fundadas no conceito de *cooperativismo integral e mutualismo*.

Em todos os casos (*Kvutzá*, *Kibutz*, *Moshavá* e suas variações), de natureza socialista ou liberal,⁸⁹ cuja tendência é a *pluralidade na posse da terra* ou *pequena propriedade privada mutualista*, coletivização ou cooperação na produção, decisões horizontais, regramento proposto, debatido e estabelecido pelos membros de cada núcleo (valendo para aquele núcleo), com organização mais ampla pelo modo federativo, o que conduz, ao final, a uma atuação conjunta. Referindo-se ao caráter especialmente singular e proativo de tais organizações agrícolas, bem como suas experiências no trato da terra e das relações sociais, Buber dirá que

“assim, nasceu algo que é essencialmente diferente de todas as experiências sociais do mundo: não um laboratório onde cada um trabalha para si, isolado com seus problemas e planos, mas um campo de pesquisas onde, sobre solo comum, são experimentadas simultaneamente plantações diferentes de acordo com métodos diferentes para uma finalidade comum”⁹⁰

Trata-se realmente de um tipo de experiência, de acordo com Buber, única, e de grande vulto em termos de *mutualismo integral*, absolutamente independente de qualquer intervenção estatal (refiro-me ao antes de 1948, isto é, antes da fundação do Estado de Israel, verdadeira *utopia* feita *topia* construtiva). Esclarece Buber que o *Kibutz* precedeu a *ideologia* e não nasceu sob um Estado,⁹¹ nem a seu serviço, ou sob sua tutela. Em 1922 já eram dezoito *Kibutzim*, e, no senso de 1953, chegavam 227 grupos totalmente estruturados.⁹² Finalmente, Buber dirá que esses grupos se formaram *sem ideologia ou doutrina*, mas a despeito disso, com um ideal:⁹³ *igualdade e liberdade*.

⁸⁹ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz*. Bollettino, Centro Studi Libertari. Milano: Eleuthera Editrice / Archivio Pinelli, 2000, pp. 19-21;

⁹⁰ Martin Buber. *O Socialismo Utópico*. *op. cit.*, p. 168;

⁹¹ Martin Buber. *Idem*. pp. 160-163;

⁹² Antonio da Silva Mello. *Israel: Prós e Contras*. *op. cit.*, pp. 164, 168 e 177;

⁹³ Martin Buber. *Ibidem*. p. 163;

- ***Kibutz: do caráter social ao privado***

Os *Kibutzim* tiveram, em sua grande maioria, um caráter embrionário mais *coletivista*, com *posse e trabalho* coletivos da terra. Mas, outros grupos chamados de *Moshavot*, cuja formação deu-se paulatinamente também a partir de 1882,⁹⁴ adotaram um caráter mais *individualista*, além da *propriedade privada*, mantendo, todavia, o *princípio da ajuda mútua ou mutualismo*.

Essa proposta havia sido feita por Proudhon em sua *Teoria da Propriedade, 1865*,⁹⁵ como condição de sucesso para o equilíbrio das propriedades entre si, e todas em equilíbrio frente ao Estado. Essas *Moshavot* foram formadas com absoluta liberdade e determinação, objetivando ter a propriedade privada do solo e trabalhar sobre ela, bem como manter a *privacidade* das suas próprias casas, onde vivia a família.

São várias propriedades, cujos donos trabalham em sistema de mutualidade plena, cooperando uns com

outros no uso de máquinas e outros recursos, venda de colheitas, construção e manutenção de escolas, serviços médicos e, também, transações de crédito entre os participantes, concretizando um ideal proudhoniano, isto é gestão solidária da economia e ajuda mútua.⁹⁶

A primeira *Moshavá* propriamente conceituada, e assim reconhecida, foi estabelecida em 1921. Em 1953 havia já 259 *Moshavot*.⁹⁷ O envolvimento dos seus membros sempre foi pleno, e a ideia de *sociedade justa e igualitária*, afirma Buber, exercia uma profunda atração sobre todos, despertava impulsos sociais, *sem quaisquer dogmas ou doutrinas, sem ideologias*. Acima de tudo, a *Moshavá* elevava-se ao nível da responsabilidade social toda a coexistência com as demais formas de produção e vida agrícolas. Não havia doutrina, mas uma ideia. E a ideia, a experiência, as associações, enfim, tudo era estímulo ao companheirismo, de acordo com Buber, e não imposição.⁹⁸

Essa experiência, chamada por vários estudiosos de socialismo

⁹⁴ Cecil Roth. *Enciclopédia Judaica. op. cit.*, p. 187;

⁹⁵ Essa obra, *Teoria da Propriedade (1865)*, de Proudhon, completa as outras duas: *O que é a Propriedade?* (1840) e *Filosofia da Miséria (1846)*.

⁹⁶ Martin Buber. *O Socialismo Utópico. op. cit.*, pp. 169;

⁹⁷ A. da Silva Mello. *Israel: Prós e Contras. op. cit.*, p. 182;

⁹⁸ Martin Buber. *Idem.* pp. 164;

reformista, criou o processo comumente chamado de *cooperativização integral*,⁹⁹ que não pode ser confundido com aquilo a que Proudhon chamava *mutualismo*, já que este tem um sentido mais abrangente e humanizador do que o simples cooperativismo.

A gestão desses núcleos sempre foi horizontal e direta, com a presença de todos os membros. Embora alguns tenham considerado como gestão democrática (nome impróprio para o fenômeno do *Kibutz* em sua fase inicial), o fato é que não tendo havido qualquer distinção entre os membros, todas as decisões e todos os trabalhos, incluindo os de limpeza e outros de natureza desagradável, eram realizados *por todos* indistintamente.

Algumas *organizações eram mistas*, e usavam tanto o princípio *coletivista quanto o cooperativista*, e tinham o objetivo de manter, e conciliar, a produção e consumo com a vida privada.¹⁰⁰ Em alguns casos, a produção individualista (embora Buber a tenha considerado *semi-individualista*),¹⁰¹

permitia o *estabelecimento privado de granjas, de produtos específicos e atividades artesanais* que, por sua natureza, tinham, e têm, *um caráter pessoal e artístico*. Apesar das atividades terem sido classificadas como *coletivistas, cooperativistas e individualistas (semi-individualistas)*, em face da *posse coletiva ou propriedade privada*, todas se realizavam a partir do conceito de igualdade, mutualismo ou mutualidade, e liberdade.

- ***Natureza cooperativa dos Kibutzim conforme Bulgarelli***

Conforme Bulgarelli,¹⁰² em sua pesquisa realizada em 1962/63, embora mutualistas, tais organizações são vistas geralmente como cooperativistas. Os *Kibutzim*, segundo ele – e outros tantos estudiosos do cooperativismo, são mais do que cooperativas, embora sirvam, como têm servido, de modelo, de objeto de estudo para vários segmentos

⁹⁹ Diva Benevides Pinho. *A Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista. op. cit.*, p. 132;

¹⁰⁰ A. da Silva Mello. *Israel: Prós e Contras. op. cit.*, p. 182;

¹⁰¹ Martin Buber. *O Socialismo Utópico. op. cit.*, p. 168;

¹⁰² Waldirio Bulgarelli (1930-2006) foi Membro da Comissão Estadual de Reforma da Legislação Cooperativa, Presidente do Instituto de Pesquisas e Estudos de Cooperativismo (ISPECO), Pesquisador e Professor Titular de Direito Comercial e Direito Cooperativo na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, autor de vários livros, entre os quais, fruto de uma séria e preciosa pesquisa, *O Kibutz e a Entidade Cooperativa, que utilizaremos aqui*;

agrícolas, industriais ou simplesmente acadêmicos.¹⁰³

Os *Kibutzim* se encaixam naquele tipo de sociedade independente do Estado, aliás, com ou sem Estado (e isso é especialmente verdadeiro em relação aos *Kibutzim*), cujo objetivo é maior, pois além do econômico, ou do meramente econômico, seja ele coletivo, cooperativo ou *semi-individualista*, apontava para a humanização, justiça social, liberdade e um mundo mais igualitário. O movimento *kibutziano*, de caráter especialíssimo, conforme Bulgarelli, não é cooperativa no sentido em que o termo foi empregado nos sistemas capitalista ou comunista. Tinha algo de um socialismo ativo e reformador, cuja base era a produção no âmbito social, protegendo-se, integralmente, *o indivíduo e suas relações sociais*.

Além disso, um aspecto é particularmente importante no que concerne à diferenciação entre cooperativas e *Kibutzim*: no cenário capitalista, bem como comunista, sistemas de cooperativas têm propósitos

programáticos, por força do mercado ou dos projetos governamentais.

Não é o caso dos *Kibutzim*, porque seu estabelecimento foi de geração espontânea, e seus motivadores não eram o de servir a um Estado, seja capitalista ou comunista, mas garantir a integridade de pessoas e grupos sociais, cansados de perseguições e que, não poucas vezes, não se encontravam, nem se sentiam protegidas nos países nos quais estavam. Por isso mesmo, a experiência *kibutziana* foi muito além do econômico, e procurou propiciar condições de organização social, *familiar*,¹⁰⁴ científica e cultural.

Conforme desejava Proudhon, não se trata apenas de conhecer a propriedade privada ou denunciá-la como roubo e miséria, mas de utilizá-la para um fim, com uma função: *liberdade e igualdade de condições*, em um sistema social (não estatal) no qual as garantias, entre as quais, o mutualismo, a educação e a independência individual, estejam presentes.¹⁰⁵

No contexto do *Kibutz*, é mais do que emancipação judaica, ou seja,

¹⁰³ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. SP: Sec. Agricultura de SP, 1964, p. 14;

¹⁰⁴ Lévi-Strauss, Kathleen Gouch e Melford Spiro. “*O Casamento e a Família no Kibutz*”, in *A Família: Origem e Evolução*. *op. cit.* pp. 85-106;

¹⁰⁵ Pietro Nardella-Dellova. Teoria da Propriedade em Pierre Proudhon. Revista de Direito Civil da Fadipa. Edição v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p. 6 e segs.;

conquista de cidadania e direitos civis, aliás, direitos que muitos judeus europeus já haviam abandonado. É a busca de reencontrar um mundo perdido. Nas palavras de Buber, o movimento *kibutziano* tem como uma das suas razões motivadoras a *situação de calamidade, de coerção* e de perseguição sem fim, ou seja, da *situação histórica de um povo atormentado*,¹⁰⁶ além de uma realidade local adversa, que obrigava a um tipo qualquer de cooperação.

Além das razões buberianas, Hannah Arendt acrescenta algo mais ou, ao menos, dá nome à situação judaica europeia, ao comentar a obra de Herzl (O Estado Judaico), bem como a situação dos judeus nas terras palestinas. Ela se opõe à tese de Herzl de que a criação de um lar nacional judaico eliminaria, vez por todas, o antissemitismo, criador daquele tormento e coerção, citados por Buber.¹⁰⁷

Na verdade, diz ela, a tese de Herzl era inocente, pois o antissemitismo se baseava em dois aspectos: no antissemita que se tornou, também, desonesto, e queria preservar a disponibilidade dos judeus como bode

expiatório, ou, então, se “honestos”, tinham por meta exterminar os judeus onde quer que vivessem. Por isso mesmo, a ideia de um retorno às terras palestinas, seria – como foi, uma resposta, antes de tudo, para o antissemitismo.

Mas o *Kibutz* não resulta apenas disso, pois, como assevera Buber, esta é apenas uma das suas razões. A outra, talvez mais importante, é a consciência clara dos *Chalutzim*, em hebraico, pioneiros, primeiros envolvidos e organizadores dos *Kibutzim*, em formar uma sociedade estruturada, para a qual tinham uma orientação (não exatamente uma doutrina) de caráter socialista libertário.

Em todos esses casos, vê-se também a influência das correntes libertárias,¹⁰⁸ especialmente proudhoniana, no que respeita à posse coletiva ou a propriedade privada funcional, principalmente no sistema mutualista, um dos aspectos não apenas da *Teoria da Propriedade*, mas de outras obras proudhonianas.

Nas *Mochavot*, por exemplo, além da propriedade privada do solo em

¹⁰⁶ Martin Buber. *O Socialismo Utópico. op. cit.*, pp. 163-164;

¹⁰⁷ Hannah Arendt. *Escritos Judaicos*. SP: Amarelly, 2016, p. 646;

¹⁰⁸ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz. op. cit.*, p. 19;

cooperação com outra, há também indústrias e processos de industrialização com base na mesma cooperação,¹⁰⁹ experiência que dá ao mutualismo o caráter pleno de estrutura e garantia de desenvolvimento,¹¹⁰ pois neste sistema desaparece (ou se evita) o que Proudhon chamou *droit d'aubaine* (síntese do roubo e da miséria) resultado das propriedades meramente burguesas que servem não ao espírito da sociedade (e sequer têm função social), mas ao da economia política e apenas ao egoísmo excludente. Não houve nos Kibutzim o que Proudhon chamou de *anarquia capitalista* (a falsa anarquia).¹¹¹

Bulgarelli anota que, ao tempo da sua pesquisa (1962/63), a maioria das *Mochavot* era constituída por ex-membros dos antigos *Kibutzim* de caráter coletivista (posse e trabalho coletivos sobre terras comuns) porque, segundo ele, não tinham se acostumado ao tipo específico do coletivismo.¹¹²

¹⁰⁹ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. **op. cit.** p. 35;

¹¹⁰ Hanan Sher, Moshe Aumann and Channa Palti. *Facts About Israel*. Jerusalem: Keter, 1977, pp. 76-77;

¹¹¹ Pierre-J. Proudhon. *Del Principio Federativo*. Trad. di Paolo Bonacchi. Milano: Global, 2005, p. 133;

¹¹² Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. **op. cit.** p. 34;

Mas isso não deu qualquer conotação de propriedade burguesa, denunciada por Proudhon como egoísta e roubo, produtora da miséria. Ao contrário, mesmo em Proudhon a propriedade privada não era um problema em si, podendo, inclusive ser o elemento importante para emancipação individual e justiça social.¹¹³ Neste, e em outros aspectos, as *Mochavot* estão muito próximas do ideal proudhoniano, sobretudo das propostas que faz na sua *Teoria da Propriedade* acerca da função libertária da propriedade.¹¹⁴

Em 1950, quando Buber publicou seu livro *Caminhos da Utopia*, Moscou representava um dos polos econômicos do mundo (com seu férreo comunismo) e, obviamente, o outro polo era formado pelos Estados Unidos, com seu agressivo capitalismo. Buber chega a sugerir que Jerusalém era o terceiro polo, com o sistema econômico dos *Kibutzim*,¹¹⁵ e a realização efetiva do que antes era apenas considerado como socialismo

¹¹³ Pietro Nardella-Dellova. Teoria da Propriedade em Pierre Proudhon. Revista de Direito Civil da Fadipa. Edição v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p.6 e segs.;

¹¹⁴ Pietro Nardella-Dellova. Teoria da Propriedade em Pierre Proudhon. Revista de Direito Civil da Fadipa. Edição v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p.6 e segs.;

¹¹⁵ Martin Buber. *O Socialismo Utópico*. **op. cit.**, pp. 171;

utópico. Buber tinha plena clareza do que ensinou Landauer, de quem foi amigo, sobre os processos libertários de *utopia e topia*.¹¹⁶

- ***Kibutz: mero cooperativismo ou algo mais?***

Ainda que esse processo seja claro, alguns negaram, e negam ainda, qualquer característica proudhoniana nos *Kibutzim*. Nesse sentido, Bulgarelli lembra que Walter Preuss, em seu livro “*Co-operation in Israel and the World*” (1960), afirmou que o movimento *kibutziano* não tinha qualquer tipo de influência socialista, anarquista¹¹⁷ ou outra qualquer. Segundo ele, o objetivo era de um mundo novo, justo, socialmente melhor, e que surgiu das condições *nacionais* propícias. Afirma Preuss:

*“é preciso frisar que o movimento na Palestina, não seguiu em princípio nenhuma teoria socialista, anarquista ou qualquer outra preconcebida, tendo como objetivo um mundo novo, justo e socialmente melhor, mas que surgiu, preeminentemente, das condições nacionais e sociais do esforço colonizador do próprio país, e da condição espiritual dos imigrantes, a maioria dos quais não se teria enraizado no país a não ser por este movimento”*¹¹⁸

¹¹⁶ Martin Buber. *Idem*. pp. 162;

¹¹⁷ Em oposição a Preuss: Giora Manor, *La Natura Anarchica del Kibbutz*. *op. cit.*, p. 19, 20

Bulgarelli, que escreve o resultado de sua pesquisa em 1964, discorda de Preuss, e com razão, porque os participantes do movimento *kibutziano*, a partir de princípios do chamado socialismo utópico, além de forte influência de Tosloj,¹¹⁹ e outros anarquistas, escolheram espontaneamente viver e criar uma sociedade humanamente viável e digna.

Ademais, em 1960, Walter Preuss, com livro publicado em Jerusalém, não levou em conta a contradição de sua afirmação, pois, ao falar de *Kibutzim*, afirma que o movimento encontrou condições propícias *nacionais*, o que é um equívoco (para dizer pouco), já que o primeiro grupo, ainda que embrionário, data de 1882, sendo que o primeiro efetivo *Kibutz*, de Degania, fora formado em 1909, e Israel constituiu-se em Estado apenas em 1948, quando já havia centenas de *Kibutzim* e *Moshavot*.

Acrescente-se a isso, que Walter Preuss, ligado ao governo israelense de então, era responsável por disseminar, inclusive de forma legal e educacional, a doutrina cooperativa israelense, a fim de

¹¹⁸ Walter Preuss *apud* Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. *op. cit.* p. 18;

¹¹⁹ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. *op. cit.*, p. 18;

continuar no processo de regramento (e domínio) estatal dos *Kibutzim*. Para tanto, insistir no caráter de cooperativismo objetivava, ao mesmo tempo, eliminar qualquer filiação anarquista ou socialista e, portanto, de autogestão e liberdade plena, e conseguir quase que uma espécie de estatização dos *Kibutzim*.

O Primeiro objetivo foi conseguido pelo esvaziamento educacional e mudança programática escolar, eliminando-se qualquer dado sobre as origens ideológicas *kibutzianas*; o segundo objetivo não foi alcançado plenamente, dada a resistência (ainda hoje) dos *Kibutzim*, mas conseguiu o controle governamental dos mesmos.

Realmente, estamos diante do inverso: os *Kibutzim* e as *Moshavot* podem ter sido aproveitados como base, fundamento e estrutura social de formação do Estado de Israel, o que não estava, com certeza, entre os objetivos dos primeiros trabalhadores dos *Kibutzim*. Pode ser que estejamos falando da apropriação estatal de um movimento originalmente não estatal e não estatizante.

Ainda sobre as afirmações de Preuss, dirá Bulgarelli:

“O sistema adotado revela um conhecimento e uma inclinação para os ideais socialistas que, se bem que não expresso muito claramente durante a primeira realização kibutziana, em 1909, deixa entrever, entretanto, uma consciência amadurecida dentro das reivindicações socialistas. O fato de que, muitas vezes, essa ideia não tenha sido exposta em termos ideológicos, no período de fundação e consolidação do Kibutz, não invalida essa influência socialista, que se deixavam levar pelas necessidades práticas da sua obra. Até porque, conforme Darin-Drabkin, muitos colonos imigrantes, na maioria oriunda da Rússia, Polônia e Rumânia, foram consideravelmente influenciados pelas tendências socialistas e revolucionárias existentes àquela época entre a população da Europa Oriental; alguns tiveram ainda influência de Tolstoj. Sabe-se, também, que os fundadores dos Kibutzim seguiram com interesse o destino e o desenvolvimento das comunas religiosas e utópico-socialistas nos Estados Unidos em diferentes períodos.”¹²⁰

Ao considerar esse aspecto, Bulgarelli afirma que tal era a consciência dos membros do movimento, desde sua fase (ou dimensão) chamada de *kvutzá*, que os *Kibutzim* se inclinaram para formas mais coletivistas e cooperativistas (mutualismo), dentro de uma organização de tal forma orientada teoricamente, que chegaram a sofrer acusações, não apenas dos

¹²⁰ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa. op. cit.*, pp. 18-19;

conservadores, mas dos socialistas extremados (comunistas),¹²¹ e todos esses se colocaram, como obstáculo, no caminho do socialismo utópico, no qual Buber insere Proudhon.¹²²

Os membros destas organizações buscavam uma sociedade igualitária, de vida social comum quanto à igualdade, e individualista quanto à liberdade, recusando os modelos capitalistas, e, também, recusando-se a passar pelas fases, a que Bulgarelli chama de *stalinistas-marxistas*, e ele mesmo classifica como *abomináveis*, referindo-se à fase do *terror leninista e stalinista*.

Giora Manor confirma que o movimento *kibutziano* não era filiado ao marxismo ou comunismo,¹²³ sendo um equívoco essa conexão, ou conveniência governamental exatamente no momento do reconhecimento do Estado de Israel, já que Israel buscou o apoio da URSS, obtendo-o oficialmente.

Mas, segundo ela, e veremos adiante com mais aprofundamento, essa conexão governamental pós-1948 com os comunistas soviéticos, pelo reconhecimento do Estado israelense e,

também, pelo posicionamento dos soviéticos na luta contra os nazistas, bem como liberação de Campos de concentração (1945), criou terríveis contradições internas, já que os *Kibutzim* continuaram realmente existindo conforme pressupostos libertários, aliás, sendo plenamente libertários e, assim, nada no *Kibutz* lembrava o *marxismo* ou *comunismo*.¹²⁴

Afirma Manor que se criou não apenas uma contradição, mas uma verdadeira absurdidade ideológica, no enfrentamento entre Estado e Kibutz no que dizia respeito aos pressupostos comunistas e anarquistas:

*“nos anos 50, poucos tinham condições e discernimento para notar a absurdidade de se defender o marxismo vivendo ao mesmo tempo os princípios do anarquismo”*¹²⁵

Bulgarelli, em sua pesquisa, considera que o *Kibutz*, sem qualquer modelo comunista, tornou-se real, vivo, diverso e atuante.¹²⁶

Uma das demonstrações de que os *Kibutzim* tinham um caráter de teoria proudhoniana da propriedade reside no

¹²¹ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. **op. cit.** p. 20;

¹²² Martin Buber. *O Socialismo Utópico*. **op. cit.**, pp. 37-52;

¹²³ Giora Manor, *La Natura Anarchica del Kibbutz*. **op. cit.**, pp. 19-21

¹²⁴ Giora Manor, **Idem.** p. 19, 20;

¹²⁵ Giora Manor, **Ibidem.** p. 21

¹²⁶ Waldirio Bulgarelli. **Idem.** p. 21;

fato de que, com a Revolução russa de 1917, os membros dos *Kibutzim* que eram comunistas retiraram-se, assumiram um posicionamento antissionista, e se dirigiram para a Rússia a fim de contribuir com aquela ação revolucionária.¹²⁷

Além disso, a filiação à ideia do socialismo libertário dá ao movimento *kibutziano* um valor não necessariamente original no que respeita às ideias socioeconômicas, mas original porque se tornaram os concretizadores de tais ideias, consideradas (e condenadas por vários pensadores, entre os quais Marx) como irrealizáveis e utópicas.

Assim, afirma Bulgarelli, o mérito no *movimento kibutziano* é que os pioneiros dos *Kibutzim* não apenas realizaram o ideal de um socialismo não marxista nem comunista, mas, sobretudo, porque provaram que não eram *utópicos e irrealizáveis*.¹²⁸ De qualquer modo, não é fácil conceituar uma organização tipicamente *kibutziana*, não sendo ela comunista nem capitalista, não estando ligada a quaisquer tipos de governo ou de autoridade e, sobretudo, expressando na prática o que anarquistas

passaram quase um século debatendo no contexto europeu. Por isso, difícil estabelecer um conceito, como, aliás, é difícil o conceito para o próprio anarquismo, mas pelas características é possível chegar à ideia que inspira esse movimento.

É, e o afirma Bulgarelli, uma sociedade baseada na comunhão e no companheirismo (de *cum pagnis* ou, comer o mesmo pão), com esforço coletivo ou colaborativo na produção, consumo e educação, objetivando uma concepção integral de vida, com abolição da propriedade privada ou estatal (burguesa ou comunista),¹²⁹ desenvolvendo os valores e amor pelo trabalho (o que não significa emprego, como no mundo burguês, ou obrigação coletiva, como no comunismo), produção pessoal, com suprimento das necessidades de todos (a cada um conforme suas necessidades), dando cada um conforme sua capacidade, com direitos e deveres absolutamente iguais entre todos. Em síntese:

“os princípios da igualdade e de distribuição conforme as necessidades são obviamente os de maior importância na vida do Kibutz. Assegurar a homogeneidade de sua sociedade

¹²⁷ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. *op. cit.* p. 20;

¹²⁸ Waldirio Bulgarelli. *Idem*. p. 21;

¹²⁹ C. Lévi-Strauss, Kathleen Gouch e Melford Spiro. “*O Casamento e a Família no Kibutz*”. *op. cit.* p. 87;

e prevenir conflitos que possam como contrapartida nascer de diferenças. Ao mesmo tempo os princípios simbolizam o alto índice de justiça social alcançado pelo Kibutz."¹³⁰

As características do Kibutz podem ser indicadas da seguinte maneira:¹³¹

- *Bases sociais voluntárias, com adesão livre;*
- *Trabalho próprio, a fim de, conforme o ensinamento tolstoiano, reintegrar o homem à terra e, ao mesmo tempo, impedir-lo de explorar o trabalho alheio;*
- *Produção coletiva na terra;*
- *Igualdade absoluta na distribuição comunal do fruto do trabalho;*
- *Abolição da propriedade privada e também estatal ou comunista;*
- *Gestão horizontal e direta;*
- *Responsabilidade mútua, incluindo o cuidado com os idosos, crianças e aqueles que, por qualquer razão, tiveram sua capacidade diminuída;*

- *Relações diretas entre membros e coletividades em geral;*
- *Pleno contato com o mundo exterior, podendo se retirar a qualquer momento;*
- *O interessado nada paga para ingressar; e, ao sair, nada recebe, exceto algum valor para se adaptar à vida fora do Kibutz;*
- *Ao entrar, e trabalhar, ele é parte da sociedade e, ao sair, não tem mais quaisquer ligações com o Kibutz.*

Um dos ideais apregoados por Proudhon, mormente na sua *Teoria da Propriedade*, a fim de dar o equilíbrio às contradições refere-se à educação que, segundo ele, deveria ser completa. Aplicada aos *Kibutzim*, criou-se um sistema educacional, cujo objetivo foi evitar os conflitos que surgem entre *família, escola e meio social*, constatou Bulgarelli.

Assim, o projeto e a metodologia educacional, levado a efeito nos *Kibutzim*, preparou o jovem na completude do conhecimento, sem qualquer intenção de afastá-lo do mundo atual, apesar dos seus problemas, consciente das normas comunitárias e

¹³⁰ H. Darin-Drabkin *apud* Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa. op. cit.* p. 25;

¹³¹ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa. op. cit.* pp. 21-26;

ausência do lucro privado, a partir de valores *kibutzianos*, intenção que tem principalmente como meta despertar no jovem a noção exata do que seja companheiro (em hebraico, *chaver*),¹³² cujo sentido carrega os mais altos princípios da vida e ideais sociais.¹³³

Conforme Melford Spiro, ao analisar as relações do *Kibutz* com as crianças, há um extremo respeito pela criança, uma estima excepcional, porque o *Kibutz* vê-se a si mesmo como uma tentativa de revolucionar a estrutura da sociedade humana e suas relações sociais básicas. Por isso mesmo, a sua fé na capacidade para ter sucesso neste objetivo justifica-se quando, via educação e afeto, consegue formar toda uma geração *kibutziana*, com o propósito de continuar o projeto.¹³⁴

Bulgarelli relata encontro que teve no *Kibutz Or Haner*, e verificou o programa e orientação apresentados, segundo os quais a educação *kibutziana* visa conseguir um tipo de homem:¹³⁵

- *Ilustrado, dotado de conhecimentos atualizados e que*

seja capaz de intercambiar esses conhecimentos;

- *Que tenha uma concepção científica de mundo;*
- *Que seja fiel aos seus próprios princípios;*
- *Que seja solidário com a classe trabalhadora nacional e internacional;*
- *Que veja na coletivização os valores mais altos da vida;*
- *Que seja fiel ao povo;*

Ademais, a filosofia do *Kibutz* procurou resolver um problema que parece comum em todas as sociedades, a saber, a ausência dos pais, ou apenas do pai, no processo educacional da criança. Citando os textos de Egon Friedler, diz:

“Quarenta anos de experiência educativa no Kibutz afirmam que ela se fortalece. A influência dos pais na educação dos filhos continua tão básica como antes. Aliás, o Kibutz permitiu a descoberta de um novo fator educativo – o pai. Na cidade ele vive fora, trabalha e é para seu filho apenas uma espécie de deus ao qual a mãe apela para os castigos. No Kibutz não. Ele é o

¹³² “Chaver”, em hebraico, significa amigo, companheiro, no sentido latino da palavra: **cum pagnis** (eiro) ou, *aquele que divide e come do mesmo pão*. Portanto, não se trata apenas de uma amizade superficial, mas de uma amizade comprometida com a subsistência um do outro, bem como com a integridade física, espiritual, emocional e interpessoal;

¹³³ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. *op. cit.*, p. 37;

¹³⁴ C. Lévi-Strauss, K. Gouch e Melford Spiro. “*O Casamento e a Família no Kibutz*”. *op. cit.* p. 93-94;

¹³⁵ Waldirio Bulgarelli. *Idem*. p. 38;

pai que passa com seu filho as horas de lazer.”¹³⁶

Dada essa organização principiológica, o conflito entre os trabalhadores é praticamente inexistente. Nos *Kibutzim*, por exemplo, não existem policiais, pois o respeito é construído desde os encontros familiares e escolares, com aqueles ideais de vida em sociedade igualitária e livre.

Em seu livro *Israel em Abril*, Érico Verissimo visita e descreve a vida israelense, tendo feito ali várias visitas aos *Kibutzim*. Em um deles, entrevistando os membros, perguntou se ainda não se criou nos *Kibutzim* alguma estrutura burocrática, como na Rússia Soviética. E recebeu a resposta negativa, pois nos *Kibutzim* não se incentiva quaisquer tipos de carreira ou domínio político. Verissimo também ficou surpreso por saber que não havia quaisquer tipos de polícia, pois, segundo seus entrevistados, qualquer pessoa que fosse para um *Kibutz* já demonstraria, *a priori*, estar preparada e com conhecimento dos seus direitos e deveres.¹³⁷ Não é alguma coisa que uma polícia deva dizer a alguém do *Kibutz*.

¹³⁶ Egon Friedler, *apud* Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa. op. cit.*, p. 39;

¹³⁷ Erico Verissimo. *Israel em Abril*. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969, p. 186;

Bulgarelli registra que certo diplomata soviético, ao visitar um *Kibutz*, espantou-se por não ter encontrado quaisquer policiais.¹³⁸ Perguntando sobre isso, responderam-lhe que nos *Kibutzim* não precisavam de policiais ou de repressão porque não havia criminosos nem quaisquer pessoas sujeitas à repressão.

Proudhon sugeriu que para uma sociedade chegar a esse ponto, de elevado valor moral, respeito pelo outro e altíssimo nível cultural, duas coisas deveriam estar em harmonia: o uso da propriedade para sua função de liberdade e igualdade e, portanto, a abolição do *droit d'aubaine*, bem como uma educação pública e completa que apontasse para o jovem não um mundo de disputa e violência capitalista, mas de composição social e justiça. A ausência de policiais e, assim, de agentes repressores, deve-se inteiramente pela observância de tão elementar princípio proudhoniano:

“No regime comunista e estatista (e também no da economia burguesa), utilizam a polícia e a autoridade para garantir o mais fraco contra o mais forte, mas desgraçadamente, a polícia e a

¹³⁸ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa. op. cit.*, p. 36;

autoridade, desde quando foram criadas, não atuaram senão para aumentar a vantagem do mais forte, do qual potencializaram os meios de usurpação."¹³⁹

Depois da sua pesquisa sobre os *Kibutzim*, inclusive presencial, Bulgarelli, que durante muitos anos foi Professor titular da Cadeira de Direito Comercial e Cooperativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e incentivador dos mais variados projetos de cooperação, chegou à conclusão de que os *Kibutzim* não são, nem podem ser, simples sistemas do cooperativismo, pois têm *status* muito mais elevado e complexo. A fim de se evidenciar a conclusão desta importante pesquisa, torna-se de especial importância, ainda que por trechos selecionados, registrar alguns tópicos das suas percepções e conclusões:

O Kibutz tem sido considerado mais do que uma cooperativa. E o que há de diferente entre o Kibutz e a sociedade cooperativa? Parece-nos, antes de tudo, que um fato ficou bastante claro – é que todo o sistema kibutziano repousa, básica e fundamentalmente, na cooperação, na ajuda mútua, na solidariedade. Negá-lo, seria negar o próprio Kibutz. Dito isso, claro que não é o suficiente para, só por si, outorgar-lhe a qualidade de cooperativa, pois que de há muito já se separou o conceito de cooperação do de cooperativismo,

e muitas entidades há que, embora praticando a cooperação, nem por isso podem ser chamadas corretamente de cooperativas.

O cooperativismo é entendido como uma doutrina, ou um sistema doutrinário, que tem como base a democracia econômica, que seria um sistema mais justo e humano na distribuição da riqueza, constituído de uma série de princípios que devem ser observados na prática. (...) Contudo, outro aspecto que não deve ser olvidado – é o da ligação que tem existido entre o cooperativismo por um lado, e outras ideologias de cunho reformista, como o socialismo, em todos os seus tipos, e por outro, com o regime ou sistema econômico-social em que atua, como é o caso dos países de economia capitalista. (...)

Diante dos princípios que norteiam o cooperativismo (...) e visto o Kibutz em seu conjunto, vê-se que o mesmo apresenta uma forma de vida de trabalho quase perfeita e, como tal, está mais próximo do ideal de cooperação sonhado por idealizadores do cooperativismo. (...) Mas, embora o Kibutz combine de forma harmoniosa o liberalismo com o socialismo, o cooperativismo tem se inclinado mais para o campo liberal do que para o socialismo, sobretudo na ação econômica (...).

O Kibutz, por seu turno, deu maior ênfase para o ideal socialista e, afastando-se das correntes conhecidas, suplantou o marxismo-leninista, consagrando a máxima muito superior: “de cada um, segundo sua capacidade; e a cada um, conforme suas necessidades” – bem mais completa e humanista. (...) A cooperativa, por sua vez, não atende, em tese, às necessidades de seus membros, ao passo que no Kibutz, toda a

¹³⁹ Pierre-Joseph Proudhon. *La Propriété (Teoria della Proprietà)*. *op. cit.* p. 188;

atenção está voltada para as necessidades dos seus membros. (...)

É, portanto, nessa visão integral e humanista, que o Kibutz ultrapassou o cooperativismo, que embora dela não se tenha descuidado, não está estruturado, entretanto, para atingi-la, enquanto o Kibutz conseguiu-o amplamente. (...)

O Kibutz surge como uma nova fórmula social integral de vida e de trabalho, visando, em última análise, a melhoria das condições de vida do homem, tanto espiritual como fisicamente, através da comunhão de esforços, da solidariedade, da cooperação e da ajuda mútua.¹⁴⁰

Os *Kibutzim* são únicos porque sua característica de sociedade integral, envolvendo todos os aspectos da vida dos seus membros. Desde o sistema de produção, distribuição, trabalho, repartição dos frutos do trabalho, até a educação das crianças, ele envolve todas as facetas da vida, de modo integral e intenso, inibindo, na prática, o desvio individualista e egoístico,¹⁴¹ com sentido ideal socialista (não comunista nem estatizante), que faz lembrar Jesus (*aliás*,

um judeu, rabino e libertário) e os seus discípulos da comunidade original de Jerusalém.¹⁴² O Prof. Goffredo da Silva Telles, que foi professor durante muitos anos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, e autor de vários livros, entre os quais, *Carta aos Brasileiros*, de 1977, comungava do mesmo princípio acerca dos Ensinamentos de Jesus de Nazareth e a vida cotidiana, sobretudo, na prática jurídica,¹⁴³ bem como sua defesa incansável pelo melhor Ensino Jurídico.¹⁴⁴

2. A topia kibutziana versus o Mercado e o Estado

Os primeiros *Kibutzim* formaram-se embrionariamente a partir de 1870 e, efetivamente, a partir de 1909. De início, foram núcleos agrícolas e, apenas depois passaram também a produzir de modo industrial, embora mantivessem os princípios norteadores ou, como disse Buber, a ideia.

¹⁴⁰ Waldirio Bulgarelli. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa. op. cit.*, pp.73-78;

¹⁴¹ Waldirio Bulgarelli. *Idem.* pp. 13 e 78;

¹⁴² *Atos dos Apóstolos* (Bíblia) Cap. 4: 32-35;

¹⁴³ Encontro entre o Prof. Goffredo Telles Junior e o Prof. Pietro Nardella-Dellova, 2006. Registro Parte I do Encontro <https://youtu.be/6wn9AP-r3H4>;

Encontro entre o Prof. Goffredo Telles Junior e o Prof. Pietro Nardella-Dellova, 2006. Registro Parte II do Encontro <https://youtu.be/A8g-VdGPrwM>;

¹⁴⁴ Pietro Nardella-Dellova. *A Morte do Poeta nos Penhascos e Outros Diálogos/Monólogos. op. cit.*, pp. 225-234;

Cada um deles, embora relacionados com os outros, possuíam regramentos próprios e independentes, mantidos os critérios de coletivismo ou cooperativismo, neste caso, foi visto com Bulgarelli que apenas de forma açodada pode-se usar a palavra cooperativismo, pois, na prática, reconhecido por ele, o movimento ultrapassou, e muito, qualquer hipótese de cooperativismo. O que houve foi um misto de mutualismo com posse coletiva da terra ou propriedade privada, sem qualquer imposição estatal, de caráter anarquista.

Sabe-se que o conceito referente à anarquia, especialmente com Proudhon, bem como o conceito de anarquismo, não tem a ver com ausência de regras, desordem, bagunça ou caos. O direito e o regramento existem no contexto anarquista, aliás, como proposto por Proudhon quando conclui que seu objetivo é a *ordem na anarquia*.

¹⁴⁵

A questão do anarquismo, se assim podemos dizer, é saber se o direito é legítimo ou ilegítimo, horizontal ou vertical, imposto ou criado no seio da sociedade. Claro está que o direito está

intimamente ligado à anarquia, desde que excluído qualquer poder hierárquico, impositivo e, por isso mesmo, atrofiante, opressivo e despótico.

Os *Kibutzim* souberam, antes de tudo, manter a autonomia de cada núcleo e, portanto, a autogestão, bem como regradar, de formar horizontal, suas atividades e seus núcleos, independentemente uns dos outros, criando um tipo de pluralismo jurídico. Regras propostas, debatidas, enfrentadas e, finalmente, aprovadas por todos, conforme atesta Gerardo Lattarulo, judeu anarquista, de Turim, que se tornou membro do *Kibutz Shomorat*.¹⁴⁶ Eis o direito *kibutziano*, que é por isso mesmo perfeitamente proudhoniano.

E, conforme atesta Lattarulo, os membros do *Kibutz* decidiam sobre o regramento do mesmo, porém respeitados alguns dos princípios e valores anarquistas que, por conta disso, não podem ser modificados por qualquer regra. Por exemplo, o princípio que, segundo ele, é central: *a cada um segundo as suas necessidades; de cada um segundo as suas capacidades*.

¹⁴⁵ Pierre-Joseph Proudhon. *Qu'est-ce que la Propriété?* in *Oeuvres Complètes*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926, pp. 338-339;

¹⁴⁶ Gerardo Lattarulo. *Sul Kibbutz*, Colloquio M. Matteo e E. Penna. A - *Rivista Anarchica*, a. 21, n. 187, 12.1991: www.arivista.org/index.php?nr=187&pag=18715.html último acesso 25.7.2018.

Mas tais princípios anarquistas foram sendo abandonados ou se enfraqueceram, e determinados comportamentos, como comerem na mesma mesa, sem qualquer consumo privado, obter a educação solidária dos filhos.

No Colóquio, Lattarulo aponta ao menos dois motivos: um deles é certa inclinação à vida privada e, com isso, o acesso a determinados produtos de fora, como, por exemplo, a compra de uma cafeteira, e cita uma frase recorrente nos vários *Kibutzim*: “a crise do *Kibutz* começou no dia em que entrou nas casas a primeira cafeteira pessoal”. O outro motivo é o próprio Estado de Israel e, com seu estabelecimento, em 1948, um constante estado de guerra e de conflitos, razão pela qual os filhos passaram a ficar com a própria família, retirando um pouco da liberdade que pais e mães tinham.¹⁴⁷

Por conta do desenvolvimento econômico dos *Kibutzim*, em vez de se poder retirar o fruto do próprio trabalho, os membros passaram a receber em dinheiro, a fim de assumirem os custos de suas necessidades. Mas, ao entrar no

mercado, abandonar seus fundamentos e interagir com o mundo econômico externo, o que Proudhon chamava de economia política burguesa, os *Kibutzim* renunciaram a dois de seus objetivos:¹⁴⁸ não trabalhar por lucro e servir como modelo para o mundo.

De fato, o primeiro diferencial do *Kibutz*, anota Geiger, é não atuar a partir da perspectiva do lucro, motivo expresso da alienação das sociedades burguesas, isto é, capitalistas e, por isso mesmo, criaram um mundo cuja economia não se volta para si mesma, mas tem uma função soberana: a melhora – e manutenção da melhora, da vida de seus membros.¹⁴⁹

O outro dos seus ideais foi o de mudar o mundo externo, isto é, influenciar efetivamente o mundo externo.¹⁵⁰ O *Kibutz* tinha esta dimensão e este propósito: é possível mudar o mundo a partir de um ponto estabelecido, especialmente não estatista, não comunista e não capitalista.

É o pensamento que norteou os principais libertários, judeus ou não judeus, mas no judeu libertário teve um elemento novo. Löwy, ao tratar dos

¹⁴⁷ *Idem*;

¹⁴⁸ *Ibidem*;

¹⁴⁹ Paulo Geiger, Saul Fuks (org.), Celso Lafer *et alii*. *Tribunal da História: Julgando*

Controvérsias da História Judaica. op. cit. p. 191;

¹⁵⁰ *Idem*. p. 188;

judeus anarquizantes europeus, entre os quais Landauer, faz uma análise da dimensão messiânica do anarquismo judaico.

Sugere que, para Landauer, o Messias, diferentemente do pensamento cristão, não seria um homem, uma pessoa singular, mas todo um povo – o povo judeu. Eis as palavras de Landauer:

“Uma voz irrefutável, como um grito selvagem que ressoa no mundo inteiro e como um suspiro em nosso foro íntimo, nos diz que a redenção do judeu só poderá dar-se ao mesmo tempo que a da humanidade, e que as duas são uma só e mesma coisa: esperar o Messias no exílio e na dispersão, e ser o Messias dos povos.”¹⁵¹

Não se tratava apenas de perder o objetivo inicial de ser um núcleo exemplar para o mundo, mas de se perder nos padrões produtivos do mundo. Um dos problemas graves descaracterizadores do *Kibutz* deveu-se à perda da participação dos membros, como de início, de forma direta, dando lugar a um Conselho diretivo.

O Conselho tomou algumas decisões sem consultar os membros do *Kibutz* como, por exemplo, o processo de automação, a contratação de trabalhadores externos assalariados,

fragilizando e inibindo o espírito *kibutziano* e, em especial, a organização horizontal (autogestão, mutualismo, expressão da vontade e liberdade). Na verdade, as decisões tomadas pelo conselho expuseram algo de complicado: criou-se, dentro do *Kibutz* inspirado por valores libertários, um tipo de burocracia técnica, como nos modelos soviéticos, denuncia Lattarulo.¹⁵²

Assim, teoricamente, o *Kibutz* é uma sociedade de autogestão por excelência, mas na prática não o é mais há muitos anos. Com o crescimento do *Kibutz*, e sua burocratização diretiva, a autogestão cedeu lugar para administração especializada, sobretudo em questões econômicas e financeiras. Isso se deu, segundo Lattarulo, desde que o *Kibutz*, abandonando seus princípios, entrou na economia de mercado.

Esse fato não apenas fez o *Kibutz* perder sua originalidade e inspiração, mas, exatamente por isso mesmo, a desigualdade comumente encontrada na economia política, denunciada por Proudhon, adentrou o *Kibutz*, criando classes distintas onde antes havia igualdade e comunhão. Outro aspecto negativo, advindo com a desigualdade, refere-se, segundo ele, à quebra de

¹⁵¹ Gustav Landauer, *apud* Michael Löwy. *Romantismo e Messianismo*, *op. cit.* p. 161;

¹⁵² Gerardo Lattarulo. *Sul Kibbutz*, *op. cit.*;

valores éticos e políticos do *Kibutz* que, intentando dar à sociedade externa exemplos, acabou por adotar-lhe o comportamento e ética – contra os quais combateu.

Dentro desse cenário, ainda se criou uma diferença de comportamento de visão entre os membros mais antigos e os novos. Os membros mais antigos, ainda ligados aos valores iniciais, consideravam o *Kibutz* sua casa e seu modo de viver. Para os tais, o *Kibutz* era um *ethos* de vida, um comportamento libertário, a realização de uma antiga utopia. A utopia, no contexto do *Kibutz*, deixava de ser uma ideia vaga, e passava a ser a experiência, real e intensa.¹⁵³

Há outra razão que motivou a desconstrução dos *Kibutzim* atuais. Eles não têm mais as mesmas características originais, pois se converteram em verdadeiros projetos de produção e distribuição de bens. Pela evolução que acompanhamos, incluindo as pesquisas locais, é possível afirmar que os *Kibutzim* possuem, ao menos, três fases muito claras:

- Aquela dos primórdios, com todos os elementos socialistas e anarquistas

presentes, como o ideal comunitário não estatista, a utopia de que é possível criar um espaço de igualdade, liberdade, companheirismo e partilha,¹⁵⁴ com a ruptura com padrões europeus de vida;

- A fase que vai da revolução russa até 1948, pois nesse período estabeleceu-se a diferença entre os modelos comunistas e anarquistas,¹⁵⁵ não em termos de qualidade, mas de escolha e, por isso, muitos membros dos *Kibutzim*, após a revolução, deixaram as terras palestinas, abandonaram seus *Kibutzim* e se dirigiram para a Rússia, ficando outros com a convicção de uma sociedade não comunista, mas anarquista;
- E a fase do após 1948, com criação do Estado de Israel, que, aliás, encontrou forte oposição dos *Kibutzim*,¹⁵⁶ pois a grande maioria era de tradição não nacionalista (característica básica anarquista), e da Universidade Hebraica de Jerusalém (fundada em 1925). E, a partir de então, o próprio Estado foi, pouco a pouco,

¹⁵³ *Idem*;

¹⁵⁴ Paulo Geiger, Saul Fuks (org.), Celso Lafer et alii. *Tribunal da História: Julgando Controvérsias da História Judaica*. *op. cit.*, 187;

¹⁵⁵ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz*, *op. cit.* p. 20;

¹⁵⁶ Hannah Arendt. *Escritos Judaicos*. *op. cit.* p. 723-724;

apropriando-se dos *Kibutzim*, e estabelecendo projetos políticos e governamentais.¹⁵⁷ Parece certo que após esse período, o que era apenas *Kibutz judaico*, de caráter libertário, tornou-se, ou foi paulatinamente se tornando, *Kibutz israelense*.

O estatismo israelense, isto é, o culto à autoridade e à segurança, foi um tipo de desvio de objetivo do ponto de vista *kibutziano*, e Lattarulo o confirma, bem como o *Kibutz* do qual faz parte, pois aquele movimento sionista (de retorno a Sião), que marcou a movimentação de muitas famílias judias para as terras palestinas organizando os primeiros núcleos *kibutzianos*, não tinha objetivo político, mas de busca de um refúgio contra as perseguições.

Com o estabelecimento do Estado israelense começou um conflito que poderíamos simplesmente chamar de *Kibutz vs Israel* (e não, certamente, nenhum juízo de valor nisso, mas apenas uma constatação). Esse conflito ganhou contornos políticos e jurídicos definidos, expondo as diferenças do ideário dos *Kibutzim* e do Estado de Israel.

O governo israelense aprovou, no início dos anos 50, uma Lei de Educação Estatal, determinando-se que em todas as Escolas, incluindo as dos *Kibutzim*, deveriam alçar apenas a bandeira nacional. A Lei entrou em vigor a partir de 1953, e as bandeiras vermelhas,¹⁵⁸ e as obviamente negras, tiveram que ser obrigatoriamente retiradas, impondo-se, desde então, a primazia do Estado.¹⁵⁹

Se o *Kibutz* carregava em sua natureza os valores anarquistas resumidos por Berti, a saber: *igualdade, diversidade, solidariedade, pluralidade, horizontalidade, autogestão*,¹⁶⁰ da *liberdade, do regramento interno, do mutualismo e de suas federações*, ou seja, todas as históricas características anarquistas e, portanto, de expressão libertária, esperava-se, por óbvio, o contrário do Estado (de qualquer Estado), ainda que seja democrático, sobretudo, o direcionamento das energias sociais e políticas para a autoridade, verticalidade, imposição programática e regramento estatal. São duas forças em constante luta: liberdade e autoridade. Proudhon destaca que tais

¹⁵⁷ Giora Manor. *Idem*. p. 21;

¹⁵⁸ Abraham Avi-Hai. *David Ben Gurión: El Constructor del Estado Judío*. B. Aires: Amia, 1997, p. 105;

¹⁵⁹ *Idem*. p. 100;

¹⁶⁰ Giampietro Berti. *Un'Idea Esagerata di Libertà*. Milano: Eleuthera, 1994, p. 13;

forças são inconciliáveis, condenadas a se anularem.¹⁶¹

O movimento tinha uma forte influência do socialismo anarquista, ou do movimento anarquista judaico europeu, do qual Landauer e Buber faziam parte, entre outros tantos. Afirma Lattarulo que

“não havia qualquer propósito de fundar um Estado onde o judeu pudesse viver, mas de criar sociedade diversa,¹⁶² por isso não se falava em estabelecer um Estado, mas apenas de um posto onde o judeu pudesse viver, e esse posto era exatamente o Kibutz.”¹⁶³

Realmente, os sentimentos, como observa Hannah Arendt, de grande parte dos *kibutznik*¹⁶⁴ não eram, aliás, nunca foram, estatistas. Além de antiestatistas, também eram antinacionalistas.¹⁶⁵

Com o estabelecimento do Estado de Israel, os *Kibutzim* e a própria Universidade Hebraica de Jerusalém revelaram um ponto divisor no sionismo: um deles, de tradição política, cujo objetivo era a criação de um Estado;

outro, de criação do lar judaico, não estatal, ao qual estavam filiados, entre outros, Martin Buber, Hannah Arendt, Albert Einstein e os pioneiros dos *Kibutzim*.

Por isso mesmo, criou-se, como dito acima, um tipo de tensão Kibutz/Universidade x Estado de Israel, com propostas diversas sobre a região. Além disso, criou-se ou expandiu-se a crise entre judeus e árabes, que se converteu em conflito israelo-árabe e, depois, conflito israelense-palestino e, finalmente, na questão palestina.¹⁶⁶

Em relação aos árabes e judeus, o posicionamento de Judah L. Magnes (em 1946), cofundador ex-reitor da Universidade Hebraica, na condição de judeu palestinese não nacionalista, apresentou um quadro específico, pois, segundo ele, a resposta judaica ao desafio árabe se baseava em duas suposições:

“a primeira é a de que a cooperação entre árabes e judeus é não apenas essencial, mas também possível; a alternativa a isso é a guerra.”¹⁶⁷

¹⁶¹ Pierre-Joseph Proudhon. *Del Principio Federativo. op. cit.*, p. 71;

¹⁶² Gerardo Lattarulo. *Sul Kibbutz, op. cit.*;

¹⁶³ *Idem*;

¹⁶⁴ Morador de Kibutz.

¹⁶⁵ Hannah Arendt. *Escritos Judaicos. op. cit.*, pp. 656 e 719;

¹⁶⁶ Maria Fernanda Vomero, Moara Crivelente, Rafaela Barkay, Abdel Rahman Abu Hwas e Pietro Nardella-Dellova (org.). *Olhares Críticos sobre o Conflito Israel-Palestina*, in Antropologia Jurídica: Uma Contribuição Sob Múltiplos Olhares. 2ª ed. SP: Scortecci, 2018, pp. 338-366;

¹⁶⁷ Hannah Arendt. *Idem*. p. 723;

Ele ainda reconheceu que a região palestinese, por conta da presença de árabes e judeus, bem como cristãos, sendo a Terra Santa para três das maiores religiões do mundo, já havia nascido, não para ser o Estado de Israel, mas, por vocação e natureza, um Estado binacional.¹⁶⁸

Na Antiguidade grega, Epicuro, outro caracteristicamente libertário, tinha uma ideia precisa sobre vizinhos, tal qual a dos membros dos *Kibutzim* e da Universidade Hebraica, e que poderia servir como parâmetro para solução de conflitos de qualquer natureza, conforme relembramos abaixo:

*“o homem que soube enfrentar melhor o temor de inimigos externos transformou, por assim dizer, em uma família, todas as criaturas que podem reunir, e aquelas que não podem, ao menos não tratou como estranhas. (...) Todos os homens capazes de proporcionar-se a mais completa segurança em relação aos vizinhos quando convivem da maneira mais agradável, pois têm a mais certa garantia de segurança.”*¹⁶⁹

Enfim, a questão utópica dos *Kibutzim*, por conta desses vários

fatores, ficou comprometida, condenando um projeto a uma situação de estrangulamento, sufocamento e, talvez, a morte – ainda que demorada.

3. A topia kibutziana em busca de uma nova utopia

A título de encerramento, a fim de se lançarem algumas luzes sobre o movimento *kibutziano*, bem como sobre a situação atual desta que foi a maior e mais longa experiência com características anarquistas, socialistas e libertárias, é necessário recuperar a fala de alguns ex-membros de *Kibutzim*.

A reflexão a que o *Kibutz* deve se permitir, segundo Giora Manor, judia, jornalista e crítica de teatro e dança, nascida em 1938 no *Kibutz Mishmar HaEmek*, onde permaneceu até 2005, ano de seu falecimento, em seu Artigo “A Natureza Anarquista do Kibutz”, de 1993,¹⁷⁰ não passa mais pela lembrança dos grandes debates ocorridos entre marxistas e anarquistas, mormente entre as obras de Marx e Proudhon, além de outros.

¹⁶⁸ Hannah Arendt. *Ibidem*. p. 723;

¹⁶⁹ Epicuro, *apud* DIÓGENES LAÉRTIOS. *Vidas e Doutrinas dos Filósofos Ilustres. (Vitaes Philosophorum)*. Trad. do grego, intr. e notas de Mário G. Kury. Brasília: UnB, 1988, p. 321, 322;

¹⁷⁰ “A Natureza Anarquista do Kibutz”, publicado originalmente no *Kibbutz Trends*, n. 10, summer 1993 (Yad Tabenkin), reproduzido na *Rivista Anarchica* (anno 24, n. 214, 12/1994 e 1/1995) e, também, no *Bollettino Centro Studi Libertari*. Milano: Eleuthera Editrice / Archivio Pinelli, 2000;

Os anarquistas, afirma ela, insistiam em uma futura sociedade voluntária, a qual quem quisesse poderia unir-se e, depois, abandonar.¹⁷¹ Os comunistas imaginavam um Estado forte, que imporia sua vontade, pelo bem do proletariado, isto é, de uma classe. Esse debate se perdeu na história do século XX.

Não se falava, em termos oficialmente ideológicos, de anarquismo nos *Kibutzim*, aliás, nem de socialismo ou comunismo, principalmente depois de 1948. Muitos confundiam uma coisa com outra. Além disso, houve outra confusão semântica em relação às palavras anarquia e anarquismo, pois a palavra anarquia apresentava-se para muitos membros do *Kibutz* como desordem. Platão já tinha condenado essa palavra a uma compreensão negativa: *caos e desordem*.¹⁷² Ou, menos grave, figurava como ausência de governo e de lei e, portanto, de regramento, aspectos tratados por Proudhon, para quem esta confusão semântica se deve à ignorância e ao preconceito.¹⁷³

¹⁷¹ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz*, *op. cit.*, p. 19;

¹⁷² PLATONE. *La Repubblica*. Introduzione di Francesco Adorno; traduzione di Francesco Gabrieli (italiano e greco). Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 1997, pp. 600-613;

Conforme Manor, não se poderiam confundir esses conceitos ou considerá-los apenas sob um ponto de vista em pleno século XX, e na experiência *kibutziana*. No *Kibutz* houve confusão não em relação à prática diuturna do anarquismo, característica *kibutziana*, mas do conceito em si.

Os judeus *kibutzianos* não podiam se assumir explicitamente como anarquistas, porque viviam em uma sociedade explicitamente organizada e regrada, o que lhes parecia contradizer o conceito, apesar de anarquia e anarquismo não terem a ver com ausência de leis e regramentos, mas com a recusa e resistência a leis impostas verticalmente.

Pois bem, afastado o equívoco, o regramento era consolidado a partir da sugestão, debate e vontade de todos. Desde o momento em que foi concebido, há mais de um século, o *Kibutz* manteve-se sempre como uma sociedade livre e autogestiva, regrada horizontalmente, o qual podia ser deixado pelo *kibutzink*, como é chamado cada membro, a qualquer momento, como muitos

¹⁷³ Pierre-Joseph Proudhon. *Qu'est-ce que la Propriété?* in *Oeuvres Complètes*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926, p. 339;

fizeram, e fazem ainda, posto que a livre consciência e vontade sempre foram princípios mantidos de modo intrínseco, fundante e constitutivo.

No que respeita às decisões e regramentos, o *kibutznik* tinha perfeita consciência de que os mesmos deveriam ser respeitados, já que deles havia participado, não como votante, mas como proponente, debatedor, questionador e, finalmente, criador. Para Manor, a verdadeira definição de anarquismo não é a de uma sociedade sem leis ou sem regras, mas de uma sociedade fundada sobre o princípio de livre proposição e aceitação das leis e das decisões. Leis propostas por qualquer um e que tenham sido discutidas e aceitas pela sociedade, através do consenso, sem coerção ou sanções impostas. É isso o que ocorreu no *Kibutz*.¹⁷⁴ Ela reconheceu que o *kibutz*, cuja conceituação permanecia complexa, uma vez que se tratava de uma singular experiência e, sobretudo, por ser a única experiência duradoura com características anarquistas, vivia, havia anos, a crise de sua identidade e de sua função, pelas razões acima expostas: mercado, estatismo, conflitos regionais, entre outras tantas.

Ao se permitir adentrar o mercado, o *Kibutz* acabou por assumir as características deste mesmo mercado, com tudo o que significa o mercado e, além disso, depois de décadas de desenvolvimento, sem qualquer autoridade estatal (de 1870 a 1948), viu-se sob a autoridade de um Estado – um Estado em guerra continuada desde sua origem em 1948.

Não basta constatar que o *Kibutz* está sufocado entre o Mercado e o Estado – e suas variáveis, nem tampouco se pode reavivar sua chama originária. O que realmente importa é descobrir se o *Kibutz*, esta *topia* encantadora, e fruto de uma *utopia* libertária, que encontrou com toda a oportunidade histórica a alma judia libertária europeia, tem realmente condições atuais, ou se ao menos suporta reerguer-se e buscar nova *utopia*.

Para isso, seria preciso rever e reconsiderar seu percurso histórico e, optar ou superar, e avançar – ou morrer, e ficar nas páginas da história como uma boa e significativa experiência humana. No meio do turbilhão, é difícil compreender qual o seu papel hoje e, também, qual a dimensão do utopismo que o inspirou nas primeiras décadas, mas que, agora, de qualquer modo

¹⁷⁴ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz*, *op. cit.*, p. 19;

perdeu completamente seu colorido. Um dos pontos apresentados como sinal de sua crise e fragilização é, a despeito do egoísmo de mercado, e do autoritarismo estatal, a confusão ideológica que marcou sua trajetória. Sabendo disso, talvez fosse possível uma direção.

Manor considerava a fragilização *kibutziana* já nos anos 90, resultado da falta de uma robustez teórica. De início, um dos pontos complexos era a caracterização do *Kibutz* como filiado à corrente comunista. O outro é o seu anarquismo paulatinamente enfraquecido, porque não consolidado enquanto teoria e fundamentos para suas escolas e núcleos.¹⁷⁵

Esta complexidade (que é um problema) resulta da ideia de que o *Kibutz* era comunista porque era, no geral, coletivista. Mas a conexão com o marxismo e o comunismo, segundo ela, terminaria nisso. Por isso mesmo, a falta de uma robustez teórica levou o *Kibutz* a um estado de fraqueza. Quando se verificam os fundamentos do *Kibutz*, sua natureza, características, *ethos*, comportamento de seus membros, autogestão, mutualidade, enfim, todos os aspectos da experiência *kibutziana*, não

restam quaisquer dúvidas de que se tratava de uma experiência anarquista. Por outro lado, segundo Manor, nada no *Kibutz* lembrava o comunismo ou marxismo.¹⁷⁶ Entender isso seria importante, não por conta da história *kibutziana*, mas para (talvez) sua retomada de fôlego e desenvolvimento social.

Obviamente que se fala de um ponto histórico absolutamente diverso de 1870, 1882 e 1909. Hoje, no meio do caminho há um Estado e não mais uma região geograficamente chamada de *Palestina*.¹⁷⁷ Ademais, há a *questão palestina*, agora povo, a ser resolvida. É mais do que um problema interno ao *Kibutz*, pois, além de rever seu posicionamento teórico interno, surge a questão de como responder a temas tão difíceis cuja dimensão alcança duas realidades, de início, estranhas ao *Kibutz*: as relações entre judeus e árabes e, hoje, entre israelenses e palestinos.

Aliás, tema do qual não fugiu Martin Buber, constantemente ocupado (e não compreendido) em estabelecer pontes de convivência entre os dois

¹⁷⁵ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz*, *op. cit.* p. 20;

¹⁷⁶ Giora Manor. *Idem.* p. 19;

¹⁷⁷ Vide nota final ao primeiro capítulo sobre o conceito geográfico de “Palestina”;

povos,¹⁷⁸ o que ele chamava, para todos os efeitos, experiências e casos (internos ou externos ao *Kibutz*), de *receptividade*:

“o ponto em que a problemática se manifesta, o ponto em que se produz o afrouxamento, é a relação com o companheiro. Não me refiro, absolutamente, à questão tão discutida a seu tempo, da intimidade (...), refiro-me a algo que nada tem a ver com a extensão da comunista. Trata-se de receptividade. Uma comunidade autêntica não precisa ser constituída de homens que se façam constantemente companhia; deve ser composta de homens que, justamente como companheiros, sejam mutuamente receptivos e bem dispostos.”¹⁷⁹

De qualquer modo, entender esse fenômeno na vivência *kibutziana* é o primeiro passo para, depois, se descobrirem quais sejam os sintomas da crise na qual está mergulhado o *Kibutz*. Mas isso não significa qualquer manifestação de saudosismo ou mesmo de compreensão do que seja comunismo e do que seja anarquismo. O tempo histórico é outro.

Ademais, entre 1909, data oficial do primeiro *Kibutz*, e 2020, não se contam apenas, pelo calendário, mais de cem anos, mas contam-se os fatos históricos: Primeira Guerra Mundial,

Revolução Russa, Segunda Guerra Mundial, Holocausto, Estado de Israel, conflito continuado Israelo-Árabe e a questão Israel-Palestina, apenas para citar os mais impactantes.

Por isso, a questão volta-se para o ponto zero, e tem a ver com a inclinação e natureza intrínseca do *Kibutz*, sua reavaliação enquanto núcleo libertário, ou, talvez, com a redescoberta de um original e entusiasmado *eu kibutziano*, perdido na senda histórica, não apenas na confusão conceitual do coletivismo/marxismo, mas na sua desconstrução acentuada por conta de uma economia cada vez mais neoliberal, especulativa e insustentável – e criadora de violência e *droit d’aubaine*,¹⁸⁰ como sói acontecer com economias voltadas para o mercado especulativo.

Segundo Manor, a crise do *Kibutz* é muito grave e perigosa, pela falta de suporte teórico de base, criado pelo desprezo contemporâneo aos seus princípios libertários, que lhes foram aplicados efetivamente, mas não programaticamente. Talvez hoje, para salvar o *Kibutz*, seja mais importante

¹⁷⁸ Martin Buber. *Il Cammino dell’Uomo*. Trad. di Gianfranco Bonola. Magnano: Qiqajon, 1990, p. 14;

¹⁷⁹ Martin Buber. *O Socialismo Utópico*. *op. cit.*, p. 166;

¹⁸⁰ Vide nosso Artigo citado;

revisitar o movimento libertário em relação.¹⁸¹

Hadassa Bankir, que nasceu no *Kibutz* perto de Haifa, em 1948, filha de pai polonês e mãe russa, aceitos no *Kibutz* palestinese, respectivamente em 1928 e 1932, onde viveu até 1956, quando sua família se mudou para Jerusalém, formou-se em Literatura e Filosofia Hebraica na Universidade Hebraica. Em entrevista concedida a David Schoenbrun, Robert e Lucy Szekely, autores do livro *Os Novos Israelenses*, descreveu a vida que tinha tido no *Kibutz*: *felicidade, liberdade sem limites, segurança e comunhão com todos*.¹⁸²

Segundo ela, seus pais se desiludiram com o *Kibutz* em 1956, quando o *Kibutz* *começou a perder seu idealismo original, seu socialismo, sua dedicação, tornando-se apenas uma unidade de produção mais eficiente e econômica*.¹⁸³ Mas ela deixou claro que a significação para ela, nascida no *Kibutz*, era diferente da que tinham tido seus pais, por isso mesmo nunca questionou o porquê de seus pais se referirem às mudanças que ocorreram do

início, com o idealismo socialista, para o pragmatismo econômico que se verificou a partir dos anos 50.

Havia dois universos: um do *Kibutz*; outro do mundo externo. Por isso mesmo, os *kibutziniks*, como ela, precisam de tempo para se adaptar à sociedade regular e econômica, dado o caráter plenamente integrado da vida social em um *Kibutz*. Porém, o universo do *Kibutz*, após 1948, encontrou-se dentro do universo maior, israelense, que passou a determinar a vida, a educação e as relações sociais externas, colocando em fragilidade a educação e experiência *kibutzianas*, pois os jovens nascidos em *Kibutzim* passaram a ter uma perspectiva que seus pais não tiveram, ou seja, a de uma vida israelense para além do *Kibutz*.

Por isso mesmo, o *Kibutz* passou a ser um sonho, uma utopia (segundo Hadassá, um conto de fadas), não sendo mais atrativo para os jovens israelenses nascidos após os anos 50, com exceção dos judeus que chegam de fora. *O Kibutz é uma realidade que resistirá*, apesar de tudo, com seus ideais, história, experiências, vida social, *mas ele não é Israel*. O *Kibutz* é uma realidade que

¹⁸¹ Giora Manor. *La Natura Anarchica del Kibbutz*, *op. cit.*, p. 21;

¹⁸² David Schoenbrun, Robert Szekely e Lucy Szekely. *Os Novos Israelenses: reportagem sobre a primeira geração nascida em Israel*

realizada com base em pesquisas sociológicas. SP: Summus Ed., 1974, p. 89;

¹⁸³ *Idem*. p. 89;

pouco tem a ver com Israel, sendo para este muito importante, porém uma *porção pequena* da realidade estatal. Nos anos 70 a população *kibutziana* representava apenas 3,5% do total da população israelense.¹⁸⁴

O sociólogo Haim Darin-Drabkin, um dos grandes pesquisadores do movimento *kibutziano*, e diretor da Revista intelectual socialista *New Outlook*, no começo dos anos 70, também considerava que o *Kibutz* não desapareceria, mas que passava, e passaria, por grandes mudanças, em face de um novo mundo e nova dinâmica socioeconômica.

Segundo seus estudos, muitos jovens nascidos no *Kibutz* realmente estavam saindo de lá por várias razões, entre as quais certa confusão ideológica (a mesma de que falaria Manor em seu artigo em 1993, visto acima). Porém, conforme o sociólogo, apesar dessa mudança de comportamento do jovem *kibutznik*, o ideal *kibutziano* continuava a inspirar outros jovens, judeus não israelenses, de várias partes do mundo, entre os quais oriundos dos Estados Unidos e também da então União

Soviética e países de matriz comunista da Europa Oriental.

Tais jovens passaram a aderir ao movimento *kibutziano*, desiludidos, ora com o materialismo da vida capitalista estadunidense e com a fragilidade do jovem *anarquismo norteamericano*, ora com a *falta de liberdade comunista*. Ele conclui que o *Kibutz*, e seu ideário, formavam uma opção concreta para jovens de origem capitalista ou comunista.¹⁸⁵

Realmente, o que Haim Darin-Drabkin concluiu em suas pesquisas é exatamente o que tratava Proudhon, a escrever sobre as realidades comunistas e proprietárias (economia burguesa), bem como o que ele considerava opressão comunista e miséria burguesa, levando, de um lado, ao estrangulamento da liberdade humana, e de outro, à criação do *droit d'aubaine*. O *Kibutz* terá sido uma experiência dialética, sendo ele mesmo a síntese entre os termos capitalista e comunista. Buber também entendeu dessa forma quando chamou aquela experiência *kibutziana* de “opção” socialista a Moscou.¹⁸⁶

¹⁸⁴ David Schoenbrun, Robert Szekely e Lucy Szekely. *Os Novos Israelenses: uma vibrante reportagem sobre a primeira geração nascida em Israel realizada com base em pesquisas sociológicas. op. cit.* p. 90;

¹⁸⁵ *Idem.* p. 92;

¹⁸⁶ Martin Buber. *O Socialismo Utópico. op. cit.*, p. 171;

Darin-Drabkin pesquisou também acerca das relações entre o *Kibutz* e os conflitos israelo-árabes. Segundo o sociólogo, embora obrigados ao serviço militar, os *kibutzniks* percebiam a colisão direta entre os interesses estatais israelenses e os altos ideais *kibutzianos*, originalmente de caráter libertário, humanitário, com objetivo de servir de modelo para os povos do mundo. Por isso mesmo, o *kibutznik* tem um sentimento de profundo ódio pela guerra e pela sua violência, porque consideram a futilidade das suas razões.

O jovem *kibutznik*, talvez de modo diferente do jovem apenas israelense, tem a consciência de que a guerra é um obstáculo para o desenvolvimento social e individual, sobretudo porque o *Kibutz* fora constituído com bases socialistas humanitárias, com o sonho de liberdade, justiça social, trabalho, recursos e frutos partilhados, com vistas a uma paz libertária, tendo como inimigo comum, contra os quais se dispuseram a lutar, apenas a fome, a doença e a ignorância.¹⁸⁷

A tensão acerca dos conflitos israelo-árabes ganhou contornos de

protesto no interior do *Kibutz*, imediatamente após a Guerra dos Seis Dias, 1967. Os jovens do *Kibutz Ein-Shemer*, um dos mais prósperos, propuseram em junho de 1968 suspender a comemoração do seu 40º aniversário de fundação, a fim de se realizar um simpósio interno e se discutirem por quatro dias completos tanto os princípios *kibutzianos* quanto as relações do *Kibutz* com o mundo externo.

O simpósio ficou conhecido como “*O Diálogo de Ein-Shemer*”. Entre os jovens, tiveram especial participação os filhos dos fundadores do movimento: *socialistas utópicos*. Abaixo um trecho do Diálogo e suas conclusões:

“No começo o Kibutz era pequeno, a vida era simples. Todos sabiam o que tinham a fazer e todos participavam. Não havia hierarquia. O Kibutz cresceu e prosperou e tornou-se uma unidade social mais complexa. (...) A brecha se torna mais profunda a cada ano que passa. A modernização e a mecanização trouxeram modificações e rupturas no ciclo de trabalho e isto redundou em novas atitudes, novas diferenciações sociais. Agora, em vez de cada um participar, totalmente, percebemos a emergência de provedores e de dependentes. (...) Então, começa-se a perceber divisões políticas e de categoria, os que mandam e os que são mandados, o que leva a atitudes de quem está por dentro e de quem

¹⁸⁷ David Schoenbrun, Robert Szekely e Lucy Szekely. *Os Novos Israelenses: reportagem sobre a primeira geração nascida em Israel*

realizada com base em pesquisas sociológicas. op. cit. p. 93;

está por fora. A alienação cria raízes;

O mutualismo e o sentimento de comunidade se enfraquecem. Se esta situação não for detida e novas direções achadas, este é o fim da ideia original do Kibutz! (...) Porque o Kibutz, tal como existe hoje, não pode continuar a existir. (...) De um ponto de vista ético, acreditava-se que um membro de Kibutz tinha de ser perfeito ou aproximar-se da perfeição o tanto possível. (...)

Encaramos o Kibutz como uma criação única, ímpar, formada em condições difíceis por um lado, e a sonhos socialistas por outro. Sentia-se que o Éden estava sendo recriado. As esperanças eram elevadas; era possível mudar imediatamente qualquer coisa: as nações, o mundo, o homem. Onde anteriormente existira propriedade privada passar-se-ia a uma propriedade comum. Em vez de recompensa material haveria recompensa espiritual. O desenvolvimento e a educação começariam a modificar o comportamento e, depois, a natureza humana. Criar-se-ia uma nova cultura, porque eles poderiam modificar até Deus.”¹⁸⁸

Sobre esse conflito de interesses, ideias, gerações e relações socioeconômicas do mundo contemporâneo, Gideon Samet, editor do *Jornal Ha’Aretz*, que afirmou admirar todas as realizações dos *Kibutzim*, embora não tenha vivido neles, resume com uma expressão todas as realidades

¹⁸⁸ David Schoenbrun, Robert Szekely e Lucy Szekely. *Os Novos Israelenses: uma vibrante reportagem sobre a primeira geração nascida em Israel realizada com base em pesquisas sociológicas. op. cit.* pp. 94;

que perpassam pelo *Kibutz*: “a nova realidade”.¹⁸⁹

Faz-se atualmente um questionamento, diante dessa nova realidade, sobre o que ocorrerá em relação ao *Kibutz* e à utopia libertária. Paulo Gerger, escritor e ex-membro de *Kibutz*, em 2005, esboçou uma resposta em um dos capítulos do livro *Tribunal da História: Julgando Controvérsias da História Judaica*.

Segundo ele, o *kibutz* procura um caminho a fim de conservar o máximo daquele antigo ideal, ou seja, ser uma comunidade de pessoas com objetivos comuns, por isso mesmo, *ele procura a conciliação* entre aquele modelo ideal e a realidade contemporânea, entre a utopia e o que aí está – a topia. O princípio da igualdade: *a cada um segundo as suas necessidades*, é um dos desafios atuais.

Landauer, de quem os conceitos de *utopia e topia* são determinantes, também afirmava que a revolução não é estática. O enfrentamento é exatamente em relação ao estabelecido, ou seja, diante de uma topia haverá uma utopia

¹⁸⁹ *Idem.* p. 98;

de ruptura, a fim de que o processo continue vivo, constante e sem fim.

Gerger, em seu texto, afirma que a economia *kibutziana* é capitalista hoje, mas a organização do *Kibutz* é socialista. Tem-se aí novamente a ideia de síntese e pluralidade proudhonianas, porque os elementos estão soltos, não são unidimensionais nem unitários. Talvez a grande frustração se dê porque se criou a ideia de perfeição, como assinalado, a ideia edênica e de uma arrogância perfeccionista. Mas, ao mesmo tempo em que o *Kibutz* se perdeu de sua origem por todas as razões aqui suscitadas, ele continua sendo a antítese do Estado de Israel, um elemento interno que carrega em si a força utópica que se contrapõe necessariamente com a força tópica.

Nesse sentido, diz Gerger:

O modelo kibutziano é uma utopia que se conduziu pela vontade de criá-la; e se se preservarem os valores que hoje são laterais, então esses valores que são utópicos, poderão transformar a utopia num fator de preservação e de avanço; Assim o modelo kibutziano, e a importância que ele tem para o povo judeu e a comunidade, devem e podem ser preservados, não só como símbolos de museu, mas como fatores geradores e identificadores de tendências possíveis de serem realizadas,

¹⁹⁰ Paulo Geiger: O Movimento Kibutziano. in Saul Fuks (org.), Celso Lafer *et alii*. *Tribunal da História: Julgando Controvérsias da História Judaica. op. cit.*, pp. 197-201;

mesmo em circunstâncias adversas;

Enfim, os conflitos humanos, os choques de interesse, de vontades, são permanentes. Isso não inviabiliza a potencialidade de uma realização utópica (ou não utópica) de uma sociedade de convivência, participação e voluntarismo.

O Kibutz transformou-se realmente em uma utopia dentro daquela sociedade. Mas o mundo não é feito de ideais, e sim de realizações. Os ideais servem para criar as perspectivas para novas realizações, e alimentar o esforço para sua consecução. Nessa ótica, o Kibutz é a consequência de um ideal.¹⁹⁰

Por fim, *last but not least*¹⁹¹, há uma calamidade diuturna, fruto da guerra que consome vidas humanas, palestinas e israelenses, e mata o projeto tratado neste terceiro capítulo – o *Kibutz*!

Situação que pode determinar que o *Kibutz*, tido por Bulgarelli como *muito superior às cooperativas integrais; estupendo*, por Buber; e *justo*, por Hannah Arendt, bem como a *expressão mais duradoura dos valores libertários*, com sua *origem humanista e ética de altíssima grandeza* – como, aliás, é próprio dos humanistas, seja reduzido a apenas um *ponto geográfico* cuja função, rasa e inglória, seja simplesmente a de desenhar o contorno de um *mapa*,¹⁹² político e estatizante.

¹⁹¹ *Por último, mas não menos importante;*

¹⁹² Paulo Geiger: O Movimento Kibutziano. in Saul Fuks (org.), Celso Lafer *et alii*. *Tribunal da*

Para a manutenção e progresso do movimento *kibutziano*, o conflito israelo-árabe deveria ter sido resolvido com a proposta de um Estado binacional, defendida em 1946, por Judah Magnes, ex-Reitor da Universidade Hebraica de Jerusalém, ideia simpática a Hannah Arendt e Martin Buber.¹⁹³

Mas os tempos e o contexto histórico e socioeconômico mudaram, e o conflito tornou-se israelo-palestino, e, assim, criou-se uma questão: *a questão palestina*. Hoje, a solução, a renovação e sobrevivência dos *Kibutzim* passa pela solução de *dois Estados para dois Povos*: Israel e Palestina, com autonomia territorial, política e jurídica, com um amplo acordo econômico, turístico, tecnológico e científico.¹⁹⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias de Proudhon, sobretudo em sua *Teoria da Propriedade*, inspiraram os libertários, aliás, não apenas inspiraram, mas nortearam todo um movimento libertário, oposto às pregações e

doutrinações capitalistas e comunistas, e foram experimentadas, com mais ou menos sucesso, em vários momentos. O maior deles, e o mais longo, chama-se *Kibutz*, núcleo agrícola judaico com valor acima de um simples cooperativismo, como atestou Bulgarelli.

Todos os princípios proudhonianos, como liberdade, posse ou propriedade da terra no contexto do mutualismo, autogestão, igualdade de bens, educação libertária, luta contra a autoridade externa, livre pensamento e associação, regimento horizontal (e horror pelo regimento vertical), entre outros dos valores proudhonianos, estão presentes no *Kibutz*. O *Kibutz*, como estudado do ponto de vista do direito privado por Bulgarelli, um pesquisador da USP, como vivenciado pelos membros dos *Kibutzim*, e analisados por organismos externos, bem como filósofos da envergadura de Hannah Arendt e Martin Buber, foi a maior experiência de solidariedade e emancipação jamais vista.

História: Julgando Controvérsias da História Judaica. op. cit., p. 204;

¹⁹³ Hannah Arendt. *Escritos Judaicos. op. cit.* p. 723;

¹⁹⁴ Essa discussão foi feita, também, entre Pietro Nardella-Dellova (org.). Maria Fernanda Vomero, Moara Crivelente, Rafaela Barkay e Abdel Rahman Abu Hwas, no capítulo *Olhares Críticos sobre o Conflito Israel-Palestina*, in *Antropologia Jurídica: Uma Contribuição Sob Múltiplos Olhares. op. cit.*, pp. 338-365;

A experiência *kibutziana*, se é lícito apresentar um tempo histórico, atravessou ininterruptos oitenta anos, ou seja, de 1870 a 1948 – e segue até hoje. Resistiu à virada do século, resistiu à Revolução Russa, resistiu à Primeira Guerra, resistiu à Segunda Guerra, resistiu às perseguições nazistas e, finalmente, não resistiu à criação do Estado de Israel.

A esse fato histórico, o *Kibutz* não resistiu, porque nasceu em seu meio, em suas entranhas. Ao formar-se o Estado, o *Kibutz* adoeceu, passou a enfrentar um dilema, uma incoerência principiológica, e esta mesma experiência de enfermidade, na qual se encontra, ainda que tente buscar renovação e revigoramento, revela – e confirma, por si só, os princípios e valores libertários, bem como os textos de Proudhon: *a autoridade e o estatismo devem ser combatidos sempre ou, ao menos, equilibrados*. Pelo que foi estudado e pesquisado, conclui-se que o *Kibutz*, expressão da liberdade produtiva e social, está de joelhos diante do Estado. Mas a sua renovação e seu revigoramento não interessam apenas aos judeus, mas à humanidade, já que, em um microcosmo, o *Kibutz*

demonstrou ser promotor de uma existência digna, igualitária e libertária, vale dizer, uma experiência humana que não apenas ultrapassa fronteiras, mas independe delas para existir.¹⁹⁵

O movimento *kibutziano* é um modelo que pode ser aperfeiçoado, melhorado, aprofundado nos sistemas econômicos para o século XXI. Não pode, entretanto, ser desprezado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Escritos Judaicos*. SP: Amariyls, 2016.

AVI-HAI, Abraham. *David Ben Gurión: El Constructor del Estado Judío*. B. Aires: Amia, 1997.

BARBOSA, Ruy. *Teoria Política*. SP: W. M. Jackson, 1964.

BERTI, Giampietro. *Un’Idea Esagerata di Libertà*. Milano: Elèuthera, 1994.

BUBER, Martin. *Il Cammino dell’Uomo*. Trad. di Gianfranco Bonola. Magnano: Qiqajon, 1990.

BUBER, Martin. *O Socialismo Utópico*. Trad. de Pola Civelli. SP: Perspectiva, 1971.

BULGARELLI, Waldirio. *O Kibutz e a Entidade Cooperativa*. 1ª edição. São Paulo: Sec. Agricultura de SP. 1964.

¹⁹⁵ Pietro Nardella-Dellova (org.): *Uma Proposta para Israel e Palestina: Dois Povos, Dois Estados*, in Antropologia Jurídica: Uma

Contribuição Sob Múltiplos Olhares. 2ª edição. São Paulo: Editora Scortecci, 2018, p. 362 e segs.;

- DIÓGENES LAÉRTIOS. *Vidas e Doutrinas dos Filósofos Ilustres*. (Vitaes Philosophorum). Trad. do grego, intr. e notas de Mário G. Kury. Brasília: UnB, 1988;
- FERNANDES, Florestan (dir.). *Proudhon - Política*. Organização de Paulo-Edgar A. Resende e Edson Passetti. SP: Ática, 1986.
- FEYERABEND, Paul. *Contra o Método: Esb. de uma Teoria Anárquica da Teoria do Conhecimento*. Trad. Octanny S. Mota e L. Hegenberg. RJ: Francisco Alves, 1977.
- LAFER, Celso; GEIGER, Paulo; FUKS, Saul (org.) et alii. *Tribunal da História: Julgando Controvérsias da História Judaica*. RJ: Relume Dumará, 2005.
- LANDAUER, Gustav. *The Revolution and Other Writings*. Translated by Gabriel Kuhn, preface by Richard J. F. Day. Okland: PM Press, 2010;
- LATTARULO, Gerardo. *Sul Kibbutz*, Colloquio M. Matteo e E. Penna. A - Rivista Anarchica, a. 21, n. 187, 12.1991:
www.arivista.org/index.php?nr=187&pag=187_15.html último acesso 25.7.2018.
- LÉVI-STRAUSS, Claude; GOUCH, Kathleen e SPIRO, Melford. *A Família: Origem e Evolução*. Porto Alegre: Ed. Villa Martha, 1980.
- LÖWY, Michael. *Redenção e Utopia: O Judaísmo Libertário na Europa Central*. SP: Letras, 1989.
- LÖWY, Michael. *Romantismo e Messianismo*. SP: Perspectiva, 2008.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 2ª ed., Trad. Sérgio M. Santeiro. RJ: Zahar, 1972.
- MANOR, Giora. *A Natureza Anarquista do Kibbutz*. Israel: Kibbutz Trends, n. 10, summer 1993 (Yad Tabenkin), reproduzido depois na “A – Rivista Anarchica (anno 24, n. 214, 12/1994 e 1/1995) e, finalmente, no *Bollettino Centro Studi Libertari*. Milano: Eleuthera Editrice / Archivio Pinelli, 2000.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro (org.). *Antropologia Jurídica: Uma Contribuição Sob Múltiplos Olhares*. 2ª ed. SP: Scortecci, 2018.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *A Crise Sacrificial do Direito*. Dissertação de Mestrado: Faculdade de Direito da USP, 2000;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *A Morte do Poeta nos Penhascos e Outros Diálogos/Monólogos*. São Paulo: Ed. Scortecci, 2009;
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Apontamentos do Programa e Plano de Aulas de Direito Hebraico*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP, 2011-2014.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Um estudo proudhoniano das facetas do direito de propriedade como “droit d’aubaine” e como função libertária*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF, 2017.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. *Teorias da Propriedade em Pierre Proudhon*. Revista de Direito Civil da Fadipa. Edição v. 2, n. 1, jan./jun. 2020, p.6 e segs;
- PINHO, Diva Benevides. *A Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista*. 2ª ed. rev. e ampliada. SP: Pioneira Editora, 1966.

- PLATONE. *La Repubblica*. Introduzione di Francesco Adorno; traduzione di Francesco Gabrieli (italiano e greco). Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito* (de 1922). RJ: Borsoi, 1972.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Investigação Científica e Intervenção na Matéria Social* (1922). Tomo IV. RJ: Borsoi, 1972.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Del Principio Federativo*. Trad. di Paolo Bonacchi. Milano: Global, 2005.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *La Proprietà (Teoria della Proprietà)*. Traduzione di A. Klitsche de la Grange, Roma: Bottega dell'Antiquario, 1947. Essa obra, de 1865, completa as outras duas: *O Que é a Propriedade?*, de 1840, e *Filosofia da Miséria, de 1846*.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. *Qu'est-ce que la Propriété?* in *Oevres Complètes*. Paris: Librairie des Sciences Politiques et Sociales Marcel Riviere, 1926.
- ROTH, Cecil. *Enciclopédia Judaica*. 10 Vols. (1959, Tel Aviv). RJ: Ed. Tradição, 1967.
- SCHOENBRUN, David; SZEKELY, Robert e SZEKELY, Lucy. *Os Novos Israelenses: reportagem sobre a primeira geração nascida em Israel realizada com base em pesquisas sociológicas*. SP: Summus Ed., 1974.
- SEGAL, Marc *et alii*. *The Kibbutz*. Tel-Aviv: Sadan Publishing House, 1973.
- SHER, Hanan; AUMANN, Moshe and PALTÍ, Channa. *Facts About Israel*. Jerusalém: Keter, 1977.
- SILVA MELLO, Antonio. *Israel: Prós e Contras*. RJ: Ed. Civil. Brasileira, 1961.
- VAMPRÉ, Spencer. *O Que é o Código Civil: Conferências Realizadas na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco*. São Paulo: Liv. Ofic. Magalhães, 1916.
- VERISSIMO, Erico. *Israel em Abril*. Porto Alegre: Ed. Globo, 1969.

**A METODOLOGIA DO DIREITO
CIVIL CONSTITUCIONAL E AS
CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS
CONTEMPORÂNEAS DO
DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO**

*Rozane da Rosa Cachapuz*¹⁹⁶
*Luiz Gustavo Tiroli*¹⁹⁷

RESUMO

A metodologia civil constitucional apregoa que os clássicos institutos do direito civil devam ser relidos à luz da legalidade constitucional. O direito de família contemporâneo é marcado pela dinamicidade dos papéis sociais dos membros que compõem a entidade. Seria a metodologia civil constitucional adequada para interpretação do direito aplicado às relações familiares? O objetivo consiste em perquirir sobre o direito de família à luz da metodologia civil constitucional. Adota-se a técnica de revisão bibliográfica e o método histórico-indutivo. Vislumbra-se a necessidade de uma interpretação em torno da unidade do ordenamento, despido de preconceitos, na

¹⁹⁶ Doutora em Direito Internacional, com ênfase em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora do Projeto de Pesquisa do Acesso à Justiça no Direito das Famílias da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenadora da Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões: Teoria e Prática da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

concretização da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Afetividade. Despatrimonialização. Dinamicidade. Legalidade constitucional.

ABSTRACT

The constitutional civil methodology claims that the classic civil law institutes must be related in the light of constitutional legality. Contemporary family law is marked by the dynamics of the social roles of the members that make up an entity. Would a constitutional civil methodology be adequate to interpret the law applied to family relationships? The objective is to acquire family law in the light of the constitutional civil methodology. A bibliographic review technique and a historical-inductive method are adopted. There is a need for an interpretation understood by the planning unit, stripped of prejudices, realizing the dignity of the human person.

KEYWORDS: Affectivity. Depatrimonialization. Dynamics. Constitutional legality.

¹⁹⁷ Acadêmico do curso de direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Colaborador no Projeto de Pesquisa do Acesso à Justiça no Direito das Famílias da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Colaborador no Projeto de Pesquisa Constituição, Constitucionalismo e Direitos Fundamentais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC).

INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do direito civil, que teve início no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, constitui-se como o fenômeno que trouxe a personalidade humana como epicentro axiológico do ordenamento jurídico. Nas relações privadas, a autonomia da vontade não deixou de preponderar, todavia os valores constitucionais passaram a limitar aquelas relações antes prioritariamente patrimoniais, tutelando a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, incluindo o direito de família.

O direito de família contemporâneo está alicerçado nos princípios da solidariedade e da afetividade, conceituando a família como entidade fundada no afeto entre seus membros, que aspiram conjuntamente o desenvolvimento dos seus indivíduos e a busca pela felicidade.

Neste aspecto, emergem relações sociais que têm sido objeto de reflexões doutrinárias no cenário brasileiro, objetivando trazer soluções práticas para as problemáticas, verificando os impactos que determinadas decisões têm causado na realidade social. Se a dinamicidade das relações sociais não pode ser acompanhada pelo legislador,

como proceder ao acolhimento e a tutela dessas situações no contexto jurídico? De que maneira a perspectiva teórico-metodológica do direito civil constitucional pode contribuir para a compreensão e interpretação do direito de família contemporâneo?

O trabalho objetiva perquirir sobre as características jurídicas contemporâneas do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro à luz da metodologia do direito civil constitucional. O procedimento metodológico aplicado foi o histórico-indutivo, que corresponde à extração discursiva do conhecimento, a partir da análise das características jurídicas contemporâneas, para formular as bases de aplicação e interpretação normativa, sustentando a adequação das respectivas leituras jurídicas para tratamento devido dos casos emergentes no cenário brasileiro.

O presente trabalho foi alicerçado na revisão bibliográfica pertinente ao assunto; optou-se pela utilização do plano francês, motivo pelo qual este artigo está dividido em duas grandes epígrafes, uma primeira introdutória quanto à descrição de conceitos relacionados à metodologia civil constitucional. A segunda parte aborda três grandes características jurídicas do direito de família brasileiro,

relacionando a realidade social com a perspectiva jurídica.

A PERSPECTIVA TEÓRICO-METODOLÓGICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as normas constitucionais passaram a irradiar normatividade para todo o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, outrora sendo apenas limitadora para o processo de desenvolvimento da legislação infraconstitucional, a Constituição tornou-se vetor hermenêutico, devendo, assim, a ordem jurídica ser interpretada a partir do epicentro axiológico emanado do arcabouço constitucional.

Houve uma inversão do alvo de preocupações do direito dogmático tradicional, de modo que a proteção da pessoa humana tornou-se o fim último do direito. Para o ministro Luiz Edson Fachin (2003, p. 17-18), a “Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX, em especial do Código Napoleônico”, migrando para uma concepção que valoriza a subjetividade, a dignidade e o desenvolvimento humano nas relações interpessoais. Neste contexto, o Código Civil de 2002 foi alcançado pelos valores

constitucionais, impactando a sua construção e interpretação, que outrora vinculado ao caráter patrimonialista, galgou para concepções relativas à tutela da pessoa humana.

A METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL

Pietro Perlingieri, expoente e precursor dos estudos relacionados à metodologia do direito civil constitucional, propõe uma reformulação do estudo do direito, ao sustentar que o direito é uma ciência social que não pode ser compreendida dissociada da filosofia, da história e da sociologia (NOGUEIRA, 2010). Além de ter contribuído “para a consolidação de uma metodologia que vem se revelando um importante instrumento para a concretização dos valores existenciais privilegiados pela Lei Maior e para a consequente constitucionalização do Direito Civil”, sustentado que a norma, sendo clara ou não, deve ser interpretada conforme os valores e princípios “do ordenamento, e deve resultar em um processo argumentativo não somente lógico, mas axiologicamente conforme às escolhas de fundo do ordenamento” (PERLINGIERI, 2008, p. 597).

Dentre sua vasta produção intelectual e científica, destacam-se as duas obras traduzidas para português pela professora Maria Cristina de Cicco: *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional* (primeira edição em 1975, a segunda em 1979 e a terceira em 1994¹⁹⁸) e *Direito Civil na legalidade constitucional* (lançada a primeira edição em 1984, a segunda completamente renovada em 1991 e a terceira edição em 2006, fortemente renovada e ampliada¹⁹⁹), o livro é considerado a obra-prima de Perlingieri pela tradutora, marca do pensamento jurídico na abertura do século XXI pelo Ministro Eros Grau e uma reflexão mais exigente em relação à “Perfis” pelo próprio autor (PERLINGIERI, 2008).

No Brasil, os estudos pioneiros do direito civil constitucional se deram, primeiramente, no Rio de Janeiro (UERJ), pelo professor Doutor Gustavo José Mendes Tepedino, sobretudo por meio da obra “*Temas de Direito Civil*”, e pela professora Doutora Maria Celina Bodin de Moraes através da obra “*Na medida da pessoa humana*” (KONDER, 2015).

Posteriormente, no Paraná (UFPR), pelo Ministro Luiz Edson

Fachin, com a obra “*Teoria crítica do direito civil*”; em Pernambuco (UFPE) com o professor Doutor Paulo Luiz Neto Lôbo (líder do grupo de pesquisa “*Constitucionalizações das relações privadas*”) e em São Paulo (USP e FADISP) com a professora Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (professora da disciplina de direito civil constitucional em nível de especialização) (MARRAFON, 2015).

Destaque, ainda, para o professor Doutor Anderson Schreiber, titular de Direito Civil e professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, expoente contemporâneo dos estudos relacionados ao direito civil constitucional, sobretudo pelas obras “*Manual do Direito Civil contemporâneo*” e “*Direito Civil e Constituição*”.

A metodologia de interpretação do fenômeno jurídico denominada de direito civil constitucional sustenta que se deve compreender os institutos históricos e tradicionais do direito civil à luz da legalidade constitucional. “Isto significa reler todo o ordenamento jurídico à luz da Constituição e dos

¹⁹⁸ Sendo escolhida a terceira edição para ser traduzida para o português.

¹⁹⁹ Outra vez a terceira edição foi a escolhida para ser traduzida para o português.

valores fundamentais nos quais ele se baseia” (PERLINGIERI, 2019, p.7).

Os paradigmas do direito civil necessitam ser iluminados pela Constituição Federal, de modo que “não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares” Neste sentido, “o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas” (SCHREIBER, 2019, p. 53).

Para tal, torna-se fundamental compreender o conceito de ciência jurídica pela perspectiva da função prática, a fim de impedir que se incorra em uma ciência jurídica abstrata, que não se adere à realidade (política, social, econômica), mas considerando a necessidade de resolver os problemas concretos dos seres humanos. Entretanto, tal concepção não está vinculada ao pragmatismo jurídico, que, por natureza, renega o próprio direito, e sua natureza de dever-ser.

Também não se trata de jusnaturalismo, pois a necessidade “em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades ínsitas ao

ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo”, não decorrem da abstração; tais preceitos axiológicos emanam de uma decisão política e ética presentes nas normas constitucionais, elegidas pela sociedade em determinada quadra histórica (PERLINGIERI, 2019, p. 7).

Não se tratando de pragmatismo jurídico e nem jusnaturalismo, a metodologia civil constitucional sustenta que o direito civil não pode ser compreendido como um conjunto de valores isolados da realidade em que está e fechado em si, uma vez que este compõe o “sistema solar” em que o “sol” é a Constituição Federal (LORENZETTI, 1998, p. 45). A autonomia privada, que outrora norteava a práxis do direito civil, não deixa de existir e atuar, mas a sua funcionalidade é redirecionada para a concretização dos valores constitucionais (TEPEDINO, 2015).

A norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso do Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal). A Carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos

princípios fundamentais para todo o sistema. A verdadeira interpretação jurídica não pode ser literal, não pode ser lógica: deve ser sistêmica e axiológica (PERLINGIERI, 2019, p. 4).

Por ordenamento jurídico compreende-se um conjunto de normas destinadas a garantir a ordem a uma sociedade segundo um modo de vida historicamente determinado. Não se limita apenas ao direito positivado, mas é sistemático, orgânico, lógico, axiológico, centralizado e sobretudo uno. A unidade do ordenamento jurídico só se assegura a partir da centralidade em torno da Constituição, que detém a tábula de valores da sociedade (MORAES, 2003, p. 107). Sendo assim, a centralidade do direito privado se desloca do Código Civil para encontrar uniformidade na Constituição Federal.

Neste sentido, a complexidade do ordenamento jurídico exige uma centralização axiológica a fim de garantir a unidade do sistema, daí a necessidade de se interpretarem os conceitos, instrumentos e institutos do direito civil à luz da Constituição Federal, pois “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2015, p. 228).

Tendo em vista a unidade indispensável à própria existência do ordenamento, a interpretação desse processo complexo há de ser feita à luz dos princípios

emanados pela Constituição da República, que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas (TEPEDINO, 2015, p. 229).

Outro aspecto fundamental para compreender a perspectiva civil constitucional se assenta na necessária relativização da dicotomia histórica entre o direito público e o direito privado, de modo que matérias originalmente disciplinadas pelo direito privado, como casamento, adoção e propriedade são tratadas pelo texto constitucional, enquanto que o direito público também incorpora institutos outrora exclusivamente privatísticos, tais como contratos e responsabilidade civil, que passam a ser aplicados à administração pública. Deste modo, tanto o direito público quanto o direito privado são centralizados em torno da Constituição Federal e de seus fundamentos axiológicos.

É importante lembrar que a clássica partição entre Direito Público e Privado (summa divisio) é um preconceito a ser abandonado. A simbiose é evidente, o estado cada vez mais intervém nas atividades privadas e o cidadão, de igual modo, participa nas esferas da administração pública. Assim, tentando compatibilizar o público com o privado, velhos institutos do Direito Civil estão sendo revistados, de modo a compatibilizá-los às novas

demandas sociais e econômicas
(CARVALHO, 2003, p. 5).

Deste modo, a metodologia do direito civil constitucional estabelece que, diante da complexidade das realidades sociais e da necessidade de o direito trazer respostas a situações cada vez mais diversificadas, os institutos clássicos do direito civil devem ser relidos à luz da legalidade constitucional, em obediência às escolhas políticas e éticas da sociedade, sobretudo a partir do princípio da dignidade humana, em face da relativização da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO DE FAMÍLIA À LUZ DA METODOLOGIA CIVIL CONSTITUCIONAL

Na modernidade líquida, conceito cunhado por Zygmunt Bauman (2001) para designar a atual conjuntura histórico-social, tem-se o desenvolvimento de novos modelos de relacionamentos afetivos, vinculados à superficialidade e instantaneidade, características da contemporaneidade, que impactam em modificações sociais com consequências na interpretação do direito positivo.

Os relacionamentos sociais têm

sofrido modificações de acordo com as relações de consumo da sociedade contemporânea; baseadas no consumismo exacerbado e no descarte do obsoleto, as relações sólidas passaram de longínquas e duradouras para relacionamentos caracterizados pela efemeridade e experimentação, implicando a transformação da interpretação jurídica dos conceitos estabelecidos no contexto legal (BAUMAN, 2001, p. 187).

Sendo assim, em observação ao cenário brasileiro, elencam-se alguns fenômenos jurídicos contemporâneos do direito de família, tais como: a multiparentalidade, as famílias simultâneas, o contrato de namoro, a relativização da herança legítima, a alienação parental, a guarda compartilhada, o contrato de parentalidade e outros que, através do método indutivo, foram classificados em três características específicas do direito de família contemporâneo: a afetividade, a despatrimonialização e a dinamicidade das relações parentais. Neste tópico, pretende-se discorrer apenas a respeito das três categorias, não adentrando especificamente em cada um dos fenômenos supracitados, apenas mencionando a título de exemplificação.

AFETIVIDADE

A valorização do afeto como elemento fundador da instituição familiar se constitui relativamente recente, sobretudo por considerar que não se vislumbrava tal perspectiva na família romana e nem grega, pois a base da família não era encontrada no afeto natural e sim na perspectiva religiosa, que determinava os condicionantes que vinculavam os indivíduos em torno do ente familiar (COULANGES, 2005). Na idade média, a instituição familiar era fundada no casamento religioso, onde preponderavam interesses econômicos, patrimoniais e sociais.

A partir do início da modernidade, principalmente após o final do século XVIII, percebeu-se uma valorização da subjetividade, vinculada ao decréscimo da importância da igreja e ao arvorar da racionalidade individual. Os ideais revolucionários franceses de liberdade, igualdade e fraternidade se estenderam à concepção familiar. Apesar de mínima, a noção de subjetividade foi fundamental para lançar as bases da afetividade como alicerce da família contemporânea; sem a perspectiva individual, a família cumpria uma função social, política e econômica, impedindo que seus membros se reunissem em torno de laços exclusivamente afetivos.

Deste modo, a construção do conceito de família contemporânea passa pelo princípio da afetividade, sem o qual a interpretação da entidade familiar fica comprometida ou esvaída de sentido, sobretudo em face da dependência econômica que sempre vinculou a entidade ao longo dos períodos históricos e que, hodiernamente, encontra-se atenuada. “O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar” (PERLINGIERI, 2007, p. 244).

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 223) descreve que “o afeto é elemento essencial das relações interpessoais, sendo um aspecto do exercício do direito à intimidade garantido pela Constituição Federal.” Desta forma, “a afetividade não é indiferente ao Direito, pois é o que aproxima as pessoas dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, fazendo jus ao status de família”.

Assim, uma das características jurídicas contemporâneas do direito de família é a afetividade. Para Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 194), “sem afeto não se pode dizer que exista família. Ou,

onde falta afeto a família é uma desordem, ou uma desestrutura". Paulo Lôbo (2011, p. 644-645) destaca que nenhum outro ordenamento jurídico avançou tão significativamente na matéria afetiva, no campo jurídico, quanto o brasileiro. Inicialmente, a socioafetividade era debatida no âmbito das ciências humanas e sociais e adiante adentra como categoria própria no direito de família, tendo o fenômeno início na doutrina, e posteriormente acolhido pela jurisprudência, sobremaneira pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese o princípio da afetividade não estar expresso no texto constitucional, encontra-se respaldo para tal no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade entre os filhos independente de sua origem (art. 227, § 6º), da adoção enquanto escolha afetiva (art. 227, § 5º e 6º), do princípio da solidariedade (art. 3º, I), da união estável (art. 226, §3º) e no direito de convivência familiar assegurado à criança e ao adolescente independente de origem biológica (art. 227). Desta forma, notadamente o texto constitucional direciona para a valorização da afetividade enquanto princípio basilar para consolidação da entidade familiar.

Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 194) descreve que

o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis, vez que o desejo e amor começam a ser vistos e considerados como o verdadeiro sustento do laço conjugal e da família.

De acordo com Maria Berenice Dias (2006, p. 61), portanto, “os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.” Assim, a posse do estado de filho, por exemplo, nada mais é do que “o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.”

A título de exemplo, encontra-se pendente no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 883.168/SC, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família atua como *amicus curiae*, e que discute, à luz dos artigos 201, V, e 226, § 3º, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada. Consta na pauta do STF outro processo similar, o julgamento do RE 1045.273/SE, que foi

interrompido por um pedido de vista do presidente da Corte, ministro Dias Toffoli, quando o placar estava em cinco a três votos a favor da divisão da pensão em setembro de 2019. Não há prazo definido para que o caso volte à discussão em plenário.

Verifica-se uma extensão da compreensão de entidade familiar baseada nos princípios da afetividade, dignidade e solidariedade humana no caso do Recurso Especial nº 1185337, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, em face da particularidade do caso e por se tratar de pessoa septuagenária, determinou a fixação da prestação alimentar do companheiro em face da concubina que outrora recebeu por 40 anos tal auxílio, sem o qual estaria condenada ao desamparo. (BRASIL, 2015).

Destarte, diante da dinâmica social e compreendendo o processo histórico de mutação da estrutura e da finalidade da instituição familiar, que contemporaneamente tem se alicerçado nos princípios constitucionais, cabe ao direito tutelar tais situações, caminhando para a consolidação de entidade familiar como identificação individual e reconhecimento social, alicerçada em valores de ajuda mútua, solidariedade e sobretudo afeto, de modo que tais

problemáticas sejam enfrentadas sem preconceitos, valorizando, assim, a dignidade humana nas relações familiares.

DESPATRIMONIALIZAÇÃO

As profundas transformações ocorridas no decorrer do século XX viabilizaram a diversidade de formas de relacionamentos interpessoais. O fundamento dessas transformações está relacionado ao papel atribuído à subjetividade, sobretudo a importância da dignidade da pessoa humana no pós-Segunda Guerra Mundial. A busca pela realização pessoal passou a prevalecer sobre outros interesses (TEPEDINO, 1997, p. 47). Neste sentido, reduziram-se as “funções econômicas, políticas, religiosas e sociais e, paralelamente, emergiu o respeito pela busca da realização individual de cada um, em que assume relevo a função eudemonista” (CALDERÓN, 2017, p. 7).

A tendência à repersonalização das tratativas sociais e jurídicas surge no intuito de valorizar a individualidade, o respeito à diversidade e ao pluralismo, justamente pelos fatos históricos relacionados à destruição da subjetividade vislumbrados durante os regimes totalitários do século XX.

Deste modo, tem-se uma outra característica do direito de família brasileiro: a despatrimonialização vislumbrada a partir da promulgação da Constituição de 1988, que concedeu novos contornos à propriedade privada, retirando-lhe o caráter absoluto. A Carta Fundamental atribuiu função social para a propriedade privada, que não perdeu seu conteúdo patrimonial no seio do ordenamento jurídico, mas passou a ser interpretada a partir da legalidade constitucional. “A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário” (LÔBO, 2011, p. 33).

No Código Civil de 1916, destinaram-se 290 artigos para reger o direito de família; destes, 151 tratavam exclusivamente sobre relações patrimoniais e 139 versavam sobre relações existenciais. Em que pesem os avanços advindos do Código Civil de 2002, permanecem fortes resquícios da herança patrimonialista, tais como as causas suspensivas do casamento do art. 1.523, a imposição do regime de separação de bens aos maiores de setenta anos e para as pessoas que o contraírem com inobservância das causas

suspensivas da celebração do casamento do art. 1.641 e a demonstração de que as normas destinadas à tutela e curatela estão mais voltadas ao patrimônio do que necessariamente aos interesses pessoais dos tutelados e curatelados (LÔBO, 2011, p. 29).

Os valores constitucionais passaram a limitar aquelas relações antes exclusivamente patrimoniais, modificando a configuração das estruturas familiares, sendo constituídas a partir de princípios como solidariedade e afetividade. O diploma civil não disciplinou de maneira satisfatória a respeito dos temas contemporâneos do direito de família, sendo necessário deste modo recorrer à base constitucional para direcionar a interpretação nos casos concretos, considerando que o legislador não consegue acompanhar o movimento da sociedade para regulamentar todas as situações possíveis.

Hoje, no momento em que se reconhece à família, em nível constitucional, a função social de realização existencial do indivíduo, pode-se compreender o porquê de a admitirmos efetivamente como base de uma sociedade que, ao menos em tese, se propõe a constituir um Estado Democrático de Direito calcado no princípio da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO, 2012, p. 58).

Com o processo de transformação dos costumes, “cujo

marco normativo encontra seu maior registro na Constituição da República de 1988”, nota-se uma despatrimonialização do direito de família, pois a partir do texto constitucional extraem-se os princípios que passam a disciplinar as relações familiares, tais como: o princípio da solidariedade, da igualdade, da dignidade humana, do consenso e do afeto (PEREIRA, 2012).

Como exemplo tem-se a discussão em torno da reconsideração do instituto da legítima, ou seja, aquela porção reservada aos herdeiros necessários, de acordo com art. 1.788, onde se lê: “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos pelo testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”, podendo o testador dispor de apenas metade de seu patrimônio, se havendo herdeiros necessários, e que serão chamados a sucessão por força do art. 1.829 do Código Civil brasileiro.

A discussão contemporânea, à luz da legalidade constitucional, defende uma maior autonomia do indivíduo para testar, de modo que o instituto da sucessão legítima seja reduzido, por exemplo, para vinte e cinco por cento do

patrimônio, tendo o sujeito o direito de dispor, por meio de testamento, de até setenta e cinco por cento, com base no princípio da dignidade e da autonomia da vontade humana, tendo em vista que a família é unidade de realização pessoal, pois “a família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa” (PERLINGIERI, 2002, p. 245).

Todavia, a manutenção da legítima, ainda que em vinte e cinco por cento, se torna fundamental em respeito ao princípio constitucional de solidariedade econômica no direito de família, sobretudo ao considerar a existência de indivíduos que se encontrem em situação de vulnerabilidade social no seio familiar do *de cujus*. Deste modo, não se sustenta a supressão do instituto da legítima, mas a reconsideração em face da liberdade para testar no contexto da despatrimonialização, ou seja, a precedência dos aspectos existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Portanto, à luz da metodologia civil constitucional, os clássicos institutos do direito de família, tal como o da herança legítima, por exemplo, precisam ser iluminados pela legalidade constitucional. As relações familiares sempre terão natureza patrimonial,

todavia esta assume papel coadjuvante no seio familiar, desvinculando o conceito patrimonial do cerne da família e privilegiando os aspectos existenciais.

DINAMICIDADE DAS RELAÇÕES PARENTAIS

Em meados do século XX, a família passou a ser constituída a partir de uma relação de amor romântico, tendo início o processo de dessacralização do matrimônio e de valorização da figura feminina, de modo que o instituto do divórcio surge em vários países, e no Brasil em 1977, reafirmando o afeto como fundamento da entidade familiar em detrimento do modelo patriarcal relacionado ao patrimônio, que se torna obsoleto, mas não totalmente superado (ROUDINESCO, 2003, p. 19).

Deste modo, a relação paterna-filial sofre modificações à medida em que a figura do filho-propriedade se desloca para o eixo filho-sujeito, sobretudo com a divulgação da importância das figuras paterna e materna para o desenvolvimento holístico da prole, conforme consta na teoria freudiana do complexo de Édipo (ROUDINESCO, 2003). Destarte, a figura paterna distante, autoritária e provedora torna-se ultrapassada na relação que passa a permitir interação e

mitigação das regras de relacionamento e domínio entre filho e pai (BOTTOLI; ARPINI, 2011).

Neste sentido, tem-se uma terceira característica dos fenômenos jurídicos contemporâneos do direito de família: a dinamicidade das relações parentais, de modo que os pais têm a possibilidade de flexibilizarem as obrigações e atribuições no intuito de garantir a tutela da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A exemplo da dinamicidade das responsabilidades parentais, o Estado de São Paulo, em setembro de 2019, realizou a homologação de seu primeiro acordo de parentalidade; a decisão teve aval do juiz Rodrigo de Azevedo Costa, da 1º Vara da Família e Sucessões do Foro Regional XII, e foi consolidada pelo trabalho conjunto do advogado Camilo Luiz Barros e da advogada Fernanda Amany Nicolai Honda, ambos membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família. O acordo estabeleceu os compromissos e responsabilidades pertinentes ao exercício da guarda compartilhada e versou sobre a educação, a forma de convivência, a prestação de alimentos e a gestão dos bens do infante, pois haviam sido ajuizadas cinco ações para discutir

questões relativas ao exercício das responsabilidades parentais.

A fim de compreender a ressignificação da paternidade na família contemporânea, faz-se necessário adentrar no bojo social da revolução feminina ocorrida no século XX, em que a emancipação da mulher do patriarcado desencadeou uma reformulação das funções parentais (ROUDINESCO, 2003). Ressalta-se que tal movimento não se constitui homogêneo, existem resistências e ressalvas quanto à real emancipação da mulher do patriarcado, haja vista que persistem no imaginário social marcas da estrutura tradicional (GOMES; RESENDE, 2004, p. 119), mas há de se considerar os importantes avanços obtidos nas últimas décadas (RESENDE, 2001).

Ocorreu uma dinamização da função dos pais na família, a mulher foi lançada no espaço público e o homem, por sua vez, no espaço privado doméstico, devendo, assim, ambos equilibrar o exercício regular da autoridade parental (SOUZA, 2008, p. 9).

Outro exemplo é a guarda compartilhada, que através da Lei nº 13.058/14, objetivou dirimir os conflitos no processo de separação dos pais, estabelecendo a guarda compartilhada como mecanismo efetivo para o

exercício das atribuições atinentes à autoridade parental em detrimento da guarda unilateral. Paulo Lôbo (2009) argui que a guarda compartilhada deve ser impossibilitada tão somente quando demonstrada evidentemente a violência doméstica contra a prole.

Sendo assim, os pais devem preservar o melhor interesse da prole e sua proteção integral em face das desavenças existentes e resultantes do antigo relacionamento, pois a dissolução da sociedade afetiva não implica a inobservância dos deveres parentais, evidenciando a dinamização das relações parentais que precisam ser concebidas à luz dos princípios constitucionais que visam proteger o infante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendendo os pressupostos teóricos que justificam o surgimento das dinâmicas afetivas familiares da sociedade, vislumbra-se a necessidade de se adequar a hermenêutica a partir da metodologia civil constitucional. Assim, os valores e princípios constitucionais e os direitos fundamentais tornam-se o epicentro axiológico para aplicação da norma jurídica à realidade do caso concreto, inclusive nas relações entre os particulares.

A metodologia do direito civil constitucional compreende a interpretação do direito civil a partir dos ditames valorativos, da aplicação dos direitos fundamentais e da tutela da dignidade da pessoa humana, relativizando a dicotomia histórica entre o direito público e o direito privado. Sendo assim, a metodologia civil constitucional é o instrumento teórico-jurídico adequado para interpretação das realidades jurídicas atuais, por aplicar os princípios constitucionais no direito de família e permitir que as situações não contempladas pelo legislador sejam acolhidas e tuteladas pelo ordenamento jurídico.

A interpretação das três características jurídicas do direito de família contemporâneo está relacionada primeiro à afetividade como princípio jurídico-constitucional implícito e que configura a unidade familiar e a própria dinamicidade social, segundo pela centralização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, incorrendo necessariamente em um processo de despatrimonialização do direito de família, de modo que os aspectos humanos, afetivos e existenciais têm uma tratativa privilegiada em detrimento do patrimônio, este que recebe novos contornos a partir da função social.

E terceiro, pela dinamicidade das relações parentais, fruto da modificação estrutural e histórica dos arranjos familiares, de modo que os pais rediscutem suas atribuições e dinamizam essas obrigações, mas com intuito jurídico de tutelar o melhor interesse da criança e do adolescente na concretização da legalidade constitucional.

A partir dessas categorias, decorrem-se os fenômenos jurídicos que necessitam de tutela do direito brasileiro, que deverá estar aberto para essas dinamicidades e atento a oferecer uma prestação jurisdicional adequada de acordo com a unidade e a integralidade do direito, iluminando os princípios, institutos e instrumentos do direito civil pela Constituição Federal, por meio de uma hermenêutica na perspectiva civil constitucional, garantindo a realização da legalidade que emana da Carta Fundamental.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BOTTOLI, C. & ARPINI, D. M. O exercício da paternidade na separação conjugal. In F. P. Jaeger, C. S. Kruehl, & A. C. Siqueira (Orgs). **Parentalidade e contemporaneidade: os desafios para a Psicologia** (pp. 123-150). S. Maria, RS: Centro Universitário Franciscano, 2011.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.337 - RS** (2010/0048151-3), Relator Ministro João Otávio de Noronha. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150323-04.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- CARVALHO, Eusébio. Direito à Propriedade. Do Discurso à Realidade. **Revista Juris**: síntese de direito civil e processual civil, nº. 24, jul/ago, 2003.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; e FILHO, Rodolfo Pampolha. **Novo curso de direito civil: direito de família, a família em perspectiva constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 193-213. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38442>. Acesso em: 30 maio 2020.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2009.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito e família**: origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.
- LIMA, Jairo Néia. CAMBI, Eduardo. **Constitucionalização do direito privado**: acesso à justiça e os direitos da personalidade. Birigui: Boreal Editora, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Despatrimonialização do direito de família. In: **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, São Luís: TJ-MA, v. 1, n. 1, jan/dez, p. 25-35, 2011.
- LÔBO, Paulo. **Direito civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998.
- MADALENO, Carpes A. C.; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MARRAFON, Marco Aurélio. **A contribuição de Fachin para o Direito Civil Constitucional brasileiro**. Consultor Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-28/constituicao-poder-contribuicao-fachin-direito-civil-constitucional>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (org.). Constituição, direito fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. Estudos em homenagem a Pietro Perlingieri análise da obra: o direito civil na legalidade constitucional. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 38. n. 02: 581-604, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/18524-Texto%20do%20artigo-70051-1-10-20120216%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/18524-Texto%20do%20artigo-70051-1-10-20120216%20(3).pdf). Acesso em: 29 maio 2020.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípio da afetividade**. In DIAS, Maria Berenice (coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas->

constitucionais-nas-relacoes-privadas/
Acesso em: 29 mar. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

ROUDINESCO, Elizabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. A tirania do guardião. In: **Síndrome de alienação parental e tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **Boletim Científico**. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 – out/dez., 2015.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO E OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA À VISTA

Camila Fernanda Pinsinato Colucci²⁰⁰

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é o estudo do art. 491 do Código Civil, com o propósito de verificar sua aplicação supletiva a contratos de compra e venda à vista, em que caberá ao vendedor a entrega da coisa somente após o comprador ter entregado o preço. Será analisado o histórico do referido dispositivo, comparando-o, ainda, ao art. 1.130 do Código Civil de 1916. Após o estudo da ordem da entrega das prestações na compra e venda à vista, será analisada a possibilidade de se aplicar a exceção do contrato não cumprido à hipótese.

Palavras-chave: art. 491; compra; venda; ordem de entrega; exceção do contrato não cumprido.

ABSTRACT

The objective of this work is the study of art. 491 of the Civil Code, with the purpose of verifying its supplementary application to contracts of purchase and sales in cash, in which it will be up to the seller to deliver the thing only after the buyer has delivered the price. The history of this device will be analyzed,

²⁰⁰ 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

comparing it, still, to the art. 1,130 of the Civil Code of 1916. After studying the order of delivery of the benefits in the purchase and sales in cash, the possibility of applying the *exceptio non adimpleti contractus* to the hypothesis will be analyzed.

Keywords: art. 491; purchase; sales; delivery order; exception of unfulfilled contract.

INTRODUÇÃO

O art. 491 do Código Civil refere-se à compra e venda à vista, podendo ser visto como artigo supletivo já que, por se preservar a autonomia da vontade, podem as partes decidir da forma como melhor lhes aprouver no que tange à ordem e ao momento no qual serão as prestações adimplidas.

Será analisado o histórico do art. 491, comparando sua redação com a redação original do Código Civil de 1916, no qual a ordem das prestações vinha prevista no art. 1.130.

Após detalhada análise do art. 491 e de sua aplicabilidade, passar-se-á ao estudo do art. 476, que trata da exceção do contrato não cumprido, verificando-se se, apesar de o art. 491

civil e processo civil do Uniachieta 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.

trazer ordem de cumprimento das prestações em contrato de compra e venda à vista, ainda será possível o uso da *exceptio*.

Por fim, observar-se-ão algumas normas de direito estrangeiro, especificamente o direito francês, português, italiano e argentino, fazendo-se a análise da ordem de entrega das prestações e a possibilidade de se aplicar, também alhures, a *exceptio* à hipótese de compra e venda à vista.

1. HISTÓRICO

Conforme notícia Jones Figueirêdo Alves, o atual art. 491 não contava do texto original do projeto do Código Civil de 2002, tendo sido “acrescentado através de emenda do Deputado Tancredo Neves, no período inicial de tramitação. Trata-se de artigo que constava do anteprojeto inicial do Relator, Prof. Agostinho Alvim, e que, por lapso, não integrou o texto definitivo, quando de sua elaboração. Repete integralmente o art. 1.130 do CC de 1916”.²⁰¹

Aduz o art. 491, CC02: “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não

é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”. Nota-se que, de fato, é a repetição literal do art. 1.130, CC16: “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço”. Verifica-se, assim, que se trata de determinar uma certa ordem pela qual as prestações devem ser prestadas no contrato de compra e venda, isto é, primeiro deve o comprador entregar o preço para, em seguida, o vendedor entregar a coisa.

Segundo Sílvio Rodrigues, o Código Civil de 1916, ao trazer citado dispositivo, inovou na matéria, eis que a solução das Ordenações era em sentido contrário: “E por quanto, tanto que a compra e venda for acabada por consentimento das partes deve o vendedor entregar primeiro a coisa vendida ao comprador, e depois o comprador lhe deve logo pagar o preço...” (Liv. IV, Tít. 5º, §1º). Vê-se que, aqui, a ordem era inversa, cabendo a primeira ação ao vendedor, que deveria entregar a coisa para, em seguida, receber o preço.²⁰²

2. ARTIGO 491, CÓDIGO CIVIL

²⁰¹ ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários aos arts. 421 a 839. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) *Código civil comentado*.

6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 452.

²⁰² RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da*

O art. 491, do Código Civil, refere-se ao contrato de compra e venda, que é um contrato bilateral. Nas palavras de Nelson Rosenvald:

*Contratos bilaterais são aqueles em que ambas as partes possuem direitos e obrigações recíprocas, sendo contemporaneamente credores e devedores. Compra e venda e locação são exemplos de contratos em que uma das partes transfere a propriedade ou a posse de um bem em troca de um preço ajustado. As obrigações nascem unidas e assim deverá se manter durante a execução da relação contratual, preservando o contrato como um todo incindível, no qual avulta a realização integral da relação.*²⁰³

O contrato de compra e venda à vista é, de acordo com a doutrina, o exemplo típico de contratos de execução imediata, já que o dever de pagar o preço e o de entregar a coisa estão ligados.

Maria Helena Diniz traz especificamente o exemplo do contrato de compra e venda à vista, onde o dever de pagar o preço e o de entregar a coisa estão ligados.²⁰⁴ Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, ao discorrer sobre as prestações no contrato de compra e venda, a exigibilidade de uma prestação (entrega da coisa) fica dependendo da execução da outra (pagamento do preço).²⁰⁵

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, o art. 491 trata de compra e venda à vista, “em que a entrega da coisa vendida coincide com o pagamento do preço”.²⁰⁶ Esta é a mesma posição de Jones Figueirêdo Alves, que afirma que “É da essência do negócio o cumprimento concomitante das obrigações recíprocas”.²⁰⁷ De acordo com Pontes de Miranda, “Se não há prazo para a entrega, as obrigações nascem à conclusão do contrato”.²⁰⁸

vontade. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148.

²⁰³ ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 541.

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106-107.

²⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação* (arts.

481 a 564). vol. 6. coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

²⁰⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato; da compra e venda; do compromisso de compra e venda*. Vol. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2012, p. 163.

²⁰⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. *Comentários aos arts. 421 a 839*. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 452.

²⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. tomo XXXIX.

J. M. Carvalho Santos, ao comentar o art. 1.130 do Código Civil de 1916, cuja redação é replicada pelo art. 491, do atual Código Civil, afirma que “a venda á vista ou a contado é aquella em que o pagamento é feito simultaneamente á entrega da coisa”.²⁰⁹

Porém, mesmo nos contratos bilaterais de prestações que devem ser cumpridas simultaneamente, urge saber-se qual das partes deve adimplir sua prestação em primeiro lugar. Nas palavras de Orlando Gomes, “Se bem que as obrigações das partes devam ser, simultaneamente, cumpridas, na prática, a do vendedor costuma preceder a do comprador, tendo-se em vista que o fim do contrato é, precipuamente, a transferência do domínio da coisa vendida”.²¹⁰ Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “Na prática, afigura-se muito difícil ocorrer perfeita simultaneidade porque a troca de coisa por dinheiro sempre estará a requerer atos sucessivos, em perfeita

sincronia”.²¹¹ Devido a isso, certa ordem necessita ser estabelecida.

Tal ordem pode ser encontrada exatamente no art. 491 do Código Civil, que traz que “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”.

Como ressalta Álvaro Villaça Azevedo, nos contratos de compra e venda, como regra geral, as partes entram em acordo sobre prazos de cumprimento das prestações. “Porém, caso não haja previsão de prazo, aplicar-se-á o art. 491, que é artigo supletivo, exatamente para situações em que o contrato for omissivo quanto a prazos de pagamento”.²¹² Assim, devido à autonomia privada que deve estar presente nos negócios jurídicos, o art. 491 não é cogente, sendo utilizado apenas quando houver falta de pacto neste sentido. Não deixa de observar o renomado professor que, na prática, o mais comum é a regra inversa ao art. 491, já que é usual primeiro entregar-se a

Atualizado por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 467.

²⁰⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*: principalmente no ponto de vista prático. v. XVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 53.

²¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 232.

²¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

²¹² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato; da compra e venda; do compromisso de compra e venda*. Vol. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2012, p. 164.

coisa para então se ter o pagamento do preço.²¹³

No sentido de que as partes podem combinar o prazo entre si, Sílvio de Salvo Venosa explica que “O prazo para a entrega é o estatuído no contrato. Silentes as partes, entende-se que a obrigação do vendedor e a do comprador são simultâneas, exigíveis desde logo. (...)”.²¹⁴

Vários autores, ao comentar o art. 1.130 do Código Civil anterior, demonstravam que, apesar da ideia de simultaneidade de cumprimento de prestações, se fazia necessário o estabelecimento de certa ordem. Assim, nas palavras de Carlos Alberto Bittar, “A tradição do bem deve perfazer-se concomitantemente com o recebimento do preço. Assim, não sendo venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço (art. 1.130)”.²¹⁵ Nesse sentido também é a posição de Arnaldo Wald, para quem “A venda à vista é realizada mediante o

pagamento do preço, não sendo o vendedor obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço (art. 1.130 do CC)”.²¹⁶

J. M. Carvalho Santos ensina que o pagamento deve ser feito contra a entrega da coisa, cabendo ao vendedor o direito de não entregá-la, a não ser que já tenha recebido antes o preço. Ressalta que, aqui, não se fala em direito de retenção, mas “de um direito, consequência imediata da obrigação que a lei impõe ao comprador, de pagar o preço da coisa, imediatamente, si não lhe foi concedido algum prazo”.²¹⁷

Comentando sobre a ordem estabelecida pelo art. 491, Sílvio Rodrigues conclui que:

A regra jurídica sobre não ter o vendedor de entregar o bem antes de receber o preço é ius dispositivum. Somente se há de atender a tal regra jurídica se nada se dispôs quanto ao pagamento, para torná-lo anterior ou posterior à entrega. Mesmo se o vendedor é depositário de dinheiro do comprador e esse apenas lhe transferiu parte do preço, não houve satisfação da

²¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato; da compra e venda; do compromisso de compra e venda*. Vol. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2012, p. 164.

²¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

²¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos civis*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990, p. 27.

²¹⁶ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. v. II. 13. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 297.

²¹⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente no ponto de vista prático*. v. XVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 53.

*dívida. Tem o comprador de prestar o restante, depositando-o, ou autorizar apropriar-se do restante o vendedor, imputando-o ao depósito que, ex hypothesi, existia em mãos do vendedor, e interpelar o vendedor para que entregue o bem, se ainda não o fez.*²¹⁸

Paulo Luiz Netto Lôbo²¹⁹ cita acórdão de 2000, do Tribunal de Alçada do Paraná, em caso concreto que tratava de gado negociado, objeto de apreensão em medida cautelar. No contrato de compra e venda havia ficado estabelecido o pagamento mediante cheque pós-datado, que foi considerado pro solvendo e não pro soluto. A ementa é como segue: “Procedimento regular do vendedor, que não estava obrigado a proceder à entrega antes de receber o preço (art. 1.130 do CC). Subsequente transmissão a terceiros por quem não era proprietário (art. 622 do CC). Ação improcedente. Sentença confirmada. Apelação improvida”.²²⁰ Vê-se que, apesar de se tratar do Código Civil de 1916, tem-se a mesma solução que se teria pelo art. 491 do Código Civil atual.

²¹⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 136.

²¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação* (arts. 481 a 564). vol. 6. coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

Ao se discutir sobre um mínimo de ordem que se tem para as entregas das respectivas prestações, embora seja a compra e venda à vista um contrato de execução imediata, não é cabível deixar-se de considerar se a exceção do contrato não cumprido poderia ser aplicada. Certo é que a *exceptio non adimpleti contractus* é importante instrumento de defesa do contratante contra o outro que não adimple ou adimple sua prestação de modo insatisfatório.²²¹ Assim, em sequência, analisar-se-á a possibilidade de se aplicar esta exceção às compras e vendas à vista.

3. ARTIGO 491 E O ARTIGO 476, CÓDIGO CIVIL

O art. 476 do Código Civil trata da exceção do contrato não cumprido, expressão que vem a trazer a ideia de que se uma das partes ainda não cumpriu sua prestação, não cabe a ela exigir que o outro contratante o faça.

²²⁰ TACPR – AC 140.365.000 – Jaguapitã – 8. Câm. Cív. – Rel. Juiz Sérgio Arenhart, DJPR 02.06.2000.

²²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao código civil: parte especial: das várias espécies de contratos: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação* (arts. 481 a 564). vol. 6. coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

Apesar de ser uma expressão latina, “*exceptio non adimpleti contractus*”, ressalta Henri de Page que é instituto construído pelos pós-glosadores, embora sua aplicação tenha se iniciado pelos canonistas, vislumbrando, ainda, uma origem remota na *exceptio doli* do direito romano. Reconhecida primeiramente pelo direito alemão, divulgada posteriormente na França, através de Saleilles, que demonstrou que, embora se alegasse que o Código Civil francês não tivesse tratado dessa exceção, se o Código Civil autorizava a própria rescisão do contrato por inadimplemento, não teria por que não admitir essa exceção, baseando-se no princípio de que quem pode o mais pode o menos.²²² Darcy Bessoni observa que o direito italiano não a contemplava, omissão essa que veio a ser corrigida pelo atual Código Civil.²²³

A exceção do contrato não cumprido se aplica aos contratos sinalagmáticos, já que é necessária a existência de prestações recíprocas. Nas palavras de Sílvio Rodrigues, “A

exceptio non adimpleti contractus é igualmente instrumento útil para compelir o devedor a pagar seu débito, pois a recusa de uma das partes ao cumprimento da obrigação pode surgir como elemento de compulsão a atuar sobre a atitude da outra.²²⁴

Referindo-se brevemente ao histórico do art. 476 do atual Código Civil, afirma Jones Figueirêdo Alves que “A redação atual é a mesma do projeto. Trata-se de mera repetição da parte inicial do *caput* do art. 1.092 do CC de 1916, sem qualquer alteração, nem mesmo de ordem redacional”.²²⁵

Segue o autor afirmando que o princípio da *exceptio non adimpleti contractus* decorre da dependência recíproca das obrigações assumidas pelas partes, sendo exercido pelo contratante cobrado, que pode recusar-se à exigibilidade por via da exceção do contrato não cumprido, isto é, invocando o inadimplemento da outra parte. Adiciona, ainda que “O princípio tem incidência quando ocorre uma interdependência, pela simultaneidade temporal de cumprimento (termos

²²² DE PAGE, Henri, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence*, v. 2. Bruxelas: Emile Bruylant, 1964, p. 859 e 862.

²²³ BESSONI, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

²²⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da*

vontade. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

²²⁵ ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários aos arts. 421 a 839. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 433.

comuns ao adimplemento) entre as obrigações das partes, ou seja, as obrigações devem ser recíprocas e contemporâneas”.²²⁶

Afirma Sílvio Rodrigues que “Se nos contratos bilaterais as prestações são recíprocas e nada se estipulou quanto ao instante de seu cumprimento, há que se entender serem devidas simultaneamente. De modo que nenhuma das partes pode exigir o cumprimento da obrigação cabente à outra, sem que tenha cumprido a sua”.²²⁷

Esta regra é decorrente da ideia de que a prestação de um contratante tem como causa e razão de ser a prestação do outro.²²⁸ Humberto Theodoro Jr. explicita a necessidade de haver “conexidade causal entre a prestação cobrada e aquela que o excipiente invoca como não cumprida”.²²⁹

Esta conexidade referida pelos autores tem seu fundamento na equidade. Baseando-se na boa-fé objetiva, é

mandatário o respeito às obrigações assumidas,

de modo a unir o destino das duas obrigações, de forma que cada uma só será executada à medida que a outra também o seja. Trata-se de uma verdadeira situação de interdependência, que assegura não apenas o interesse das partes na realização da finalidade comum (função social interna), mas satisfaz a ordem social que procura pelo adimplemento como imposição de justiça comutativa (função social externa)^{230, 231}

Darcy Bessoni ensina que

Nos contratos bilaterais, as prestações são recíprocas e interdependentes (donnant, donnant, como dizem os franceses ou Zug un Zug, como se exprimem os alemães). Obedecem, pois, à chamada regra dos correlativos, o que significa que elas se servem reciprocamente de causa. Então, se um dos contratantes não cumpre a obrigação assumida, rompe-se a equivalência calculada ao celebrar-se a convenção, com repercussões fatais no jogo normal do contrato e nos próprios pressupostos do consentimento. Sempre se reconheceu que, verificada tal

²²⁶ ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários aos arts. 421 a 839. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 434.

²²⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.

²²⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 85.

²²⁹ THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 127.

²³⁰ ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 541.

²³¹ No mesmo sentido: BDINE JR., Jamid. Art. 491. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 554.

*anomalia, o contrato pode ser dissolvido.*²³²

Pode-se invocar a *exceptio non adimpleti contractus* independentemente da causa geradora do inadimplemento do contrato. Seja por culpa ou sem culpa do contratante, se poderá aduzir a exceção. E isso, segundo Sílvio Rodrigues, ocorre porque “tendo uma prestação sua causa na outra, deixando aquela de ser cumprida, seja qual for o motivo, cessa de exigir a causa de cumprimento da segunda”.²³³

Entra-se, aqui, na discussão do ponto de se entender necessária a dissolução do contrato pelo fato de uma das partes ter deixado de cumprir com sua prestação.

Destaca Jones Figueirêdo Alves que a exceção do contrato não cumprido está incluída no Código Civil como causa determinante de extinção do contrato, quando, na verdade, “constitui apenas uma oposição temporária do devedor à exigibilidade do cumprimento de sua obrigação enquanto não cumprida

a contraprestação do credor”.²³⁴ Nesse mesmo sentido é a posição de Humberto Theodoro Jr., que alude, com segurança, não se tratar de “uma defesa voltada para resolver o vínculo obrigacional e isentar o réu-excipiente do dever de cumprir a prestação emergente do contrato bilateral”. Segundo ele, caso reconhecido, é mero procedimento dilatatório ou, mais precisamente, “provisória condição de inexigibilidade” da prestação.²³⁵

Darcy Bessoni considera a dissolução do contrato pelo inadimplemento como “solução radical”, entendendo que o contratante prejudicado poderia optar pela recusa ao cumprimento do contrato até que o contratante inadimplente cumprisse sua prestação. Essa solução seria “mais branda” e seria apta a manter o contrato no mundo jurídico.²³⁶

Para Nelson Rosenvald, a *exceptio non adimpleti contractus* é forma de pressão, enquanto o descumprimento for temporário, hábil a compelir o devedor a executar sua

²³² BESSONI, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

²³³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

²³⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários aos arts. 421 a 839. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) *Código civil comentado*.

6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 434.

²³⁵ THEODORO JR., Humberto. *O contrato e seus princípios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 132.

²³⁶ BESSONI, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 199.

prestação, preservando-se o negócio jurídico e servindo de garantia contra inexecução definitiva. Mas, caso se constate a impossibilidade total de cumprimento, “deverá o credor lesado pleitear a resolução contratual pelo inadimplemento, desvinculando-se da relação obrigacional (art. 475 do CC).²³⁷

Assim, entende o autor que já que não se pode ligar imediatamente a ideia de *exceptio* à ideia de resolução contratual, há impropriedade em se incluí-la no capítulo do Código Civil que trata da resolução do contrato, eis que a “exceção de contrato não cumprido não é uma forma de desconstituição da obrigação, mas um modo de oposição temporária à exigibilidade do cumprimento da prestação.²³⁸

Darcy Bessoni conclui que essa exceção não visa a afetar o contrato, mas tem objetivo de salvá-lo, evitando que se resolva, já que seu fim é suspender temporariamente a execução, que será realizada tão logo se sane a

inadimplência. Em suas palavras, “Mais exatamente, pode-se dizer que, já suspensa ilegitimamente a execução por uma das partes, a outra legitimamente a suspende também, à procura da restauração do equilíbrio, tornando bilateral a inadimplência, antes unilateral”.²³⁹

Carvalho de Mendonça ensina que a exceção do contrato não cumprido é meio de defesa, em que “uma parte demandada pela execução do contrato pôde excluir a acção invocando o facto de não ter a outra também satisfeito a prestação”.²⁴⁰ Segundo Planiol e Ripert, a exceção não requer atos prévios, podendo ser invocada sem prévia autorização judicial ou constituição em mora.²⁴¹

Ponto a ser discutido são os limites do exercício da *exceptio*, significando encontrar-se em que medida a inexecução da parte contrária levará ao uso da exceção. Caso haja mínimo descumprimento, a utilização da

²³⁷ ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 541.

²³⁸ ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 541.

²³⁹ BESSONI, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 199.

²⁴⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de credito*. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908, p. 766.

²⁴¹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil français: obligations*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p. 764.

exceção será vista como ato abusivo, devendo-se tomar cuidado para se evitar que a “alegação da *exceptio* acabe se convertendo em uma escusa indevida ao cumprimento do contrato”.²⁴² Exemplifica Nelson Rosenvald que “se A deveria entregar cinco veículos a B, mas deixa de cumprir com a remessa de um dos automóveis, não pode B se recusar a pagar o todo, amparado na inexecução de um quinto da obrigação. Justo seria a recusa do pagamento na medida proporcional”.²⁴³ É aplicação da boa-fé objetiva na ótica do tu quoque – não faça aos outros aquilo que não queira que façam a ti.²⁴⁴

O que se deve analisar é se a exceção do contrato não cumprido se aplicaria à compra e venda à vista. A grande maioria da doutrina, conforme verificar-se-á a seguir, entende que esta exceção é perfeitamente aplicável a essa modalidade de compra e venda. Sílvio Rodrigues, por exemplo, ao tratar da *exceptio non adimpleti contractus*, afirma que

*Além de recíprocas, é mister que as prestações sejam simultâneas, pois, caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa. Aplicação prática do princípio do art. 476, encontra-se no art. 491, ambos do Código Civil. Determina esta regra que não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.*²⁴⁵

Darcy Bessoni, ao tratar desta exceção, afirma que: “Algumas opiniões pretendem ligá-la a este texto romano, relativo à compra e venda: ‘*offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur: et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex emto actio. Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit*’ (L. 13, §8, D. emti etc., XIX, I)”.²⁴⁶ Vê-se, assim, que desde sua origem estaria a exceção ligada ao contrato de compra e venda à vista.

Por sua vez, Maria Helena Diniz, ao discorrer sobre a existência da exceção do contrato não cumprido, utiliza exatamente a compra e venda à

²⁴² ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 542.

²⁴³ ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 542.

²⁴⁴ ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil*

comentado: doutrina e jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 542.

²⁴⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

²⁴⁶ BESSONI, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

vista para exemplificar a dependência recíproca das prestações que,

por serem simultâneas, são exigíveis no mesmo momento; p. ex.: na compra e venda à vista, o dever de pagar o preço e o de entregar a coisa estão ligados, funcionalmente, numa relação de interdependência, pois o preço será pago com a entrega do bem e esta efetuada ante o pagamento do preço estipulado; logo, cada contraente poderá recusar-se a cumprir a sua obrigação, opondo a exceptio non adimpleti contractus, mas se não cumpriu o dever contraído, lícito não lhe será exigir que o outro cumpra o seu^{247, 248}

Sílvio de Salvo Venosa, discorrendo sobre o art. 491, não deixa de observar que “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço”. Continua afirmando que o que há “Nada mais é do que decorrência do princípio dos arts. 476 e 477 (*exceptio non adimpleti contractus*) (...)”²⁴⁹

Mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, que trazia a exceção do contrato não cumprido no art. 1.092, os

autores usavam a compra e venda à vista para exemplificar a exceção. Arnaldo Wald, ao escrever sobre o art. 1.092, afirma que “Numa venda à vista, o comprador não pode exigir a entrega da coisa sem oferta real do pagamento do preço, pois o vendedor não é obrigado a cumprir a sua obrigação enquanto o comprador não apresentar o pagamento”²⁵⁰

Jamid Charaf Bdine Jr., por sua vez, entende que

*(...) nas compras à vista, as prestações do vendedor e comprador são interligadas e concomitantes. Daí, como derivação da exceptio non adimpleti contractus, a entrega da coisa sobeja condicionada ao pagamento. Aliás, na venda de bens imóveis a quitação é concedida no próprio instrumento.*²⁵¹

Ainda sobre a conexão existente entre o art. 491 e a exceção do contrato não cumprido, Maria Helena Diniz segue aduzindo que. É preciso lembrar que, não sendo a venda a crédito, o vendedor não estará obrigado a entregar a coisa antes

²⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. 1. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 128-129.

²⁴⁸ No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

²⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

²⁵⁰ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. v. II. 13. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 211.

²⁵¹ BDINE JR., Jamid. Art. 491. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 554.

de receber o preço (CC, art. 491), podendo retê-la, mas, por outro lado, o comprador não terá o dever de pagar o preço (art. 476 e 477) se o vendedor não estiver em condições de lhe entregar a coisa, hipótese que será de bom alvitre consignar o preço.²⁵²

Sobre este direito de retenção, e ainda mostrando a ligação existente entre o art. 491 e o art. 476, afirma o professor Villaça que

*a retenção do objeto deve ser comprovada, tendo sido oferecida ao comprador e ficando à sua disposição. Por outro lado, e por equidade, o comprador também poderia reter o preço até que a coisa comprada lhe seja entregue, devendo também comprovar que o preço está à disposição do vendedor. Deve haver esse duplo procedimento para evitar que qualquer um dos contratantes alegue a mora do outro, com fundamento no art. 476, CC.*²⁵³

Silvio Rodrigues também correlaciona os arts. 491 e 476 através do direito de retenção: “a lei mune o vendedor de um direito de retenção que é o fundamento legal de sua recusa em

entregar a coisa. Se o preço não for pago, tal comportamento é legítimo, mesmo que o prazo da tradição se tenha vencido. Portanto, o vendedor desfruta de uma garantia mais ampla que o comprador.²⁵⁴ Nesse sentido também é a posição de Jones Figueirêdo Alves, que afirma que “Razão assistirá ao vendedor reter a coisa, enquanto não recebido o preço”.²⁵⁵ Também nesse sentido é a posição de Venosa, que aduz que o vendedor está em posição mais confortável que o comprador e, portanto, fica o vendedor munido do direito de retenção, para evitar o prejuízo.”²⁵⁶

Porém, Clóvis Beviláqua traz a hipótese oposta, isto é, “se antes de pago o preço sobrevier ao vendedor diminuição em seu patrimônio, apta a comprometer ou tornar duvidosa a entrega da coisa, caberá ao comprador direito correspondente ao que se atribui ao vendedor, podendo obstar o pagamento até a prestação de efetiva

²⁵² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212-213.

²⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato; da compra e venda; do compromisso de compra e venda*. vol. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2012, p. 166.

²⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da*

vontade. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

²⁵⁵ ALVES, Jones Figueirêdo. *Comentários aos arts. 421 a 839*. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) *Código civil comentado*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 452.

²⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

garantia de entrega, ou ainda que a coisa tenha sido colocada à sua disposição”.²⁵⁷

Vê-se, assim, que há uma duplicidade da situação, já que “o comprador pode não só sustar o pagamento do preço se o vendedor não está apto para entregar a coisa, como também o vendedor pode recusar-se a firmar escritura de venda, antes de receber o preço”.²⁵⁸ Nesse sentido também é a lição de Arruda Alvim.²⁵⁹ Também é assim a lição de Sílvio Rodrigues, que entende que “o comprador pode recusar-se a pagar o preço se o vendedor não estiver aparelhado para entregar a coisa no mesmo ato.”²⁶⁰

É nesse sentido também a posição de Maria Helena Diniz, que entende que

Dessa forma, se um deles não o cumprir, o outro tem o direito de opor-lhe em defesa essa exceção, desde que a lei ou o próprio contrato não determine a quem competirá efetuar a obrigação em primeiro lugar. É obvio que, se se estabeleceu a sucessividade no cumprimento do contrato, a parte contratante que deverá satisfazer

²⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. 4. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934, p. 307.

²⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 35.

²⁵⁹ ALVIM, Agostinho. *Da compra e venda e da troca*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 56.

*a prestação antes da outra não poderá deixar de cumprir-la, alegando que o outro contraente não satisfará a sua parte. Todavia, excepcionalmente, será permitido, a quem incumbe cumprir a prestação em primeiro lugar, recusar-se ao seu cumprimento, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê alguma garantia, se depois de concluído o ato negocial sobrevier diminuição em seu patrimônio que comprometa ou torne duvidosa a prestação a que se obrigara (CC, art. 477).*²⁶¹

4. ARTIGO 491 X ARTIGO 476, CÓDIGO CIVIL

Apesar de tudo quanto exposto acima, com o qual se concorda amplamente, há autores, embora em sua minoria, que são claros em entender que o art. 476 não pode ser aplicado em conjunto ao art. 491, por apresentarem hipóteses diametralmente opostas.

Afinal, segundo eles, não há possibilidade de se aplicar a *exceptio* sob estudo caso haja determinação de quem deve primeiramente cumprir sua prestação no contrato. Assim, pelo fato de o art. 491 determinar ordem de cumprimento das prestações, ainda que a

²⁶⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148-149.

²⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137-138.

compra e venda seja à vista, haveria incompatibilidade com o art. 476.

Nelson Rosenvald é claro nesse sentido:

uma das consequências da distinção entre contratos unilaterais e bilaterais concerne à possibilidade de nestes últimos ser facultada a uma das partes o manejo da exceptio non adimpleti contractus, pela qual cada um dos contraentes deverá respeitar o conjunto indivisível da relação a ponto de não poder reclamar a prestação do outro contratante sem que esteja disposto a executar a sua. A exceção não se aplica se no contrato bilateral houver prazos distintos para o cumprimento das obrigações (v.g., art. 491 do CC).²⁶²

Nas palavras de Orlando Gomes, “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida sua obrigação, exigir a do outro”. Porém, aduz o renomado autor que

A exceptio non adimpleti contractus somente pode ser oposta quando a lei ou o próprio contrato não determinar a quem cabe primeiro cumprir a obrigação. Claro que, se estabelecida a sucessividade do adimplemento, o contraente que deve satisfazer a prestação antes do outro não pode recusar-se a cumpri-la sob a conjectura de que este não satisfará à que lhe corre.²⁶³

²⁶² ROSENVALD, Nelson. Art. 476. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 541.

²⁶³ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 91.

Apesar destas orientações, com a devida vênia, ousa-se concordar com os autores que entendem que a *exceptio* é sim aplicável ao contrato de compra e venda à vista, já que a ordem estabelecida pelo art. 491 existe apenas para uma facilidade prática de troca de prestações, não descaracterizando, assim, a ideia de simultaneidade, permitindo-se a aplicação do art. 476 a essa modalidade de contrato.

5. DIREITO ESTRANGEIRO

No direito francês, encontramos o contrato de compra e venda previsto no Code Civil nos arts. 1.582 a 1.701. De acordo com o art. 1.582, “a venda é um contrato pelo qual uma parte se obriga a entregar uma coisa e a outra, a pagá-la. Poderá ser levada a cabo mediante escritura pública ou privada”.²⁶⁴ Se aperfeiçoa entre as partes.

O art. 1.612 do *Code Civil*²⁶⁵ traz a mesma ideia expressada pelo art. 491 do nosso Código Civil: “O vendedor não estará obrigado a entregar a coisa, se o comprador não tenha pago o preço, caso

²⁶⁴ “1582. La vente est une convention par laquelle l’un s’oblige à livrer une chose, et l’autre à la payer”.

²⁶⁵ “1612. Le vendeur n’est pas tenu de délivrer la chose, si l’acheteur n’em paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement”.

o vendedor não lhe tenha concedido um prazo para pagamento”. Baseado neste artigo, Marcel Planiol ressalta que, devido ao fato de a execução do contrato de compra e venda dever ser imediata e bilateral, caso o vendedor não chegar a acordo sobre prazo para pagamento do preço, caberá a ele o direito de retenção. Nesse caso, a retenção será a título de garantia, mantendo-se o contrato, e aguardando-se que o comprador venha lhe ofertar o preço.²⁶⁶

Com relação à *exceptio non adimpleti contractus*, Planiol e Ripert aduzem que, em seus primórdios, o Código Civil francês não tratava dela. Assim, houve necessidade de se valer de meios indiretos para suprir esta falta, utilizando-se instrumentos como a ação resolutória, o privilégio do vendedor, a compensação e o direito de retenção.²⁶⁷

No direito português a compra e venda é tratada entre os arts. 874º a 938º. Porém, pode-se entender que a solução dada pelo direito português é oposta à dada pelo art. 491 do Código Civil brasileiro, com relação à ordem pela qual as prestações devem ser adimplidas. Observando-se o art. 886º, encontra-se a seguinte disposição: “ARTIGO 886º

(Falta de pagamento do preço) Transmitida a propriedade da coisa, ou o direito sobre ela, e feita a sua entrega, o vendedor não pode, salvo convenção em contrário, resolver o contrato por falta de pagamento do preço”. Pode-se depreender, por conseguinte, que primeiramente tem-se a entrega da coisa para, após, haver o pagamento do preço.

Já com relação à *exceptio non adimpleti contractus*, os arts. 428 e 429 explicitam conforme segue:

ARTIGO 428º Noção. 1. Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo. 2. A excepção não pode ser afastada mediante a prestação de garantias.

ARTIGO 429º Insolvência ou diminuição de garantias. Ainda que esteja obrigado a cumprir em primeiro lugar, tem o contraente a faculdade de recusar a respectiva prestação enquanto o outro não cumprir ou não der garantias de cumprimento, se, posteriormente ao contrato, se verificar alguma das circunstâncias que importam a perda do benefício do prazo.

No direito italiano, a compra e venda vem tratada nos arts. 1.470 a 1.547. Já a exceção do contrato não

²⁶⁶ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. tomo 2. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1907, p. 500.

²⁶⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. *Traité pratique de droit civil français*: obligations. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, n. 439.

cumprido está no art. 1.460, que prevê, em tradução livre, que “Nos contratos com prestações bilaterais, qualquer um dos contraentes pode se recusar a adimplir sua obrigação se o outro não adimple a dele, ou se não oferece de adimplir contemporaneamente, salvo disposições diversas estabelecidas pelas partes ou resultantes da natureza do contrato”.²⁶⁸

Renzo Pravisano, ao comentar o direito italiano, afirma, em tradução livre, que

O pagamento deve ser feito no momento da entrega do bem e no lugar em que ela deva ocorrer. O adquirente pode suspender o pagamento do preço (exceptio non adimpleti contractus) quando teme que o bem possa ser objeto de reivindicação por parte de terceiros ou resulte gravado de penhor ou sequestro por ele ignorados. A suspensão do pagamento do preço (art. 1.481,

²⁶⁸ “Art. 1.460 (Excezione d’inadempimento). Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.”

²⁶⁹ PRAVISANO, Renzo. *I contratti di compravendita nazionali ed internazionali: aspetti giuridici, commerciali, fiscal e doganali*. Milão: IPSOA, 2010, p. 125: “il pagamento deve avvenire al momento della consegna del bene e nel luogo in cui questa deve avvenire”. *L’acquirente può sospendere il pagamento del prezzo (exceptio non adimpleti contractus) quando teme che il bene possa risultare oggetto di rivendicazione da parte di terzi o risulti gravato da pignoramento o sequestro da lui ignorati”. La sospensione del pagamento del*

*CC) constitui uma aplicação do princípio geral inadimplenti non est adimplendum contenuto, presente no art. 1.461 do CC e aplicável até mesmo no contrato preliminar de compra e venda.*²⁶⁹

No direito argentino, Carlos Alberto Ghersi resalta a necessidade de se analisar a referência ao aspecto temporal que demanda a realização do objeto da obrigação, sendo necessário distinguir casos de cumprimento instantâneo, como as situações de compra de uma mercadoria de mostrador à vista.²⁷⁰

Caso haja inadimplemento, o art. 1204²⁷¹ traz a faculdade de resolução do contrato com prestações recíprocas. Já o contrato de compra e venda vem regulamentado nos arts. 1.323 a 1.433 do Código Civil argentino.

prezo (art. 1481 CC) costituisce un’applicazione del principio generale inadimplenti non est adimplendum contenuto nell’art. 1461 C.C. ed è applicabile anche al contratto preliminare di compravendita”.

²⁷⁰ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: parte general y especial*. tomo 1. 3. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 286.

²⁷¹ “Art. 1.204. En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes”.

O vendedor pode se recusar a entregar a coisa nas vendas à vista enquanto não lhe seja pago o preço (arts. 1418²⁷² e 1428²⁷³) ou o comprador não lhe ofereça pagá-lo contra a entrega ou em prazo de que disponha.²⁷⁴ Afirma Ricardo Luis Lorenzetti que, “por outro lado, é direito do comprador exigir a entrega da coisa e, em caso negativo, pode preferir resolver o contrato, ainda que sejam situações em que o vendedor se ache impossibilitado de realizar a entrega”.²⁷⁵ Por ser a compra e venda uma obrigação de dar para transmitir o domínio, a coisa deve ser entregue mediante tradição, pois antes disso não se adquire nenhum direito real (art. 577)²⁷⁶.

Ressalta Ricardo Luis Lorenzetti que quando se tratar de venda à vista, ou seja, na que a entrega da coisa é imediata, o pagamento, que é a contraprestação, deve se fazer no mesmo momento, e, conseqüentemente, no local em que se

faça a entrega, salvo pacto em contrário.²⁷⁷

De acordo com o art. 1424, primeiramente o vendedor deve entregar a coisa para, só então, o comprador entregar o preço, observando-se a orientação inversa ao preceituado por nosso art. 491. Analisando este artigo, Ricardo Luis Lorenzetti afirma que “*Es una compraventa de contado en la que el precio debe ser pagado cuando se haga la entrega de la cosa, y al ser inmediatamente exigible no es necesaria la constitución en mora*”.²⁷⁸

Também no Código Civil argentino encontramos a exceção do contrato não cumprido, explicada pelas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti, em tradução livre: “Tratando-se de obrigações nucleares recíprocas (pagamento do preço e entrega da coisa), e sendo ambas exigíveis, se pode suspender o pagamento de uma se a outra não for satisfeita ou se oferece o

²⁷² “Art. 1.418. *El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le hubiese pagado el precio*”.

²⁷³ “Art. 1.428. *Si el comprador a dinero de contado, no pagase el precio de la venta, el vendedor puede negar la entrega de la cosa mueble vendida*”.

²⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 266.

²⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 267.

²⁷⁶ “Art. 577. *Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquire sobre ella ningún derecho real*”.

²⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 289-290.

²⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 290-291.

cumprimento ou haja ameaça de não cumprimento, sendo aplicável a exceção dilatória denominada *exceptio non adimpleti contractus*”.²⁷⁹ A exceção do contrato não cumprido se encontra no art. 1.201 do Código Civil argentino.²⁸⁰

Continua afirmando que se o comprador tiver fundados motivos de que haverá reivindicação da coisa adquirida por qualquer ação real, pode suspender o pagamento do preço, a não ser que a outra parte ofereça alguma garantia.²⁸¹

Para os contratos de compra e venda a prazo, em que a coisa é entregue imediatamente, mas o preço será pago em momento posterior, não se pode utilizar da exceção do contrato não cumprido,²⁸² ficando claro, mais uma vez, que a ordem de entrega na compra e venda à vista não descaracteriza a ideia de que é um contrato de execução imediata.

²⁷⁹ “*Tratándose de obligaciones nucleares recíprocas (pago del precio y entrega de la cosa), y siendo ambas exigibles, puede suspenderse el pago de una si la otra no es satisfecha o se ofrece el cumplimiento o hay amenaza de incumplimiento, siendo aplicable la excepción dilatoria denominada exceptio non adimpleti contractus*”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 292.

²⁸⁰ “*Art. 1.201. En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo*”.

De acordo com Ricardo Luiz Lorenzetti, o comprador está obrigado a receber a coisa, estando igualmente obrigado o vendedor a receber o preço. É dever de colaboração que, se descumprido, leva à possibilidade de ação de consignação.²⁸³

CONCLUSÃO

A compra e venda à vista é um contrato bilateral de execução imediata, isto é, as prestações devem ser cumpridas de forma simultânea. Apesar desta simultaneidade, na prática, ficaria extremamente difícil que ambas as prestações fossem cambiadas ao mesmo tempo.

E é aí que temos o art. 491, que traz a ordem específica de como estas prestações (coisa – dinheiro) deverão ser trocadas. Assim, resta claro que

²⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 292.

²⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 292.

²⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1967, p. 294.

primeiramente caberá ao comprador entregar o preço e, após e em seguida, caberá ao vendedor a entrega da coisa (“Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço”). O art. 491 é um artigo supletivo, visto que normalmente as partes decidem, em negociação, inclusive sobre quando as prestações serão devidas, ainda que seja compra e venda à vista.

Apesar de haver esta ordem, ainda assim cabe a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*, embora possam ser encontrados, ainda que em minoria, autores que defendam a sua não aplicabilidade a contratos de compra e venda à vista. E isso porque a ordem prevista no art. 491 visa apenas facilitar a entrega das prestações, não excluindo a retenção da prestação por certo tempo enquanto se aguarda que o outro contratante cumpra a que lhe cabe. Considerar que o inadimplemento geraria resolução do contrato parece ir contra o princípio da continuidade dos negócios jurídicos. Assim, poderia o inadimplemento ser considerado apenas uma inexecução temporária, havendo o direito de retenção pela outra parte exatamente enquanto se aguarda o desenlace do atraso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários aos arts. 421 a 839. *In*: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.) **Código civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. SP: Saraiva, 2008.

ALVIM, Agostinho. **Da compra e venda e da troca**. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao novo código civil**: das várias espécies de contrato; da compra e venda; do compromisso de compra e venda. vol. VII. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2012.

BDINE JR., Jamid. Art. 491. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. 4. ed. v. 4. RJ: Francisco Alves, 1934.

BESSONI, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos civis**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1990.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel I. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor Imp. Paranaense, 1908.

- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código civil brasileiro interpretado:** principalmente no ponto de vista prático. v. XVI. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.
- DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge:** principes, doctrine, jurisprudence, v. 2. Bruxelas: Emile Bruylant, 1964.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Tratado teórico e prático dos contratos.** v. 1. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales:** parte general y especial. tomo 1. 3. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao código civil:** parte especial: das várias espécies de contratos: da compra e venda; da troca ou permuta; do contrato estimatório; da doação (arts. 481 a 564). vol. 6. coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil:** fontes das obrigações: contratos. v. III. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos.** tomo I. Buenos Aires: Rubinzal –Culzoni, 1967.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado:** parte especial. tomo XXXIX. Atualizado por Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** fontes das obrigações; contratos; declaração unilateral de vontade; responsabilidade civil. v. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil.** tomo 2. 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1907.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, George. **Traité pratique de droit civil français:** obligations. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.
- PRAVISANO, Renzo. **I contratti di compravendita nazionali ed internazionali:** aspetti giuridici, commerciali, fiscal e doganali. Milão: IPSOA, 2010.
- ROSENVALD, Nelson. Art. 476. *In:* PELUSO, Cezar (coord.). **Código civil comentado:** doutrina e jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** dos contratos e das declarações unilaterais da

vontade. v. 3. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JR., Humberto. **O contrato e seus princípios**. 3. ed. RJ: Aide, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. v. 3. 9. ed. SP: Atlas, 2009.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. v. II. 13. ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

**O CONCEITO DE PESSOA JURÍDICA E
SUA PROBLEMÁTICA. A
DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA NO
DIREITO BRASILEIRO**

*Myriam Benarrós*²⁸⁴
*Renzo Fonseca Romano*²⁸⁵

RESUMO

O presente trabalho trata da evolução do instituto da pessoa jurídica desde uma configuração concebida concretamente no Direito romano até a concepção abstrata construída pela dogmática do século XIX. A passagem de uma concepção concreta das situações coletivas, às quais poder-se-iam imputar direitos e obrigações, para a criação de uma *persona* totalmente desvinculada do seu substrato humano acarreta com o passar do tempo a necessidade de “despersonalizar” a *persona ficta*, retornando-se, assim, à visão concreta que o ordenamento romano possuía dessas situações coletivas. Trata-se do fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica previsto e disciplinado pelo legislador brasileiro.

²⁸⁴ Myriam Benarrós, Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Romano e Sistemas Jurídicos pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Romano pela Università di Roma ‘La Sapienza’, Especialista em Diritto dell’Informatica, Teoria e Tecniche dell’Informazione pela Università di Roma ‘La Sapienza’. Foi, nos anos 2000-2011, pesquisadora do Consiglio Nazionale delle Ricerche-C.N.R. (Itália). Atualmente é professora de Direito Civil e História do Direito na Faculdade de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO (Manaus).

PALAVRAS-CHAVE: pessoa, sujeito de direito, pessoa jurídica, personalidade jurídica, desconsideração.

ABSTRACT

The present work deals with the development of the institute of legal entity, from a configuration concretely conceived in Roman Law to the abstract conception constructed by 19th century dogmatics. The passage from a concrete conception of collective situations, to whom could be imputed rights and duties, to the creation of a *persona* totally detached from its human substratum, entails, with time, the need to depersonalize the fictive *persona*, returning, thus, to the concrete vision which the roman legal order had of these collective situations. Such is the phenomenon of disregard of legal entity prescribed and regulated by Brazilian legislator.

KEYWORDS: person, subject of rights, legal entity, legal personality, disregard of legal entity.

²⁸⁵ Renzo Fonseca Romano, Especialista em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e em Direito Tributário e Social da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Atualmente é advogado e professor de Teoria do Direito, Filosofia e Ética Aplicada ao Direito na Faculdade de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO (Manaus).

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O direito contemporâneo utiliza algumas categorias de forma estrutural, tais como personalidade jurídica, subjetividade jurídica, capacidade jurídica, quase como se essas figuras fossem absolutas e universais.

Na realidade, tais categorias surgem e se afirmam, de forma preponderante, a partir da época moderna com a elaboração das concepções subjetivistas, por um lado, e das concepções positivistas, por outro lado, produzindo uma sempre maior desmaterialização da antiga categoria *homo/persona*.

A aplicação de um conceito de *homo* cada vez mais evanescente no âmbito da utilização da categoria de pessoa jurídica acarretou consequências que nos levam a falar, hoje, de uma crise da pessoa jurídica. Até que ponto podemos desconhecer o substrato material da pessoa jurídica?

Denomina-se ‘pessoa jurídica’ todo ente diverso do homem ao qual o ordenamento jurídico reconhece a

capacidade de direitos e de obrigações. Trata-se de uma pluralidade de homens que desenvolvem uma atividade associativa pré-determinada (corporações) ou um patrimônio destinado a um fim (fundações).

Observa V. ARANGIO-RUIZ que tais entes, presentes já na experiência romana, parecem contrariar a máxima, contida em Hermogeniano, *liber primus iuris epitomarum*, D. 1.5.2, *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit* - Como, portanto, todo o direito é constituído por causa dos homens²⁸⁶. O autor, porém, interpreta o passo no sentido de que o direito serve somente para atingir os fins que o homem se propõe na vida social “fins que não são, porém, necessariamente individuais, e tais que possam ser atingidos no quadro de atividades individuais [nossa tradução]”²⁸⁷. R. ORESTANO concorda com a interpretação do romanista napolitano quando afirma: “Mas do testemunho de Hermogeniano emerge, na realidade, somente a constatação de que o direito existe em função da sociedade [nossa tradução]”²⁸⁸. P.

²⁸⁶ *Digesto de Justiniano. Livro I*. Trad. port. Hécio Maciel França Madeira. São Paulo: RT; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO, 2000, p. 55. Cf. VASCONCELLOS, Manoel da Cunha et al. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, vol. I. São Paulo: YK Editora, 2017, p. 78.

²⁸⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Napoli: Jovene, 2006, p. 66: “fina che non sono, però, necessariamente individuali, e tali da potersi raggiungere nell’ambito dell’attività dell’individuo”

²⁸⁸ ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche*. Torino: Giappichelli, 1968,

CATALANO, por sua vez, insiste sobre a noção concreta de *homines* na máxima de Hermogeniano, ressaltando, portanto, que o texto não faz referência à sociedade, mas sim “aos *homines* indivíduos em sua pluralidade concreta”²⁸⁹.

Na opinião da maior parte da doutrina romanista, o direito romano conheceu as situações coletivas que hoje indicamos como ‘pessoa jurídica’, embora a configuração moderna seja fruto da dogmática a partir do pensamento de F. K. von SAVIGNY e da Escola Histórica até os nossos dias, podem-se destacar dois momentos básicos na construção do instituto da pessoa jurídica: a) O direito romano, que foi a base de toda a evolução posterior, e b) o direito medieval, que dará início à desmaterialização do conceito de *homo*. Com efeito, Sinibaldo de Fieschi, também conhecido como Papa Inocêncio IV, conjugando elementos do Direito romano e do Direito canônico, pela primeira vez, partindo da ideia de *Corpus Mysticum*, que indica a Igreja

detentora de uma subjetividade patrimonial claramente diferente daquela dos membros que a compõem, deu início ao processo de abstração das situações coletivas ao considerar as *universitates* como uma ficção jurídica, surgindo, assim, nas doutrinas canonista e civilista um novo conceito de *persona ficta et representada*²⁹⁰.

O conceito de *homo/persona* foi objeto de muitas e diferentes considerações no decorrer da história, que resultaram em transformações que desmaterializaram, por meio de um processo de antropomorfização, conceitos da *iurisprudencia* romana que mantinham, mesmo em época justinianeia, a concretude das figuras jurídicas elaboradas para regulamentar os *corpora* e as *universitates*.

A DESMATERIALIZAÇÃO DO CONCEITO DE *HOMO/PERSONA*

Para que possamos entender a desmaterialização do conceito de *homo* devemos, primeiramente, entender que a

p. 104, nota 6: “Ma dalla testimonianza di Ermogeniano emerge in realtà solo la constatazione che il diritto è in funzione della società;”

²⁸⁹ CATALANO, Pierangelo. “As raízes do problema da pessoa jurídica”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 73, p. 41, julho-setembro/1995.

²⁹⁰ MARCHI, Eduardo C. Silveira; RODRIGUES, Dácio R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Estudo comparativo e tradução de suas fontes romanas*. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 45-46.

ideia de um conjunto de homens ligados por um vínculo qualquer é muito antiga e que a nossa percepção de que esta realidade coletiva é posterior a uma realidade proeminentemente individual se deve, com efeito, a uma forma *mentis* decorrente das teorias jusnaturalísticas e evolucionistas, afirma R. ORESTANO:

Com efeito, são as teorias contraturalísticas, dos Sofistas até Rousseau, que nos habituaram a pensar o desenvolvimento da história segundo um esquema que vai 'do indivíduo à sociedade', 'do singular ao coletivo', e as ideias evolucionistas que nos condicionaram a considerar os processos históricos como um desenvolvimento segundo um esquema biológico 'do mais simples ao mais complexo'[nossa tradução].”²⁹¹

Na realidade, se analisarmos os dados que possuímos relativos às sociedades primitivas, constataremos que as primeiras sociedades se desenvolveram a partir de realidades coletivas; J. GILISSEN leciona:

Qualquer que seja a estrutura da linhagem, chega-se quase sempre à formação de grupos relativamente extensos, os clãs. Como a lei do mais forte predomina nas sociedades arcaicas, os membros do mesmo

clã terão tendência a reforçar os laços que os unem de maneira a poderem fazer frente aos inimigos comuns. Estes laços vão subsistir para além da pessoa física dos indivíduos, mesmo depois da morte²⁹².

A sociedade arcaica não é concebida como um conjunto de tantos homens, mas como um conjunto de tantos grupos.

A experiência romana não se distancia desse esquema, temos muitos elementos que comprovam que a propriedade mais antiga era coletiva; a responsabilidade penal é por muito tempo responsabilidade do grupo.

Desde a época romana mais antiga a vida dos indivíduos se desenrolava no âmbito de diversas organizações, começando pela comunidade romana que determinava a condição de *civis* de cada indivíduo até outros agrupamentos, tais como *gentes*, *familiae*, no âmbito ‘privado’; *tribus*, *curiae*, *exercitus*, no âmbito ‘público’.

Fica claro, assim, que desde os tempos mais remotos os Romanos conheceram situações coletivas, que embora se assemelhem às nossas ‘pessoas jurídicas’ não podem ser

²⁹¹ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., p. 82: “Sono infatti le teorie contrattualistiche, dai Sofisti a Rousseau, che ci hanno abituato a pensare lo svolgimento della storia secondo uno schema che andrebbe «dall'individuo alla società», dal «singolo al collettivo», e le idee evoluzionistiche che ci hanno condizionati a considerare i processi

storici come svolgentisi secondo lo schema biologico «dal più semplice al più complesso».

²⁹² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao estudo do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 42.

tecnicamente consideradas tais no sentido moderno. R. ORESTANO usa a expressão «centro di riferimento di relazioni giuridiche»²⁹³.

A expressão ‘pessoa jurídica’ não é de marca romana, mas uma criação moderna, na forma e no conteúdo. As fontes romanas usam o termo *persona*, mas até o século XVI sem uma particular conceituação, não lhe atribuindo qualquer valor técnico²⁹⁴.

O termo indicava o homem como tal sem nenhuma implicação jurídica, veja-se, por exemplo, Gai I, 9: *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi* – A suma divisão do direito das pessoas é esta, a saber, todos os homens ou são livres ou escravos; nos textos pós-clássicos notamos uma utilização mais conceitual que se aproxima da noção de ‘capacidade jurídica’, como por ex., em Nov. Theod. 17. 1. 2 (a.439): *servos...quasi nec personam habentes* – servos...como se não tivessem pessoa [nossa tradução]. Na compilação

justinianeia o termo ‘persona’ continua a ser usado de forma genérica e a jurisprudência medieval continuará a usar o termo segundo a mesma perspectiva, *i.e.*, sem uma específica valoração jurídica²⁹⁵. A Glosa acursiana (em relação a Ulp. *liber X ad Edictum*, D. 3. 4. 7. 1²⁹⁶) afirmava: *universitas nihil est, nisi singuli homines qui ibi sunt* - a universalidade nada mais é, senão os indivíduos que aí se encontram [nossa tradução].

Foram os canonistas os primeiros a elaborar a noção de *persona universitatis*, de *persona collegii*, estabelecendo que *universitas est persona: universitas est quoddam individuum* - a universalidade é quase um indivíduo [nossa tradução]. Coube a eles a criação da teoria das *personae fictae*. A antropomorfização não é, porém, completa, pois Sinibaldo dei Fieschi dirá que o “capítulo”, enquanto *nomen intellectuale* e *res incorporalis: nihil facere posse nisi per membra sua* - nome intelectual e coisa incorpórea: nada pode

²⁹³ Para um aprofundamento das questões de método e das fontes do problema das pessoas jurídicas e a experiência romana ver R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*. Op. cit., p. 79 ss.

²⁹⁴ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., p. 1.

²⁹⁵ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., pp. 8-9.

²⁹⁶ D. 3. 4. 7. 1: § 1. – *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* - § 1.- Si algo se debiere á una corporación, no se debe á cada uno de sus individuos, ni lo que debe la corporación lo audea cada uno de ellos. Ver GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto*. A doble texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Tomo III. Barcelona, 1897, p. 322.

fazer senão através das suas partes [nossa tradução]²⁹⁷.

Hugues Doneau (*Donellus*, 1517-1591), no final do século XVI, correlaciona a teoria romana do *status hominum* com o *ius personae*, pondo em evidência o homem como ser da natureza e ressaltando a *conditio personae* e o seu tratamento jurídico: *servus ...homo est, non persona: homo naturae, persona iuris civilis vocabubum* - servo...homem é, não pessoa: homem da natureza, pessoa vocábulo do direito civil [nossa tradução]²⁹⁸.

O que distingue as posições da ciência do direito da concepção romana até a do século XVIII é o fato de não se ter tido dificuldade em considerar juridicamente relevantes situações diversas da do homem às quais atribuir direitos e obrigações. Tudo muda quando a partir do século XVIII a ideologia do individualismo jusnaturalístico busca fazer coincidirem o *status hominis naturalis* e o *status hominis civilis*, alegando-se que cada homem seria de per si titular de ‘direitos subjetivos’,

todos decorrentes da sua ‘vontade potestativa’. O velho objetivismo naturalista se restringe ao homem, dando origem a uma concepção ‘subjetivista’ do direito; nem mesmo as normas poderiam reconhecer a possibilidade de criar, impor ou modificar situações jurídicas, mas teriam, somente, a função de tutelar e atuar ‘direitos’, considerados como pré-existentes e, portanto, independentes destas²⁹⁹.

Foram as construções teóricas da Pandectística alemã, na busca de uma sistematização das doutrinas do direito privado, a elaborar uma concepção eminentemente subjetivista do direito. O sistema jurídico foi totalmente articulado em torno do *subiectum iuris*, expressão que não indica mais aquilo que se encontra submetido a uma regulamentação objetiva, mas somente o ser pensante ao qual os direitos pertencem como predicados da sua existência, o sujeito de direito, qualidade exclusiva do homem.

Se a premissa do novo raciocínio jurídico era essa, como explicar a

²⁹⁷ SINIBALDUS DE FLISCO. *In quinque libros Decretalium* (1570), Tit. XXXIX *De Sententia excommunicationis*, Caput LXIII, p. 564: “*quia capitulum, quod est nomen intellectuale et res incorporalis, nihil facere potest, nisi per membra sua*”. Disponível em https://works.bepress.com/david_freidenreich/46/ Acesso em 5 de agosto de 2020. Cf. R. ORESTANO, op. cit., p. 11.

²⁹⁸ *Comm. Iur. Civi.*, Napoli 1763, I, 65 (Ib. II, cp. 9) *apud* ORESTANO, Riccardo. *Il problema delle persone giuridiche*. Op. cit., p. 14, nota 21.

²⁹⁹ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., p. 16 ss.

imputação de direitos e obrigações a algo diverso do homem e inserir no sistema, assim concebido, as situações coletivas (pessoais ou patrimoniais) como titulares de direitos?

No início do século XIX A. HEISE tenta construir sistematicamente uma noção geral de sujeito de direito e, pela primeira vez, usa-se a expressão *juristische Personen*³⁰⁰ para unificar sob um único conceito tudo aquilo que, além dos homens, é reconhecido em um Estado como sujeito de direito, tendo este, necessariamente, um substrato que pode ser constituído de agrupamentos de homens ou de agrupamentos de bens.

F. C. von SAVIGNY, o maior epígono da Escola Histórica, reelaborando as ideias de A. HEISE, no *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840 (*Sistema do direito romano atual*), afirma que sem a vontade do Estado as pessoas jurídicas não poderiam ser consideradas sujeitos de direito. Tal afirmação não era nova; a novidade consistiu na justificativa teórica apresentada por ele.

Mantendo o princípio jusnaturalístico de que todo direito

subjetivo existe à causa da liberdade moral inerente a cada homem e que, portanto, o conceito originário de ‘pessoa’ como ‘titular’ ou ‘sujeito de direitos’ deve coincidir com o conceito de homem, já que *cada homem singular, e somente o homem singular é capaz de direitos*, ele admite que esta capacidade pode ser estendida pelo direito positivo a alguma coisa diferente do homem, às ‘pessoas jurídicas’, entendidas como ‘sujeitos artificiais’, criados com base em uma simples ficção, que se distinguem em “corporações” e em “fundações”³⁰¹.

G. F. PUCHTA, discípulo de SAVIGNY, agrupou todas as figuras de ‘pessoa jurídica’ em um único conceito de *universitates: universitates personarum e universitates rerum*.

O instrumento da ‘pessoa jurídica’ é a solução dada ao problema jurídico das situações coletivas pela Escola Histórica e pela Pandectística, pois uma pluralidade de homens age unitariamente na medida em que o Estado (pessoa jurídica por excelência) concede ‘personalidade’ a uma pluralidade de homens, e o *modus*

³⁰⁰ ORESTANO, Riccardo. «Persona» e «Persone Giuridiche». Op. cit., pp. 20-21. Cf. A. HEISE, Arnold. *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*. Heidelberg, 1839, § 98, p. 25, nt. 15.

³⁰¹ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts* (1840). Trad. Fr. M.CH. Guenoux, *Traité de Droit Romain*. Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, p. 2; p. 230 ss.

operandi prático é o mecanismo da representação da *persona ficta*.

A substancial diferença entre a construção de F.C. SAVIGNY e aquela dos canonistas e civilistas anteriores é o fato de que as mais antigas concepções consideravam a *fictio* uma criação intelectual da ciência jurídica, enquanto o jurista alemão considera a *fictio* um instrumento técnico à disposição exclusiva do legislador. R. ORESTANO esclarece: “assim enquanto para os medievais essa [*fictio*] servia ao jurista para descrever, em termos representativos, situações consideradas de per se relevantes juridicamente, a partir da Escola Histórica [*a fictio*] é reputada condição essencial para a sua existência e sua relevância no mundo do direito [nossa tradução]”³⁰².

Elabora-se a teoria da ficção segundo a qual além da pessoa física, entidade natural, existem outras entidades capazes de direito e de obrigações por exclusiva vontade do legislador, que ‘finge’ ser uma associação de homens ou um conjunto de bens uma unidade considerada ‘pessoa’ e como tal ‘sujeito de direito’.

Contra a teoria da ficção surge a teoria da realidade, defendida principalmente por O. F. von GIERKE. Tal teoria considera as pessoas jurídicas como ‘organismos naturais’ com sua intrínseca natureza jurídica, não sendo, portanto, necessário recorrer a analogias ou ficções para determinar a sua subjetividade jurídica.

Ambas as teorias mantêm firme a necessidade da intervenção do Estado para que as situações coletivas possam atuar no mundo jurídico; a diferença consiste no valor dado à vontade do Estado: constitutiva para a teoria da ficção; declarativa para a teoria da realidade.

A corrosão da teoria dos direitos subjetivos e a passagem para uma concepção objetiva da pessoa jurídica decorrem de uma progressiva eliminação do dogma da vontade, da dissolução do conceito de pessoa; tal corrosão se verifica com a transposição dos atributos do homem a entidades que tendem a ocupar o lugar daquele. O indivíduo isoladamente considerado não é titular de direitos subjetivos, mas o indivíduo como membro de uma sociedade na qual tem a qualidade de ‘pessoa’ reconhecida

³⁰² ORESTANO, Riccardo. Op. cit., pp. 20-25: “cosicché mentre per i medievali essa [*fictio*] serviva al giurista per descrivere, in termini rappresentativi, situazioni considerate come aventi già di per sé rilievo giuridico, dalla Scuola

storica è ritenuta condizione essenziale della loro esistenza e del loro rilievo nel mondo del diritto.”

pelo Estado. A partir dessa construção se elabora gradualmente uma noção abstrata de ‘personalidade jurídica’, entendida como um ‘produto’ do ordenamento jurídico enquanto ‘efeito jurídico’ do direito objetivo.

Nessa nova perspectiva o próprio homem deixa de ser a ‘causa do direito’ (*...hominum causa ... ius constitutum sit*) para se tornar, como pessoa, o “resultado”, o “efeito” de uma qualificação jurídica. A construção positivista põe no mesmo plano a pessoa física e a pessoa jurídica, pois ambas são uma “criação” do direito. O conceito *homo/persona* não tem mais nenhuma vinculação com a realidade concreta. O Estado determina quem é ou não pessoa, chegando-se ao absurdo, como afirma P. CATALANO, “...da identificação *homines-personae* se passa a um conceito jurídico de «pessoa» pelo qual podem existir homens que não são pessoas e pessoas que não são homens (ou conjunto de homens), mas apenas «entes»³⁰³.

A EXPERIÊNCIA ROMANA E A ROMANÍSTICA CONTEMPORÂNEA

P. CATALANO sustenta que não obstante estudos apurados concernentes à questão se os Romanos tiveram ou não uma noção abstrata das situações jurídicas que indicam um conjunto de homens ou um conjunto de bens que possam ser titulares de direitos e obrigações, a doutrina romanística contemporânea não se apercebe o quanto as inovações conceituais e terminológicas elaboradas nos séculos XIX e XX nos afastam da visão dos juristas romanos no tratamento jurídico de tais situações.

Trabalhos importantes, tais como os de R. von JHERING e de C. FADDA, no que concerne à noção de *Populus*, buscam recuperar e explicar a realidade antiga, a exemplo do fundamental estudo realizado por R. ORESTANO sobre o problema da pessoa jurídica no Direito romano, em que o autor faz uma análise detalhada do tema, evidenciando a necessidade da utilização de um método apropriado para que não se usem categorias modernas no esforço de se compreender uma realidade antiga:

Tentando comprovar as posições nesse campo limitar-nos-emos aos critérios expostos na nossa Introdução ao estudo histórico do direito romano, e em primeiro lugar aquilo que em qualquer pesquisa histórica a experiência

³⁰³ CATALANO, Pierangelo. Op. cit., p. 44.

*que se pretende estudar deve ser cuidadosamente distinta das subsequentes, inclusive a experiência à qual pertence o próprio estudioso [nossa tradução]*³⁰⁴.

Adverte R. ORESTANO que a multiplicidade de dados reais, de dados normativos e de dados especulativos e a mescla constante desses dados exigem uma grande atenção para que não sejam confundidos entre eles (mesmo no âmbito da experiência estudada) e, principalmente, “não se faça, pelos menos inconscientemente, arbitrárias contaminações e sobreposições entre experiências diversas (e, portanto, sempre no nosso caso, entre a experiência romana e as sucessivas, inclusa aquela à qual nós pertencemos [nossa tradução].”³⁰⁵

O trabalho de R. ORESTANO, segundo P. CATALANO³⁰⁶, no que tange ao *corpus* e à *universitas* utiliza e corrige os resultados de uma tese extrema de E. ALBERTARIO segundo a qual o uso dos

termos *corpus* e *universitas* indicaria que os clássicos tinham uma concepção “concreta” (de “coletividade”), enquanto os pós-clássicos e justinianeus tinham uma noção “abstrata” (de “unidade”)³⁰⁷.

Com efeito, a análise de R. ORESTANO demonstra que não se pode afirmar que a passagem de uma concepção material a uma abstrata foi tão nítida, não tendo os clássicos qualquer noção ‘abstrata’ referente a uma coletividade. Tratando das situações unificadas dos *corpora* e das *res ex distantibus*³⁰⁸, o autor cita dois fragmentos que comprovam que os clássicos já tinham uma ideia de coletividade unificada; o primeiro de Alfeno Varo, jurista republicano do I século a.C., e o segundo de Paulo, jurista membro do *consilium* de Septímio Severo (192-211 d.C.) e Caracala (212-217), que se torna *praefectus praetorio* no reinado de Alexandre Severo (222-235):

³⁰⁴ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., p. 2.; Id., *Introduzione allo Studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963: “Per cercare di accertare le posizioni in questo campo ci atterremo ai criteri esposti nella nostra *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, e in primo luogo a quello che in ogni indagine storica l’esperienza che si intende studiare debba venir accuratamente distinta dalle successive, compresa l’esperienza cui appartiene lo studioso stesso”.

³⁰⁵ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., pp.3-4: “non si abbiano a compiere, almeno inconsciamente, arbitrarie contaminazioni e sovrapposizioni fra

esperienze diverse (e quindi, sempre nel nostro caso, fra l’esperienza romana e le successive, compresa quella cui noi stessi apparteniamo).”

³⁰⁶ CATALANO, Pierangelo. Op. cit., pp. 44-45.

³⁰⁷ ALBERTARIO, Ermilio. “Corpus e universitas nella designazione della persona jurídica”. *Studi di diritto romano*, I/97 e ss., Milano, 1933.

³⁰⁸ ORESTANO, Riccardo. Op. cit., pp. 122, em particular p. 129.

1. *Alfenus lib. 3 Digestorum a Paulo epitomatorum, D. 33. 10. 6 pr.*

Supellectilis eas esse res puto, quae ad usum communem patrisfamilias paratae essent, quae nomen sui generis separatim non haberent

Creio ser da mobília aquelas coisas que fossem preparadas para o uso comum do pai de família, que não tivessem separadamente um nome do próprio gênero [nossa tradução].

2. *Paulus lib. 75 ad Edictum, D. 30. 2. 2.*

Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt: si autem supellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, unum legatum [est].

Toda vez que muitas coisas são indicadas nominalmente no legado, são muitos legados; porém se o legado for mobília, ou dinheiro, ou pecúlio, ou utensílios, trata-se de um único legado [nossa tradução].

P. CATALANO salienta que os estudos de R. ORESTANO atestam que

ambas as concepções, a ‘concreta’ e a ‘abstrata’, estão presentes nas construções dos clássicos e dos pós-clássicos, relevando que o uso mais frequente dos termos *corpus* e *universitas*, sem mais referência ‘concreta’ àquela que E. ALBERTARIO chama de ‘coletividade real’, decorre da transformação da posição das *civitates* e das corporações em relação ao ordenamento. É entendimento pacífico que os pós-clássicos e os juristas justinianeus já manuseavam conceitos dotados de uma significativa abstração, assim como, que o processo de uma maior abstração se deve, também, as mudanças constitucionais³⁰⁹.

A abstração, contudo, não é completa, nem mesmo no que se refere ao conceito de *Populus*, e os imperadores, por motivos de oportunidade política, refrearam, energicamente, a abstração dos *municipia* e dos *collegia*.

P. CATALANO discorda da posição de F. SCHULTZ quanto à hostilidade dos Romanos de produzir conceitos abstratos; bem conhecida é a opinião do grande romanista alemão:

A hostilidade dos romanos pela abstração se revela na relutância em fixar os conceitos jurídicos. Existe uma série de conceitos importantes para os quais os

³⁰⁹CATALANO, Pierangelo. Op. cit., p. 45.

*romanos não têm uma expressão técnica, embora esses conceitos estejam, conscientemente ou inconscientemente, na base de suas discussões [nossa tradução]*³¹⁰.

A opinião de F. SCHULTZ deve ser inserida no quadro da construção alemã da teoria do direito subjetivo que tanto influenciou a conformação do direito contemporâneo; conseqüentemente, para ele, não terem os romanos elaborado definições abstratas de ‘pessoa’, ‘capacidade jurídica’ e outras lhe parece um elemento que indica uma falta de evolução do pensamento jurídico romano.

P. CATALANO discorda tanto no que concerne a uma suposta relutância dos romanos à abstração quanto ao fato de que esses não tenham produzido conceitos abstratos³¹¹, dando como prova da capacidade dos romanos de abstração o fragmento *Ulpianus libro X ad Edictum, D. 3. 4. 7. 2.*

§ In Decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneant, vel omnium immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire, et conveniri: quum ius

³¹⁰ SCHULTZ, Fritz. *Prinzipien des römischen Rechts*. München: Duncker & Hum, 1934. Trad. ital. Vincenzo Arangio-Ruiz. *I principii del diritto romano*, reimpressão anastática da edição Sansoni, Firenze 1946, Casa editrice Le Lettere, reimpressão 2005, p. 37: “L’ostilità dei romani per l’astrazione si rivela inoltre nella riluttanza a fissare i concetti giuridici. Vi è tutta una serie di concetti importanti per i quali i romani non hanno

omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis

§ Nos Decuriões ou em outras universalidades não interessa se todos permanecem no mesmo (corpo), ou uma parte permaneça, ou todos sejam mudados. Mas se a universalidade se reduz a um só, se admite preferivelmente este possa demandar e ser demandado: quando o direito de todos tenha recaído em um só, e subsista o nome da universalidade.

R. ORESTANO, por sua vez, ensina que não é possível considerar as pessoas jurídicas como entidades naturais ou esquemas com valoração absoluta e universal, portanto, o que importa são as soluções concretas adotadas para regulamentar certas situações, no passado e não menos no presente³¹².

A análise da experiência romana apresenta duplo interesse, de um lado, um conhecimento mais aprofundado dos instrumentos utilizados pelos romanos no que concerne a situações hoje regulamentadas através da categoria ‘pessoa jurídica’, do outro, podemos, talvez, vislumbrar elementos úteis para o

una espressione tecnica, benchè i concetti stessi siano, consapevolmente o inconsapevolmente, a base delle loro discussioni.”

³¹¹ CATALANO, Pierangelo. Op. cit., p. 45.

³¹² ORESTANO, Riccardo. Op. cit., p. 80 ss.

presente, em um momento de crise da ‘pessoa jurídica’³¹³.

Basta pensar no fato de que, após termos criado a ficção da ‘pessoa jurídica’, nos encontramos diante da exigência de desconhecer a nossa própria criação, elabora-se teoria contrária, a denominada teoria da desconsideração da pessoa jurídica, acolhida pelo art. 50 (Livro I - Das Pessoas) do Código Civil brasileiro de 2002³¹⁴.

Com o habitual vigor afirma P. CATALANO:

*o antigo direito romano serve, ainda uma vez, para criticar radicalmente o direito contemporâneo, para liberar-nos das incrustações conceituais e da rede de abstrações que levaram nossa sociedade “progredda” a considerar “pessoa” a Anstalt mas não qui in utero sunt.*³¹⁵

Talvez tenhamos que analisar a experiência romana com olhos menos evolucionistas, buscando, mais uma vez, bons conselhos no direito romano.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO

³¹³ Cf. ORESTANO, Riccardo. Op. cit., pp.80-81.

³¹⁴ Código Civil Brasileiro de 2002: art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os

DIREITO BRASILEIRO E SUA EVOLUÇÃO

A Teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica é um instituto recente e um dos instrumentos que permitem alcançar a limitação de responsabilidade dos sócios, fazendo com que eles respondam pessoalmente pelas dívidas e compromissos da empresa, deixando de ocultar-se por trás da personalidade jurídica autônoma do ente coletivo, e por esta razão, a autonomia pode ser desvirtuada para atingir finalidade fraudulenta.

De acordo com CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o surgimento da *disregard* remonta à ideia surgida em 1991, no Estado de New York, da concessão de *selfincorporations* a fim de estimular as atividades produtivas e, ao mesmo tempo, impedir eventuais abusos e fraudes a partir da utilização da personalidade jurídica, o que serviu de ponto de partida para análise do Prof. alemão R. SERICK, que apontou a utilização da estrutura formal da pessoa jurídica como escudo protetor do

efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

³¹⁵ CATALANO, Pierangelo. Op. cit., p. 52.

comportamento antijurídico de uma pessoa, tese que se espalhou pela Alemanha, Itália, Argentina, Inglaterra e França³¹⁶.

R. REQUIÃO, eminente jurista paranaense, foi quem primeiro, no Brasil, tratou da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, chamada de *Doctrine of Disregard of Legal Entity*, em 1969,³¹⁷ em uma conferência na Faculdade de Direito na Universidade do Paraná.

J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA desenvolveu o conceito de “dupla crise”, em seu livro, no final da década de 70. O autor dissertou sobre duas crises envolvendo a pessoa jurídica: a crise do sistema e a crise da função. A primeira está envolvida com a concepção e identificação das pessoas jurídicas, e a segunda trata de um desvio de função, sobre a utilização abusiva e equivocada da teoria da desconsideração, envolvendo a separação entre pessoa jurídica e membro³¹⁸.

³¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, p. 278.

³¹⁷ REQUIÃO, Rubens. “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*)”. *Revista dos Tribunais*, p. 15, 410/12, 1969.

³¹⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A dupla crise da pessoa jurídica*. SP: Saraiva, 1979, p. 103 ss.; p. 259 ss.

Nas palavras de LAMARTINE, sobre a pessoa jurídica:

*Sua importância. É enorme. Provoca uma reflexão em torno do conceito de direito subjetivo e das próprias noções fundamentais do Direito. Revela a posição do autor, o ângulo em que se situa, no plano filosófico, e sociológico. Por outro lado, está tão intimamente ligado ao problema da personalidade humana, que de seu exato equacionamento pende uma correta solução do problema das relações entre o Estado e os grupos intermediários existentes na sociedade, de um lado, e entre todas as realidades coletivas e o ser humano, por outro*³¹⁹.

O primeiro julgamento sobre o tema tem origem no Tribunal Cível de São Paulo, em 1955³²⁰, “*a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas que não pode ser mais um tabu, a entrar a própria ação do Estado na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude de juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao Direito*”.³²¹

³¹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*. 1962. Tese. UFPR. Curitiba. p.162.

³²⁰ BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. Dissertação. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. p. 28.

³²¹ Apelação n. 9247 da 4ª. Câmara Cível relatada pelo desembargador Edgar de Moura Bittencourt, *Revista dos Tribunais* 238/393.

Nesse contexto, as decisões judiciais foram se consolidando³²² no rastro da doutrina que lhe conferia suporte jurídico abalizado para, em seguida, o legislador suprir a omissão legislativa sobre o tema a fim de resolver situações excessivas em que a personalidade jurídica e a sua autonomia patrimonial eram utilizadas por administradores e sócios de maneira abusiva com o objetivo de se eximirem de quaisquer responsabilidades e não comprometerem o patrimônio da pessoa natural, ainda que isso implicasse em prática de atos fraudulentos contra credores.

O problema da omissão legislativa foi paulatinamente sendo

resolvido pelo legislador em hipóteses específicas como a da Lei n. 4.591/64 que, em seu art. 66, parágrafo único, previa, nas incorporações, a responsabilidade pelo empreendimento em razão de danos decorrentes; a do Código Tributário Nacional que, em seu art. 135, estabeleceu a responsabilidade dos sócios.

Após o início da vigência da Constituição Federal, a Lei n. 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor³²³, em seu art. 28³²⁴, expressamente tratou do tema, autorizando o juiz a promover a desconsideração da personalidade jurídica³²⁵: “quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou

³²² Após o início da vigência da Constituição Federal e mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, em inúmeros julgados, decidiu pela possibilidade REsp 6820 / SP; REsp 4324 / SP, entre outros julgados disponíveis em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>.

³²³ A doutrina costuma chamar de Teoria Menor da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica a que serve de fundamento ao artigo 28 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), pois permitiria a desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito, o que é exigido pelo que se convencionou chamar de Teoria Maior da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica (Código Civil, art. 50) por exigir a demonstração de dolo ou culpa. Nessa linha de sustentação, ver COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo, RT, 1989; e PELEGRINI, Ada et al., *in Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6a edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 208.

³²⁴ Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Foi o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – que consagrou definitivamente a *disregard doctrine*, assentando no art. 28 o princípio geral (...)”. Ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 279.

³²⁵ A jurisprudência, acompanhado a doutrina, tem aplicado a Teoria Menor às relações consumeristas e a Teoria Maior da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica às relações civis/empresariais, a exemplo dos acórdãos a seguir destacados: AgInt no AREsp 1565590/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2020, DJe 30/03/2020 (Teoria Maior, por todos); e, AgInt no AREsp 1495470/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2019, DJe 13/12/2019 (Teoria Menor).

ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”, e, ainda, nas hipóteses de “falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”³²⁶ e com o advento do Código Civil de 2002³²⁷, o art. 50 introduziu regra geral em matéria de direito privado sobre a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica³²⁸.

Mais recentemente, com o advento da Lei n. 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), o art. 50 do Código Civil sofreu alterações, sendo o *caput* do artigo modificado, na tentativa de esclarecer que a desconsideração deve atingir apenas o patrimônio de sócios e/ou administradores que, direta ou indiretamente, tenham se beneficiado pelo abuso da personalidade da pessoa jurídica, passando a ter a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a

³²⁶BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 15 de jul. 2019.

³²⁷ Outras leis, e aqui não se tem a pretensão de esgotar a referência a todas, também trataram do tema, como: a Lei n. 9.606/98, que trata das sanções penais e administrativas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, em seu art. 4o; a Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a repressão às infrações contra a ordem econômica, em seu art. 34.

requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

A. SCHREIBER, nesse contexto, ressalva que:

*(...) administradores e sócios que participem da administração da pessoa jurídica (sócios-administradores) têm, também eles, o dever de evitar o abuso da personalidade jurídica e, nesse contexto, ainda que não tenham sido devidamente beneficiados pelo abuso, podem ser chamados a responder como beneficiários indiretos, especialmente nos casos em que os sócios e administradores diretamente beneficiados não tenham patrimônio suficiente para arcar com os danos causados*³²⁹.

A doutrina também tem admitido a desconsideração inversa ou invertida da personalidade jurídica na hipótese de confusão patrimonial se houver a possibilidade de responsabilizar a

³²⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 235, aduz que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, em seu art. 14, teria criado uma nova modalidade de desconsideração: a administrativa.

³²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. SP: Saraiva Educação, 2020, pp. 170-172.

empresa por dívida dos sócios, situação que ocorre com frequência, por exemplo, em casos de separação e divórcio.

A propósito do tema, o Enunciado 283 da Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal – CJF, estabelece a seguinte orientação doutrinária³³⁰:

É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

Importante ressaltar que o atual Código de Processo Civil, em seu art. 133, parágrafo 2, expressamente autoriza a desconsideração inversa, de maneira que o que era fruto de produção doutrinária e jurisprudencial³³¹ antes do início de vigência do referido código, hoje resta consolidado pela legislação processual, quando assevera, no referido dispositivo que: “aplica-se o disposto

neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.”

Ademais, há de se destacar que o caráter episódico da desconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a despersonalização da empresa, o que implicaria, necessariamente, em seu aniquilamento. Com efeito, a desconsideração seja ela a ordinária ou a invertida deverá ser reconhecida em cada caso concreto, explicitando, pelo menos, um dos requisitos legalmente exigidos³³².

ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antes da vigência do atual Código de Processo Civil, doutrina e

³³⁰

Fonte: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/>

³³¹ A desconsideração da personalidade jurídica inversa já era admitida pela jurisprudência, no rastro a doutrina dominante, muito antes da expressa previsão legal contida no Código de Processo Civil de 2015; nesse sentido os arestos a seguir indicados, que tratam de temas variados que vão do direito de família ao direito societário, respectivamente: AgRg no REsp 1096319/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 01/03/2013; REsp 1236916/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013; REsp 1312591/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA,

julgado em 11/06/2013, DJe 01/07/2013; AgInt no AREsp 1243409/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020; AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL; AgInt no AREsp 1475665/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2020, DJe 25/03/2020.

³³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 501.

jurisprudência, a despeito da existência de lacuna normativa, admitiam, como visto linhas atrás, a desconsideração ordinária ou inversa da personalidade jurídica, orientação que resultou concretizada a partir da evolução legislativa dos mais variados ramos do direito material.

Controvérsia processual relevante, apesar de ser admitida a desconsideração em nossos tribunais mesmo antes do início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, dava-se em razão da inexistência de procedimento próprio para a desconsideração da personalidade jurídica, de maneira que passou a ser acolhida incidentalmente nos próprios autos do processo em andamento, sem contraditório prévio³³³.

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu em nosso ordenamento jurídico um procedimento regulador da desconsideração da personalidade, localizando-o topologicamente no Livro III, Título III, Capítulo IV, arts. 133 a 137, ou seja, no título que trata da intervenção de terceiros.

³³³ Nesse sentido: REsp 1316256/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 12/08/2013 e REsp 476.452/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 11/02/2014.

Superando a crítica da postergação do contraditório e da inexistência de um procedimento específico, houve por bem o legislador processual estabelecer um procedimento em contraditório para a solução do incidente, indicando os legitimados a propô-lo, as fases em que é cabível, a forma da instauração, seus requisitos, bem como o prazo para o exercício do contraditório, a natureza do provimento judicial que o resolve (art. 136) e, finalmente, seus efeitos se acolhido.

THEODORO JR., sobre a disciplina do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, leciona que:

É nítido que a nova legislação veio para dar maior segurança jurídica para as situações de desconsideração da personalidade jurídica, privilegiando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Os sócios ou a pessoa jurídica serão citados para se manifestar e requerer as provas cabíveis dentro do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 135 do Código, o que evita que a desconsideração ocorra sem prévia oportunidade de defesa e dilação probatória, situações essas que eram dispensadas anteriormente em algumas situações³³⁴.

³³⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 418.

De acordo com C. SCARPINELLA

BUENO:

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é novidade trazida pelo CPC de 2015. Não que ao resultado por ele objetivado não fosse possível chegar anteriormente, porque, em última análise, a questão sempre se resumiu à devida aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no plano do processo. Com a expressa disciplina dada pelos arts. 133 a 137 ao assunto, contudo, é irrecusável a percepção de que a sua observância é de rigor. (...) O que o CPC de 2015 exige, destarte, é que as razões de direito material que justificam a responsabilização do sócio pela pessoa jurídica (e vice-versa, no caso da “desconconsideração inversa”) sejam apuradas (e decididas) em amplo e prévio contraditório. Típico caso de transporte escorreito das realidades materiais para dentro do processo. A citação exigida pelo art. 135 justifica-se porque, até aquele instante, o sócio ou a pessoa jurídica em caso de desconconsideração inversa é terceiro em relação ao processo³³⁵.

Segundo A. F. CÂMARA, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica pode provocar a ampliação subjetiva da demanda, “formando-se, por força do resultado nele produzido, um litisconsórcio passivo facultativo”³³⁶.

³³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 269-273.

³³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 91.

Sobre os efeitos do incidente de desconconsideração, J.M.G. MEDINA³³⁷ lança crítica ao parágrafo 3 do art. 134, e o interpreta de maneira a restringir os efeitos da suspensão não a todo o processo, mas tão somente à questão da desconconsideração, não impedindo a prática de outros atos executivos no curso da execução, regra que não se aplicaria na hipótese do incidente ser proposto com a petição inicial, na forma do parágrafo 2 do art. 134, por razões óbvias, uma vez que comporia a causa de pedir e o pedido formulado na exordial.

Nesse contexto e nos limites da proposta deste artigo, que não pretende esgotar a repercussão processual da desconconsideração, tem-se que o Código de Processo de 2015 trouxe, para além da consolidação do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, a necessária adequação procedimental legislativa ao incidente e ao postulado do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, na forma do art. 5, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, conferindo maior segurança jurídica.

³³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

CONCLUSÃO

Uma das características da ciência jurídica ocidental mais relevante é que nessa o momento especulativo (no sentido de um pensamento direcionado à busca do conhecimento) tende sempre a acompanhar e, às vezes, ir além, o momento prático (no sentido do pensamento direcionado essencialmente à ação), diferentemente de outras ciências, no âmbito das quais o momento prático é o mais relevante, ou, até mesmo, o único existente. A ciência jurídica europeia, cujo legado foi trazido para o Novo Mundo, muitas vezes, perguntou-se se a ciência do direito seria ou não uma verdadeira ciência, problema que poderia ser resolvido em função daquilo que se entendesse ser o ‘direito’ e daquilo que se entendesse ser uma ‘ciência’, aliás, uma verdadeira ciência; várias foram as teses, falando-se de verdadeira ciência ou de uma simples técnica, de uma atividade prática, ou de uma atividade contemporaneamente prática e teórica, ou de uma atividade que por debaixo de uma aparente unidade esconderia duas atividades distintas, uma teórica e uma prática³³⁸.

³³⁸ ORESTANO, Riccardo. *Introduzione*. Op. cit., pp. 21-24.

F. GENY, na *Introduction* a sua obra *Science et technique em droit positif*, publicada no começo do século XX, dá um quadro bastante preciso do problema concernente à significação da ciência do direito. O civilista francês afirma que sendo o direito, essencialmente, uma prática fundada sobre um conhecimento, é necessário sabermos como nós devemos discernir os preceitos jurídicos, independentemente dos modos de expressão vários e contingentes, que os revelam deformando-os, e através de quais meios nós devemos inseri-los na vida social da humanidade. Trata-se de um duplo problema, de ciência e de prática, que, posto no terreno metodológico, leva-nos a uma crítica dos métodos de elaboração ou aplicação do direito³³⁹.

Ao analisarmos a evolução do instituto da pessoa jurídica, fica clara a tensão que intercorre entre teoria e prática do direito, posto que, algumas vezes, brilhantes construções teóricas devem ceder diante das exigências decorrentes da vida concreta dos homens.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que as contingências práticas da vida

³³⁹ GENY, François. *Science et technique em droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1913, pp. 2-3.

do direito coloca à prova a mais refinada construção teórica e impõe soluções diante da possibilidade de abuso da personalidade jurídica tal qual ocorre nos casos de sócios em relação às pessoas jurídicas por eles constituídas, buscando com isso, em fraude a credores, proteger suas posições patrimoniais enquanto pessoas naturais, como restou articulado em relação à desconsideração da personalidade jurídica, ordinária e inversa, e sua evolução no Direito Brasileiro sob um enfoque material e processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fontes romanas

Alf. 3 *Digestorum*, D. 3. 10. 6 pr.

Paul. 75 *ad Edictum*, D. 30. 2. 2.

Ulp. 10 *ad Edictum*, D. 3. 4. 7. 2.

Doutrina

ALBERTARIO Emilio. “Corpus e universitas nella designazione della persona jurídica”. In *Studi di diritto romano*, I/97 e ss., Milano, 1933.

ARANGIO-RUIZ Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 14º ed. revista, 2006.

BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da Personalidade Jurídica pela Óptica Processual*. 2010. Dissertação. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CATALANO, Pierangelo. “As raízes do problema da pessoa jurídica”. In *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 73, julho-setembro/1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. SP: RT, 1989.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso L. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Digesto*. A doble texto, traducido al castellano del latino. Publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen. Tomo III. Barcelona, 1897.

GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1913.

GILISSEN John. *Introdução histórica ao estudo do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

MARCHI, Eduardo C. Silveira; RODRIGUES, Dárcio R. M.; MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Estudo*

comparativo e tradução de suas fontes romanas. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA., José Lamartine Corrêa de. *Conceito de pessoa jurídica*. 1962. Tese. UFPR. Curitiba.

A dupla crise da pessoa jurídica. SP: Saraiva. 1979.

ORESTANO, Riccardo. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Torino: Giappichelli, 1963.

_____. *Il problema delle persone giuridiche*. Torino: Giappichelli, 1968.

PELEGRINI, Ada et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume I, Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REQUIÃO, Rubens. “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*Disregard Doctrine*)”. In *Revista dos Tribunais*, 410/12. 1969.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts* (1840). Trad. Fr. M.CH. Guenoux, *Traité de Droit Romain*. Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.

SCHULTZ, Fritz. *Prinzipien des römischen Rechts*. München: Duncker & Hum, 1934. Trad. ital. Vincenzo Arangio-Ruiz. *I principii del diritto romano*, reimpressão anastática da edição Sansoni, Firenze 1946, Casa editrice Le Lettere, reimpressão 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil: contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

**A SOCIEDADE LIMITADA
UNIPESSOAL E A APARENTE
DERROGAÇÃO TÁCITA DOS
EFEITOS DA UNIPESSOALIDADE
INCIDENTAL**

**THE UNIPERSONNEL LIMITED
AND THE APPARENT IMPROPER
DEROGATION OF THE EFFECTS
OF INCIDENTAL
UNIPERSONNITY**

*Maxwell da Silva Ladslau*³⁴⁰

*Saulo Bichara Mendonça*³⁴¹

RESUMO

O presente estudo escrutina o possível conflito hermenêutico que se estabeleceu a partir da análise dos efeitos proporcionados pelos arts. 1.033, IV e 1.052, §2º, ambos do Código Civil. A premissa analisada parte das seguintes indagações: A recém-regulamentada sociedade limitada unipessoal interfere na interpretação e aplicação da regra segundo a qual a sociedade deve ser dissolvida por uma unipessoalidade incidental não recomposta no prazo de 180 dias? Considera-se, hipoteticamente, que a sociedade limitada que venha perder a pluralidade de sócios poderá persistir com um único sócio,

³⁴⁰ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense e Especialista em Direito Privado pelo Centro Universitário Fluminense. Oficial de Justiça Avaliador - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da Universidade Cândido Mendes, Faculdade Redentor e Professor convidado de "Planejamento Sucessório" da FK Partners Developing Futures & Advancing Knowledge.

³⁴¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em

valendo-se da possibilidade de se ter uma sociedade limitada unipessoal, mas se a sociedade que vier a perceber os efeitos da unipessoalidade incidental for de outro tipo societário regulamentado pelo Código Civil, não se verificarão, a princípio, condições de aplicação analógica dos termos do §2º do art. 1.052 do referido diploma legal.

PALAVRAS-CHAVE: personalidade jurídica; sociedade limitada unipessoal; unipessoalidade incidental

ABSTRACT

The present study examines the possible hermeneutic conflict that was established from the analysis of the effects provided by arts. 1,033, IV and 1,052, §2º, both of the Civil Code. The premise analyzed starts from the following inquiries: Does the newly regulated sole proprietorship interfere in the interpretation and application of the rule according to which the partnership must be dissolved by an incidental sole proprietorship not recovered within 180 days? It is considered, hypothetically, that the limited partnership that will lose the plurality of partners may persist with a single partner, making use of the possibility of having a sole proprietorship limited company, but, if the partnership that comes to realize the effects of sole proprietorship incidental is of another corporate type regulated by the Civil Code, there will not be, in principle, conditions of analogical application of the terms of §2 of art. 1,052 of said legal diploma.

KEYWORDS: legal personality; sole proprietorship; incidental single personality

Direito pela Universidade Gama Filho, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Fluminense. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito de Macaé do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Atividade Empresária e Sustentabilidade Econômica.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto o escrutínio da regra a partir da qual a dissolução da sociedade em razão da falta de pluralidade de sócios foi tacitamente derogada pela possibilidade de constituição regular da sociedade limitada unipessoal. Para tanto, procede-se à releitura dos tipos societários regulamentados pelo Código Civil, analisando suas idiossincrasias, distinguindo-as a partir do tipo da responsabilidade patrimonial que os sócios de cada um dos tipos possuem perante a sociedade em si, seus sócios e os credores da sociedade, considerada instituição autônoma em relação aos sócios sempre que constituída regularmente.

Desta forma, o cerne deste estudo consiste na apuração dos efeitos que a nova sociedade limitada unipessoal pode ter sobre a norma segundo a qual dissolve-se a sociedade por ausência de pluralidade de sócios não recomposta no prazo de 180 (cento e oitenta) dias do registro da unipessoalidade incidental, uma vez que a possível derrogação tácita desta regra pode, sob determinado prisma, limitar-se, técnica e academicamente, apenas sobre a sociedade limitada em si.

Considerando que o art. 1.033 do Código Civil consta da seção VI do capítulo das sociedades simples e a norma acerca das sociedades limitadas tem capítulo próprio, e apesar destas últimas poderem ser regidas também pelas normas das sociedades simples, nos termos do art. 1.053 do Código Civil, o inverso não se verifica, ou seja, a norma contida no §2º do art. 1.052 do referido dispositivo legal não se aplica subsidiariamente às sociedades simples.

A compreensão da relação jurídica estabelecida a partir da Lei nº 13.874/19, que acrescentou o §2º ao art. 1.052 do Código Civil impõe que se analise e assinale as distinções operacionais atinentes às sociedades simples e empresárias, a despeito do presente estudo estar delimitado ao confronto entre os arts. 1.033, IV e 1.052, §2º, ambos do Código Civil, é imperioso compreender que sociedade limitada não é sinônimo de sociedade empresária e que este tipo societário pode ser constituído tanto para o desenvolvimento de atividades empresárias quanto atividades simples ou civis.

Igualmente faz-se imprescindível considerar a natureza jurídica das espécies societárias regulamentadas pelo Código Civil, especialmente a sociedade limitada, como pressuposto para

compreensão do limite que as normas atinentes à unipessoalidade incidental e sociedade limitada unipessoal têm dentro do contexto normativo regulatório posto.

O estudo do tema permitirá identificar e verificar que as idiossincrasias das sociedades simples e empresárias vão além de mera formalidade conceitual, implicando distinções registras e, conseqüentemente, reflexos patrimoniais que atingem, indiretamente, os sócios, na condição de signatários do contrato social enquanto ato jurídico constitutivo das relações societárias em si, tal como na preservação ou continuidade da empresa, princípio basilar das relações jurídico-empresariais que têm seu fundamento no princípio constitucional da livre iniciativa.

1. TIPOS SOCIETÁRIOS NO CÓDIGO CIVIL

Tendo como ponto de partida para a construção do raciocínio que a sociedade se verifica perfeita e acabada a partir da união de interesses dos sócios, ou seja, da união de duas ou mais pessoas com objetivos comuns, conforme a essência do art. 982 do Código Civil, que define a sociedade de forma genérica, sem distingui-la entre simples e

empresária, ou entre sociedade de fato e de direito, espécies derivadas do gênero sociedade; verifica-se que a recém-regulamentada sociedade limitada unipessoal, tal como a unipessoalidade incidental (e a subsidiária integral), representam exceção à regra segundo a qual celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir para o exercício de uma atividade econômica, visando a partilha, entre si, dos resultados.

A união dos sócios pode se dar sem maiores formalidades, bastando que encontrem um ponto de interesse comum que lhes permita desenvolver uma atividade econômica institucional. Sem registros formais, a simples união de duas ou mais pessoas com objetivo institucional comum constitui sociedade em comum ou de fato.

A natureza da atividade a ser desenvolvida pela sociedade constituída, mesmo que de fato, pela união dos sócios definirá se a instituição terá natureza empresarial ou simples, consoante se verifica na leitura do art. 982 do Código Civil.

Via de regra, todos os tipos societários regulamentados pelo Código Civil podem ser constituídos para fins de desenvolvimento de atividade empresarial ou simples, à exceção das sociedades por ações que, embora sejam

mencionadas no art. 1.088 do referido diploma, o artigo subsequente remete à Lei nº 6.404/76 que em seu art. 2º, §1º determina que as companhias serão sempre sociedades empresárias, a despeito do objeto social que venham desenvolver.

Outra exceção à regra segundo a qual todos os tipos societários podem desenvolver tanto atividades simples quanto empresariais são as cooperativas, consoante se verifica nos termos do art. 4º da Lei nº 5.764/71, segundo o qual este tipo societário deve sempre desenvolver atividades de natureza civil, ou seja, simples, constituídas para prestar serviços aos seus associados (cooperativados), distinguindo-se, desta forma, dos demais tipos societários.

Assim se compreende a regra constante no art. 1.150 do Código Civil que determina que os empresários individuais, titulares de Eireli, e a sociedade empresária procedam ao registro da pessoa jurídica no Registro

Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, sempre que o objeto social que desenvolvem tiver natureza empresarial, nos termos do art. 966 do mesmo diploma legal. Do contrário, constituindo o objeto social uma atividade simples, não empresarial, as sociedades simples que adotarem um dos tipos de sociedade regulamentadas pelo Código Civil, bem como os titulares de Eireli³⁴², devem proceder ao registro no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Frisa-se que as sociedades de advogados, apesar de classificadas como sociedades simples, devem ter seus atos constitutivos registrados no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em cuja base territorial for a sociedade sediada, mesmo que se trate de uma sociedade unipessoal de advocacia; nestes termos lê-se o art. 15, §1º da Lei nº 8.906/94.

Vê-se que, independentemente da natureza da atividade econômica desenvolvida, simples ou empresária, as

³⁴² A possibilidade da Eireli ser constituída para fins não empresariais já foi analisada didaticamente em outro estudo, no qual se concluiu que: “Considerando que nas relações particulares se tem por lícito tudo o que não é declaradamente proibido, não se verifica efetiva proibição de se instituir a EIRELI para fins não empresariais, sendo lícita sua instituição para fins do desenvolvimento de atividades intelectuais científicas, artísticas ou literárias não organizadas empresarialmente, a exemplo da atividade advocatícia que serviu de caso de análise neste estudo.” In MENDONÇA, Saulo

Bichara e ARRUDA, Pablo Gonçalves e. A inobservância dos termos fundamentais da teoria da empresa por normas positivadas: estudo de caso da Eireli constituída para fins não empresariais. Revista Jurídica UNICURITIBA. vol. 4, n.º. 45, Curitiba, 2016. p. 604. Disponível em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1844/1217>>. Acesso em 02 de set. 2020.

pessoas jurídicas de direito privado têm seu marco inicial de igual forma, qual seja, com a efetiva inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro.

Assim, vê-se a sociedade como simples ou empresária conforme a natureza do objeto social que desenvolve, o segmento no qual atua, sendo sociedades de direito (personificadas) ou de fato (em comum ou não personificadas), conforme tenham sido constituídas regularmente a partir do registro do ato constitutivo no órgão de registro adequado a sua natureza jurídica³⁴³ ou não, situação na qual a responsabilidade dos sócios pelas obrigações societárias será ilimitada e solidária, nos termos da lei.

Estabelecidas as devidas distinções entre sociedades simples e empresárias, de fato e de direito, passa-se à análise dos tipos societários regulados pelo Código Civil, com especial atenção à responsabilidade patrimonial dos sócios que os compõem, focando na oportunidade ou condição de os credores das referidas sociedades terem seus direitos patrimoniais

satisfeitos apesar de, eventualmente, as sociedades, enquanto pessoas jurídicas autônomas em relação às pessoas dos seus sócios, uma vez que tenham sido regularmente constituídas, venham a não honrar os compromissos assumidos contratualmente.

A) SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

A sociedade em conta de participação representa exceção legal à regra contida nos arts. 985 e 45 do Código Civil, uma vez que o art. 993 do mesmo diploma legal determina que o contrato social celebrado entre os sócios ostensivo e oculto produzirá efeitos somente entre estes e, mesmo que procedam ao registro do instrumento contratual, não será conferida personalidade jurídica à sociedade. Fato que não deve desestimular os sócios de lavrarem registro do contrato social no qual figurem como signatários.

Deve-se, contudo, lembrar que a conta de participação mantém uma faixa fronteira com a sociedade em comum. Não

³⁴³ Frisa-se que a existência de registro competente não garante que seja a pessoa jurídica regular, garante que a pessoa jurídica foi constituída regularmente, mas sua regularidade fiscal depende da prática tempestiva dos atos escriturais contábeis nos termos determinados pelas normas societárias. Assim, pode-se ter uma pessoa jurídica constituída regularmente, mas esta pode estar irregular ante as normas fiscais,

sendo, portanto, uma pessoa jurídica irregular. A ausência de registro, por sua vez, implica a inexistência da pessoa jurídica, o que também acarreta, dentre outras consequências, a responsabilidade patrimonial ilimitada dos sócios perante os credores de boa-fé da sociedade.

havendo contrato escrito nem arquivamento no Registro de Empresas, corre o participante o risco de ser confundido com o sócio de uma sociedade em comum, do que resultaria a sua responsabilidade ilimitada.

Desse modo, embora não obrigatoriamente, devem os participantes, para não se exporem a elevados riscos, contratar a conta de participação por escrito, e providenciar o respectivo arquivamento no Registro de Empresas. O arquivamento, embora não exigido por lei, pode ser feito, posto que qualquer ato de interesse do empresário é passível de arquivamento na Junta Comercial (art. 32, II, “e”, da Lei nº 8.934/94). (BORBA, 2012, p. 115)

Os credores deste tipo societário só verificam um único responsável pelas obrigações patrimoniais, o sócio ostensivo, assim, mesmo que o sócio oculto seja excluído da relação societária, por qualquer razão, não haverá que se falar em unipessoalidade incidental nos termos do art. 1.033, inciso IV do Código Civil. De forma que, mesmo que se entenda pela derrogação da referida norma, já não se verificava sua incidência às sociedades em conta de participação.

B) SOCIEDADE EM NOME COLETIVO

Na sociedade em nome coletivo, somente pessoas físicas podem figurar como signatárias no contrato social, e todas responderão de forma solidária e

ilimitadamente pelas obrigações sociais, característica que remete a sua origem na Idade Média, quando o comércio começou a ser praticado nas cidades italianas por instituições compostas por indivíduos de uma mesma família, “substituindo as antigas sociedades familiares, em que o patrimônio da família respondia pelas obrigações assumidas por seus membros” (MARTINS, 2016, p. 194).

O Código Civil regulamenta a sociedade em nome coletivo entre os arts. 1.039 e 1.044, no capítulo destinado às sociedades simples, ou seja, a regra atinente à unipessoalidade incidental é perfeitamente pertinente e aplicável à sociedade em nome coletivo, a despeito de ser considerada como um tipo de sociedade menor, conforme classifica Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 509 e 512). Neste sentido lê-se o art. 1.044 do Código Civil, que autoriza a dissolução de pleno direito da sociedade em nome coletivo por quaisquer razões elencadas no art. 1.033 do mesmo diploma legal, bem como pela decretação da falência.

Ou seja, mesmo que se entenda pela derrogação do art. 1.033, IV pelo §2º do art. 1.052, ambos do Código Civil, a eventual perda de efeitos não incide sobre as sociedades em nome coletivo.

C) SOCIEDADE EM COMANDITA SIMPLES

Em sentido verifica-se o caso da sociedade em comandita simples, tipo societário que é composto por sócios de duas categorias: os comanditados e os comanditários. Os primeiros são pessoas físicas, que respondem de forma solidária e ilimitadamente pelas obrigações patrimoniais assumidas pela sociedade, os outros podem ser pessoas jurídicas, haja vista não haver limitação legal em sentido contrário, e se obrigam apenas pelo valor de sua quota representativa de fração do capital social.

O sócio comanditário não pode praticar quaisquer atos de gestão, tampouco ter seu nome constando na firma social (espécie do gênero nome empresarial), do contrário ficará sujeito às responsabilidades atinentes ao sócio comanditado. Tal fato não prejudica a faculdade que a lei lhe confere no sentido de participar das deliberações da sociedade e lhe fiscalizar as operações patrimoniais, fiscais ou societárias.

Considerando os termos do art. 1.046 do Código Civil, segundo o qual aplicam-se à sociedade em comandita simples as normas atinentes à sociedade em nome coletivo, verifica-se o mesmo raciocínio no que tange à aplicabilidade da norma sobre unipessoalidade incidental. Ou seja, eventual derrogação do art. 1.033, IV pelo §2º do art. 1.052,

ambos do Código Civil, não tem incidência dos efeitos sobre as sociedades em comandita simples.

D) SOCIEDADE EM COMANDITA POR AÇÕES

Seus sócios ou acionistas podem ser nomeados como diretores, assumindo a competência para gerir a sociedade, e concomitantemente assumirão o ônus de responder subsidiariamente pelas obrigações da referida sociedade, de forma solidária e ilimitada. Ou seja, a responsabilidade precípua pelas obrigações da sociedade recai sobre a pessoa jurídica em si, mas, na insuficiência de patrimônio social que permita que a pessoa jurídica honre seus compromissos patrimoniais, caberá ao sócio ou acionista que exerce a função de diretor da sociedade em comandita por ações a responsabilidade secundária, de responder pelas obrigações, de forma solidária e ilimitada.

A sociedade em comandita por ações não compõe o capítulo das sociedades simples; ela está inserida no Título II, Subtítulo II, Capítulo IV do Código Civil e também é regulada pelas normas atinentes à sociedade por ações, nos termos dos arts. 280 a 284 da Lei nº 6.404/76. “A lei, nesse particular, restringe as regras gerais para, com tal

medida, caracterizar as comanditas por ações. Cumpre observar que o uso dessas sociedades não é muito comum. Na verdade, as comanditas por ações são sociedades em franca decadência.” (MARTINS, 2016, p. 339).

Apesar de prevista no Código Civil, não há menção de incidência das regras destinadas às sociedades simples sobre as sociedades em comandita por ações. Mas o fato de ser regulamentada pela Lei nº 6.404/76 permite que se constate a possibilidade de incidência do Art. 206, I, *d* da referida lei, segundo a qual a sociedade pode-se dissolver pela inexistência de pluralidade de acionistas, verificada em assembleia geral ordinária (AGO), desde que o mínimo de dois acionistas não seja reconstituído até à AGO do ano calendário subsequente, salvo se se tratar de subsidiária integral, nos termos do art. 251 da mesma lei.

Desta forma, a sociedade em comandita por ações pode subsistir por determinado lapso temporal com apenas um único sócio ou acionista, de forma semelhante à unipessoalidade incidental, sem, contudo, que tal situação seja fundamentada pelo art. 1.033, IV do Código Civil.

E) SOCIEDADE LIMITADA

Dos tipos de sociedades regulamentadas pelo Código Civil, a sociedade limitada é a preferida pela maioria dos empreendedores que optam por desenvolver atividade econômica empresarial por meio de uma instituição societária.

Apesar de, dentre os tipos de sociedades, ser uma das mais recentes, a sociedade limitada é eficiente no atendimento dos anseios dos empreendedores por permitir que os sócios limitem sua participação patrimonial ao valor das quotas adquiridas ou subscritas, representativas de frações do capital social.

Ao contrário do que aconteceu com os demais tipos de sociedades empresárias, que se formaram na prática, sendo, após, reguladas por leis, as sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, foram introduzidas no Direito Comercial por decisão do legislador. Verificando-se a inexistência de uma sociedade capaz de atender aos comerciantes médios, limitando os sócios a sua responsabilidade, pois as sociedades anônimas não só requeriam um número maior de fundadores como, igualmente, tinham uma constituição demorada e trabalhosa, destinando-se, por isso, em geral, às grandes empresas comerciais [...] (MARTINS, 2016, p. 212)

Do projeto do então “Ministro da Justiça Nabuco de Araújo, de 1865” (COELHO, 2015, p. 396), que tentou criar a sociedade por ações simplificadas, até o Código Civil de

2002, a sociedade limitada passou por várias transformações e ajustes, sempre mantendo a simplicidade comum das boas ideias, sua característica peculiar, permitindo aos sócios limitarem o risco no qual colocam seu patrimônio ao valor das quotas subscritas ou adquiridas.

Exige-se, contudo, dos sócios que sejam solidários uns com os outros em relação à obrigação de integralização do capital social, nos termos consignados no contrato social.

Distingue-se, portanto, a sociedade limitada dos demais tipos societários, por terem os sócios responsabilidade limitada e solidária. Característica semelhante se vê apenas nas sociedades anônimas, com a ressalva de que neste tipo societário, regulado pela Lei nº 6.404/76, não se verifica solidariedade entre os sócios, apenas limitação da responsabilidade patrimonial ao valor das ações subscritas ou adquiridas.

Até então, a inexistência injustificada de pluralidade de sócios na sociedade limitada acarretava sua dissolução, nos termos do art. 1.033, inciso IV do Código Civil. Não havia óbice à manutenção da atividade econômica desenvolvida pela então sociedade; seja simples ou empresária, esta poderia ser perpetuada por meio de uma instituição unipessoal, como a

Eireli, que pode ser empregada no desenvolvimento de atividades não empresariais, conforme se depreende da leitura do §5º do art. 980-A do Código Civil, que permite a constituição de Eireli para a prestação de serviços de qualquer natureza.

Desta forma, desde a Lei nº 12.441/11, que inseriu o art. 980-A no Código Civil, criando a Eireli, uma vez não recomposta a pluralidade de sócios na sociedade limitada no prazo de 180 dias da verificação da unipessoalidade incidental, poderia o sócio remanescente converter a sociedade em Eireli, nos termos do §3º do art. 980-A do Código Civil.

Contudo, Eireli não é um tipo societário, de forma que poder-se-ia manter a atividade econômica desenvolvida pela instituição societária, mas não o tipo de pessoa jurídica em si, ou seja, não a instituição societária.

Tal fato pode passar a ter tratamento diverso com a instituição da sociedade limitada unipessoal, ou seja, dissolvida a pluralidade de sócios na sociedade limitada, não sendo recomposta no prazo do art. 1.033, IV do Código Civil, o sócio remanescente pode convertê-la em sociedade limitada unipessoal, sem que, contudo, tal transformação implique alteração na forma como se percebe a sociedade

limitada quanto a sua natureza jurídica e estrutura.

2. NATUREZA JURÍDICA DA SOCIEDADE LIMITADA

A simplicidade na constituição das sociedades limitadas e a possibilidade de tê-las constituídas para fins empresariais ou não faz com que estudiosos clássicos do direito societário discutam sobre sua natureza jurídica.

Apesar da recente alteração trazida pela Lei nº 13.784/19 ao Código Civil, o art. 1.053 permaneceu intacto, permanecendo possível que no ato constitutivo da sociedade limitada registre-se opção pela aplicação supletiva das normas atinentes às sociedades por ações ou, em caso de omissões do Capítulo que rege a sociedade limitada, valer-se das normas aplicáveis às sociedades simples, variável a partir da qual se desenvolve a revisão interpretativa acerca da natureza jurídica da sociedade em tela.

Pode-se asseverar que a sociedade limitada seja, por essência, personalista (CAMPINHO, 2010), apesar de que desde a vigência do Decreto nº 3.708/1919, tal como agora na égide do Código Civil, os sócios podem lhe atribuir uma tonalidade

capitalista, tendo natureza jurídica *intuitu personae*.

Outros (NEGRÃO, 2010) classificam as sociedades limitadas como sendo de pessoas ou de capitais, analisando a maior ou menor incidência da *affectio societatis* nas relações entre os sócios, sendo *intuitu personae* quando a composição e manutenção da sociedade estiver sedimentada na qualidade das pessoas que a compõem. Ter-se-ia uma sociedade de capitais quando o caráter pessoal for secundário, fato que facilitaria a substituição ou sucessão de um sócio por outro.

Rubens Requião (1998, p. 411) aceita a ideia segundo a qual o contrato social pode atribuir à sociedade limitada um estilo mais personalista ou mais capitalista, de acordo com o objeto social e com a forma pela qual os sócios conduzem os negócios sociais, apesar de ser defensor do perfil personalista da sociedade limitada, como Sérgio Campinho (2004, p. 164).

Desta forma, a natureza jurídica da sociedade limitada pode ser tida como híbrida ou mista, ou seja, a sociedade limitada pode ser tanto de pessoas quanto de capitais, sendo necessário analisar a forma como as decisões são tomadas pelos sócios em relação a cada tipo de questão, a fim de verificar em quais momentos a sociedade limitada se

aproximaria mais do perfil personalista ou capitalista.

A simplicidade que caracteriza sua constituição regulamentar e a volatilidade que lhe permite ser tanto uma sociedade de pessoas quanto de capitais podem representar os fatores que permitem o uso inadequado da sociedade limitada, composta como “sociedades faz de conta” (MORAES, 2003), fato que pode representar uma falha de mercado, ou uma externalidade, o que gera preocupação ao legislador enquanto detentor da função de regulamentar com eficiência os fatos socioeconômicos.

3. SOCIEDADE “FAZ DE CONTA”

Nem sempre a pluralidade societária foi verificada como um ponto positivo na sociedade limitada, ao menos não tão positivo quanto à limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios.

Verificou-se que, apesar dos empreendedores (gostarem da) terem a limitação da responsabilidade

patrimonial como elemento principal na escolha desse tipo societário, manter a pluralidade de sócios nem sempre é interessante ou fácil, isso porque a sociedade limitada exige que entre os sócios haja *affectio societatis*³⁴⁴. Esse elemento subjetivo à formação da sociedade é essencial para sua manutenção também, tanto que, quando a *affectio societatis* deixa de existir entre os sócios, a sociedade em si pode ser dissolvida de forma justificada³⁴⁵.

A dificuldade na constituição e manutenção da *affectio societatis* permitiu que se verificassem inúmeros casos de “sociedades faz de conta” (MORAES, 2003), constituídas entre um empreendedor que figura como sócio majoritário e um outro sócio que figura como *laranja*, fato reconhecido e registrado nos debates parlamentares que ensejaram na sanção da Lei nº 12.441/11.

A responsabilidade ilimitada do empresário (pessoa natural) dificulta o desempenho eficiente da atividade econômica. Uma pessoa natural que se disponha a

³⁴⁴ A *affectio societatis* consiste na disposição, no propósito, no ânimo que converge em direção ao de outra pessoa com a qual se propõe constituir uma sociedade, seja simples ou empresária, sendo que, nesta última, o interesse tem foco na pretensão de obter remuneração do capital investido, a título de lucro a ser verificado com o desenvolvimento da atividade empresária em si.

³⁴⁵ Dissolução da sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Não se dá *ad nutum* de sócio dissidente, mesmo que seja constituída por tempo indeterminado, senão os termos do

contrato, cujas cláusulas devem ser rigorosamente observadas, principalmente se a exclusão da empresa pode atingir interesses de obreiros a quem a lei outorga, proteção excepcional – constituição jurisprudencial que, sem quebra do princípio de liberdade, permite a retirada do sócio, que haja perdido a *affectio societatis*, com pleno ressarcimento e quitação, para que a sociedade continue – recurso conhecido e provido em termos. (STF, RE 50659 RJ).

se tornar empresário com o objetivo de auferir lucros encontra um ambiente sujeito a algumas intempéries: alta taxa de juros, carga tributária elevada, grande poder econômico dos fornecedores, taxa de câmbio desfavorável, infraestrutura estatal inadequada, consumidores exigentes, inflexibilidade da legislação trabalhista, privilégios da Fazenda Pública, pequeno mercado de consumo e competição acirrada dos empresários.

A responsabilidade ilimitada torna todo o patrimônio da pessoa natural que se torna empresário afetado para cobrir obrigações relacionadas à atividade empresarial, reduzindo a sua disposição a correr riscos, o que o leva a obter menos empréstimos, contratar menos empregados, realizar menos investimentos e a exigir maior remuneração para o seu capital, encarecendo o produto adquirido pelo consumidor. Atividades de alto risco exigem maior remuneração.

Em muitos casos, a pessoa natural simplesmente deixa de exercer uma atividade econômica organizada em virtude dos elevados custos de transação. Dados da junta comercial do Rio de Janeiro indicam que apenas cerca de dez mil pessoas se inscreveram no registro de empresário no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2010, que conta com uma população de cerca de 13 milhões de pessoas.

A responsabilidade ilimitada leva a pessoa natural a se juntar a outro sócio que não tem interesse na empresa, formando uma sociedade limitada originariamente fictícia, apenas para afastar o risco da afetação do patrimônio pessoal do empresário. Esse comportamento permite maior segurança e sobrevivência no mercado, mas implica maiores custos, como, por exemplo, o

preço pago na junta comercial para o registro da empresa. O preço do serviço de registro inicial de empresário na junta comercial do Rio de Janeiro, por exemplo, é de R\$ 182,00 (cento e oitenta e dois reais), mas ele é elevado para R\$ 300,00 (trezentos reais) no caso de registro inicial de sociedade limitada.

Os custos decorrentes da responsabilidade ilimitada afetam a competitividade internacional do empresário brasileiro em um ambiente de concorrência global, se comparada à frágil instituição da responsabilidade ilimitada do empresário com a legislação de outros países. (Projeto de Lei 4.605, de 2009)

A Eireli viria para sanar as pendências, o empreendedor não mais precisaria de um sócio *de palha* ou *laranja* para desenvolver sua atividade econômica empresarial de forma a manter seu patrimônio devidamente limitado ao capital social integralizado.

Contudo, inúmeros foram os questionamentos³⁴⁶ que se prostraram ante à Eireli em razão da baixa qualidade do texto sancionado quando da conversão do Projeto de Lei nº 4.605/09 na Lei nº 12.441/11.

Primeiro questionou-se a natureza jurídica da Eireli, se tipo societário ou simplesmente nova modalidade de pessoa jurídica, haja vista sua inserção na parte geral do Código

³⁴⁶ Razão pela qual o PPS (Partido Popular Socialista) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4637) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a parte final do caput do artigo 980-A do Código Civil (Lei

10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4123688>>. Acesso em 7 set. 2020.

Civil, exigindo que a Eireli seja tratada como uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado, espécie deste gênero, tal qual a sociedade e não como subespécie dela (incisos II e VI do Art. 44 do Código Civil).

Posteriormente, verificou-se a inconsistência na menção contida no art. 980-A do Código Civil à determinação de que o capital social seja integralizado em valor determinado, exigência não verificada em nenhum outro tipo societário, bem como a vinculação do capital social a valor referenciado pelo salário mínimo, fato que infringe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso IV e súmula vinculante nº 4.

Assim, de solução a Eireli se mostrou mais um ponto de divergências e questionamentos, sendo objeto de vários estudos³⁴⁷ que visam compreender o instituto tal como regulamentado. Quiçá seja essa uma das razões que inspirou o legislador a inserir o §2º no art. 1.052 do Código Civil por meio da Lei nº 13.874/19, levando ao presente questionamento se este novo instituto teria revogado tácita e

parcialmente a unipessoalidade incidental.

4. SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

Ao contrário do que se pode vislumbrar, a sociedade limitada unipessoal não é uma releitura da Eireli; embora em ambas a responsabilidade do sócio único ou titular da Eireli seja limitada e ambas possam ser constituídas com apenas uma única pessoa, podendo esta ser física ou jurídica, a pessoa natural só pode ser titular de uma única Eireli, restrição que não recai sobre sócio único na sociedade limitada unipessoal; essa também não tem exigência de que o capital (antigo capital social, visto que não há que se falar em social onde não temos mais sócios) seja integralizado quando do início das atividades, tampouco que seja integralizado em valor determinado por lei.

Assim, embora ambos os institutos possam ser constituídos por uma única pessoa, a sociedade limitada unipessoal surge, a princípio, com menos indagações sobre seus aspectos intrínsecos, constitui uma possibilidade

³⁴⁷ Dentre os quais podem ser mencionados MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. A inobservância dos termos fundamentais da teoria da empresa por normas positivadas: Estudo de caso da Eireli constituída para fins não empresariais. Revista Jurídica - UNICURITIBA, v. 4, p. 586-608, 2017.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Análise pragmática da EIRELI sob a ótica da eficiência. Revista de Direito Empresarial, v. 10, p. 1-2, 2013.

de continuação da sociedade limitada por um prazo superior, ilimitado na verdade, em relação à regra da unipessoalidade incidental.

Ao contrário da Eireli, a sociedade limitada unipessoal representa um tipo societário e não uma nova variação de pessoa jurídica de direito privado, é uma subespécie do gênero sociedade, uma variação da sociedade limitada.

A regulamentação da sociedade limitada unipessoal em si sinaliza um fato relevante, o fato de que a pluralidade societária só subsiste em razão da regra contida no art. 981 do Código Civil.

A despeito da pluralidade societária ser interessante e relevante sob muitos aspectos de acordo com o tipo de segmento que se pretenda explorar e o ramo no qual se desenvolve a atividade econômica, em muitos casos, o empreendedor, especialmente o que se enquadrar como pequena empresa, prefere constituir-se como pessoa jurídica de forma individual e sem perder a proteção de parte relevante de seu patrimônio.

Isso porque, para o empreendedor, titular da atividade econômica, encontrar alguém com que se tenha e se consiga manter a *affectio societatis* não é algo fácil, demanda muitas variáveis subjetivas, fato que

explica a existência da “sociedade faz de conta” mencionada no item 3 deste estudo.

As discussões legislativas que culminaram na Lei nº 12.441/11, que instituiu a Eireli, Lei nº 13.247/16, que instituiu a sociedade unipessoal de advocacia, e a Lei nº 13.874/19, que instituiu a sociedade limitada unipessoal, demonstram que há uma forte tendência ao atendimento da demanda pela instituição de um tipo de pessoa jurídica que seja constituída por um único agente econômico, seu titular, que, com o registro do ato constitutivo, desenvolva a atividade, simples ou empresária, com responsabilidade patrimonial limitada perante os credores da instituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisados os dispositivos legais postos à luz dos referenciais teóricos citados e jurisprudência contemporânea, verifica-se que a unipessoalidade incidental não foi derogada pela instituição da sociedade limitada unipessoal.

Sim, uma vez diluída a pluralidade societária e não recomposta no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a sociedade limitada pode, ao invés de se dissolver, converter-se em sociedade limitada unipessoal, mas este raciocínio

não se aplica às sociedades em nome coletivo e em comandita simples, que podem vir a ser dissolvidas caso a unipessoalidade incidental não seja cessada no prazo legal previsto no art. 1.033, IV do Código Civil.

A unipessoalidade incidental não foi derogada pelo fato de a norma não se aplicar às sociedades em comum, conta de participação, em comandita por ações e às companhias; de igual forma não foi derogada pela possibilidade de se transformar a sociedade limitada em sociedade limitada unipessoal. Ressalta-se, contudo, que tais discussões seriam menos complexas e a aplicação das normas societárias poderia se dar de forma mais objetiva se o foco da atividade legislativa fosse direcionado a uma revisão pragmática da estrutura jurídica societária, atentando para as demandas atuais, visando sanar as expectativas dos agentes econômicos contemporâneos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Pablo Gonçalves e; SOARES, Natália de Moura. As novas instruções normativas DREI. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256660,81042-As+novas+instrucoes+normativas+DREI>>. Acesso em 07 set. 2020.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL, Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm>. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL, Projeto de Lei nº 6.104 de 2019. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a criação de cotas preferenciais sem voto em sociedade do tipo limitada. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835870&filename=PL+6104/2019>. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em 07 set. 2020.

- BULGARELLI, Waldirio. O novo direito empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAMPINHO, Sérgio. Curso de direito comercial: Sociedade anônima. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2: direito de empresa. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015.
- DUARTE, Ronnie Preuss. Teoria da Empresa à luz do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Método, 2004.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- LAMY FILHO, Alfredo. Temas de S.A. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Atualização de Carlos Henrique Abrão. 38ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MENDONÇA, Saulo Bichara; ARRUDA, Pablo Gonçalves e. A inobservância dos termos fundamentais da teoria da empresa por normas positivadas: Estudo de caso da Eireli constituída para fins não empresariais. Revista Jurídica- UNICURITIBA, v. 4, p. 586-608, 2017.
- MENDONÇA, Saulo Bichara. Análise pragmática da EIRELI sob a ótica da eficiência. Revista de Direito Empresarial, v. 10, p. 1-2, 2013.
- MORAES, Guilherme Duque Estrada de. Sociedade limitada e a nova lei. Gazeta Mercantil. Rio de Janeiro, 30 jun. 2003, Legal e Jurisprudência.
- NEGRÃO, Ricardo. Manual de direito comercial e de empresa. Vol. 1, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard A. A economia da justiça. Tradução Evandro Ferreira e Silva, revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2007.
- SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. Tratado de Direito Societário. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 50659 RJ), Rel. Min. Antonio Villas Boas, Segunda Turma, j. 11 set. 1962, DJ 18 out. 1962, p. 3048.
- SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa. Atividade Empresária e Mercados. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário. Vol. 1, 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

**FAMÍLIA E EDUCAÇÃO EM
SEXUALIDADE: UMA PROPOSTA
DE REFLEXÃO**

*Priscila Junqueira*³⁴⁸
*Aline Santarém Ernesto*³⁴⁹

RESUMO

O presente artigo pretende incitar a reflexão sobre a influência da família e escola na constituição do sujeito e sua saúde sexual, tendo como base os direitos humanos e sexuais. A sexualidade é inerente à vida e apesar da discussão sobre a inserção desta temática no currículo escolar desde a década de 70, e instituída nos Parâmetros Curriculares Nacionais desde 1997 como transversal no ensino a partir dos seis anos de idade, ainda estamos distantes desta realidade. Tendo como base também os direitos sexuais e conceitos psicanalíticos acerca da sexualidade, o objetivo deste artigo é apresentá-la como um conceito amplo relacionada à forma como lidamos com nosso mundo interno e externo, que sofrendo qualquer tipo de inibição pode resultar em importantes transtornos psíquicos. A parceria entre família e escola é fundamental neste processo, pois são lugares de referência e os modelos capazes de

³⁴⁸ Co-fundadora do IPSE – Instituto de Psicologia e Sexologia Essência Rara. Mestrado pela USP. Especialista em Sexualidade Humana pela USP e em Coordenação Grupo Analítica pela Sociedade de Psicoterapia Analítica de Grupo. Formação em Psicanálise pelo Instituto Távola. Psicóloga Clínica, com mais de 18 anos de atuação na área. Atendimento Psicológico com enfoque psicanalítico. Psicoterapia individual, casal e grupo; psicoterapia breve e psicoterapia sexual. Facilitadora em treinamentos e palestras na área de Educação em Sexualidade e Sexologia.

oferecer informações adequadas de acordo com a fase de desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVES: sexualidade, família, escola, educação em sexualidade, psicanálise

ABSTRACT

This article aims to encourage reflection on the influence of the family and school on the constitution of the subject and their sexual health, based on human and sexual rights. Sexuality is inherent in life and despite the discussion about the insertion of this theme in the school curriculum since the 70's and instituted in the National curriculum parameters since 1997 as transversal in teaching from 6 years of age, we are still far from this reality. Based also on sexual rights and psychoanalytic concepts about sexuality, the purpose of this article is to present it as a broad concept related to the way we deal with our internal and external world, which when suffering from any type of inhibition can result in important psychological disorders. The partnership between family and school is essential in this process, as they are places of reference and models capable of offering adequate information according to the development phase.

KEY WORDS: sexuality, family, school, sexuality education, psychoanalysis

³⁴⁹ Co-fundadora do IPSE – Instituto de Psicologia e Sexologia Essência Rara. Doutora pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP. Especialista em Unidade Básica de Saúde – Faculdade de Saúde Pública/USP. Formação em Psicanálise pelo Instituto Távola. Psicóloga Clínica, com mais de 20 anos de atuação na área. Atendimento Psicológico com Foco psicanalítico. Psicoterapia individual, casal e grupo. No âmbito hospitalar, atendimento ambulatorial de pessoas com doenças crônicas e seus principais cuidadores e orientação de equipe.

“Não desejo suscitar convicções,
o que desejo é estimular o pensamento
e derrubar preconceitos.”
(Freud)

INTRODUÇÃO

Deve-se inserir ou não a temática da sexualidade nas relações familiares? Freud, no início do século XX, já descrevia a importância de se responder, sem mentiras, às perguntas das crianças sobre sexualidade, mas também de acordo com a capacidade de compreensão das mesmas. Isto faz parte do processo de desenvolvimento, assim como da formação da personalidade, e ocultar tais informações não impede a busca do conhecimento por outros meios. (Moraes, 2018).

A educação sexual deve ser promovida como uma ação conjunta entre escola, família e sociedade, e apesar das grandes transformações sociais e comportamentais no campo da sexualidade nas últimas décadas, em geral as iniciativas ocorrem de forma eventual, não padronizada e pontual, dentro de um calendário de datas comemorativas, em campanhas sobre saúde, ou situações específicas, normalmente direcionadas a ocorrências escolares (namoro, gravidez na

adolescência, violência de gênero, entre outras).

A educação sexual está relacionada à promoção dos direitos humanos, direito que a criança e adolescente possuem à saúde, à educação, à informação. Com isso, a sexualidade inicia-se com o nascimento, fazendo parte do desenvolvimento do ser humano (Mendonça, 2020).

Muito embora a educação em sexualidade esteja presente em todos os espaços de socialização – família, escola, igreja, pares, trabalho, mídia –, ainda ocorre de forma pulverizada, fragmentada e dissociada de um plano de sociedade inclusiva, baseada nos direitos humanos. Portanto, torna-se relevante a atuação do sistema educacional na tarefa de reunir, organizar, sistematizar e ministrar essa dimensão da formação humana.

Para muitos pais as crianças não possuem sexualidade, são puras, e falar de sexo para essas pessoas em peculiar condição de desenvolvimento é algo considerado imoral. Mas essa sexualidade deve ser entendida como algo que se inicia com o nascimento e só se encerra com a morte, manifestando-se de formas diferentes de acordo com a faixa etária da criança. Por isso, segundo o Art. 229, caput, da Constituição Federal de 1988: “Os pais têm o dever de

assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” E esse dever de educação abrange a sexual, por isso a educação em sexualidade da escola deve ser complementar à da família.

Em meio ao século XXI, ainda existem países, sistemas de ensino, escolas, profissionais de educação e famílias que evitam a temática sexualidade. Consequência disso é o desconhecimento, ou mesmo a obtenção de informações incorretas, resultando em despreparo de adolescentes e jovens para lidar com a própria sexualidade, seus significados, a prevenção de infecções sexualmente transmissíveis, gravidez, enfim, com a pluralidade sexual (UNESCO, 2014).

Por outro lado, algumas iniciativas de educação em sexualidade acabam direcionando as informações em um discurso biologizante e científico do corpo, não abordando questões importantes como o afeto, o prazer e o desejo.

Diante disso e com o propósito de olhar para o tema sexualidade de uma forma ampliada, de acordo com seu conceito, este trabalho tem como objetivo oferecer a possibilidade de reflexão sobre a importância de as instituições (família e escola)

trabalharem em parceria para um desenvolvimento autônomo e responsável dos seres humanos.

SEXUALIDADE

Quando se pensa como a família pode influenciar desde cedo a compreensão que a criança terá sobre a sua sexualidade, é preciso entender como isso acontece e também entender a sexualidade infantil.

Sigmund Freud (1905) foi o primeiro teórico a falar sobre a sexualidade infantil, com as fases do desenvolvimento psicosssexual (fase oral, anal, fálica, latência e genital). A fim de entender sobre sexualidade infantil, torna-se importante primeiramente compreender a diferença existente entre “sexo” e “sexualidade”. Enquanto o sexo é entendido a partir do biológico, remetendo-se à ideia de macho, fêmea, intersexo, a sexualidade vai além das partes do corpo, constituindo-se como uma característica que está estabelecida e presente na cultura e história do homem. Segundo Nunes e Silva (2006, p. 73), “A sexualidade transcende à consideração meramente biológica, centrada na reprodução e nas capacidades instintivas”.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (1975) apud Egypto (2003):

A sexualidade forma parte integral da personalidade de cada um. É uma necessidade básica e um aspecto do ser humano que não pode ser separado dos outros aspectos da vida. Sexualidade não é sinônimo de coito e não se limita à presença ou não do orgasmo. Sexualidade é muito mais do que isso, é a energia que motiva a encontrar o amor, o contato e a intimidade e se expressa na forma de sentir, na forma de as pessoas tocarem e serem tocadas. A sexualidade influencia pensamentos, sentimentos, ações e interações e tanto a saúde física como a mental. Se a saúde é um direito humano fundamental, a saúde sexual também deveria ser considerada como um direito humano básico (OMS, 1975, apud EGYPTO, 2003, p. 15 e 16).

As teorias de Freud (1905) sobre a sexualidade afirmam que é a libido a mola propulsora que move o homem. A libido é a energia afetiva que busca o prazer e faz parte do ser humano desde seu nascimento até sua morte. Para Freud (1905), é nas fases psicosssexuais que ocorre o desenvolvimento da personalidade de um modo específico e é caracterizado pela concentração da libido em zonas erógenas.

Conforme citado anteriormente, para Freud temos as seguintes fases do desenvolvimento psicosssexual:

- Fase oral: Compreendida na faixa etária de zero aos dois anos de vida, onde a boca é a zona erógena. A

sexualidade é construída durante as primeiras experiências afetivas do bebê na alimentação, nas trocas de fralda, etc. A percepção do bebê é sensorial; todo contato com seus pais ou cuidadores passa a compor as primeiras sensações sexuais e será a base para a construção dos vínculos afetivos e do desejo de aprender.

- Fase anal: A fase anal (dois a três anos) sucede a fase oral e inicia-se por volta do segundo ano de vida. Nesta fase, a libido está concentrada na região do ânus, ou seja, a satisfação erógena é a zona retal.

- Fase fálica: Nesta fase (três a cinco anos aproximadamente), a libido erotiza os órgãos genitais, e as crianças apresentam o desejo de manipulá-los. Tanto nos meninos quanto nas meninas, esta zona está ligada à micção. As crianças nesta fase identificam as diferenças biológicas de gênero.

- Fase latência: A energia da libido se desloca dos seus objetivos sexuais. Como esta energia não cessa, ela é canalizada por meio da sublimação para o desenvolvimento intelectual e social da criança.

- Fase genital: tem início por volta dos 10 anos. Neste período a criança estará passando por transformações corporais, biológicas, afetivas e sociais. A libido volta a se

concentrar nos órgãos genitais, devido ao amadurecimento dos mesmos.

Pode-se perceber através do entendimento das fases psicosssexuais que sexualidade é desenvolvimento, é constituição de um sujeito; todos estão exercendo sua sexualidade.

Por fim e a fim de preparar adequadamente o indivíduo para lidar com sua sexualidade, é necessário pensar uma educação que contemple tal desenvolvimento de maneira clara, sem culpas e preconceitos. Isso pode ser feito de maneira formal ou informal, levando em consideração os direitos sexuais e reprodutivos, e precisa acontecer de forma conjunta entre, família, escola e Estado.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Os direitos sexuais são direitos humanos previstos em leis nacionais e em documentos internacionais. São inalienáveis e imprescritíveis; desse modo, a criança e adolescente possuem o direito à educação em sexualidade, com o objetivo de ter assegurado seu direito à informação e à saúde (Mendonça, 2020). Tais direitos sexuais consistem no conjunto de direitos relacionados com o exercício e a vivência sexual dos seres humanos, o que abarca o direito à livre

orientação sexual e implica o reconhecimento da igualdade e liberdade das mais diversas práticas sexuais existentes. São os direitos sexuais oriundos do direito: (i) à igualdade, (ii) ao respeito à integridade física e psíquica e (iii) à liberdade e autonomia da pessoa, que geram, em seu conjunto, a necessidade de proteção da diversidade. Os direitos sexuais abrangem:

- O direito aos serviços de saúde sexual que garantam privacidade, confidencialidade e atendimento de qualidade, sem discriminação;
- O direito à informação e à educação sexual;
- O direito à escolha, tanto do parceiro quanto sobre ter ou não relação sexual, independentemente da reprodução;
- O direito de viver plenamente a sexualidade e identidade de gênero, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
- O direito de viver a sexualidade, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
- O direito de expressar livremente sua orientação sexual e identidade de gênero, sem sofrer discriminação, temor ou qualquer forma de violência;
- O direito à prática do sexo com segurança para prevenção da gravidez e de doenças sexualmente transmissíveis (DST)

O direito à educação é um direito social previsto na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de julho de 1990), que assegura a instrução formal, a qualificação profissional, o exercício da cidadania, o desenvolvimento das crianças; além disso, deve oportunizar o aprendizado correto e preventivo sobre a sexualidade, pois as crianças possuem o direito à liberdade e a um aprendizado completo e eficaz (Mendonça, 2020).

Com isso, a responsabilidade pela efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, como à saúde, à vida, à educação, inclusive a sexual, é tripartite e pertence à família, ao Estado e à sociedade; dessa forma, deverá existir uma conjugação de esforços para que esses direitos sejam assegurados em sua plenitude (Mendonça, 2020).

Uma educação em sexualidade com limites estabelecidos é demasiadamente eficaz, porque a UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura), que realizou um grande estudo sobre a educação sexual entre os anos de 2008 e 2016, identificou que os programas sexuais contribuem para que as atividades sexuais ocorram cada vez mais tarde ou de forma protegida, com o uso de meios contraceptivos, além de os jovens terem mais conhecimento sobre

gravidez e infecções sexualmente transmissíveis e a redução dos índices de HIV.

FAMÍLIA

A definição de família sofreu inúmeras modificações ao longo do tempo. O estereótipo de família patriarcal deu espaço às novas concepções. Aos antigos modelos tradicionais, foram agregadas novas concepções de laços, com famílias reconstituídas, ampliadas. De acordo com a historiadora e psicanalista Elisabeth Roudinesco (2003), é um conceito em constante evolução, moldada pelas práticas dominantes patriarcais, o que resulta em alterações de ordem interna (psiquismo) e externa (sociedade).

As modificações sofridas ao longo do tempo não indicam que a instituição família esteja em crise, ou em risco de ser extinta, pois o que persiste e perpetua sua existência são seus desdobramentos e reconfigurações, independentemente da época em que se vive (Roudinesco, 2003).

Segundo Roudinesco (2003), a nova organização familiar, partindo do modelo edipiano (Complexo de Édipo em Freud), sustentava-se em três pilares: "a revolução da afetividade, que exige

cada vez mais que o casamento burguês seja associado ao sentimento amoroso e ao desabrochar da sexualidade feminina e masculina; o lugar preponderante concedido ao filho, que tem como efeito 'maternalizar' a célula familiar; a prática sistemática de uma contracepção espontânea, que dissocia o desejo sexual da procriação, dando assim origem a uma organização mais individual da família" (p. 96)

De acordo com a teoria psicanalítica, a família desempenha um papel fundamental no desenvolvimento. Uma criança, ao nascer, inserida em uma família com características únicas, em constante transformação, passa a internalizar e reconhecer suas funções, de acordo com as influências de suas origens. Em *Os complexos familiares na formação do indivíduo*, Lacan (1987) argumenta que a família deve ser entendida enquanto um complexo, sendo este algo que “reproduz uma certa realidade do ambiente” (Lacan, 1987; 20). Tais complexos desempenham um papel de organizadores no desenvolvimento psíquico, tendo o sujeito consciência do que ele representa.

Segundo Donald Winnicott, pediatra e psicanalista inglês, a influência do ambiente é decisiva sobre o desenvolvimento psíquico do ser humano. Desta forma, o ambiente

constitui o esteio indispensável em que o ser humano se apoia para construir as bases de sua personalidade. A partir dessa perspectiva desenvolvimentista, é fácil imaginar que, para Winnicott, o ambiente continua a exercer influência na criança que cresce, no adolescente e até no adulto. Essa influência nunca para por completo. Vê-se o estabelecimento de uma interdependência entre o indivíduo e o ambiente. (Nasio- p.195)

Espera-se, portanto, que a família cumpra a função de proporcionar a continuidade do amadurecimento do sujeito, nas diferentes fases do desenvolvimento.

Sem alguém especificamente orientado para as suas necessidades, a criança não pode encontrar uma relação operacional com a realidade externa. Sem alguém que lhe proporcione satisfações instintuais razoáveis, a criança não pode descobrir seu corpo, nem desenvolver uma personalidade integrada. Sem uma pessoa a quem possa amar e odiar, a criança não pode chegar a saber amar e odiar a mesma pessoa e, assim, não pode descobrir seu sentimento de culpa nem o seu desejo de restaurar e recuperar. Sem um ambiente humano e físico limitado que ela possa conhecer, a criança não pode descobrir até que ponto as suas ideias agressivas não conseguem destruir e, por

consequente, não pode discernir entre fantasia e fato. (Winnicott, 1947e, p. 63-64)

Kreppner (2000) refere que além das figuras parentais, ambientes como escola, trabalho, família estendida, entre outros, também exercem influência sobre o desenvolvimento infantil e, por isso, são parte importante deste processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois da família, a escola é o segundo grupo social onde acontece o exercício da sexualidade. Desse modo, os pais e os demais educadores, advindos sobretudo do ambiente escolar, dependem do trabalho uns dos outros. Isso porque a informação sobre sexualidade é complexa, dinâmica e atinge diversas dimensões da pessoa humana. Por isso, pensando na educação sexual propriamente dita, pode se estabelecer algumas divisões de papéis entre a realidade familiar e a escolar. Assim, aos pais caberia o diálogo franco e acolhedor, estando inseridos num ambiente de intimidade e profundidade, bem como a constância das intervenções (Souza, 2017). Aos professores, o conteúdo da educação sexual apresenta-se mais sistematizado, planejado e ampliado, embora assumam também aspectos semelhantes ao papel familiar.

Desse modo, embora as diferentes posições de cada educador sexual possam promover um amplo plano de educação sexual, sabe-se que a eficácia da mesma está relacionada ao vínculo que aquele indivíduo que se propôs a ensinar possui com a criança ou adolescente. Nesse sentido, as funções acima citadas podem se inverter. A importância da família não pode ser desprezada, e por mais que a cultura contemporânea tente negar, a segurança e o cerne do apoio às pessoas são dados muitas vezes pela família. É nela que a adolescente com uma gravidez não programada, ou que adquire o vírus HIV, encontra o amparo necessário. Ignorar a importância da família é ignorar o que temos de mais seguro frente aos problemas decorrentes do uso inadequado da sexualidade (Casado, 2011, p. 10). Uma abordagem dos projetos de educação sexual mostra-se incompleta se ignorar a importância da família e se a sexualidade for reduzida à vivência do sexo, podendo dessa forma ser instrumentalizada, dissociada do afeto. Outros aspectos importantes excluídos dos projetos de educação para a sexualidade são a dissociação donexo liberdade e responsabilidade e a exclusão da afetividade no exercício da sexualidade (Casado, 2011, p. 10).

Diante de todas essas referências e da nossa prática clínica, percebe-se a necessidade de se ampliar o conceito de sexualidade, pois esse não se resume à genitalidade. É uma temática que envolve questões biológicas, afetivas, históricas e cognitivas.

Discutir sexualidade na família e nas escolas é dialogar sobre questões de desigualdade de gênero, de afetos, enfim, de relacionamentos. É um exercício de cidadania, de direitos humanos (Ribeiro, 2020).

É necessário que a educação sexual seja ministrada nas salas de aula como tema transversal ou como disciplina própria; além do mais, é dever dos pais/cuidadores participarem desse processo educacional, pois o poder familiar abrange deveres de proteção, assim como assegurar direitos, por exemplo, direito à informação, saúde, inclusive à sexualidade, vez que com a puberdade e mudanças do corpo, a ansiedade por novas descobertas faz parte do processo natural da adolescência, por isso escola e família devem se unir para empreender esforços nas elucidações desses jovens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASADO GONZÁLEZ, Maria. *Bioética y educación - Sobre la necesidad de*

adoptar una concepción de la bioética flexible y que promueva la educación en los principios de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Revista Latinoamericana de Bioética, v. 11, n. 2, 2011.

J.-D. NASIO. *Introdução às obras de Freud, Ferenczi, Groddeck, Klein, Winnicott, Dolto, Lacan*. Tradução de Vera Ribeiro. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

KEHL, Maria Rita (2013). Em defesa da família tentacular. <https://www.fronteiras.com/artigos/maria-rita-kehl-em-defesa-da-familia-tentacular>

KREPPNER, Kurt (2000). *The child and the family: interdependence in developmental pathways*. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 16(1), 11-22. <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722000000100003>

MENDONÇA, Larissa Querem Tavares (2020). *Direito e Dever Do Estado e Da Família em Matéria De Orientação Sexual*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/eca/direito-e-dever-do-estado-e-da-familia-em-materia-de-orientacao-sexual/>

MORAES, Maria Rita Salzano. *Amor, Sexualidade, Feminilidade*. Ed. Autêntica, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIBEIRO, Marcos. *Educação em Sexualidade*. Rio de Janeiro: Wak, 2020.

ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SANCHES, Mário Antônio;
CASAGRANDE, Castorina Honorato Vidal; MAESTRELLI, Giovana;
CORRADI-PERINI, Carla (2020). *Influência da informação sobre sexualidade no planejamento familiar* *Perspectivas em Diálogo*, Naviraí, v. 7, n. 14, p. 233-247, jan./jun.

SOUZA, Janilton Gabriel; CHAVES, Wilson Camilo (2017). *Família: pluralidade e singularidade*. Reverso. Belo Horizonte, ano 39, n. 74, p. 47 – 54.

UNESCO (2014) *Orientações técnicas de educação em sexualidade para o cenário brasileiro: tópicos e objetivos de aprendizagem*. - Brasília.

WINNICOTT, D. W. & BRITTON, Clare. “*Tratamento em regime residencial para crianças difíceis*”. In D. Winnicott (1987/1984a). *Privação e delinquência*. São Paulo: Martins Fontes. (Trabalho original publicado em 1947e.), 1987.

**DIREITO NO ESPELHO DO FAXINAL,
FAXINAL NO ESPELHO DO DIREITO:
NOTAS ETNOGRÁFICO-JURÍDICAS
SOBRE A LUTA COMUNITÁRIA PELA
TERRA**

***LAW ON THE MIRROR OF FAXINAL,
FAXINAL ON THE MIRROR OF LAW:
ETHNOGRAPHIC-LEGAL NOTES ON
THE COMMUNITARIAN STRUGGLE
FOR LAND***

*Ricardo Prestes Pazello*³⁵⁰

*Gabriela Silva Ferreira*³⁵¹

*Kauan Juliano Cangussú*³⁵²

*Bruna Maria Wisinski Tomasoni*³⁵³

*Vinicius Brasil Bark*³⁵⁴

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a relação do direito com os povos

³⁵⁰ Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Núcleo de Direito Cooperativo e Cidadania (NDCC/UFPR). Pesquisador e conselheiro do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Coordenador-geral do Centro de Formação Milton Santos-Lorenzo Milani (Santos-Milani). Coordenador do projeto de extensão/comunicação popular Movimento de Assessoria Jurídica Universitária Popular - MAJUP Isabel da Silva, junto à UFPR.

³⁵¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

faxinalenses, relação essa a ser problematizada em duas vias, como num jogo de espelhos. De um lado, aborda-se a representação do direito nas comunidades faxinalenses, encarando documentos políticos, tais como cartilhas, e entrevista com líderes do movimento social que organiza as comunidades, a Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses. O olhar para esses documentos é revestido com as lentes do “direito que nasce do povo”, perspectiva levantada por Jesús Antonio de la Torre Rangel. Do outro lado, analisa-se a representação das comunidades faxinalenses no direito, em especial no que tange ao ensino jurídico, a partir de uma etnografia sobre relatórios de visita de campo elaborados por estudantes do curso de direito da UFPR. Ademais, trabalha-se com a interação desses dois polos (direito e faxinalenses) por meio da análise dos encontros da Câmara Técnica sobre Direitos dos Povos Faxinalenses, experiência organizada pelo Ministério Público estadual.

PALAVRAS-CHAVE: Antropologia Jurídica; Povos Faxinalenses; Movimentos Sociais; Ensino Jurídico; Terra.

(UFPR). Integrante do Núcleo de Criminologia e Política Criminal do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Graduada em Direito pela UFPR. Advogada.

³⁵² Mestrando no Human Right Centre "Antonio Papisca" da Università degli Studi di Padova pelo programa Master's Degree in Human Rights and Multi-level Governance. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2013-2018). Graduando em História - Memória e Imagem pela mesma instituição. Advogado.

³⁵³ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.

³⁵⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

ABSTRACT

The scope of this essay is to analyse the relationship between law and the *faxinalense* peoples from two different perspectives, as two mirrors facing each other. On the one hand, the representation of law in the faxinalenses communities is addressed facing political documents, such as booklets, and interviews with leaders of the social movement that organizes the communities, the *Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses*. The look at these documents is covered with the lens of the “right that is born of the people”, a perspective raised by Jesús Antonio de la Torre Rangel. On the other hand, the representation of the faxinalenses communities in law is analyzed, especially with regard to legal education, based on an ethnography of field visit reports prepared by students from the bachelor Law programme of UFPR. In addition, work is done on the interaction of these two poles (law and faxinalenses) through the analysis of the meetings of the Technical Chamber on the Rights of the Faxinalenses Peoples, an experience organized by the *Ministerio Público* of the State of Paraná.

KEYWORDS: Legal Anthropology; *Faxinalense* Peoples; Social Movements; Legal Education; Land.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de notas iniciais, escritas a dez mãos, sobre uma mirada antropológico-jurídica para a relação entre direito e povos faxinalenses, a partir da experiência de investigação realizada no contexto do Programa de Iniciação à Docência da disciplina de Antropologia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, nos anos de 2014 e 2015. Jovens pesquisadores e professor se dispuseram a colocar em um “jogo de espelhos” a relação entre povos faxinalenses e o fenômeno jurídico. De um lado, trata-se de encontrar o direito na sistematização do movimento social faxinalense; de outro, de refletir sobre a visão de estudantes de direito quando conhecem a realidade dos faxinais (a partir de aula de campo em município da Região Metropolitana de Curitiba).

Dessa forma construído, o ensaio ora apresentado tem o objetivo de refletir sobre a relação entre direito e movimentos sociais tomando por base o caso dos faxinalenses.

1. Primeiro lado do jogo de espelhos: direito e movimentos sociais

Os movimentos sociais insurgem-se ao lado do povo ao abarcarem estruturas que normalmente estão fora do direito vigente (positivado em leis e normas, mas essencialmente expresso em relações jurídicas de todas as ordens), e mesmo quando se está “protegido” pela constituição, esta legalidade não pressupõe que sua concretização seja factível. Portanto, não basta apenas o recurso legislativo; aos movimentos sociais cabe, também, o uso político do direito.

Jesús Antonio de la Torre Rangel publicou, em 1984, o livro “El derecho que nace del pueblo”, obra que teve, por sua inovação no continente latino-americano, grande importância jurídica e histórica. No seu entorno teórico se observa a busca por um uso relido das formas jurídicas: “(...) que surja por parte de los campesinos una justificación jurídica de su posesión y aprovechamiento de la tierra. Es una justificación jurídica alternativa, que nace de su conciencia de explorados con la intuición de que tienen derecho a no serlo”. (DE LA TORRE RANGEL, 2004, p. 20)

O direito como arma do povo, diria De la Torre (2007; 2015), se encontra na ação desafiadora dos movimentos sociais que buscam a satisfação das demandas que a

comunidade percebe em sua vivência coletiva. A partir dessa interpretação, os faxinalenses, quilombolas, trabalhadores urbanos, entre outros grupos marginalizados, tomariam consciência das agressões que sofrem e passam a buscar o direito, não como forma de alienação, mas como ação política libertadora – ainda que nem sempre observada em seus limites – das amarras que os unem ao explorador.

O movimento social, desse modo, se faz vivo na luta comunitária pela terra, nas ações de moradia coletiva, tanto nos loteamentos urbanos quanto nos conflitos rurais, sendo um grito de alforria ao prisma individualista do direito, que trata com o cabresto as ações que deveriam legitimar o processo de luta coletiva dos povos. Contudo, na esteira do pensamento de Jesús Antonio de la Torre Rangel, no atual estágio de desenvolvimento, não se pode abrir mão completamente do direito, sendo uma tomada crítica o mecanismo de intervenção ao estilo do uso combativo do direito (dentro da tradição daquilo que se chamou de “positivismo de combate”).

O aparato estatal, assim como grande parte dos operadores do direito, acaba por se encontrar fora do ambiente de movimentos sociais, povos e comunidades tradicionais e dentro de um

ambiente jurídico onde se propaga, via de regra, esse mesmo pensamento hegemônico que não conversa com diversos modos de vida. Assim, os juristas não entendem nem respeitam a cultura de tais movimentos e povos, e essa falta de sensibilidade acaba por refletir em condutas autoritárias, e em prol dos que oprimem estas populações.

O termo conceitual dos movimentos sociais sempre foi um arquipélago de denominações. Por exemplo, nas décadas passadas, os agentes sociais do meio rural se viam limitados ao termo “camponês” que, por mais simbólico que seja, não carrega as especificidades regionais e culturais que autodefinem e representam, por exemplo, a Coordenação Nacional das Comunidades Negras Rurais Quilombolas (Conaq) ou a Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses (APF) – ambas estão mobilizadas na luta pela terra e devem atuar juntas e acumular força no cenário nacional, mas é na luta pelas “suas terras” (territorialidade) e no acúmulo cultural dos seus, ao se encontrarem como Quilombolas e Faxinais, que estes povos renovam sua luta.

Nos interiores do Brasil o que sempre preponderou foi o poder local, sendo esse poder igualmente reproduzido nos centros urbanos e no

estado. Quando os faxinais, ou qualquer outra forma de vida comunitária, se agigantam, os poderosos usam da repressão para garantir a eterna plenitude das suas garantias hegemônicas: usando tanto o direito com seus olhos cegos para a justiça quanto a violência que não guarda nomes, apenas vítimas dos mantenedores do *status quo*. Portanto, nessa luta constante pela terra, ou pela plenitude de um “direito à diferença”, os povos e as comunidades tradicionais devem manter-se firmes por meio da organização e da luta em seus movimentos sociais e nas redes de integração que findam nos movimentos maiores pelo bom uso da terra e pela moradia.

1.1. Rede Puxirão de Povos e Comunidades Tradicionais

Escolhemos um movimento para exemplificar esta relação: a Rede Puxirão de Povos e Comunidades Tradicionais é um movimento social que diz respeito a um conjunto de terras tradicionalmente ocupadas nas quais se encontram diversos grupos étnicos da região sul/sudeste do Brasil, mas que se fixaram especialmente no Paraná. O que eram antes vários movimentos sociais distintos passou a ser várias organizações sociais irmãs que

reivindicam o direito à terra (com as suas peculiaridades). Os grupos étnicos que participam desse movimento social são: os indígenas xetás, guaranis e caingangues, os povos faxinalenses, as comunidades quilombolas, benzedores e benzedoras, pescadores artesanais, caiçaras, cipozeiras, religiosos de matriz africana e ilhéus.

O principal mecanismo para dificultar a posse legítima da terra é a invisibilidade social. Essas margens que comprimem o povo a partir do descaso e da negligência se bifurcam em dois modelos de violência: o primeiro encabeçado pelo estado que, por décadas, não realizou censos e estatísticas, facilitando, assim, a grilagem das terras e o abandono social das comunidades; já o segundo tem a ver com o direito que garante a atual sociedade, fazendo pouco caso das demandas das populações tradicionais, refletindo-se no ensino jurídico que possui um elevado déficit de estudos, pesquisas e trabalhos de campo com as comunidades tradicionais, emergindo, assim, no jurista um individualismo que vê com inferioridade os povos com vida diferente.

A organização social que guarda o nome de “Rede Puxirão de Povos e Comunidades Tradicionais” surge como resposta aos abusos perpetrados pelos

que detêm o poder. Este movimento se concretiza no 1º Encontro Regional dos Povos e Comunidades Tradicionais, ocorrido no final do mês de maio de 2008, em Guarapuava, interior do Paraná, e vem se articulando para libertar e dar voz às correntes étnicas que se veem fora da realidade social dominante, esse sistema de zoneamento social obscuro que beneficia apenas o capital e as suas máscaras. Portanto, o movimento social é um fiapo de esperança para o mar de injustiças por que estes povos passam.

1.2. Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses

A Rede Puxirão de Povos e Comunidades Tradicionais engloba a organização dos faxinalenses, a Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses (APF), que se estruturou em 2005 em Irati-PR, no I Encontro Estadual dos Povos Faxinalenses, com o propósito de ser, como aponta Dimas Gusso, faxinalense do Faxinal Saudade Santa Anita, “um espaço onde nós colocamos nossas angústias, nós lutamos, fazemos resistência, mas de uma forma organizada, não só na comunidade, no faxinal, mas numa luta mais coletiva de outros faxinais,

mostrando mais força”. (em ALMEIDA, 2008, p. 8).

A fala de Dimas Gusso expressa pontos importantes de uma nova forma de organização social do campo que, como aponta Alfredo Wagner Berno de Almeida, vem crescendo desde 1988. Contando com a politização de práticas cotidianas no uso de recursos naturais, essas unidades de mobilização são pautadas não em um papel social de um agente individual, mas na formação da identidade coletiva, que se torna instrumento político-organizativo de resistência às ameaças intrínsecas do capitalismo. Tal identidade coletiva não se fixa em uma tradição imutável ou um espaço geográfico específico, e sim na dinâmica de complexos e diversos elementos de um processo de territorialização, nomeando-se os sujeitos de ação a partir de termos locais, fazendo com que exista uma multiplicidade de categorias, o que demonstra uma ruptura com o monopólio político de termos como “camponês” e “trabalhador rural” (Almeida, 2008, p.88). Essa ruptura, contudo, não representa uma deslegitimação das organizações que se pautam nos termos acima referidos, sendo que há grande inter-relação das pautas trazidas por ambas as formas de mobilização.

A estruturação a partir das especificidades identitárias não faz, porém, com que a mobilização seja restringida ao trabalho com as demandas dessas categorias específicas, havendo uma articulação tanto entre povos faxinalenses entre si na APF quanto da categoria faxinalense com outros povos e comunidades tradicionais na Rede Puxirão. Ao não se prender num localismo, as organizações se articulam e ganham força para pressionar o estado, aumentando canais de comunicação entre poder público e movimentos sociais.

A referida articulação entre as comunidades faxinalenses se faz qualidade essencial para a continuidade da atuação legítima da APF, que tem por viga-mestra a organização em torno de elementos de identidade que estão em permanente construção. Nesse sentido, o contato com as comunidades e suas especificidades se faz o mecanismo de atualização da atuação da APF face às modificações do processo de elaboração identitária. A estrutura da APF encontra o espaço para esse diálogo acontecer sem que se desorganize o movimento, mas garantindo a mobilização coletiva. Essa estrutura se dá em formato de caracol, no qual há o constante intercâmbio entre a comunidade e as respectivas comissões locais, os núcleos que abrangem as

comissões, a coordenação geral e a coordenação executiva. A participação e a periodicidade dos encontros se dão da seguinte forma: a) comunidade: todas e todos em permanente relação; b) coordenação local: lideranças da comunidade que se reúnem o quanto seja necessário, além de haver relação constante na vivência da comunidade; c) núcleos: representantes da comissão local que se encontram uma vez ao mês; d) coordenação geral: dois representantes de cada núcleo, eleitas/os a cada dois anos nos encontros estaduais, que se encontra a cada três meses; e e) coordenação executiva: membros escolhidas/os entre participantes da coordenação geral, que se encontram a cada 15 dias.

Os encontros dos grupos acima elencados produzem resultados, que podem ser a elaboração diária dos modos de viver, a definição de demandas, o contato com o poder público, a formulação de cartilhas, cartas, panfletos, entre outros, que são sempre revisitados por serem não unicamente resultados, mas também novos pontos de partida. Nesses frutos/inícios incidem mecanismos de estímulo da organização e de pressão ao poder público para que este responda adequadamente às necessidades das comunidades faxinalenses, oriundas de conflitos com

chacreiros, plantações de pinus e eucalipto, falta de estrutura de saúde, educação, vias de acesso etc. Dentre esses mecanismos, tem-se, por exemplo, a nova cartografia social, que é para o faxinalense Valmir Ferreira Santos “uma forma de gritar, de falar pros outros que a gente existe” (em ALMEIDA, 2008, p. 9), e também a pressão ao poder público pautada em pontos jurídicos, que consiste na luta pela elaboração de instrumentos para efetivação de seus direitos. Essa luta se dá na construção da oposição à juridicidade hegemônica que não admite formas diversas de organização além da estabelecida a partir do prisma individualista do capitalismo. Ainda nesse sentido, a mobilização pode se dar, também, na utilização deste direito posto, numa expressão de “positivismo de combate” com a advocacia popular, o que seriam, seguindo a linha de Jesús Antonio de la Torre Rangel (2004, p. 24), passos de uma caminhada rumo à tentativa de construção de um direito que nasce do povo.

2. O lugar do direito nos documentos políticos da APF e da Cartografia Social

A partir da promulgação da Constituição de 1988, a discussão em

torno das comunidades e povos tradicionais passou por um deslocamento gerado pela crença de que a carta condizia com o chamado “pluralismo jurídico”, ou seja, que ela compreendia diferentes formas de organização social e possibilitaria condições para que todas se desenvolvessem. Contudo, apesar de pontos positivos trazidos por esta e outras normativas, que não serão objeto de análise no presente artigo, verifica-se que a prática jurídica em assuntos relacionados à temática não se desvincula da lógica do “enquadramento”, ignorando as situações vivenciadas pelas comunidades por não enxergar uma categoria jurídica em que se encaixem perfeitamente as diferentes realidades. Assim, o que se presencia de modo geral são operadores do direito que desconhecem ou ignoram as relações das comunidades tradicionais por não serem estas enquadradas no prisma hegemônico pautado na propriedade privada.

Acontece que para garantir as condições de reprodução de sua existência, as comunidades faxinalenses precisam de instrumentos para sua manutenção, para a qual o direito é enxergado ao mesmo tempo como uma ameaça e um mecanismo em potencial.

Nesse sentido, propõe-se um estudo da visão e da utilização do direito pelas comunidades faxinalenses. Para tanto, serão analisados, sem pretensão de esgotamento das possíveis visões sobre os textos, os documentos políticos da APF (Cartilha do 3º Encontro Estadual dos Povos e Comunidades faxinalenses, a cartilha mais recente publicada pela APF), da Nova Cartografia Social (Série “Faxinalenses no Sul do Brasil”, volumes 2, 3, 4 e 5) e entrevista realizada com o faxinalense Amantino Sebastião Beija, liderança comunitária no faxinal do Meleiro (Mandirituba, PR).

Os documentos políticos da APF, aqui se tratando da cartilha acima mencionada, trazem em vários pontos o tema de busca pela efetivação de direitos. Inclusive, o encontro estadual ao qual a cartilha se refere tem como tema “No *direito* ou na luta, essa terra é faxinalense”, demonstrando que, apesar de reconhecer a intrínseca exclusão dos modos de vida tradicionais do modelo hegemônico, como ficará mais evidente adiante, há que se encontrar uma juridicidade em que os direitos, previstos na ordem vigente ou não, possam ser utilizados politicamente. Remete-se, mais uma vez, às concepções de Jesús Antonio de la Torre Rangel, que aponta que é nessa busca pela efetivação da legalidade alternativa de visão

comunitária que se constrói o direito que nasce do povo.

Outro ponto levantado por De la Torre Rangel que pode ser relacionado com a questão em pauta é o sentimento legalista do povo latino-americano, que não se pauta na concepção vigente do direito positivado, mas “en un sentimiento de justicia que deviene como consecuencia del conocimiento que adquiere por sua experiencia e historia de pueblo explotado” (2004, p. 19 e 20). Esse sentimento, a despeito de algumas problematizações que pudessem ser feitas a respeito do mesmo, é expresso em vários pontos dos referidos documentos, como na cartilha já mencionada: “encontramos nosso lugar de direito, e precisamos fazer valer essa condição por meio da organização e da luta!”, “esse direito pouca validade teria se não fosse a presença da força do movimento social faxinalense” (APF, 2009, p. 3); na resposta do faxinalense Amantino Beija à questão “Qual o papel do direito para a APF?”: “Nós procuramos interpretar o Direito como algo benéfico à nossa Luta, pois lutamos pelos nossos direitos, porém sabemos que também temos, deveremos e procuramos utilizar o Direito em prol de nossa Luta, dentro de uma limitação, pois não temos formação mais efetiva em relação ao Direito” (2015). Na fala de

Amantino se demonstra um reflexo prático da exclusão das comunidades tradicionais – e das classes populares em geral – do foco do direito, que consiste em impossibilitar a compreensão da linguagem jurídica pelas pessoas que seriam, em tese, suas destinatárias. Tal crítica pode se estender a nós, autoras e autores deste artigo, daí a necessidade de fazer continuamente uma autocrítica quanto à produção acadêmica e de teor jurídico para oportunizar comunicabilidade com movimentos sociais e povos e comunidades tradicionais.

A retomada do direito pelas/os faxinalenses se verifica também na nova cartografia social dos povos e comunidades tradicionais do Brasil – série “Faxinalenses no Sul do Brasil”. Encontra-se em cada um dos fascículos uma lista de demandas e conquistas da Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses (APF), nas quais grande parte dos pontos elencados são ou expressamente jurídicos ou perpassam o direito em algum momento. Tem-se como exemplo de demandas: “luta pela criação de instrumentos jurídicos que reconheçam as comunidades dos faxinais”; “inclusão dos faxinais como ARESUR”; “aprovação de lei municipal em Mandirituba”; exemplos de conquistas são: “realização do seminário

de direitos étnicos e coletivos”; e “aprovação da lei estadual 15.673/2007, que dispõe sobre o reconhecimento da identidade faxinalense e de seus acordos comunitários” (2011, p. 8 e 9).

Outra exemplificação do processo de apropriação do direito pelas comunidades são as oficinas sobre direitos realizadas. Como aponta Amantino: “[...] realizamos em várias comunidades faxinalenses as chamadas oficinas de ‘operadores de direito’ com advogado(a) formado, que trouxe a nós um maior esclarecimento relacionado a leis e decretos que nos amparam, bem como da própria Constituição Federal de 1988, que é desconhecida por muitos de nós” (BEIJA, 2015). Essas oficinas, em conjunto com o levantamento da legislação pertinente nas cartilhas, demonstram o sentimento histórico de justiça tratado por De la Torre, tendo em vista que com esses instrumentos se busca a formulação de regramentos que possibilitem o desenvolvimento pleno da comunidade, ainda que em contraste (e talvez justamente por isso) com a sociedade mercantilizada.

Entretanto, como coloca Alfredo Wagner Berno de Almeida, a execução das leis construídas em benefício das comunidades tradicionais encontra obstáculo nos conflitos com a visão preponderante do mundo jurídico,

pautado, no caso brasileiro, por “sociedades autoritárias e de fundamentos coloniais e escravistas” (2008, p. 34). Esses conflitos, que não se dão apenas em âmbito jurídico em sentido estrito, mas também na situação em que os adversários têm colaboração no direito posto, como no caso dos chacareiros, apesar de gerarem sentimento de medo, também são encarados como força motriz para mobilização da ação social, como fica evidente na fala de Amantino:

vale lembrar o país em que vivemos, onde as leis em sua maioria são criadas de cima para baixo, muitas defendendo o interesse dos chamados “grandes” da sociedade e as leis que nos amparam por sermos comunidades tradicionais temos que lutar constantemente para torná-las melhor conhecidas por até quem faz parte do direito ou são doutores do direito, onde em diversas delegacias sequer registram B.O.s, que os faxinalenses necessitam de registrar por ocasião de roubo, danos dos animais. Onde a pessoa que está na delegacia cujo trabalho dela é ouvir os faxinalenses e registrar o B.O, ela já começa a nos questionar em que está amparado nosso modo de vida? O que comprova a existência do faxinal? Chegam a dizer que “isso não dá em nada”, já julgam a causa sendo que não é o papel deles, mas tudo em nome da tal “propriedade privada” e nem levam em conta ou sequer se interessam em saber mais sobre o uso coletivo, a vivência solidária de nós, faxinalenses. Vale ressaltar também as ameaças de morte sofridas por várias lideranças faxinalenses, que não

são levadas muito a sério, nem tomadas as providências para proteção das mesmas. Pois estamos lutando por nossos direitos, defendendo a comunidade faxinalense. Direitos esses que constam no papel por meio de leis e decretos, amparando nosso modo de vida, mas infelizmente não são respeitados, reconhecidos ou até pior, são simplesmente ignorados pelos que fazem parte do poder público e pelos que são formados em direito e deveriam atuar firme, defendendo e garantindo os nossos direitos (2015).

Desta mobilização social, advém, como foi exposto anteriormente, a pressão ao poder público e ao espaço jurídico de uma forma geral, o que possibilita o estabelecimento de novos canais de diálogo entre eles e os movimentos sociais. Nesse sentido, nota-se que existem espaços que se posicionam de modo a dialogar com as comunidades, como acontece com a organização de direitos humanos Terra de Direitos, com grupos de extensão popular universitária da Universidade Federal do Paraná, com o Ministério Público do Estado do Paraná, no âmbito do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos, que promove um espaço para resolução de conflitos em comunidades faxinalenses. Esses grupos e os demais que se comprometem com a luta faxinalense se colocam a serviço desta para contribuir na pressão aos

setores que se omitem com relação às comunidades.

Dado o exposto, conclui-se que no direito vigente só se encontram institutos enquadrados na lógica capitalista e que esse direito só pode ser utilizado a favor das comunidades faxinalenses na medida em que ele é tomado como um uso político contra a ordem que o estabelece, servindo, sob uma leitura crítica, para benefícios pontuais e principalmente para lembrar que essa é uma instância relacional e normativa dos poderosos a qual é preciso combater durante esse combate à ordem capitalista como um todo. Reverte-se, assim, a intenção da ordem jurídica vigente de inibir as práticas contra-hegemônicas, sendo esse objetivo encarado pelos movimentos sociais como mais um motivo para lutar.

3. QUANDO OS ESPELHOS SE TOCAM: A EXPERIÊNCIA DA CÂMARA TÉCNICA SOBRE DIREITOS DOS POVOS FAXINALENSES

Desde pelo menos 2012, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção aos Direitos Humanos em Matéria dos Direitos e Garantias Constitucionais – mais conhecido como CAOP dos Direitos Constitucionais –

reúne vários interlocutores para debater a relação entre antropologia e direito, tendo por vetor a realidade de povos e comunidades tradicionais. A demanda por aprofundamento na compreensão do modo de vida tradicional fez com que promotores e equipe de assessores e técnicos do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR) – do qual o citado CAOP faz parte – construíssem um espaço de diálogo para dar conta não apenas da técnica jurídica estrita a respeito de questões envolvendo povos e comunidades tradicionais, mas também de uma interpretação mais ampla, de cunho identitário e antropológico.

Neste espaço, estiveram presentes desde promotores e servidores do MPPR, passando por integrantes do Instituto Ambiental do Paraná (IAP), do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), da organização de direitos humanos Terra de Direitos, até professores e estudantes dos cursos de antropologia e direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), bem como de outras instituições de ensino superior, dentre outros convidados. Neste sentido, parte dos autores do presente artigo integrou o espaço, fazendo com que também este item do texto seja resultado de uma pesquisa participante.

Por conta do contínuo debate teórico, nos marcos da antropologia e do direito, com as questões práticas que caracterizam o trabalho do CAOP e de outras instituições estatais, como o IAP, casos concretos sempre apareciam em meio a discussões sobre antropologia rural, cultura e identidade, epistemologia decolonial, marcos legais sobre povos e comunidades tradicionais. Dentre os mais constantes, pode-se fazer referência às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos povos faxinalenses. Por ser uma especificidade quase que completa do estado do Paraná, as questões atinentes aos faxinalenses ganharam maior atenção do grupo, dadas as demandas que os participantes traziam para que o CAOP se pronunciasse.

Em outubro de 2013, então, começa a realização de debates próprios para a questão dos direitos dos povos faxinalenses. Com isso, cria-se, ainda que informalmente, uma “câmara técnica” (assim batizada pelos integrantes do CAOP) para discutir situações envolvendo os faxinalenses, em especial problemas específicos em suas comunidades.

O interessante deste novo grupo é que ela passou a ser integrada não só pela promotoria coordenadora da matéria de direitos constitucionais, por pesquisadores da UFPR, por membros

do IAP e da advocacia popular, como também pelo coletivo de extensão/comunicação popular Movimento de Assessoria Jurídica Universitária Popular – MAJUP Isabel da Silva e, mais interessante ainda, por representantes dos próprios faxinalenses.

A participação faxinalense se dá em dois âmbitos: de um lado, pela presença de liderança do movimento social dos faxinalenses, a Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses; de outro lado, pela presença de faxinalenses convidados por estarem diretamente envolvidos com as questões que são levantadas no debate da câmara técnica.

A este respeito, é importante explicar que a câmara tinha uma periodicidade mensal de reuniões e tratava sempre de problemas jurídicos (em vários níveis, desde o ambiental até o processual) de comunidades específicas. Chegaram a ser discutidas questões envolvendo os faxinais Marmeleiro de Baixo, Campestre dos Paula, Bairro dos Kruger, Doce Grande, Itapará, Emboque e Mato Preto Paiol, dentre outros, sempre com a presença de representantes dos próprios faxinais. Durante os anos de 2014 e 2015 os calendários foram montados para contemplar tais discussões, além de outras mais pontuais, como a interpretação da legislação e

jurisprudência a respeito dos faxinalenses ou o modelo de organização da própria câmara técnica.

A experiência da câmara técnica demonstra o vasto campo ainda a ser conhecido, para o “mundo jurídico”, referente ao modo de vida faxinalense, o que coloca em xeque a própria forma de se construir o conhecimento pelos juristas. Indo para além de normatividades postas, a experiência demonstra a necessidade de se democratizar o acesso às instituições jurídicas ainda que, ao mesmo tempo, deponha sobre os seus limites intrínsecos. Se é verdade que em um nível da estrutura do Ministério Público esta interação foi possível, não é menos verdadeiro que todo o restante da estrutura dos poderes do estado disto está afastado. Nas reuniões com juristas, pesquisadores, militantes e comunitários, percebe-se com limpidez que delegacias, prefeituras, polícias ambientais, promotores, juízes e mediadores, assim como estudiosos, têm muitas dificuldades em realizar processos de estranhamento de suas próprias formas de ver o mundo e compreender o sentido dado a este pelos faxinalenses, especialmente quanto ao uso comum da terra, a criação de animais à solta e a preservação do meio ambiente. Ao mesmo tempo, o “mundo

faxinalense” reflete-se neste espelho, na medida em que forma e é formado pelas relações jurídicas, tendo necessidade de codificar a linguagem do direito para poder reivindicá-la, mas também questioná-la sempre que os poderes executivo, legislativo e judiciário se negam a compreender seu modo de vida e suas questões culturais. No jogo de espelhos, as imagens se distorcem, porém saem da mútua invisibilidade.

4. SEGUNDO LADO DO JOGO DE ESPELHOS: O CASO DO FAXINAL DO MELEIRO PERANTE OS ESTUDANTES DE DIREITO DA UFPR

Faz-se interessante, nesse momento, girar o jogo de espelhos para não mais encontrar o direito na visão dos faxinalenses, mas também os faxinais no âmbito do direito, especialmente no que tange ao ensino jurídico.

4.1. Faxinais e o Faxinal do Meleiro

Faxinais podem ser compreendidos como a identidade de uma comunidade tradicional, como uma proposta política de direitos e uso do território (PORTO, 2013, p. 59), como um sistema de produção ou ainda como uma área específica da propriedade.

Ainda que todos esses significados estejam associados à mesma comunidade tradicional, a dos faxinalenses, gostaríamos de acentuar o sentido de identidade da comunidade tradicional. É importante destacar que ser autodenominado faxinalense envolve muito mais questões que propriedade e modo de produção. Embora haja diferenças entre as diversas comunidades faxinalenses, sua cultura forma um núcleo essencial que configura a noção de comunidade tradicional.

Há comunidades faxinalenses ao longo de todo o território do estado do Paraná. Os faxinalenses afirmam sua identidade na maneira com que se relacionam com a terra, seus animais e com a comunidade. Apesar de várias famílias (ainda que nem todas) terem o título de propriedade de suas terras, em geral as únicas partes das comunidades que são cercadas são as lavouras e os terrenos mais próximos das residências, onde alguns moradores mantêm algumas hortas para consumo próprio. Entre as moradias há uma área de vegetação nativa na qual pastam e circulam livremente reses dos moradores. Chamada em vários faxinais de “criadouro comunitário”, esta área é delimitada por, dentre outras coisas, “mata-burros”, instrumentos parecidos com pontes, separados por um largo

espaçamento, utilizados para impedir a fuga das criações. Cada família possui seus próprios animais e lavouras, mas concilia isso com o uso comum da terra. A maior parte da produção é voltada à subsistência das famílias, com eventuais excedentes podendo ser comercializados. Cabe destacar, ainda, que há faxinalenses que, em face da expansão do agronegócio e das dificuldades enfrentadas pelos agricultores familiares, buscam fontes de renda nas zonas urbanas próximas. Tal fenômeno faz com que algumas famílias, ainda que continuem habitando o faxinal, abandonem as atividades agrossilvopastoris.

As relações de reciprocidade entre os moradores se manifestam em diversos âmbitos. Um deles é no chamado “puxirão”, momento em que a comunidade trabalha coletivamente para a preservação dos bens comuns (como na conservação das estradas e na limpeza do criadouro) ou para o benefício de alguma família (na construção de uma cerca ou no auxílio na colheita). O catolicismo, apesar de não ser a única religião inserida nos faxinais, ainda é um importante espaço para a coesão e interação dos moradores da comunidade. Através desta instituição, por exemplo, são organizadas festas nas comunidades, com o dinheiro arrecadado sendo

revertido para a preservação dos bens comuns.

Estima-se que os faxinais existem como modelo de produção agrícola há mais de 200 anos. O sistema foi trazido pelos povos europeus e aqui se mesclou com modo de vida dos caboclos, e as comunidades foram se formando principalmente na Região Centro-Sul do Paraná. Em 1997, o sistema de produção passou a ser protegido juridicamente, via Decreto Estadual 3.446/1997, por intermédio do qual foram criadas as ARESUR – Áreas Especiais de Uso Regulamentado. Elas são uma espécie de unidade de conservação que têm o intuito de proteger o sistema faxinal, e que, para tanto, garante o repasse de parte do ICMS ecológico para os municípios nos quais se localizam os faxinais. É evidente que, nesta época, os faxinais foram reconhecidos apenas como sistema de produção, tendo sua identidade como comunidade tradicional ignorada até 2007, quando foi reconhecida legalmente com a Lei Estadual 15.673. A Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses, organização que congrega os faxinais do Paraná, estima que existem pelo menos 227 grupos no estado, mas apenas 44 são cadastrados pelo Instituto Ambiental do Paraná (IAP), o que significa que não

mais que 44 comunidades têm o repasse do ICMS ecológico em seu benefício.

O Faxinal Meleiro, em específico, é uma comunidade faxinalense localizada na região de Mandirituba, no Paraná. Suas terras são vizinhas às de outros dois faxinais: Espigão das Antas e Pedra Preta. Com cerca de 70 famílias, a comunidade ainda não é reconhecida como ARESUR por problemas estritamente burocráticos e por isso não recebe o benefício do ICMS ecológico, e, portanto, não é reconhecida legalmente como comunidade tradicional. Em suma, a comunidade não tem seus direitos étnicos, territoriais e culturais devidamente garantidos pelo estado.

4.2. O ensino jurídico e de antropologia jurídica

O ensino jurídico nos cursos de direito se pauta por uma abordagem quase que exclusivamente teórico-dogmática do fenômeno jurídico, nitidamente influenciada pela tradição positivista. Há a predominância de disciplinas dogmáticas nos currículos, com seus conteúdos programáticos diretamente vinculados aos códigos legislativos. Isso acarreta uma abordagem tecnicista da realidade, que, no entanto, não é acompanhada de um

contato direto com a aplicabilidade das teorias dogmáticas. Salvo nos casos em que os estudantes realizam estágios, em geral não obrigatórios, junto a escritórios de advocacia e órgãos públicos, só se tem contato com uma dimensão prática do conteúdo técnico que estudam nos últimos anos do curso, nos núcleos de prática jurídica. É válido citar aqui Kant de Lima (1997, p. 20), que, em sua etnografia de uma faculdade de direito, sentencia que a universidade apenas fornece o diploma, isso porque o aprendizado de fato acaba por se dar por meios informais e externos à academia.

Excluídas algumas das atividades extensionistas oferecidas pela universidade, geralmente mantidas com dificuldades por poucos professores e realizadas em horários não acessíveis a todos, os estudantes não possuem nenhum contato direto com a sociedade que os cerca (para além de sua própria vida pessoal). Como consequência, em face também da influência positivista no ensino e na pesquisa jurídica, a complexidade das relações sociais é simplificada nas análises e tentativas de compreensão realizadas dentro do âmbito do ensino jurídico. Pautados pelo dogma da completude do sistema jurídico, a maior parte dos professores dirige a sua interpretação da realidade social por meio das lentes do

ordenamento jurídico vigente. A apreensão das relações e fatos da vida social se dá através do processo de subsunção do fato à norma, no qual as categorias jurídicas se projetam sobre o objeto estudado e o enquadram. É importante sublinhar que, historicamente, os sujeitos cujas práticas sociais não se enquadram facilmente às categorias elaboradas pelo sistema jurídico dominante têm seus direitos recorrentemente negados e violados por este (SHIRAIISHI NETO, 2009).

É dentro deste contexto que se insere a disciplina de Antropologia Jurídica. Na UFPR, a matéria passou a ser lecionada a partir do ano de 2010, com a implementação do atual currículo do curso. O conteúdo programático da disciplina pode ser dividido em cinco momentos. No início, busca-se discutir com os estudantes o que é a antropologia, abordada enquanto um campo do saber, delimitando seus principais sub-ramos, conceitos e a história de sua formação. Posteriormente, aprofunda-se na chamada “antropologia jurídica”, apontando também sua constituição histórica e espacial e suas principais vertentes. Apresentam-se, também, distintas concepções de direito para a antropologia, evidenciando a complexidade da pergunta “o que é direito” no saber antropológico. Em um

terceiro momento há a discussão acerca de temas clássicos da antropologia, em especial: etnocentrismo, cultura e colonialidade. Tal recorte permite a discussão acerca de cultura(s) jurídica(s), momento no qual a ciência jurídica e o seu objeto são devidamente apresentados como um produto cultural. Em um quarto momento, são abordados autores clássicos da antropologia, como Malinowski, Mauss, Godelier, Clastres, Geertz ou Strathern, por meio da discussão da relação entre símbolos e direito. Por fim, apresenta-se a contribuição da antropologia para debates acerca dos direitos humanos e suas relações com os povos e comunidades tradicionais. Neste instante da disciplina, soma-se às aulas expositivas um trabalho de campo em uma comunidade tradicional, no qual os estudantes devem realizar um relatório.

Tal programa busca, por meio de contribuições da antropologia, exercer um papel eminentemente crítico dentro do currículo do curso de direito. É um dos poucos espaços em que o estudante da graduação tem a oportunidade de encarar o direito como um produto cultural, indo além, portanto, da abordagem positivista e dogmática do direito. Há um processo de estranhamento de categorias, conceitos e práticas que são naturalizadas dentro do

processo de formação dos operadores jurídicos, as quais vão desde o formalismo e pedantismo clássico dos juristas à crença de que o direito se resume ao estado. Com essa crítica abordagem do direito, a disciplina permite que realidades invisibilizadas pela práxis jurídica e pelas disciplinas dogmáticas ocupem espaço dentro do ensino jurídico, ocupação que, numa via de mão dupla, proporciona uma crítica ao próprio ensino jurídico.

É importante ressaltar, porém, que a implementação do ensino da antropologia jurídica nos cursos de direito não permite, por si só, uma completa mudança no paradigma de ensino via de regra adotado. Em um mar de disciplinas dogmáticas, nas quais se aborda o direito em uma perspectiva predominantemente tecnicista e acrítica, com um enfoque quase que exclusivo no estudo do direito positivo, a antropologia jurídica acaba sendo um “peixe” solitário nadando contra a maré. Incide ainda neste cenário a marginalização da extensão universitária e da pesquisa na educação jurídica, a qual contribui para a manutenção deste cenário no ensino jurídico.

4.3. O lugar do Faxinal no ensino jurídico e análise de relatórios de uma visita de campo

As comunidades faxinalenses se relacionam com a terra de uma forma distinta da estabelecida pelos códigos legais. Por sua vez, o ensino jurídico privilegia, em sua grade curricular, a perspectiva do direito compreendido apenas como ordenamento jurídico vigente, ou seja, como conjunto codificado de normas. Tal paradigma é marcado por uma visão estática e limitada da sociedade, a qual exclui toda forma de normatividade que não é reconhecida pelo direito estatal.

Todos os anos busca-se fazer, no último bimestre da disciplina de Antropologia Jurídica do bacharelado em Direito da UFPR, uma avaliação efetivada por meio de entrega de um relatório relativo a uma visita de campo realizada em uma das comunidades tradicionais estudadas em sala. No ano de 2014, este trabalho de campo foi organizado na comunidade do Faxinal Meleiro, localizado no município de Mandirituba. Aqui, pretende-se analisar, ainda que brevemente (dado o artigo representar as notas iniciais referentes a esta proposta etnográfica), como a comunidade é compreendida pelos estudantes da disciplina, que estão no segundo ano do curso de direito, por meio da análise dos relatórios produzidos.

Durante a visita os estudantes tiveram a oportunidade de participar de uma roda de conversa com uma das lideranças da comunidade, Amantino Sebastião, e com o advogado da APF, André Dallagnol. Nesta, foram debatidos temas relacionados à organização social da comunidade, aos principais problemas e conflitos e à mobilização política dos faxinalenses. Também houve uma caminhada pelo criadouro, guiada pelos moradores.

O relatório pedia que os estudantes comentassem os aspectos jurídicos, econômicos e sociais da comunidade e, a partir deste relato, fizessem uma análise crítica da situação dos faxinalenses.

Nota-se que, em grande parte dos relatórios, o “direito”, compreendido como ordenamento jurídico posto, passa por um processo de estranhamento e de crítica. Os estudantes relatam as insuficiências do direito posto em contemplar as demandas e práticas dos faxinalenses, e, a partir destas constatações, acabam por problematizar o “dogma da completude do ordenamento”. Atribuem tal característica ao fato de o “direito dominante” (termo utilizado recorrentemente) ser produzido por uma parcela ínfima da sociedade, portanto, excluindo os povos faxinalenses do

processo de elaboração das normas. Também reconhecem, nas práticas sociais e acordos comunitários dos povos faxinalenses, uma forma legítima de juridicidade, adotando uma postura eminentemente crítica.

São constantes também apontamentos acerca do papel exercido pela mobilização dos povos faxinalenses na construção de um novo direito. É descrito como os faxinalenses reivindicam o seu papel de “sujeitos” do direito, na medida em que rejeitam a visão jurídica dominante que os objetifica, ao tentar enquadrá-los em suas formas. Identifica-se nesses sujeitos um *locus* de enunciação do direito, o qual se constrói a partir de sua mobilização e de suas práticas sociais.

Alguns textos, ao buscarem descrever a área de uso comum, associam à comunidade, porém, uma noção semelhante à de “comunismo primitivo”, uma forma de organização social na qual, pautadas em valores igualitários, toda a produção seria realizada em comum e seus resultados apropriados de forma comunal. As noções de propriedade privada e apossamento coletivo tendem, nesses relatos, a ser absolutizadas, revelando a dificuldade de apreensão de uma realidade na qual ambas se conjugam e complementam dentro de uma lógica

econômica específica (ALMEIDA, 2009). É possível perceber certa analogia a conceitos feudais de propriedade, por exemplo, pelo uso de termos como “terras comunais” para o criadouro comunitário.

Parte dos alunos faz questão de utilizar categorias aprendidas em disciplinas dogmáticas para classificar e compreender as práticas sociais da comunidade, como, por exemplo, o uso de “autocomposição” para descrever a forma adotada para a resolução de eventuais conflitos dentro da comunidade. Cabe destacar que tal conceito é tratado pelos manuais de processo civil como uma forma jurídica típica de sociedades arcaicas e primitivas, nas quais há uma autoridade centralizada que possua o poder de julgar. Além da forma essencialmente anacrônica com que tal conceito é cunhado e aplicado, há, ainda, uma deformação da prática ao tentar compreendê-la por meio deste conceito. Enquanto, no caso do faxinal, a comunidade busca, sem a intervenção do Estado, coletivamente resolver os eventuais conflitos ou violações às normas internas da comunidade, a autocomposição trata especificamente da resolução de um conflito entre duas partes com interesses divergentes, em

um paradigma individual-civilista de compreensão de contendas.

Entre a permeabilidade para um discurso jurídico menos enclausurado e a dificuldade de se trabalhar com o diferente a não ser a partir de categorias já conhecidas, vê-se que os povos e comunidades tradicionais no ensino jurídico ainda são um lugar ausente. Na medida em que se vão tornando conhecidos, abrem espaço para reflexões mais profundas, que permitem, inclusive, relativizar os entendimentos já sedimentados a respeito do fenômeno jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletindo a partir de notas etnográfico-jurídicas, mesmo que iniciais, podemos chegar ao final deste trabalho indicando que no jogo de espelhos, direito e faxinais representam presenças invisibilizadas. O direito perante os faxinalenses ainda é um emaranhado de previsões que precisam ser conquistadas e concretizadas. Os faxinais ante o ensino jurídico, entretanto, representam o inequivocamente outro sobre o qual há muita dificuldade de se falar, mas quando a discussão recebe apropriação permite decifrar os enigmas do próprio direito em geral, assim como abrir

caminho para a compreensão de outras diversidades, de outras formas de vida. O jogo de espelhos reflete, enfim, a possibilidade da compreensão pelo contraste, mas também a projeção de um futuro lastreado pela inversão de uma realidade que está de “patas arriba”.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2 ed. Manaus: PGSCA, UFAM, 2008.

_____. “Terras tradicionalmente ocupadas, processos de territorialização e movimentos sociais”. Em: *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais*. Recife: UFPE, v. 6, n. 1, 2004, p. 9-32.

_____. “Terras de preto, terras de santo, terras de índio - uso comum e conflito”. Em: GODOI, Emilia Pietrafesa de; MENEZES, Marilda Aparecida de; MARIN, Rosa Acevedo (orgs.). *Diversidade do campesinato: expressões e categorias – Estratégias de reprodução social*. São Paulo: UNESP; Brasília: NEAD, vol. II, 2009, p. 39-66.

ARTICULAÇÃO PUXIRÃO (APF). *Nova cartografia social dos povos e comunidades tradicionais do Brasil: faxinalenses do núcleo metropolitano sul de Curitiba*. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia; UEA Ed., 2011.

BEIJA, Amantino Sebastião. *Visão da APF sobre o direito*. 2015. Entrevista concedida a Gabriela Silva Ferreira, Curitiba, 13 jul. 2015.

BERTUSSI, Mayra Lafoz. “Faxinais: um olhar sobre a territorialidade, reciprocidade e identidade étnica”. Em: ALMEIDA, A. W. B. de; SOUZA, R. M. de (orgs). *Terras de Faxinais*. Manaus: Edições da Universidade do Estado do Amazonas, 2009, p. 150-166.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo de derecho*. 3 ed. San Luis Potosí: Comisión Estatal de Derechos Humanos; Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Aguascalientes: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Padre Enrique Gutiérrez, 2007.

_____. *El derecho que nace del pueblo*. Bogotá: FICA; ILSA, 2004.

_____. “Sociologia jurídica militante hoje: O Direito como arma de libertação na América Latina, 30 anos depois. Tradução de Ricardo Prestes Pazello. Em: *InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais*. Brasília: IPDMS; PPGDH/UnB; Lumen Juris, vol. 1, n. 1, janeiro-junho, 2015, p. 137-164.

LIMA, Roberto Kant de. *A antropologia da Academia: quando os índios somos nós*. 2 ed. Niterói: EDUFF, 1997.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. “O direito dos povos dos faxinais: as interpretações e interpretações jurídicas”. Em: 3º ENCONTRO ESTADUAL DOS POVOS E COMUNIDADES

FAXINALENSES, 2009, Irati. *No direito ou na luta, essa terra é faxinalense*. Irati: Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses, 2009.

PAZELLO, Ricardo Prestes; MASO, Tchenna Fernandes; KOBORA, Igor Augusto Lopes. “Entre antropologia e direito: perplexidade no ensino jurídico”. Em: *Direito e práxis*. Rio de Janeiro: UERJ, vol. 3, n. 2, 2011, p. 71-87.

PORTO, Liliana. “Uma reflexão sobre os faxinais: meio-ambiente, sistema produtivo, identidades políticas, formas tradicionais de ser e viver”. Em: PORTO, Liliana; SALLES, Jefferson de Oliveira; MARQUES, Sônia Maria dos Santos (orgs.). *Memórias dos povos do campo no Paraná centro-sul*. Curitiba: ITCG, 2013, p. 59-81.

3º ENCONTRO ESTADUAL DOS POVOS E COMUNIDADES FAXINALENSES, 2009, Irati. *No direito ou na luta, essa terra é faxinalense*. Irati: Articulação Puxirão dos Povos Faxinalenses, 2009.

**O DIREITO CIVIL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO E A TUTELA
JURÍDICA DOS ANIMAIS**

**CONTEMPORARY BRAZILIAN
CIVIL LAW AND LEGAL CARE OF
ANIMALS**

*Saulo Bichara Mendonça*³⁵⁵
*Luiza de Faria*³⁵⁶

RESUMO

O presente estudo aborda a tutela animal nos termos postos pelo Código Civil brasileiro que os classifica como semoventes, especificamente no capítulo que rege os bens móveis. Realiza-se uma análise empírica, confrontando a norma pátria com normas estrangeiras, onde se verifica um descompasso, até mesmo certo atraso na forma como o tema é abordado no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa escrutina o Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015, que ressalta a urgência de modificação da tutela animal, tendo em vista que tais seres, não humanos, são, de acordo com diversos indicativos científicos, seres sencientes, dotados de capacidade de raciocínio e sentimentos. Justifica-se o presente estudo também pelas alterações verificadas na relação do ser humano com o animal, em que os animais não mais são tratados como propriedade, mas membros de um núcleo familiar, consoante se demonstrará pelos precedentes jurisprudenciais constantes em decisões proferidas pelo Superior

³⁵⁵ Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense. Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Doutor em Direito pela UVA, Mestre em Direito pela UGF, Especialista em Direito Público e Relações Privadas e Especialista em Direito do Trabalho pela UNIFLU. Pesquisador do Grupo de Estudo em Direito e Sustentabilidade Econômica – GEDISE/UFF.

Tribunal de Justiça. É importante fomentar o debate acerca da transformação da conceituação dos animais pelo direito civil pátrio, de forma a verificar a nivelção deste com o entendimento que tem predominado de forma global, no qual os animais são tratados não como objeto de direito, mas como sujeito de direitos, tutelados por leis destinadas a regulamentar a preservação do seu direito à vida e proteção contra maus-tratos.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela animal; Direito Civil; Direito à vida; PLS nº 351/2015.

ABSTRACT

The present study addresses animal protection under the terms set forth by the Brazilian Civil Code that classifies them as moving, specifically in the chapter governing movable property. An empirical analysis is performed, confronting the homeland norm with foreign norms where there is a mismatch, even a certain delay in the way the theme is approached in the Brazilian legal system. The survey scrutinizes Senate Bill No. 351 of 2015, which emphasizes the urgency of modifying animal protection, given that such non-human beings are, according to various scientific indications, sentient beings, capable of reasoning and feelings. This study is also justified by the changes in the relationship between humans and animals, where animals are no longer treated as property, but members of a family nucleus, as will be shown by the precedent jurisprudence in decisions

³⁵⁶ Advogada, Bacharela em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito e Sustentabilidade Econômica – GEDISE/UFF.

handed down by the Superior Court of Justice. It is important to stimulate the debate about the transformation of the conceptualization of animals by the national civil law, in order to verify its leveling with the global understanding that animals are treated not as an object of law but as a subject of rights, tutelage. By laws designed to regulate the preservation of their right to life and protection against abuse.

KEYWORDS: Animal guardianship; Civil right; Right to life; PLS N. 351/2015.

INTRODUÇÃO

É comum verificar-se atribuída a Mahatma Gandhi a ideia de que “a grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo como seus animais são tratados”; a partir deste raciocínio, o presente estudo se propôs a verificar que a clássica teoria geral do direito civil assegura como sujeitos de direito apenas a pessoa humana (pessoa física) e a pessoa jurídica, a despeito das características destas derivarem de teorias ficcionistas focadas tão apenas na proteção patrimonial.

O estágio evolutivo no qual as ciências se encontram e os anseios de evolução que a sociedade nutre tornam necessária a indagação sobre a eficiência

e efetividade desta classificação conceitual atribuída aos animais.

A assertiva encontra respaldo na forma com a qual o ser humano tem se relacionado com seu animal de estimação, considerando-o e tratando-o como membro da entidade familiar, a ponto de algumas decisões judiciais determinarem sua guarda compartilhada em diversos casos de divórcio processados no país. Tal fato demonstra a urgência de uma norma que reconheça os animais como seres vivos dotados de sensibilidade e capacidade de raciocínio, superando a noção de que são seres semoventes.

O Ministro Luis Felipe Salomão, em discussão sobre determinado recurso especial após a separação de um casal, votou para regulamentar as visitas de uma Yorkshire e permitir que as duas pessoas participem da criação do animal. Para o ministro, o animal de estimação integra o núcleo familiar do casal e não pode ser considerado simplesmente como um bem móvel a constar na partilha de bens.

Faz-se imprescindível que o direito civil avance em encontro com os precedentes jurisprudenciais e se reconecte com a Constituição Federal, que em seu artigo 225 determina que o Poder Público proteja a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, práticas que

coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Constituição Federal de 1988 reconhece que a complexidade da vida, humana ou não, impede que os animais não humanos sejam tratados como meras coisas, mas o Poder Legislativo, em mora característica, reluta em atualizar os normativos regulamentadores, demonstrando o quão distante as ideias e preocupações dos representantes do povo eleitos se encontram dos anseios e demandas da nação.

Se os animais são considerados bens móveis nos termos do artigo 82 do Código Civil, como podem existir normas que penalizem a prática de maus-tratos, como a que se verifica no artigo 32 da Lei nº 9.605/98?

Há uma discrepância notória entre o Código Civil e demais normas que possuem como objetivo tutelar os direitos e interesses dos animais, protegendo-os da agressividade e perversidade comumente verificadas nos atos humanos.

Deste modo, o objeto de análise deste estudo é o Código Civil brasileiro, em sua definição dos animais como coisas, perquirindo demonstrar empiricamente a desatualização da

norma legal em relação a outros ordenamentos jurídicos, como o Francês e o Português, alterados em 2015 e 2016, respectivamente, quando passaram a reconhecer os animais como seres dotados de sensibilidade.

Para tanto, as normas postas serão reinterpretadas a partir de jurisprudências atualizadas e conectadas a ponderações teórico-acadêmicas que contribuem para a necessária revisão da tutela legal civil acerca dos direitos dos animais, proteção a sua integridade física e à vida.

1 I – A IMPERIOSIDADE DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA ACERCA DA TUTELA ANIMAL

O estatuto jurídico dos animais vem sendo modificado em países que adotam o sistema romano-germânico, como Portugal, por exemplo, que os define como seres vivos dotados de sensibilidade, fato que justifica a imperiosidade de uma reforma no estatuto jurídico brasileiro em relação à tutela animal.

O Direito Civil Brasileiro encontra-se desatualizado em relação às demais normas vigentes que abordam o respectivo tema da tutela animal; há, de um lado, normas que visam proteger e garantir o bem-estar dos animais, como a

Constituição Federal de 1988 e a Lei dos Crimes Ambientais, e, de outro, a legislação civil, que conceitua os animais como coisas, ignorando que estes são seres dotados de sensibilidade, sentimentos e capacidade de raciocínio.

Existe, portanto, um impasse. Qual norma se sobressairá ao tratar, por exemplo, da tutela animal nos processos judiciais que regerem sobre a guarda? Um bem material pode, então, ser objeto de guarda compartilhada? Afinal, se animal é uma coisa, como determina o Código Civil, como explicar e justificar litígios em tramitação no Superior Tribunal de Justiça onde resta estabelecido ao ex-cônjuge direito à visitação a um cão que anteriormente era tutelado em partilha por um casal? Como explicar e justificar que, nos dias atuais, um animal possa ser considerado um membro da família detentor do direito de guarda e visitação?

Através da atualização da legislação civil sobre o conceito dado aos animais, será possível um maior entendimento dos Tribunais sobre o assunto, facilitando, assim, os julgamentos de casos em que se é requerida, por exemplo, a guarda compartilhada dos animais de estimação; conseqüentemente, deverão ser revistas práticas, ainda toleradas, como a atividade empresarial que tenha por

objeto o estímulo da reprodução de animais para fins de comercialização de filhotes.

Não se pretende advogar em favor de uma tese que equipare animais às pessoas, reconhecem-se as distinções, como se verá, mas pretende-se estimular no legislador o *animus* protetivo que lhes retire do âmbito do direito das coisas e lhes permita serem tutelados de forma justa, em reconhecimento às idiosincrasias comuns aos seres vivos sencientes.

1.1 – AS PESSOAS NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

No Brasil, considera-se a pessoa a partir da capacidade jurídica, surgindo essa, no caso das pessoas físicas, a partir do nascimento com vida, embora se proteja o nascituro; no caso das pessoas jurídicas, a capacidade se verifica com o registro dos atos constitutivos no órgão competente, na forma da lei.

Não se confunde capacidade com personalidade; esta, no caso das pessoas físicas, advém, na forma dos artigos 3º e 4º do Código Civil, como a possibilidade de os indivíduos exercerem ou não determinados direitos, sendo denominada como capacidade de fato ou de exercício; a ausência destes requisitos formais relega os indivíduos à incapacidade absoluta ou relativa.

Muito embora a pessoa jurídica represente, na prática, uma liberalidade na concessão de direitos e obrigações a um ente fictício, constituído a partir de atos burocráticos registrares, esta, tão logo seja regularmente constituída, é reconhecida como detentora de direitos e obrigações, inclusive é passível de se verificar lesão a sua honra subjetiva, conforme se depreende da leitura da Súmula 227 do STJ.

Vê-se que o sistema jurídico atribuiu às pessoas jurídicas características semelhantes às pessoas físicas, o que lhes permite serem tuteladas na mesma intensidade, guardadas as devidas proporções.

De acordo com Rubens Limongi França (1996, p. 1033), os direitos da personalidade podem ser divididos em três grandes grupos, relacionados ao direito à integridade física, englobando o direito à vida e ao corpo, vivo ou morto, ao direito à integridade intelectual, incluindo a liberdade de pensamento e os direitos do autor e, finalmente, o direito à integridade moral, relativo à liberdade política e civil, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade pessoal, familiar e social.

O enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil determina que os direitos da personalidade previstos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil

de 2002 e os artigos que dispõem sobre esse mesmo rol na Constituição Federal de 1988 são meramente exemplificativos, ou seja, é necessário utilizar a técnica da ponderação entre os mesmos, para que não haja exclusão de nenhum outro direito disposto a favor da pessoa humana.

1.1 II – PROPOSTAS DE ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA EM PROL DA TUTELA DOS ANIMAIS

A demanda em prol da melhor proteção legal dos animais é crescente, como se verifica pelo teor dos projetos de lei analisados no escrutínio da presente temática, oportunidade na qual se verificaram precedentes fáticos que inspiram o legislador e amparam o teor das propostas de debates nas casas legislativas, como se verifica.

1.2 2.1 – AS COISAS NA LEITURA DO PLS Nº 351, DE 2015

A nomenclatura “coisa” pode ser definida como tudo o que existe objetivamente, com exclusão do homem, constituindo gênero, consoante Silvio Rodrigues (2003, p. 116), os bens também são coisas, mas por serem úteis ou raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico e, por esse

motivo, podem ser classificados como espécie.

Os animais são enquadrados como bens móveis nos termos do artigo 82 do Código Civil, que os caracteriza como bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

O referido artigo qualifica os animais de forma retrógrada, ignorando quaisquer fatos empiricamente comprovados que refutam a ideia de que o animal é coisa.

Assim, questiona-se, de forma retórica: se as coisas são consideradas apenas como aquilo que existe objetivamente, e os bens são simplesmente coisas úteis dotadas de valor e interesse econômico, qual seria a classificação correta para os seres dotados de sensibilidade, sentimentos e capacidade de raciocínio?

O Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG), visa modificar o Código Civil, acrescentando um parágrafo único ao seu artigo 82, estabelecendo que os animais não seriam considerados coisas, e também um inciso IV ao artigo 83, ratificando o fato de que os animais são protegidos por estatutos especiais e somente na falta desses

seriam regulados pelas regras aplicáveis aos bens móveis.

Mesmo com estas possíveis alterações, o referido Projeto de Lei ainda não oferece aos animais a caracterização de seres dotados de sentimentos e capacidade de raciocínio. Os animais continuariam, portanto, atrelados aos direitos das coisas, negando-se tutela a sua vida, liberdade e dignidade.

1.3 2.2 – A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 650 DE 2015

A Lei de Crimes Ambientais, apesar de ser uma legislação inovadora ao seu tempo, não atende ao objetivo do princípio constitucional de tutela aos animais, haja vista que as penas postas são pífias.

Este é o fato considerado no teor do Projeto de Lei do Senado nº 650, de 2015, de autoria da Senadora Gleisi Hoffmann (PT/PR), que propõe alterar a Lei nº 9.605/98, garantindo dentre outros direito a tutela à fauna, sugerindo a adcriação de um Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (SINAPRA), um Conselho Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (CONAPRA); alteração da redação do artigo 2º, da Lei nº 7.173, de 14 de dezembro de 1983,

que regulamenta o funcionamento de jardins zoológicos; altera a redação do art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; acrescenta o § 4º ao art. 1º da Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008, que estabelece procedimentos para o uso científico de animais e revoga a Lei nº 10.519, de 17 de junho de 2002, que dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio.

Entre a atual redação do artigo 32 na Lei de Crimes Ambientais e a nova proposta, percebe-se um aumento relevante das penas mínima e máxima abstratamente cominadas. Eis que vigora a pena de detenção de três meses a um ano, sendo a nova proposta a pena de reclusão de um a dois anos.

Portanto, pode-se afirmar que, além da elevação dos patamares mínimo e máximo, há a imposição de um regime mais gravoso, uma vez que a pena de reclusão, neste caso, permite a instituição do regime fechado nos casos de reincidência criminal.

Nota-se, também, que a ocorrência de lesão grave permanente e a mutilação do animal passam a ser causas de aumento de pena; na atual redação, tais núcleos estão inclusos na modalidade simples do crime.

A morte superveniente, tanto no artigo vigente como no projeto, é

prevista como agravante; a distinção é que, neste, o aumento é do dobro da pena, enquanto naquele o aumento é de apenas um sexto.

A alteração é considerada significativa, pois, no projeto, a morte do animal equivale na prática a uma pena mínima de dois anos e máxima de quatro anos. Isso significa, na seara penal, que os infratores, diversamente do que ocorre na redação atual, praticarão um crime de médio potencial ofensivo, a depender do resultado final da dosimetria da pena.

1.4 2.3 – A família multiespécie e o PLS nº 542, de 2018

O Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018, de autoria da Senadora Rose de Freitas (PODE/ES), indica que, além de um estudo aprofundado sobre a capacidade de raciocínio e sensibilidade dos animais, é necessário que haja, também, um estudo sobre a sociedade e os seus costumes, para que se possa entender de forma clara a necessidade de uma alteração legislativa sobre a caracterização dos seres sencientes.

Os animais ditos de estimação encontram-se cada vez mais inseridos no núcleo das entidades familiares, sendo incluídos e considerados como membros da família.

Fato que precisa ser considerado, acompanhado e estudado pelo direito enquanto ciência social aplicada, dada a sua responsabilidade por tutelar os interesses e interessados envolvidos nas constantes transformações e evoluções do meio ambiente onde os seres vivos organizados em sociedade se desenvolvem, empenhando-se para perquirir e garantir harmonia.

Tem-se na Constituição Federal de 1988, artigo 226, *caput*, o princípio da função social da família, que tem nesta a base da sociedade, devendo por isso perceber especial proteção por parte do Estado. Daí a importância de as relações familiares serem analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade.

Segundo a juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga (2008, p. 28), o papel dado à subjetividade e à afetividade são crescentes no direito das famílias, não sendo mais possível ignorar a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, razão pela qual o princípio da afetividade tem se tornado cada vez mais importante nas considerações das relações familiares.

A família multiespécie, formada pela interação humano-animal dentro de um lar, onde os componentes humanos reconhecem os animais de estimação como verdadeiros membros da família,

se enquadra nesse princípio da afetividade. Ou seja, o laço afetivo com o animal dito de estimação é tão nobre que este se torna parte do núcleo familiar; neste sentido, Cristiano Sobral (2018) expõe que a definição da família multiespécie é característica por ter no animal um dos membros do núcleo familiar, sendo moralmente considerado e respeitado como detentor de sentimentos de apego e sentimentos comuns à convivência familiar, sendo inclusive incluído em rituais sociais como celebração de aniversários, por exemplo.

As relações familiares envolvendo os seres sencientes também trouxeram um impasse às Varas de Família brasileiras. Afinal, se o animal de estimação se encontra inserido no núcleo familiar, poderia este ser objeto de guarda compartilhada em ações de dissolução do casamento ou da união estável?

Neste sentido o Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018, visa estabelecer o compartilhamento do animal de estimação em casos de dissolução do casamento ou da união estável em que não houver acordo entre os então cônjuges, propondo alteração do Código de Processo Civil, de forma a viabilizar a aplicação das normas de custódia de

animais de estimação nos litígios desta natureza.

III - Precedentes fáticos e jurisprudenciais que legitimam o debate técnico

Dados recém-divulgados pelo IBGE revelam que o cão é, de fato, o melhor amigo do homem (e da mulher); em 44,3% dos domicílios brasileiros, há pelo menos um cão, com um total estimado de 52,2 milhões de cães; a população de gatos foi avaliada em cerca de 22 milhões de felinos que residem em lares (IBGE); por sua vez, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2013, permite asseverar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros. Fato que tem sido reconhecido pela jurisprudência.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão

bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII -"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo

nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser sensiente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Recurso Especial: REsp 1713167 SP 2017/0239804-9.)

A 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que as Varas de Família são competentes para solucionar questões relacionadas à guarda e à visita de animais ditos de estimação que se encontram inseridos no âmbito de

convivência e proteção das famílias, sendo legítimos integrantes do núcleo familiar, o que torna inviável que o direito permaneça alheio a essa questão.

Pela falta de norma capaz de regulamentar a ação descrita, os desembargadores da 7ª Câmara aplicaram, por analogia, o disposto no Código Civil acerca da guarda e visita de crianças e adolescentes.

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2052114-52.2018.8.26.0000.)

Vê-se que o referido Projeto de Lei do Senado nº 542 de 2018 atentou à decisão judicial e aos dados fáticos apontados pelo IBGE, reconhecendo a incoerência em se classificar, nos dias atuais, animais como coisas, meros objetos inanimados.

Não se pretende equiparar a posse de animais com a guarda de filhos, muito menos como intenção humanizar o animal, entretanto, se torna inviável que seja mantida a ideia de que o animal preserve a condição de uma coisa

inanimada; assim, reconhece-se um terceiro gênero, voltado à proteção do ser humano, do animal e do vínculo afetivo existente entre eles.

A questão tem desdobramentos em litígios de outras naturezas, como a condominial, e permite perceber que mesmo que a lei que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei nº 4.591) data de 1964, seu artigo 19 pode ser interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal de 1988 e de acordo com as demandas atuais, atendendo aos anseios da sociedade contemporânea.

Neste sentido, vê-se jurisprudência (Recurso Especial nº 1.631.586 – DF [2016/0267361-9]) que atenta aos limites da propriedade privada e à necessidade de perquirir equilíbrio entre as relações íntimas da entidade familiar e as sociais desta no âmbito do condomínio, devendo o condômino, nos termos do inciso IV do artigo 1336 do Código Civil, zelar pelo sossego, saúde e segurança dos demais moradores.

Entretanto, apesar de tal pauta ser considerada um enorme avanço no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se perceber o quão ultrapassada a classificação animal ainda permanece. Enquanto Portugal inovou seu ordenamento jurídico, trazendo um estatuto jurídico dos animais, sendo

responsável por estabelecer uma terceira figura jurídica em seu ordenamento, o Brasil ainda se encontra no momento de autorizar os animais domésticos a permanecerem em condomínios.

O reconhecimento do vínculo afetivo entre humanos e animais é crescente em vários segmentos, como se verifica a partir da Lei Orgânica do Município de Valinhos/SP, Lei nº 5827, de 18 de abril de 2019, que confere aos hospitais da cidade a permissão para que animais de estimação de pequeno porte possam realizar visitas a pacientes internados.

A Santa Casa de Valinhos gerou um protocolo para a liberação da entrada de cães e gatos a partir dos trabalhos da Comissão de Controle de Infecção Hospitalar e a permissão das visitas aos pacientes só será concedida mediante cumprimento de todas as exigências estipuladas no protocolo da instituição, que inclui autorização do médico responsável pelo paciente e também agendamento prévio na recepção do hospital.

O objetivo é a humanização da assistência hospitalar. Segundo a psicóloga da Santa Casa de Valinhos, Andreza Peixoto (VISITA DO PET, 2019), já existem diversos estudos que comprovam que as visitas de animais de estimação em ambientes hospitalares

contribuem de forma eficaz numa melhora do quadro clínico do paciente.

A sociedade, representada por movimentos sociais, organizações da sociedade civil, grupos ativistas, luta pela efetiva tutela ao direito à vida e integridade dos animais, a despeito de polêmicas como a decorrente da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, RE 494601, onde a Suprema Corte se posicionou pela constitucionalidade da lei de proteção animal, mas resguardou a liberdade religiosa, legitimando o sacrifício de animais em rituais e cultos religiosos, notoriamente alocando o direito à liberdade religiosa em patamar hierarquicamente superior ao direito à vida.

1.4.1 3.1 – Seres sencientes: reflexões da regulamentação estrangeira

Ainda em 1988, o Código Civil austríaco incluiu em seu parágrafo 285-A que os animais não são objetos, e são

protegidos por leis especiais, não sendo regidos pelas leis que dispõem sobre coisas, exceto se houver disposição em contrário³⁵⁷.

Em seguida, o Código Civil alemão passou a incluir, em 1990, o parágrafo 90 A, contendo previsão idêntica, ressalvando-se, entretanto, em aplicar aos animais as normas vigentes para coisas, salvo disposição em contrário³⁵⁸.

É possível perceber que o Código Civil alemão de 1990 se assemelha muito com o Projeto de Lei do Senado de 2015, o que apenas demonstra como o Brasil ainda se encontra retrógrado em relação à tutela animal.

Não obstante, em 2002, a Alemanha passou a ser o primeiro país-membro da União Europeia a garantir a dignidade aos animais em sua Lei Fundamental de 1949, nomeada Constituição de Bonn. A Holanda, por sua vez, inovou ao editar lei com a finalidade de implementar obrigações relativas à saúde e bem-estar dos

³⁵⁷ 285^a ABGB. Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur soweit anwendbar, als keine abweichenden Regelungen bestehen. *Animais não são coisas; eles são protegidos por leis especiais. Os regulamentos que se aplicam à propriedade são aplicáveis apenas aos animais, na medida em que não haja regulamentos divergentes.* (Tradução livre)

³⁵⁸ Section 90a, Animals, Animals are not things. They are protected by special statutes. They are governed by the provisions that apply to things, with the necessary modifications, except insofar as otherwise provided. *Animais não são coisas. Eles são protegidos por estatutos especiais. Eles são regidos pelas disposições que se aplicam às coisas, com as modificações necessárias, exceto na medida em que de outra forma estipulado.* (Tradução livre)

animais, tendo seu texto entrado em vigor em 2013.

Como consequência, o Código Civil francês incluiu em 2015 em seu artigo 515-14 que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade³⁵⁹, e continuou com a redação submetendo os animais ao regime de bens, sob a reserva das leis que os protegem, se equiparando com o Código Civil alemão. Já Portugal, em 2017, foi responsável por originar uma terceira figura jurídica, através da Lei nº 8/2017, a par das pessoas e das coisas, passando a considerar que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade, estabelecendo um estatuto jurídico dos animais, que dispõe o seguinte:

Artigo 1.º Objeto. A presente lei estabelece um estatuto jurídico dos animais, reconhecendo a sua natureza de seres vivos dotados de sensibilidade, procedendo à alteração do Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro. (PORTUGAL. Lei nº 8/2017.)

No plano do direito internacional, o Brasil é signatário da Declaração Universal do Direito dos Animais,

proclamada pela UNESCO que, em sessão realizada em Bruxelas, em 27 de Janeiro de 1978, estipulou em seu artigo 2º que: “O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.”

Ainda assim, a relação do homem com o meio ambiente, e do homem com o animal, é representada por um forte vínculo de dominação, em uma lógica de exploração presente em outros contextos históricos, porém aprofundada dentro do regime de produção capitalista.

Nota-se, portanto, que as relações dos indivíduos com o meio ambiente são regidas por uma falsa superioridade daqueles que se consideram como seres extrínsecos e exteriores ao meio ambiente, como se dele não fizessem parte, apenas fossem proprietários garantidos por normas desconexas, postas em descompasso com a realidade.

Ao ler o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, percebe-se como o Código Civil brasileiro está em desalinho com o próprio ordenamento jurídico que compõe.

³⁵⁹ Art. 515-14. du Code civil - Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens. *Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Sujeito às*

leis que os protegem, os animais estão sujeitos ao regime de propriedade. (Tradução livre)

Vê-se como minimamente incoerente que, num mesmo país, uma Lei datada de 1998, como é o caso da lei que regulamenta os crimes ambientais, determinando a punição do indivíduo que pratica atos de abuso, maus-tratos, fere ou mutila animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, confrontando com o Código Civil, datado de 2002, que ainda define animais como meros bens móveis, mesmo tendo na Constituição Federal de 1988, artigo 225, §1º, inciso VII, a determinação ao Poder Público da incumbência de proteger a fauna e a flora, vedando práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A atualização da conceituação dos animais no Código Civil brasileiro é urgente, sendo fundamental que, para isso, ocorra um debate técnico aprofundado sobre a correta caracterização dos animais e definição da abrangência de sua tutela pelo Direito Civil contemporâneo. Assim este segmento do direito passará a acompanhar as mudanças nos

paradigmas jurídicos globais, guiando-se por jurisprudências e costumes contemporâneos, de forma a abranger eficaz e adequadamente todos os seres vivos que compõem a sociedade e o meio ambiente, considerando este como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, nos termos do artigo 3º da Lei nº. 6.938/81.

2 3.2 – A declaração de consciência de Cambridge e a importância dos direitos fundamentais dos animais

Um estudo realizado por um grupo de treze cientistas, incluindo o canadense Philip Low³⁶⁰, descobriu que as estruturas que distinguem os seres humanos de outros animais, como o córtex cerebral, não são responsáveis pela manifestação da consciência. Dessa forma, se o restante do cérebro é responsável pela consciência e essas estruturas são semelhantes entre seres humanos e outros animais, como mamíferos e pássaros, é possível

³⁶⁰ Philip Low, criador do *iBrain*, o aparelho que recentemente permitiu a leitura das ondas cerebrais do físico Stephen Hawking, e um dos articuladores do movimento, explica que nos últimos 16 anos a neurociência descobriu que as áreas do cérebro que distinguem seres humanos

de outros animais não são as que produzem a consciência. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/quase-humanos/>>. Acesso em: 8 maio 2019.

concluir que esses animais também possuem consciência.

No dia 7 de julho de 2012, neurocientistas de todo o mundo se reuniram numa conferência na Universidade de Cambridge para assinar um manifesto chamado A Declaração de Consciência de Cambridge, que afirma que todos os mamíferos, aves e outras criaturas, incluindo polvos, possuem consciência, assim como os seres humanos.

Segundo os cientistas, através da análise do sinal cerebral de humanos e outros animais, foi possível encontrar semelhanças básicas entre os mesmos. Portanto, as evidências mostraram que os seres humanos não são os únicos a apresentarem estados mentais, sentimentos, ações intencionais e inteligência.

Não é mais possível dizer que não se sabia, não é mais possível dizer que os animais são objetos incapazes de raciocinar e sentir. O estudo realizado sobre o fenômeno da consciência, o comportamento dos animais, a rede neural, a anatomia e a genética do cérebro, nos permite afirmar que os mamíferos e os seres humanos possuem uma habilidade de sentir dor e prazer muito semelhantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se desenvolveu com a finalidade de demonstrar a importância de uma revisão legislativa sobre a definição do animal no Direito Civil contemporâneo brasileiro, partindo da análise do artigo 82 do Código Civil brasileiro, responsável por definir os animais como bens móveis, passando por propostas legislativas em tramitação, parâmetros normativos estrangeiros e precedentes fáticos e jurisprudenciais que consolidaram o embasamento do raciocínio posto.

Verificou-se que no ordenamento jurídico pátrio há normas que impossibilitam que o animal permaneça sendo classificado como mero objeto, apesar da definição constante no citado Código Civil, restando demonstrado que a legislação civil brasileira encontra-se arcaica, em descompasso com os precedentes jurisprudenciais e com os indicativos normativos estrangeiros como, por exemplo, a legislação civil portuguesa, responsável por inovar o mundo jurídico ao atribuir aos animais nova definição jurídica, mais compatível com sua natureza e com a forma pela qual são tratados no meio ambiente

social onde vivem com seres vivos de outras espécies.

Considerados seres sencientes, com ampla capacidade de raciocínio e dotados de sentimentos, os animais estão inseridos no núcleo familiar, sendo parte nas relações de afeto com os seres humanos.

Vistos como membros da família, especialmente da família multiespécie, os animais se tornaram, inclusive, pauta em demandas por guarda em ações de reconhecimento e dissolução de casamento e união estável.

Tais fatos reforçam a intensidade do princípio normativo constitucional que impõe à coletividade o dever de defender, preservar e proteger a fauna e a flora, sendo vedadas todas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Desse modo, verificou-se que as caracterizações fornecidas ao animal na Constituição e no Código Civil encontram-se antagônicas. Enquanto uma se refere aos animais como um ser que deve ser protegido pelo Poder Público e pela sociedade, vedando, inclusive, práticas de maus-tratos, outra permanece classificando-os de maneira arcaica e desatualizada como mero bem móvel, incapaz de sentir ou raciocinar.

É preciso evoluir e acompanhar as mudanças presentes na sociedade como um todo, onde animais não são mais tratados, nem devem voltar a ser, como coisa destinada a saciar os pueris anseios humanos.

Animais são seres sencientes, capazes de raciocinar e sentir, seres não humanos que devem ser respeitados, protegidos e cuidados, não como objetos de direito, mas como sujeitos de direito.

Por fim, é imperioso respeitar o direito à vida, que deve alcançar a todos, humanos e não humanos, sem distinções, fato que justifica a iminência da atualização da natureza jurídica dos animais a partir da conceituação normativa, permitindo que haja correta adequação ante a atual entre os seres vivos, humanos e não humanos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **German Civil Code**. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>. Acesso em 12 de jun. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE PESQUISAS. **IBGE revela que o País tem mais cachorros de estimação do que crianças**. Disponível em: <<http://www.abep.org/blog/tendencias-de-mercado/ibge-revela-que-o-pais-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas/>>. Acesso em 12 de jun. 2019.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **Condomínio não pode proibir morador de ter animal, decide STJ**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/05/14/condominio-nao-pode-proibir-morador-de-ter-animal-decide-stj.ghtml>>. Acesso em 12 de jun. 2019.

BARBOSA, Bárbara Maria da Costa; GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz. **A tutela penal decorrente de maus tratos contra animais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60491/a-tutela-penal-decorrente-de-maus-tratos-contra-animais/3>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dcreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dcreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 25 de maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm#art19>. Acesso em: 22 de maio 2019.

BRASIL. **Resolução nº 1.236, de 26 de outubro de 2018**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/10/art20181030-03.pdf>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 15 de jun. 2019.

CAMPOS NETO, Antônio Augusto Machado de. **O Direito dos Animais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. Disponível em:

<<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67625/70235/>>. Acesso em: 02 de jun. 2019.

CHUECCO, Fátima. **Sentença histórica: prefeito é condenado a 20 anos de prisão por ordenar o assassinato de 400 cães**. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2018/05/sentenca-historica-prefeito-e-condenado-a-20-anos-de-prisao-por-ordenar-o-assassinato-de-400-caes/>>. Acesso em: 16 de jun. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

CORDEIRO, Tiago. **Os sacrifícios de animais nas religiões afro-brasileiras**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/sociedade/os-sacrificios-de-animais-nas-religioes-afrobrasileiras/>>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

DIAS, Maria Ravelly Martins Soares. **Família multiespécie e Direito de Família: uma nova realidade**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67381/familia-multiespecie-e-direito-de-familia-uma-nova-realidade>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

FAUTH, Juliana de Andrade. **A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16684>. Acesso em: 20 de maio 2019.

FIOCRUZ. **Declaração Universal do Direito dos Animais de 1978.** Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/direitoanimais.htm>>. Acesso em: 15 de jun 2019.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; SILVA, Bianca Sabrina Oliveira Gomes. **Compreendendo o direito: os animais como bem ou sujeito de direito.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67359/compreendendo-o-direito-os-animais-como-bem-ou-sujeito-de-direito>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial** – v. 4. 15. Ed. Niterói: Impetus.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Direito de Família.** v. 7. São Paulo: RT, 2008.

GRUPO MAIS EXPRESSÃO. **Lei que autoriza entrada de animais em Hospitais.** Disponível em: <<http://maisexpressao.com.br/noticia/lei-que-autoriza-entrada-de-animais-em-hospitais--56364.html>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

INÁCIA, Euza. **O vínculo afetivo entre os seres Humanos e os Animais.** Disponível em: <<https://euza1008.jusbrasil.com.br/artigos/533849753/o-vinculo-afetivo-entre-os-seres-humanos-e-os-animais>>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ALTOS ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO. **Direito Civil: Animais não são coisas: Portugal estabelece novo estatuto jurídico dos animais.** Disponível em: <<http://www.altosestudios.com.br/?p=56520>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

KURATOMI, Vivian Akemi. **Os animais como sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas & Ciências Sociais – FAJS. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/7750735-Os-animais-como-sujeitos-de-direito-no-ordenamento-juridico-brasileiro.html>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

LOPES, Bruno Frullani. **Reconhecimento do direito de visitas a animais de estimação.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reconhecimento-do-direito-de-visitas-a-animais-de-estimacao-24112018>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

MACEDO, Roberto F. de. **Proposta de mudança no Código Civil estabelece que os animais não são coisas.** Disponível em: <<https://ferreiramacedo.jusbrasil.com.br/noticias/198657308/proposta-de-mudanca-no-codigo-civil-estabelece-que-os-animais-nao-sao-coisas>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

MIGALHAS. **Projeto regula guarda compartilhada de animais após separação.** 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI294082,71043-Projeto+regula+guarda+compartilhada+de+animais+apos+separacao>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

NÓBREGA, Bárbara. **Homem é obrigado pela Justiça a pagar pensão para animais de estimação.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/homem-obrigado-pela-justica-pagar-pensao-para-animais-de-estimacao-22608092>>. Acesso em: 07 de jun. 2019.

PINTO, Bernardo Serra Moura. **O direito dos animais no Brasil e a Lei Portuguesa 8/2017.** 2018. Disponível

em:

<<https://domtotal.com/noticia/1312628/2018/12/o-direito-dos-animais-no-brasil-e-a-lei-portuguesa-8-2017/>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

PIRES, Marco Túlio. "Não é mais possível dizer que não sabíamos", diz Philip Low. 2012. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/nao-e-mais-possivel-dizer-que-nao-sabiamos-diz-philip-low/>>. Acesso em: 08 maio 2019.

PIRES, Marco Túlio. **Quase Humanos**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/quase-humanos/>>. Acesso em: 08 maio 2019.

PRATA, Valda. **Maus tratos a animais e as leis que os protegem**. Disponível em: <<http://protetoradosanimais.com.br/maus-tratos/maus-tratos-a-animais-e-as-leis-que-os-protegem/>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 8/2017**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>>. Acesso em: 13 de abr. 2019.

PREFEITURA MUNICIPAL DE VALINHOS (Município). **Lei nº 5827, de 18 de abril de 2019**. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/v/valinhos/lei-ordinaria/2019/583/5827/lei-ordinaria-n-5827-2019-dispoe-sobre-a-liberacao-de-entrada-de-animais-de-estimacao-de-pequeno-porte-em-hospitais-no-municipio-de-valinhos-para-visitas-a-pacientes-internados-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

OLIVEN, Leonora Roizen Albek; CHALFUN, Mery. Animais não

humanos e o instituto da guarda no âmbito do Direito de Família. **Biodireito e direito dos animais. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI**. Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/wo6u7urr/6S1WAHL93iqhZ513.pdf>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

RACANICCI, Jamile. 'Não se pode brigar com a realidade. Teremos mais cães do que crianças em casa'. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/stj-julgar-guarda-compartilhada-animal-estimacao-23052018>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

RANNA, Mayla. **Projeto de Lei visa modificar o status do Código Civil de 2002**. Disponível em: <https://maylaranna.jusbrasil.com.br/noticias/245386100/projeto-de-lei-visa-modificar-o-status-dos-animais-no-codigo-civil-de-2002?ref=topic_feed>. Acesso em: 27 de maio 2019.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Membro Afetivo: Para TJ-SP, vara da Família deve julgar guarda compartilhada de animais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/tj-sp-vara-familia-julga-guarda-compartilha-da-animais>>. Acesso em: 11 de jun. 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 542/2018**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

SENADO FEDERAL. **Guarda compartilhada de animais após separação será analisada na CCJ**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/08/guarda-compartilhada-de-animais-apos-separacao-sera-analisada-na-ccj>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3530571&ts=1559245051399&disposition=inline>>. Acesso em: 12 de abr. 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 650 de 2015**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123360>>. Acesso em: 09 de jun. 2019.

SILVA, Júlio César Ballerini. **Novas questões jurídicas a respeito de animais de estimação**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252345,1010_48-Novas+questoes+juridicas+a+respeito+de+animais+de+estimacao>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Guarda compartilhada de animal de estimação**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fauto-macedo/guarda-compartilhada-de-animal-de-estimacao/>>. Acesso em: 08 de jun. 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LORENZONI, Isabela Lyrio. A tutela jurídica material e processual da senciência animal no ordenamento jurídico brasileiro: análise da legislação e de decisões judiciais. **Revista Jurídica**. vol. 03. nº 52. 2018. p. 430-457. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.52.20.pdf>. Acesso em: 12 de abr. 2019.

SOUZA, Fernando Speck de; SOUZA, Rafael Speck de. **A Tutela Jurídica dos Animais no Direito Civil Contemporâneo: Direito Civil Atual**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-mai-](https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/tutela-juridica-animais-direito-civil-contem-poraneo-parte)

21/tutela-juridica-animais-direito-civil-contem-poraneo-parte>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

SZKLARZ, Eduardo. **Cientistas descobrem o que passa pela cabeça dos animais**. 2011. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/ciencia/cientistas-descobrem-o-que-passa-pela-cabeca-dos-animais/>>. Acesso em: 10 maio 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O mundo animal no dia a dia da Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/O-mundo-animal-no-dia-a-dia-da-Justi%C3%A7a>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Para Terceira Turma, convenção de condomínio não pode proibir genericamente a presença de animais**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Para-Terceira-Turma,-conven%C3%A7%C3%A3o-de-condom%C3%ADnio-n%C3%A3o-pode-proibir-genericamente-a-presen%C3%A7a-de-animais>. Acesso em: 22 de maio 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial: REsp 1713167 SP 2017/0239804-9**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/63585_5286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9/inteiro-teor-635855288>. Acesso em: 15 de jun. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial: REsp 1631586 DF 2016/0267361-9**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/466_544857/recurso-especial-resp-1631586-df-2016-0267361-9/decisao>

[monocratica-466544866?ref=serp](#)>.
Acesso em: 15 de jun. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF declara a constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159>>.
Acesso em: 02 de abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único.** 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

TEIXEIRA NETO, João Alves. **Tutela penal de animais: uma compreensão onto-antropológica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro: Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Agravo de instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>>. Acesso em: 15 de abr. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Apelação Criminal: ACR 333858 SC 2009.033385-8.** Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14433723/apelacao-criminal-acr-333858-sc-2009033385-8>>. Acesso em 18 de jun. 2019.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. **The Cambridge Declaration on Consciousness.** Disponível em: <<http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>. Acesso em: 12 de maio 2019.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A família multiespécie e as questões condominiais:** Coluna Direito da Família e Direito Sucessório. 2018. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/a-familia-multiespecie-e-as-questoes-condominiais/>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

VISITA DO PET. **Lei que autoriza entrada de animais em Hospitais já está em vigor em Valinhos.** Disponível em <<http://circuitomt.com.br/editorias/circuito-pet/142000-lei-que-autoriza-entrada-de-animais-em-hospitais-ja-esta-em-vigor-em-valinhos.html>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

DEVERES HUMANOS: O SISTEMA JURÍDICO JUDAICO E OS DIREITOS HUMANOS

Alexandre Leone³⁶¹

RESUMO

Este artigo trata da noção de dever oriunda da noção de mandamento no sistema jurídico judaico rabínico e sua relação com o conceito moderno de direitos humanos e de dignidade humana. Visto da perspectiva do sistema jurídico judaico, emerge também a noção de deveres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: dever, mandamento, direitos humanos, dignidade humana, judaísmo

ABSTRACT

This article deals with the notion of duty that comes from the notion of command in the Jewish rabbinic legal system. The notion of duty is contextualized in relation to the modern concept of human rights and human dignity. Seen from the perspective of the Jewish legal system, the notion of human duties also emerges.

KEYWORDS: duty, commandment, human rights, human dignity, Judaism

³⁶¹ Alexandre Leone é rabino ordenado pelo The Jewish Theological Seminary of America de Nova Iorque, doutor em Filosofia pela FFLCH-USP, doutor em Língua Hebraica, Literatura e Cultura Judaica pela FFLCH-USP, pós-doutor em filosofia pela FFLCH-USP, professor da Teologia na UNISAL, professor colaborador do programa de pós-graduação DLO-FFLCH-USP, pesquisador do Centro de Estudos Judaicos da USP, rabino do Beit Midrash Massoret, rabino e emérito do Centro Social e Cultural Bnei Chalutzim. Estudioso do pensamento judaico medieval e moderno. Sua área de interesse e pesquisa é ligada ao aspecto ético e humanista do pensamento judaico. Autor de livros e artigos sobre filosofia e pensamento judaico.

DEVER COMO MANDAMENTO

O sistema jurídico judaico não trabalha com a noção de “direito”, mas com aquela de “dever”. O dever em termos judaicos é por excelência o mandamento divino, a *mitzvá*. Segundo a interpretação tradicional, resumida na fórmula da bênção “Bendito sejas tu Eterno, nosso Deus, Rei do universo, que nos *santificastes* com seus mandamentos e que nos ordenastes...”³⁶² que é pronunciada antes da performance de várias *mitzvot* rituais, a realização de uma *mitzvá* santifica aquele que a realiza. Santificar significa neste contexto de imitar o ato divino através do qual o ser humano aproxima-se de Deus. Essa perpassa toda a tradição judaica.

Comentando esse mesmo tema, Harold Kasimow cita as palavras de um kabalista europeu do século XVII, Isaias Horowitz³⁶³, que afirmava que através

³⁶² Os rabinos ensinaram no Talmud que as bênçãos tenham uma fórmula constante que sempre deve começar com uma exaltação do nome divino. A bênção dita antes da realização das *mitzvot* tem como função lembrar o homem que as cumpre que elas só têm sentido se realizadas com consciência.

³⁶³ Kasimow, Harold – Divine-human Encounter: a Study of A. J. Heschel, Ginnel, dissertação apresentada na Temple University para obtenção do título de doutor, 1975, p. 99-100.

das *mitzvot* o ser humano torna-se uma “carruagem” para a ação divina neste mundo. Essa noção mística do ser humano como carruagem, veículo da ação divina, tem uma grande influência no pensamento do filósofo Abraham Joshua Heschel (1907-1972). Segundo ele, é precisamente na possibilidade de o ser humano tornar-se o veículo da vontade divina, que está a chance de superação da atual condição histórica na direção da redenção da humanidade. Heschel sobre isso comenta:

*“Nenhum ato particular, mas todos os atos, a vida em si mesma, pode ser instituída como um elo entre o homem e Deus...Aquilo que o homem faz em seu canto escuro é relevante para o Criador...assim como a racionalidade dos eventos naturais é assumida pela ciência, a divindade dos atos humanos é assumida pela profecia”.*³⁶⁴

Vemos assim que a realização da *mitzvá* é para a tradição judaica o caminho da humanização. O homem por inteiro é envolvido pela experiência dos atos sagrados. A *mitzvá* torna-se, então, um meio de ir além de si. Esta ação é humanizadora, diferentemente do trabalho alienado ou do consumo vazio,

porque exige a presença integral da pessoa. O propósito último da *mitzvá* é a redenção universal³⁶⁵. Essa é a posição da mística judaica nos últimos cinco séculos, desde Ytzhak Luria, no século XVI. A redenção não seria, porém, um evento que ocorre num momento único, mas um processo que ocorre através do tempo. Isso é chamado de Tikun Olam, o conserto do mundo. Os atos humanos seriam elos na corrente da redenção. Deus é o redentor na medida que age através dos homens na história, pois o homem segura as chaves que prendem o redentor. O teólogo cristão John Merkle, a respeito disso, cita a afirmação de Heschel, que diz que “o messias está em nós”³⁶⁶.

A bem da verdade, a afirmação hescheliana de que através da ação e da obra pode-se chegar à consciência não é completamente desconhecida no pensamento ocidental. Para exemplificar poderíamos citar em primeiro lugar o marxismo, que propôs a idéia de transformação humana através da atividade. Engels, no famoso texto “A Humanização do macaco pelo

³⁶⁴ Fierman, Morton – Leap of Action - ideas in the theology of A. J. Heschel, Lanhan, University Press of America, 1990, p. 221.

³⁶⁵ Merkle, John – The Genesis of Faith – The Depth Theology of A. J. Heschel, N. York, Macmillan Publishing Company, 1985, p. 215.

³⁶⁶ *ibid.*

Trabalho”³⁶⁷, sustentava a ideia de que através das atividades comuns de reprodução da vida os pré-hominídeos tinham se humanizado. Essa mesma noção foi continuada por muitos outros autores marxistas, que afirmaram reiteradamente que a ação é geradora de consciência, e que pela práxis, isto é, pela ação histórica humanizadora, chega-se à superação da sociedade capitalista. Essas ideias marxistas, que constituíram uma filosofia da práxis, tornaram-se muito comuns no século XX.

Também no novo pensamento moralista francês uma noção muito semelhante ao “salto de ação” hescheliano apareceu. André Comte-Sponville, em seu *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*³⁶⁸, afirma que através da ação pode-se chegar a resultados que vão além da ação em si, mas que já são apontados e dirigidos pelo ato inicial. Comte-Sponville afirma que pela prática consciente das virtudes, o homem ocidental comum pode deixar a vulgaridade e tornar-se virtuoso. As virtudes, para serem verdadeiras, prescindem que as pessoas que as exercesse sejam de fato virtuosas. Pois

elas não são um fim em si mesmas, mas um meio para o refinamento do caráter do homem, que, através do cultivo delas, poderia alcançar o amor, esse, sim, situado além das virtudes. O cultivo de virtudes, como a boa-fé, a polidez, a fidelidade, a coragem, entre outras, inicialmente exteriores às pessoas que as praticassem, poderia levar à humanização das mesmas.

DEVERES HUMANOS

Geralmente a tradição judaica desenvolveu a noção de mitzvá vinculada à Aliança de Abraão. São as conhecidas 613 mitzvot, ou mandamentos da Torá, que o judeu observante deve cumprir. Porém os rabinos entenderam que existem também, dentre estes, mandamentos ordenados a toda a humanidade. Assim sendo, a partir do judaísmo, poderíamos falar de “deveres humanos” diante de Deus e dos outros seres humanos. Interessantemente uma declaração de deveres humanos foi cogitada por ocasião da declaração dos direitos humanos, mas por tal ideia parecer

³⁶⁷ Engels, F. – “A Humanização do Macaco pelo Trabalho”, in *A Dialética da Natureza*, S. Paulo, Ed. Paz e Terra, 1979.

³⁶⁸ Comte-Sponville, André – *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, S. Paulo, Ed. Martins Fontes, 1996.

demais ligada a uma ideologia comunista ou esquerdista, foi abandonada pela maioria dos representantes dos países signatários.

Quais seriam, então, estes “deveres humanos” do ponto de vista judaico? A ideia de deveres humanos foi trabalhada na literatura rabínica do seguinte modo: a Aliança de Abraão e do Sinai é posterior à Aliança de Noé. No livro do Gênesis, a cena de Noé saindo da arca é interpretada pelos rabinos como o momento em que Deus cria uma aliança com todos os seres humanos. Uma aliança cujo sentido é a preservação da humanidade e do Planeta Terra; sendo assim, seu símbolo é o arco-íris que aparece depois da chuva. A partir de tal aliança, na perspectiva judaica, derivam os deveres mínimos e universais de cada um para com a preservação de sua condição humana e para com a Humanidade toda.

Encontramos, na literatura rabínica, em diferentes fontes, listagens acerca de tais deveres. Uma das listas mais aceitas, no Tratado de Sanhedrin 56a – 60b, enumera sete mandamentos gerais: proibições acerca da idolatria, da blasfêmia, de assassinar, de imoralidade sexual, do roubo, de comer partes de animais vivos (maltratar os animais) e, por fim, um mandamento positivo: que haja tribunais que imponham tal direito,

para que a justiça não seja feita com as próprias mãos. Notemos que nestas regras não temos estabelecida uma religião específica. O judaísmo não se considera a religião universal, mas uma forma dela. Sendo assim não é necessária nenhuma atividade missionária. No entanto, é considerado dever de todos os judeus auxiliar que cada um em sua própria religião e cultura pratique as Leis de Noé. Há outras listagens conhecidas, com mais ou menos sete mandamentos. Neste mesmo sentido, é interessante notar que a lista do Livro dos Jubileus é bastante próxima ao consenso dos cristãos primitivos em At 15:20 (há controvérsia entre cristãos judaizantes e gregos sobre o valor de algumas práticas).

Dentro desta discussão, é importante nos lembrarmos do conceito de “religião natural”, muito difundido nos séculos XVII e XVIII, que nos fala muito de como resguardar a dignidade humana, dos deveres de uns para com os outros e para com Deus.

Donde nasce a noção de “direito”? Lembremos que Paulo de Tarso invoca seu direito de ser julgado em Roma, a partir de sua condição de cidadão romano (ver At 22,25-29; 25,1-12). Na Carta Magna, os barões ingleses invocam seus direitos a partir de sua classe social. A noção de direito está

ligada a uma hierarquização social; tem a ver com dignidade. Enquanto isso, todo o direito judaico está ligado à noção de vassalagem para com Deus.

Quando falamos de direitos e deveres, vem-nos à mente a ideia de leis. Com relação a isso, é interessante a posição do filósofo Emmanuel Levinas. Ele não pensa que lei tira a liberdade, como Hobbes. Para Levinas, no reconhecer o outro já nasce uma responsabilidade: reconhecer o outro é sair de mim mesmo, e o eu só pode ser diante do outro. A alteridade que faz emergir o eu também o faz responsável pelo outro. Toda ética deste pensador é em primeira pessoa; não exige reciprocidade, mas tem a ver com minha responsabilidade para com o outro. Então, existe a lei para que eu não seja esmagado, para que minha responsabilidade para com o outro não me esmague, tamanha sua exigência. Assim, segundo Levinas, é a lei que gera liberdade. Em “Amar a Torah mais que a Deus”, Levinas fala da importância do cumprimento do dever: encontrar-se com Deus é servi-lo, é um encontro ético. “A ética não é o corolário da visão de Deus. Ela é a própria visão de Deus. A ética é uma ótica”.³⁶⁹

³⁶⁹ Levinas, E. - *Difficult Freedom*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1990.

Poderíamos dizer que todos os homens têm direito aos bens da natureza. Tal enunciado não implica diretamente atitudes concretas, ações. Mas se dissermos que temos responsabilidade sobre os bens da natureza, nos vem a questão: o que fazer para preservar o meio ambiente?

A mitzvá ordena: “não fique parado perante o sangue do teu próximo”. É razoável que eu tenha uma atitude diante do sofrer do outro. A noção de dever para com o outro se identifica com aquela de responsabilidade.

Abraham J. Heschel e Hannah Arendt lembram da fragilidade da condição humana, em seus escritos. Heschel diz que nada garante que a espécie *homo sapiens* será sempre humana, e, ainda, que “o ser humano deve ser mais que humano para ser humano”. É na busca da superação da condição humana não redimida que está a chave para a humanização plena. Isso representa outra evolução para além da evolução biológica. “Os homens como espécie estão, decerto, há milênios, no fim de sua evolução; mas a humanidade como espécie está no começo”, escreveu

Walter Benjamin³⁷⁰. A humanidade deve ser desenvolvida interna e coletivamente:

“Numa sociedade democrática, nem todos são culpados, mas todos são responsáveis” (Heschel). É importante nos lembrarmos das grandes questões que borbulhavam na sociedade norte-americana à época de Heschel, que morava nos Estados Unidos: a luta pelos direitos civis da população negra e a guerra do Vietnã. Neste contexto ele viu ser seu dever não ficar parado diante dos desafios do momento.

DIGNIDADE HUMANA

Pico della Mirandola, em seu “Discurso sobre a dignidade do homem”, dizia estar o homem entre a besta e o anjo. Heschel também via o ser humano como abaixo dos anjos e acima dos animais; para ele, a dignidade humana não vem de ser o homem imagem e semelhança de Deus. Assim, este pensador judeu se aproxima do grande humanista da Renascença. É interessante notar que della Mirandola era hebraísta; pode ser que traga algumas ideias das discussões judaicas. Escreveu Heschel:

³⁷⁰ Benjamin, W. - *Rua de mão única*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. (Coleção Obras Escolhidas).

“O homem está um pouco abaixo dos anjos” (Sal 8:5) e um pouco acima dos animais. Como um pêndulo, oscila para lá e para cá sob a ação combinada da gravidade e do movimento de gravitação do egoísmo e do movimento divino, de uma visão de Deus nas trevas da carne e do sangue. Não conseguimos entender o sentido de nossa existência se não atendermos nossos compromissos com essa visão...

Segundo Heschel, o homem tem dualidade em si: por ser pó (Gn 2,7), e por isso pode ser perdoado, e imagem de Deus, estando assim obrigado a cumprir os deveres com retidão. O ser humano é fruto desta dialética, e o homem degradado, demoníaco.

O Homem é uma dualidade de misteriosa grandeza e árida pompa, uma visão de Deus e uma montanha de pó. É por ele ser pó, que sua iniquidade pode ser perdoada; e é por ser a imagem de Deus, que se espera dele a retidão.

Para o nosso pensador, toda definição de homem é uma agenda para o homem:

Na Alemanha pré-nazista a seguinte máxima sobre o homem era frequentemente citada: ‘O corpo humano contém uma

quantidade suficiente de gordura para fazer sete barras de sabão, suficiente ferro para fazer um alfinete médio, uma quantidade suficiente de fósforo para produzir duas mil cabeças para palitos, suficiente enxofre para fazer pular uma pulga.’ Talvez haja alguma conexão entre esta máxima e o que os nazistas realmente fizeram nos campos de extermínio: fazer sabão de carne humana.

Heschel propõe pensar o homem em termos humanos. A vida humana é considerada intrinsecamente sagrada, singular; o homem é possuidor de um universo interior, não possui finalidade, traz em sua vida solitude, reciprocidade e santidade (somente ao homem é possível a busca da santidade).

Se o homem não for mais que humano, será menos que humano. O homem é apenas um breve e crítico estágio entre o animal e o espiritual. Seu estado é constantemente vacilante, ora se eleva, ora cai. Não existe humanidade sem desvio. Ainda está por aparecer o homem emancipado.

Falar em Direitos Humanos para Heschel é uma discussão urgente, porque a pessoa humana tem sido vilipendiada,

e a humanização do ser humano é posta em xeque.

“A imagem não está no homem, a imagem é o homem”³⁷¹. Mesmo sendo fruto da ação e de um sentido outorgado pela consciência do sujeito, a ação humanizadora implica ver a imagem divina como sendo cada pessoa em sua totalidade viva, corpo e espírito. Não se trata, portanto, do que há de melhor no homem, tal como alguma qualidade ou valor considerado como mais importante. Não é nada, ressalta Heschel, que possa ser avaliado sem que esteja em ato. Deus não se manifesta nas coisas, antes nos eventos. É no ato e não nas coisas que o Sagrado se manifesta. “Deves ser santo (*holy*) como *Hashem* teu Deus é santo (Levítico, 19:2). A sacralidade, um atributo essencial de Deus, pode tornar-se a qualidade do homem. O humano pode tornar-se sagrado”³⁷². Ser a imagem divina significa que inerente a sua condição há uma “dignidade básica” no homem, que o torna capaz de alcançar a humanização. Nessa dignidade já está presente o sagrado inerente ao humano.

BIBLIOGRAFIA

³⁷¹ Heschel, “*The Concept of Man in Jewish Thought*”, in *To Grow in Wisdom* 116.

³⁷² Heschel, “*The Concept of Man in Jewish Thought*”, in *To Grow in Wisdom* 118.

BENJAMIN, W. - *Rua de mão única*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. (Coleção Obras Escolhidas).

COMTE-SPONVILLE, André – Pequeno Tratado das Grandes Virtudes, S. Paulo, Ed. Martins Fontes, 1996.

ENGELS, F. – “A Humanização do Macaco pelo Trabalho”, in A Dialética da Natureza, S. Paulo, Ed. Paz e Terra, 1979.

FIERMAN, Morton – Leap of Action - ideas in the theology of A. J. Heschel, Lanhan, University Press of America, 1990, p. 221.

HESCHEL, A. “*The Concept of Man in Jewish Thought*”, in To Grow in Wisdom 116.

KASIMOW, Harold – Divine-human Encounter: a Study of A. J. Heschel, Ginnel, dissertação apresentada na Temple University para obtenção do título de doutor, 1975, p. 99-100.

LEVINAS, E. - *Difficult Freedom*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1990.

MERKLE, John – The Genesis of Faith – The Depth Theology of A. J. Heschel, N. York, Macmillan Publishing Company, 1985, p. 215.

**A INFLUÊNCIA DA LEI
HEBRAICA NO DIREITO
BRASILEIRO: CASAMENTO E
DIVÓRCIO**

**THE INFLUENCE OF JEWISH LAW
ON BRAZILIAN LAW OF
MARRIAGE AND DIVORCE**

Sinaida De Gregorio Leão³⁷³

RESUMO

O presente artigo versa sobre a influência da Lei Hebraica no direito brasileiro, em matéria de casamento e divórcio. A partir da compreensão da importância do estudo do Direito Comparado e considerando que a primeira obra de Direito Comparado de que se tem notícia é a *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, uma compilação pré-justinianeia de *leges et iura* que compara a lei hebraica e a lei romana, busca-se demonstrar de que forma a Lei Hebraica inspirou as legislações romana e canônica em matéria de casamento e divórcio, chegando até os dias atuais a influenciar a legislação brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Hebraica. Direito Comparado. Casamento. Divórcio. Direito Brasileiro

ABSTRACT

This article deals with the influence of Hebrew Law in Brazilian law on marriage and divorce. From the study of Comparative law and considering that “Mosaicaram et romanarum legum collatio”, a pre-Justinian compilation of ‘leges et iura’ was the first book on Comparative Law we have notice, the article seeks to demonstrate that the Hebrew law inspired the Roman law and Canon Law on marriage and divorce. Thus, the jewish rules have been up to the present day, transmitted through Roman and Canon Law, to Brazilian Law.

KEYWORDS: Jewish Law. Comparative Law. Marriage. Divorce. Brazilian Law.

INTRODUÇÃO

O estudo da História do Direito e do Direito Comparado – ramo do Direito que compara as legislações de diferentes povos, países ou épocas – consiste em disciplina de extrema relevância para a compreensão do Direito e das diferentes sociedades, uma vez que retrata a realidade social e jurídica de uma época

³⁷³ Sinaida de Gregorio Leão – Bacharela em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Especialista em Direito Privado (UFF) e Mestre em Relações Internacionais (UFF). Autora do livro “A Influência da Lei Hebraica no Direito Brasileiro – Casamento e Divórcio”.

Professora do Curso de Especialização em Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (UFF) no período 2002-2011.

e sociedade, demonstrando, assim, a evolução do Direito.

O estudo do Direito Comparado se iniciou na época renascentista, tendo sido posteriormente relegado a segundo plano. No século XX, seu estudo renasceu com o Congresso de Paris (1900). Contudo, seu estudo ainda permanece restrito a poucas universidades brasileiras, que se voltam quase que exclusivamente para a realidade jurídica atual e as aplicações práticas da legislação moderna.

Curiosamente, a primeira obra de Direito Comparado de que se tem notícia é a *Mosaicarum et romanarum legum collatio* (Coleção de leis romanas e mosaicas), uma compilação pré-justianéia de *leges et iura*, elaborada no período do Baixo Império Romano (453 E.C.), que compara a Lei Judaica e a Lei Romana (ALVES, 1983, p. 53-54). Esta compilação foi adotada no Direito Romano como fonte de Direito, o que comprova a importância alcançada pela Lei Judaica em Roma, por meio da qual se estenderia posteriormente para o Direito Canônico.

De fato, a Lei Judaica tem sido, até os dias de hoje, transmitida, por intermédio do Direito Romano e do Direito Canônico, aos sistemas jurídicos ocidentais.

PROBLEMATIZAÇÃO

No Brasil, a influência da Lei Hebraica no Direito Brasileiro é quase que desconhecida. Os poucos autores que a ela dedicam algumas palavras abordam-na, em geral, de forma superficial, desprezando as fontes históricas e sociológicas do Direito, e transmitindo ao leitor informações incorretas e preconceituosas.

A influência de um sistema jurídico sobre outro consiste em tarefa árdua, já que devem ser considerados fatores históricos e sociológicos na análise. Contudo, deve-se destacar que tal pesquisa não se destina a comprovar a superioridade de um sistema ou povo sobre outro, mas tão somente investigar a origem de muitos institutos jurídicos atuais, no intuito de enriquecer o saber jurídico.

O DESENVOLVIMENTO DA LEI HEBRAICA

Torna-se essencial, como pressuposto à compreensão da influência da Lei Judaica nos sistemas jurídicos atuais, compreender como se desenvolveu a Lei Judaica e como se desenvolveu o sistema judicial que a aplicava.

No início, na época de Abraão, os hebreus eram um povo seminômade de pastores, vivendo em tribos e unidos pela fé em um único D's. Nesse tempo, já havia algumas normas de comportamento, inspiradas pela religião. Os problemas internos e disputas no seio do povo eram resolvidas pelo chefe da tribo.

Com o êxodo do Egito, o sistema de distribuição da justiça sofreu uma mudança. Moisés, por sugestão de seu sogro Jetro, escolheu homens capazes e de confiança, colocando-os como “chefes de mil, chefes de cento, chefes de cinquenta e chefes de dez” (Êxodo, 28:1-27), para solucionarem as questões trazidas pelo povo, reservando-se a Moisés apenas os problemas mais complexos. Assim, deu-se início à primeira organização hierárquica de distribuição da justiça de que se tem notícia; uma escala crescente de competências similar às instâncias dos sistemas judiciais atuais.

Com a revelação da Torá (o Pentateuco) a Moisés, os hebreus passaram a possuir uma Lei Escrita, inspirada na religião, cerne de todo o sistema jurídico judaico. Contendo normas de caráter religioso e secular, a Torá representou um guia para a fé religiosa e as necessidades sociais do povo judeu ao longo do tempo. A

violação da Torá correspondia, assim, a uma ofensa a D's e a uma infração que poderia ser punida pela sociedade. Como um código normativo endereçado a todo o povo judeu e aceito por este, individual e coletivamente, a Torá teve um caráter igualitário e humano sem precedentes entre os povos antigos. Essa característica especial foi responsável pela construção de uma sociedade democrática, denominada pelo historiador Paul Johnson de “teocracia democrática”, tendo inspirado várias legislações antigas (JOHNSON, 1989, p. 50-51)

A Lei Escrita serviu como base para o desenvolvimento de uma Lei Oral, isto é, interpretações da Lei Escrita elaboradas por sábios e rabinos e transmitidas oralmente ao longo de gerações. Essas interpretações desenvolveram-se a partir das lacunas da Lei Escrita, dos pontos que não estavam precisamente contidos na Lei Escrita, mas que poderiam ser regulados a partir da sua interpretação. De início, proibiu-se a compilação por escrito da Lei Oral, por temor que a compilação congelasse o desenvolvimento da Lei Oral, impedindo sua evolução.

No caminho para a Terra Prometida, um novo sistema judicial foi estabelecido – um conselho de setenta anciãos, escolhidos entre os chefes das

mais importantes famílias para resolver as disputas e problemas internos – com a instalação da Grande Assembleia (*Knesset Hagdolá*).

Esse sistema judicial foi modificado no século III-II a.E.C. quando foi estabelecida uma nova hierarquia judicial, tendo como autoridade superior o Grande Sinédrio (*Sanhedrin Hagdolá*), composto por setenta anciãos eleitos por sufrágio universal entre os homens mais sábios, moderados e populares das diversas localidades, sem distinções de ordem social, econômica e política, presididos por um Sumo Sacerdote. O Grande Sinédrio era formado por três câmaras de 23 sábios; se a primeira câmara não fosse capaz de chegar à maioria necessária para um julgamento, eram sucessivamente convocadas as outras câmaras, até que se atingisse a composição plena de 70 juízes – 69 sábios e o sumo sacerdote.

O Grande Sinédrio tinha uma função interpretativa em matéria religiosa, civil e criminal e plena autoridade legislativa e administrativa, resolvendo os conflitos entre os tribunais de instâncias inferiores e algumas infrações de sua competência originária.

Em grau inferior, como primeira instância, havia os Tribunais Ordinários, compostos por três juízes, sendo dois

escolhidos pelas partes envolvidas – um por cada parte –, e o terceiro escolhido por ambas as partes de comum acordo. As decisões eram tomadas por maioria e estes tribunais se localizavam nas portas das cidades e nas estradas mais utilizadas, destinando-se a resolver os problemas mais simples. Não havia juízo singular, pois devido à falibilidade humana, compreendia-se que apenas D's poderia ser juiz único.

Em segunda instância de jurisdição havia o Pequeno Conselho de Anciãos ou Pequeno Sinédrio (*Sanhedrin Kettanah*), competente para resolver questões mais complexas e que funcionava como uma corte de recurso das decisões dos Tribunais Ordinários. Era composto por vinte e três juízes e se estabelecia nas cidades mais populosas.

Importante destacar que em Roma, onde os juízos eram singulares, o recurso de decisões de primeira instância somente foi introduzido cerca de quatro séculos depois, no século I E.C., quando a jurisdição começou a ser escalonada em hierarquias.

Quando o Segundo Templo foi destruído, no século II E.C. e iniciou-se a Dispersão dos judeus pelo mundo, os sábios sentiram a necessidade de organizar e compilar por escrito a Lei Oral, desenvolvida ao longo de séculos de interpretações da Torá.

Compreendeu-se que a compilação era a forma mais segura de preservar a tradição oral, já que o povo estaria disperso e seria mais difícil lembrar do grande número de interpretações existentes.

A primeira compilação da Lei Oral foi a *Mishná* (Repetição), iniciada pelo Rabi Meir e pelo Rabi Akiva e terminada pelo Rabi Yehuda Há-Nassi, no século II E.C. A *Mishná* dispunha acerca da Lei Escrita em tópicos, relacionando-os às interpretações dos sábios e rabinos ao longo do tempo. Condensando as diferentes opiniões, de diferentes rabinos e de diferentes épocas, inclusive as divergentes entre si, a *Mishná* preservou o elemento de continuidade da Lei Oral. Isto permitiu que se realizasse um estudo comparativo da legislação nas diferentes épocas.

No entanto, após a compilação da *Mishná*, os sábios e rabinos continuaram a produzir diversas interpretações da Torá e da própria *Mishná*. Estes novos comentários que foram denominados de *Guemará* (Complemento) e reunidos à *Mishná* deram origem ao *Talmud* (Estudo), sendo o *Talmud* Palestino, elaborado pelos sábios de Jerusalém (finalizado em 360 E.C.), e ao *Talmud* Babilônico (finalizado em 505 E.C.), mais completo, elaborado pelos sábios

na Babilônia, o novo grande centro da cultura judaica.

Observa-se, assim, que a *Mosaicarum et romanarum legum collatio* (Coleção de leis romanas e mosaicas), fonte de Direito Romano (390-438 E.C.), foi compilada após a edição da *Mishná* e do *Talmud* Palestino e ao tempo da elaboração do *Talmud* Babilônico.

A INFLUÊNCIA DA LEI HEBRAICA NO DIREITO ROMANO E NO DIREITO CANÔNICO EM MATÉRIA DE CASAMENTO E DIVÓRCIO

Desde o século II a.E.C. registra-se a presença de judeus em Roma. De fato, a comunidade judaica de Roma foi a mais antiga de toda a Europa, datando de 161 a.E.C., quando para lá foram enviados Jason Eleazar e Eupolemus Johanan como enviados de Judá, o Macabeu. Outras delegações judaicas foram enviadas em 150 e 139 a.E.C. pelos Hasmoneus. À esta época remonta a emigração de muitos judeus para Roma, atraídos pelo comércio. Aliás, as relações comerciais entre judeus e romanos ensejavam a submissão de muitas controvérsias aos tribunais romanos, competentes para solucionar tais litígios, que para julgar deveriam analisar as normas da Lei Romana e da

Lei Hebraica. De acordo com o historiador latino do início do século I, Valério Máximo, em 139 a.E.C. a comunidade judaica de Roma tinha grande atividade, ocorrendo, nesta data, a expulsão de propagandistas judeus pelos pretores peregrinos, que, segundo eles, difundiam ideias e cultos orientais.

A partir do ano 63 a.E.C, quando os romanos invadiram a Judeia, muitos judeus foram levados para Roma como prisioneiros de guerra, segundo relata o historiador Fílon, e a partir do momento em que eram libertos – pela lei judaica era uma obrigação religiosa para as comunidades resgatar da escravidão outros judeus – passavam a integrar a comunidade judaica local.

Em 66 E.C., estima-se que existiam cerca de cinquenta mil judeus em Roma. Segundo as evidências, havia em Roma cerca de doze sinagogas – não necessariamente existentes na mesma época –, o que demonstra o contínuo crescimento e desenvolvimento da comunidade local. Devido ao elevado nível cultural dos judeus, para quem o estudo da Torá era obrigatório, e à tolerância romana, manifestada pela maior parte dos imperadores, os judeus passaram logo a participar da vida política e cultural da cidade, a desfrutar de uma considerável autonomia, mantendo cortes rabínicas próprias, e a

receber judeus ilustres que visitavam a capital do Império. Esta tolerância refletia-se também por parte do povo romano, uma vez que o paganismo concebia a existência de um deus próprio de cada local ou povo. Os romanos, de religião pagã, cada vez mais se sentiam atraídos pelo judaísmo e o número de conversões crescia enormemente. O proselitismo judaico se estendeu até mesmo à aristocracia romana, como nos casos de Helena, rainha de Adiabene, e seus filhos, de Fúlvia, dama da nobreza romana, e de Popéia, esposa de Nero. Estendendo-se por toda a bacia mediterrânea, o proselitismo judaico conseguiu um grande número de adesões; calcula-se que, da população do Império (cerca de seis a oito milhões de pessoas), uma em cada dez pessoas era judia (HADAS-LEBEL, 1991, p. 70-72)

Segundo o historiador Flavio Josefo, as práticas judaicas estavam arraigadas na população, pois muitos pagãos se sentiam atraídos pelo judaísmo, mas, devido às exigências feitas para a conversão, como a dolorosa circuncisão e o processo de aprendizado dos valores judaicos, conformavam-se em praticar fielmente os ritos judaicos, como a observância do Shabat (dia santo judaico que se inicia no pôr do sol da sexta-feira e termina no pôr do sol do sábado). Na Diáspora e, sobretudo, em

Roma, houve muitos casamentos mistos, entre judeus e não judeus, resultando quase sempre na conversão do cônjuge não judeu ao judaísmo.

Com a destruição do Templo de Jerusalém em 70 E.C. e a consequente dispersão do povo judeu, principalmente após a revolta de *Bar Kochba* contra a dominação romana (135 E.C.), o proselitismo judaico sofreu um duro golpe, pois se propagou a crença, entre os pagãos, de que o deus dos judeus os havia abandonado. Tal ideia foi utilizada por Paulo e pelos primeiros cristãos que chegaram a Roma, com o objetivo de cativar prosélitos para o Cristianismo então nascente, modificando gradativamente todo o quadro social e religioso vigente. As bases judaicas foram essenciais para a expansão do Cristianismo, mas aos poucos, na medida em que o Cristianismo foi se consolidando, foram se acentuando as diferenças em relação ao judaísmo.

Na verdade, a população de Roma e de grande parte do Império Romano estava “judaizada”, isto é, propensa à conversão ao judaísmo ou adepta de suas práticas. Os judeus tinham amplo acesso à sociedade romana, inclusive nas altas classes sociais. Foi exatamente este *status quo* que possibilitou a expansão do Cristianismo. O Direito, como fenômeno

social, que reflete o modo de vida e os valores de uma sociedade, não passaria incólume a toda a influência judaica que se fez sentir no meio social.

De fato, a influência da Lei Judaica no Direito Romano do período pós-clássico (a partir de 305 E.C.) e justinianeu já era pressentida por Grosso. Como assevera a maioria dos especialistas em Direito Romano, o Direito Pós-Clássico foi fortemente influenciado pelo Cristianismo, que reflete a influência judaica, e pelos direitos das províncias orientais.

Segundo Matteo Goldstein:

En términos generales, los hebreos admitieron muchos modos de adquisición análogos a los de la Ley romana, com cuya jurisprudência suelen tener notables concomitancias e coincidências. El dominio sobre las aguas del mar y de los rios; la ocupación, el régimen de las cosas sin dueño y los objetos perdidos; el dominio público y privado; la traslación del dominio de los bienes raíces; el ejercicio de ciertas acciones em defensa de los derechos de propiedad y posesión de los bienes; el empleo de las acciones redhibitoria y de evicción y saneamento; ciertos interdictos, etcétera, aparecen como copia servil em leyes y senadoconsultos romanos, quienes las tomaron directamente o a través de algunas funetes intermedias, de las leyes mosaicas. La irradiación del Derecho judaico por el mundo occidental, a través del romano, explica que em los pueblos modernos se advierta rastros de viejos preceptos y mandamentos

*de Israel (GOLDSTEIN, [s.d.], p. 314)*³⁷⁴

Tal influência da Lei Judaica pode ser claramente percebida na disciplina acerca do casamento e do divórcio. O Cristianismo não possuía em seus primórdios nenhuma normatização ordenada em matéria matrimonial, o que adveio somente com o Concílio de Trento no século XVI da E.C.

Importante ressaltar que uma possível influência das leis gregas na legislação romana, em matéria matrimonial, deve ser rejeitada de plano. A crise intelectual revelada entre as novas concepções filosóficas helênicas e as antigas tradições de uma religião doméstica gerou uma conturbação social, fruto do desmoronamento de todo o sistema da Cidade Antiga (COULANGES, s.d., p. 266). Todo o desgaste do sistema então vigente gerou a necessidade de uma regeneração do Direito, de uma reformulação que pudesse elevar os conceitos do casamento e da família.

³⁷⁴ Tradução livre do autor: “Em termos gerais, os hebreus admitiram muitos modos de aquisição análogos aos da lei romana, com cuja jurisprudência têm notáveis concomitâncias e coincidências. O domínio sobre as águas do mar e dos rios; a ocupação; o regime das coisas sem dono e dos objetos perdidos; o domínio público e privado; a translação de domínio dos bens raízes; o exercício de certas ações de defesa dos direitos de propriedade e posse dos bens; o emprego das ações redibitória, de evicção e de saneamento;

Muitos juristas brasileiros, como Orlando Gomes (GOMES, 1968, *passim*), Hélio Borghi (BORGHI, 1992, p. 14-15) e José Carlos Moreira Alves (ALVES, 1986, *passim*) atribuem ao Cristianismo a semente de toda essa mudança jurídica e social; no entanto, os fatores históricos permitem concluir que a raiz de todas as mudanças, que inclusive permitiu a propagação do Cristianismo, foi o legado do proselitismo judaico.

Roma, na época imperial, vivia um clima de imoralidade doméstica e social, em que, pela ausência de formalidade na sua celebração, casamentos eram feitos e desfeitos de forma impensada, ao bel prazer dos nubentes. Assim, procuravam-se normas que pudessem restabelecer a moralidade dos costumes, através de regras que conferissem mais estabilidade à instituição matrimonial. Evidentemente, tais costumes não poderiam ser incorporados do Direito Helênico, que passava pelo mesmo problema, mas de um sistema que elevasse o casamento e a

certos interditos, etc. aparecem como cópia servil em leis e senatusconsultos romanos, os quais as tomaram, diretamente ou através de algumas fontes intermediárias, das leis mosaicas. A irradiação do Direito judaico pelo mundo ocidental através do romano explica por que em povos modernos se percebem rastros de velhos preceitos e mandamentos de Israel.”

família a uma posição privilegiada. Como, até o século XVI, o Cristianismo não possuía normas de cunho matrimonial e considerando que a doutrina cristã se baseava na herança judaica, constata-se que a influência que muitos atribuem ao Cristianismo reflete, na verdade, a influência judaica.

Até o Direito Romano Pós-Clássico, não era exigida nenhuma formalidade para a cerimônia de casamento, que consistia apenas em um ato verbal. Do mesmo modo, sendo o casamento desprovido de formalidades, destinado a perdurar enquanto houvesse a *affectio maritalis* (afeição conjugal) entre os cônjuges, não havia nenhuma formalidade especial para sua dissolução, que, para ocorrer, necessitava apenas da manifestação de vontade das partes. A inexistência de formalidades, aliada ao desgaste social e político vigente, levou à instabilidade matrimonial, com uma alta taxa de divórcios e uma baixa taxa de natalidade.³⁷⁵

Na Lei Judaica, desde o século V a.E.C., já havia a previsão de um contrato de casamento escrito, que

representava uma evidência do ato matrimonial, concebido essencialmente como um ato civil e privado. Tal contrato foi aperfeiçoado no século II a.E.C. pelo Rabino Simão Ben Shetach, tornando-se num complexo documento assecuratório dos direitos da mulher, sobretudo em caso de dissolução do casamento, e que tinha como cerne o regime dotal de bens. Esta minuciosa regulamentação impedia divórcios impensados, evitando a instabilidade familiar no meio social. Na verdade, era a redação de um contrato matrimonial que diferenciava um casamento legítimo de um concubinato, o que não ocorria em Roma, onde o casamento legítimo era presumido pela simples posse do estado de casados.

Na Lei Judaica, o casamento consistia em um dever religioso, a partir do mandamento divino “crescei e multiplicai-vos” (Gênesis, 1:28). Embora a poligamia fosse admitida no início da época bíblica, como era comum em todo o mundo antigo, tal prática foi gradativamente sendo abandonada, desaparecendo desde o século IV da E.C. De fato, a concepção bíblica do casamento, essencialmente

³⁷⁵ Segundo o historiador Márcio Curtius Giordani: “Sêneca (De benef., III, 16,2) anota que ‘nenhuma mulher podia enrubescer por romper seu casamento, pois que as damas mais ilustres haviam adquirido o costume de contar seus anos, não mais pelos nomes dos cônsules,

mas pelos dos maridos. Elas se divorciavam para casar. Casavam-se para divorciar-se: *exeant matrimonii causa, nubunt repudii*” (GIORDANI, 1991, p. 160).

monogâmico, já pode ser constatada nos Livros da Sabedoria (Salmos, Eclesiastes e Provérbios). Os autores bíblicos não se atêm aos detalhes da cerimônia do casamento, embora haja referências de que existia alguma celebração especial (Gênesis, 29: 21-25; Juízes: 14-12; Salmos, 78:63; Isaías, 61:10 e Cânticos, 4:1-3). Até o 1º Exílio (586 a.E.C.), o casamento consistia em um ato puramente verbal, mas, no livro apócrifo de Tobias (Tobias, 7:14), escrito no século IV a.E.C., já se menciona explicitamente a existência de um contrato de casamento escrito por ocasião da cerimônia. Por meio do contrato de casamento, o homem se obriga a prover manutenção e sustento à sua mulher, que, em contrapartida, se obriga a realizar todos os atos necessários à organização da vida doméstica, bem como estabelece-se um dever mútuo de coabitação. Ademais, são estabelecidas diversas cláusulas financeiras, visando assegurar a sobrevivência digna da mulher em situações de divórcio e viuvez. O cumprimento de tais cláusulas é assegurado por uma hipoteca legal privilegiada sobre todos as propriedades presentes e futuras do homem, vinculando inclusive seus herdeiros.

Em Roma, a gradativa proteção dos direitos da mulher, com o

estabelecimento do regime dotal por intermédio de um contrato escrito, somente ocorreu em 458 E.C., seguindo as mesmas medidas aplicadas pela Lei Judaica já há séculos. A influência da Lei Judaica sobre o Direito Romano foi identificada por San Nicolo e Volterra. (GIORDANI, 1986, *passim*). Ademais, vários elementos essenciais à celebração do casamento, estabelecidos pelo Direito Romano, como os impedimentos matrimoniais, foram inspirados pela Lei Judaica. O estabelecimento das cláusulas patrimoniais e de maior formalidade à celebração do casamento no Direito Romano foram, portanto, inspirados pela Lei Judaica, propagada pelos primeiros cristãos, visando garantir a estabilidade matrimonial e a proteção da mulher em um ambiente nitidamente patriarcal.

No Direito Hebraico, o Divórcio remonta à época dos patriarcas (cerca de 2000 a.E.C.), inicialmente concebido como ato de repúdio do homem. Tal concepção foi gradativamente se aperfeiçoando, até que o divórcio como repúdio se tornasse raro. De fato, a primeira regulamentação escrita acerca do divórcio na Lei Hebraica consta do livro de Deuterônomo (Deuterônomo, 24), que menciona expressamente uma carta escrita de divórcio. No entanto, a legislação mosaica não regulamenta detalhadamente o divórcio, o que será

desenvolvido ao longo dos anos pela Lei Oral, atingindo seu ápice com a edição da Mishná e o Talmud. A redação de uma carta de divórcio a ser entregue pelo homem à mulher visava disciplinar uma situação desconstitutiva de modo definitivo perante terceiros, tornando-a pública, a fim de evitar as incertezas quanto ao estado civil, que, na esfera matrimonial, geram graves consequências de ordem pessoal, patrimonial, familiar e social.

No caso do divórcio, a Lei Judaica foi a fonte das normas romanas que dotaram de maior formalidade a dissolução do casamento, impedindo sua proliferação desenfreada no meio social. O estabelecimento de causas legais justificativas do divórcio e a previsão de consequências pessoais e patrimoniais do divórcio eram similares às normas judaicas. Considerando que o Cristianismo, desde os seus primórdios, não aceitava o divórcio, evidencia-se, de forma irrefutável, que foi a Lei Judaica a real fonte do Direito Romano nesta matéria.

Como mencionado anteriormente, da mesma forma, é inegável a influência da Lei Judaica sobre o Direito Canônico, que somente passou a prever normas matrimoniais com o Concílio de Trento, no século XVI. Até então, a Igreja utilizava apenas

as regras apostólicas pregadas no início do Cristianismo e nos costumes aplicados no Império Romano, que também sofrera a influência judaica. No Direito Canônico, a influência da Lei Judaica pode ser depreendida de várias disposições, como da natureza jurídica do casamento, dos impedimentos matrimoniais, dos elementos de validade do casamento e das teorias de nulidade e anulabilidade matrimoniais.

A INFLUÊNCIA DA LEI HEBRAICA NO DIREITO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE CASAMENTO E DIVÓRCIO

O Direito Brasileiro, desde os seus primórdios, recebeu uma grande influência da legislação da metrópole portuguesa, cuja legislação matrimonial incorporava as normas de Direito Canônico e do Direito Romano, inspiradas, por sua vez, na Lei Judaica.

Em 8 de abril de 1569, D. Sebastião, rei de Portugal, ratificou o ato expedido em 1564 pelo regente cardeal D. Henrique, estendendo para todo o solo português os decretos matrimoniais emanados do Concílio de Trento. Até o advento da República, não havia no Brasil uma legislação matrimonial de caráter secular, admitindo-se apenas o

casamento religioso.³⁷⁶ De fato, apenas com o Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, em seu artigo 108, foi instituído o casamento civil obrigatório, facultando-se aos nubentes observarem, antes ou depois do casamento civil, o rito religioso respectivo. A Constituição brasileira de 1891 alçou a norma à categoria constitucional, reconhecendo em seu artigo 72, §4º a exclusiva validade do casamento civil, cuja celebração seria gratuita. A partir da Constituição de 1934, foi admitido o casamento religioso, com efeitos civis, desde que se proceda à habilitação, registro e observância das disposições da lei civil.

A forma e as normas legais que regulamentam o casamento civil no Brasil foram inicialmente estatuídas pelo Código Civil de 1917, em seus artigos 180 e seguintes, vigente até o ano de 2002, e encontram-se atualmente regidas pelo novo Código Civil, editado em 2002 (Lei 10.406/2002), que trata do casamento em seus artigos 1.511 e seguintes.

A influência da lei judaica no direito matrimonial brasileiro pode ser depreendida de inúmeros aspectos: o

reconhecimento do casamento como elemento formador da família legítima, a concepção do casamento como contrato privado, a necessidade de manifestação do consentimento dos nubentes e da presença de testemunhas; a obrigatoriedade da existência de um documento escrito, a observância dos impedimentos matrimoniais e das causas de nulidade e anulabilidade do casamento, o estabelecimento de consequências patrimoniais destinadas a regular a situação dos nubentes durante a constância da sociedade conjugal e nos casos de divórcio ou viuvez, e até mesmo a teoria do casamento putativo. Importante ressaltar que em inúmeros outros aspectos, embora não se possa comprovar a influência da lei judaica, pode-se constatar a coincidência de normas, com a previsão, pelo direito brasileiro atual, de normas que já eram previstas pela lei judaica, demonstrando, assim, seu caráter inovador na Antiguidade e nos dias atuais.

Da mesma forma, em relação ao divórcio, a previsão de consequências patrimoniais e pessoais previstas no Direito Brasileiro originam-se do Direito

³⁷⁶ N.A. Em 11 de setembro de 1861, foi promulgada a Lei nº 1.114, ratificada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, reconhecendo o casamento de acatólicos, segundo o rito religioso

dos nubentes, e ampliando a atuação da jurisdição civil nas questões matrimoniais.

Romano, também influenciado pela Lei Judaica.

No entanto, há que se destacar o extremo avanço da legislação judaica, que desde a antiguidade aceitava o divórcio, concebido como um “mal necessário”.

Importante refletir sobre a evolução do divórcio no Brasil, com a recente legislação sobre o divórcio extrajudicial, aproximando-o mais da natureza jurídica de ato privado entre as partes, tal como concebido no Direito Hebraico.

A APLICAÇÃO DA LEI JUDAICA EM MATÉRIA DE CASAMENTO E DIVÓRCIO NO ESTADO DE ISRAEL

A legislação israelense inspira-se nas legislações britânica, francesa, islâmica, otomana e no sistema inglês da “*Common Law*” (Direito Comum), e não na Lei Judaica.

Na verdade, logo após a Declaração Balfour (1917), manifestando o apoio inglês à formação de um lar nacional judeu, foi fundada, em Moscou, a *Ha-Mishpat Ha-Ivri Society* (Sociedade da Lei Judaica), visando o retorno da sociedade judaica à lei judaica, como um aspecto do renascimento nacional judeu paralelo à

construção de Israel e como parte do ideal sionista. Esta sociedade tinha como metas preparar as fontes da lei judaica para a sua aplicação na época moderna e fundar, em Jerusalém, um instituto, apoiado por uma universidade, para pesquisar e elaborar uma lei preparatória, fundamentada na Lei Judaica, para ser aplicada no Estado de Israel. No entanto, tal legislação não chegou a ser implementada, pois muitos a concebiam como uma tentativa de secularização da lei religiosa, tema que é fonte de uma intensa controvérsia até os dias atuais. Um primeiro passo no sentido da integração da lei judaica à lei secular em Israel foi dado em 1980, com a promulgação do Estatuto dos Fundamentos da Lei, estabelecendo que nos casos em que uma questão não puder ser resolvida de acordo com a legislação secular vigente, a jurisprudência e a analogia, os tribunais deverão decidir à luz dos princípios de liberdade, justiça, igualdade e paz da herança de Israel.

No entanto, a Lei Judaica referente ao casamento e ao divórcio, que inegavelmente inspirou a legislação secular de diversos sistemas jurídicos ocidentais, é atualmente aplicada no Estado de Israel, por tribunais religiosos ortodoxos, frise-se, não seculares, aos cidadãos judeus.

A inexistência, em Israel, do casamento civil, paralelamente e de forma independente do casamento religioso, como ocorre na maior parte dos países e, particularmente, no Brasil, tem gerado certa inconformidade em setores da população israelense e importantes discussões doutrinárias acerca do livre-arbítrio e da preservação das liberdades e direitos individuais, como revela o jurista israelense Ze'ev Falk (FALK, 1981, p. 58-74).

“Modern libertarianism, recognizing freedom of religion and conscience, has not yet found alternatives protecting the continuity and existence of Judaism. All depends upon the evaluation of the role of religion for the preservation of Israel; if it is positive it makes necessary the limitation of personal freedom. The establishment of Jewish religion, the marriage and divorce legislation, the Sabbath laws and the rules regarding religious diet are the subject of this discussion. On the other hand, if the limits of freedom are too tight, people might be provoked to opt out of Judaism altogether, which is no less of a danger. We will, therefore, have to consider the value of conscience within Judaism” (FALK, 1981, p. 65)³⁷⁷.

³⁷⁷ Tradução livre da autora: “O libertarianismo moderno, reconhecendo a liberdade de religião e consciência, ainda não encontrou alternativas para proteger a continuidade e a existência do Judaísmo. Tudo depende da avaliação do papel desempenhado pela religião para a preservação de Israel; se for positiva, torna-se necessária a limitação da liberdade individual. O estabelecimento da religião judaica, a legislação sobre casamento e divórcio, as leis de Shabat, e

Constata-se, assim, na realidade atual, um monopólio do poder religioso em Israel, que impede a celebração do casamento religioso por judeus não ortodoxos e, também, o casamento inter-religioso, não aceito, geralmente, pelas legislações religiosas, dentre as quais a judaica. Ademais, o rabinato ortodoxo, no exercício desse monopólio religioso, tem cada vez mais exigido o cumprimento de exigências difíceis de ser atendidas, como comprovação documental de casamentos e divórcios de antepassados, desconsiderando que muitos documentos foram destruídos em meio às sucessivas perseguições sofridas pelos judeus ao longo dos últimos séculos e do Holocausto.

Tal situação também tem conduzido à deslegitimação mútua entre rabinos e linhas religiosas, o que em nada contribui para o desenvolvimento e a evolução legal, e tem causado um distanciamento da população israelense da proteção legal em matéria de casamento e divórcio, prenúncio da necessidade de mudanças.

as leis dietéticas judaicas são o objeto da discussão. Por outro lado, se os limites da liberdade forem muito estreitos, os indivíduos podem se sentir provocados a abandonar por completo o judaísmo, o que também é um perigo. Assim sendo, precisamos considerar o valor da consciência dentro do Judaísmo.”

CONCLUSÃO

A análise do Direito Hebraico em sua dimensão histórico-social permitiu a observação de seu caráter pragmático e avançado para os povos da Antiguidade. Comprovada sua influência em matéria de casamento e divórcio sobre os sistemas jurídicos ocidentais, por intermédio do Direito Romano e do Direito Canônico, o Direito Hebraico revela-se um interessante e promissor objeto de pesquisa.

O menosprezo ao Direito Hebraico até a primeira metade do século XX e o desconhecimento da doutrina acerca da influência da Lei Hebraica sobre os sistemas jurídicos ocidentais e sua repercussão até os dias atuais poderiam ser atribuídos à inaplicabilidade de suas regras por um ente estatal, já que o Estado de Israel somente foi fundado em 1948. No entanto, tal situação deve ser atribuída, principalmente, à ignorância e ao preconceito de muitos estudiosos acerca do Direito Hebraico.

Portanto, ao divulgar e incentivar o estudo do Direito Hebraico, como temática de Direito Comparado, evidenciando sua individualidade como sistema legal e identificando os laços jurídicos entre o povo judeu e os diversos

povos, busca-se, no plano social, contribuir para o combate à intolerância e ao antissemitismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 5^a. ed. rev. e acresc., RJ, Ed. Forense, vol. 1, 1983.

_____. **Direito Romano**. 4^a ed. rev. e acresc., RJ, Ed. Forense, vol. 2, 1986.

BÍBLIA HEBRAICA. Tradução por David Gorodovits e Jairo Fridlin. 1^a reimpressão revisada, SP, Ed. Sefer, 2007, 877 p.

BORGHI, Hélio. **Casamento. Nulidade por Adulterio e Homicídio**. [1^a. ed.], SP, Livraria e Editora Universitária de Direito, 1992, 191 p.

BRASIL. **Constituições do Brasil. Coleção de Códigos Liber Juris**. Org. por Floriano Aguiar Dias. Ed. Liber Juris.

_____. Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Org. por Theotônio Negrão. 7^a ed., SP, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, 773.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/lcis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28/07/2019.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. RJ, Ed. Marques Saraiva, 1990, 505 p.

FALK, Ze'ev. **Law and Religion. The jewish experience**. Jerusalem, 1^a ed., Publ. Mesharim, 1981, 238 p.

GIORDANI, Mário Curtis. **História de Roma**. 11ª. ed., Petrópolis, Ed. Vozes, 1991, 395 p.

_____. **Iniciação ao Direito Romano**. RJ, Ed. Liber Juris, 1986, 278 p.

GOLDSTEIN, Matteo. **Derecho Hebreo a través de la Biblia y el Talmud**. Buenos Aires, Ed. Atalaya, s.d., 499 p.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 1ª ed., RJ, Ed. Forense, 1968, 375 p.

HADAS-LEBEL, Mireille. **Flavio Josefo, o judeu de Roma**. 1ª ed., RJ, Ed. Imago. 1991, 290 p.

JOHNSON, Paul. **História dos Judeus**. 1ª ed., RJ, Ed. Imago, 1989, 653 p.

**DISCRIMINAZIONE, HATE
CRIMES, RAZZISMO: LA
QUESTIONE NAPOLITANA**

Massimiliano Verde³⁷⁸

ABSTRACT ITALIANO

I diritti civili in Italia, discriminazione e razzismo: la questione napoletana. Il tema del razzismo come discriminazione etnico-culturale, sociale in Italia verso il Mezzogiorno: il caso della Pandemia. Il lavoro dell'Accademia Napoletana per la difesa dei diritti civili. Crimini d'odio, intolleranza, razzismo e istigazione all'odio e alla violenza alla luce della *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, la Raccomandazione n. (97) 20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 30 ottobre 1997, la Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'UE del 28 novembre 2008 e dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione europea (OSCE) 9/2009 "*Combating hate crimes*". La *Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*, deliberata dal Senato della Repubblica Italiana.

³⁷⁸ 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 dellacultura 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

PAROLE CHIAVE: *Razzismo, Discriminazione, Italia, Hate Crimes, Napoli*

ENGLISH ABSTRACT

Civil rights in Italy, discrimination and racism: the Neapolitan question. Racism as an ethnic-cultural and social discrimination in Italy towards the South, the Pandemic case. The work of the Neapolitan Academy to defend civil rights. Hate crimes, intolerance, racism and incitement to hatred and violence in the light of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the UE Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers To Member States On "Hate Speech" (30 October 1997), the UE Council Framework Decision 2008/913/JHA of 28 November 2008 and the Organization for European Security and Cooperation (OSCE) 9/2009 "*Combating hate crimes*". Analysis of the situation, case studies and reflections: the Commission for the fight against the phenomena of intolerance, racism, anti-Semitism and incitement to hatred and violence of the Senate of the Italian Republic.

KEYWORDS: *Racism, discrimination, Italy, hate crimes, Naples*

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.

INTRODUZIONE

Il presente lavoro prende le mosse dall'istituzione della *Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*, deliberata dal Senato della Repubblica Italiana. La Commissione, di cui vedremo nel dettaglio più avanti, riflette le preoccupazioni e desidera fungere da organismo consultivo e propositivo in ordine al contrasto delle manifestazioni d'incitamento all'odio ed alla discriminazioni che in Italia, ma non solo, si avvertono come più frequenti e appaiono in aumento.

Come vedremo nell'analisi, tutt'oggi in Italia, di questi fenomeni, è pressoché assente un dibattito pubblico ed a livello nazionale circa la discriminazione versus i cittadini del Mezzogiorno d'Italia ed in particolare la città di Napoli ed i napoletani.

Cerchiamo con questa breve dissertazione di evidenziare la problematicità e la gravità di questa carente attenzione, in ambito nazionale, in Italia. Una premessa appunto introduttiva è d'obbligo per delineare i principi sanciti internazionalmente cui la normativa italiana vorrebbe rendere

ossequio, anche con la Commissione di cui sopra.

Occorre qui ricordare preliminarmente la *Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale* ratificata dallo Stato Italiano il 5 gennaio 1976 ed in vigore dal 4 febbraio 1976, la cui 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; 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.

La Convenzione chiarisce in modo inoppugnabile che l'espressione "discriminazione razziale" sta 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 norma fondamentale che vieta ogni forma di odio deve essere considerato invece il *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, adottato a New York il 19 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia dalla legge 25 ottobre 1977, n. 881, che, ex articolo 20, prevede che vengano *espressamente vietati* da apposita legge qualsiasi forma di propaganda a favore della guerra, ma anche ogni appello all'odio nazionale, razziale o religioso che possa costituire forma di *incitamento* alla discriminazione o alla violenza.

L'ordinamento giuridico italiano, attraverso la legge 13 ottobre 1975, n. 654 aveva già introdotto autonome fattispecie di reato caratterizzate dalla matrice razzista: la propaganda razzista, l'incitamento alla discriminazione razziale e agli atti di violenza nei confronti di persone appartenenti ad un diverso gruppo nazionale, *etnico* o razziale, il compimento di atti di discriminazione e di violenza nei confronti dei medesimi soggetti e, infine, la costituzione di associazioni ed organizzazioni con scopo di incitamento all'odio o alla discriminazione razziale.

L'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa inoltre tratta i crimini d'odio ovvero quelle condotte che costituiscono reato (qualsiasi tipo di reato) e che sono

ispirate da un motivo di *pregiudizio* (bias) contro una categoria quale un gruppo, una razza, o contro la lingua, la religione, l'etnia, la nazionalità o simili, come il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere, oltre, talvolta, la disabilità. A tale ampia categoria va ascritto anche il *discorso d'odio* (hate speech) in rapporto di specie a genere rispetto al crimine d'odio. I crimini d'odio danneggiano non solo la vittima e per il gruppo di appartenenza, ma anche la società nel suo complesso.

Infatti questi crimini ledono il valore della sicurezza dei membri della società, ma soprattutto il valore dell'uguaglianza fra cittadini e l'armonia all'interno di una società. Ciò è in palese contrasto con l'art.3 della Costituzione Italiana che testualmente recita: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*"

Il termine "incitamento all'odio" secondo la *Raccomandazione n. (97) 20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa* del 30 ottobre 1997, copre tutte le forme di incitamento o *giustificazione* dell'odio come tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia,

l'antisemitismo o altre forme di odio basato sull'intolleranza, tra cui: discriminazione e ostilità nei confronti di minoranze. In particolare, incitamento è anche sostenere azioni come l'espulsione di un determinato gruppo di persone dal Paese o la distribuzione di materiale offensivo contro *determinati gruppi*.

Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa prosegue definendo gli *hate speech* anche come quelle forme di espressioni che diffondono, incitano, promuovono o giustificano gli abusi e le molestie, gli *epiteti*, i *pregiudizi*, gli *stereotipi* e le ingiurie che stigmatizzano e insultano.

Pertanto la succitata raccomandazione impegna gli Stati membri ad adottare misure adeguate per combattere l'incitamento all'odio, garantire che tali passaggi facciano parte di un *approccio globale* al fenomeno, finalizzato alla comprensione anche delle sue cause sociali, economiche, politiche, culturali e di altro tipo.

I governi degli Stati membri, le autorità pubbliche e istituzioni pubbliche a livello nazionale, regionale e i livelli locali, così come i funzionari, hanno la responsabilità speciale di *astenersi* da dichiarazioni, in particolare ai *media*, che possono essere ragionevolmente intesi come incitamento all'odio o come

discorso che può produrre l'effetto di legittimazione, di diffondere o promuovere l'odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme di discriminazione o odio basate su intolleranza.

Tali dichiarazioni dovrebbero essere vietate e disconosciute pubblicamente ogni volta che si verificano. La legislazione e la prassi nazionale nel settore dell'incitamento all'odio dovrebbero tenere in debito conto il ruolo dei *media* nel comunicare informazioni e idee che espongono, analizzano e spiegano casi specifici di incitamento all'odio e fenomeno sottostante in generale, nonché il diritto del pubblico a ricevere tali informazioni e idee.

Chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità e sull'odio razziale e chi incita a commettere atti di discriminazione o di violenza è incriminato a titolo di pericolo presunto quando il *pregiudizio* razziale, etnico, nazionale o religioso si trasforma da pensiero intimo del singolo a pensiero da diffondere in qualunque modo, con «argomenti», quali la superiorità della propria razza, etnia, nazione o *gruppo*, ma anche compiendo o incitando a compiere atti di discriminazione.

La Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione

Europea del 28 novembre 2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, chiarisce che, nella lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia, è opportuno il ricorso al diritto penale. Secondo questa Decisione, gli Stati membri devono garantire che siano punibili i *discorsi di incitamento all'odio*, intenzionali e diretti contro un *gruppo di persone* o un membro di essi, in riferimento alla razza, al colore, alla religione o all'etnia.

Deve risultare, altresì, punibile l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio, quale che sia la forma di diffusione: scritti, immagini o altro materiale. Lo stesso dicasi per l'apologia o la negazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e di quelli di guerra e, infine, quanto ai comportamenti atti a turbare l'ordine pubblico o minacciosi, offensivi e ingiuriosi. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i comportamenti relativi ai reati di stampo razzista o xenofobo siano *resi punibili con sanzioni penali* che prevedono la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni.

Con l'Atto di Sindacato Ispettivo n° 1-00136, pubblicato il 5 giugno 2019, nella seduta n. 118, ad esame concluso nella seduta n. 160 dell'Assemblea il

30/10/2019, il Senato della Repubblica Italiana, ha deliberato di istituire una *Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza*.

Con l'istituzione della Commissione, si vuole corrispondere all'invito del Consiglio d'Europa ad una sempre maggiore sensibilizzazione dei Parlamenti nazionali in fatto di conoscenza e contrasto di tutte le forme di intolleranza e razzismo.

Nelle intenzioni del legislatore italiano occorre infatti far fronte ad una "recrudescenza dei fenomeni di odio, intolleranza, razzismo, antisemitismo e neofascismo, che pervadono la scena pubblica, sia con atti e manifestazioni di esplicito odio e persecuzione contro *singoli e intere comunità*, sia con una capillare diffusione attraverso vari mezzi di comunicazione e in particolare sul web. Parole, atti, gesti e comportamenti offensivi e di *disprezzo di persone o di gruppi* assumono la forma di un incitamento all'odio, in particolare verso le minoranze che comunque costituiscono un pericolo per la democrazia e la convivenza civile".

La Commissione ha compiti di osservazione, studio e iniziativa per l'indirizzo e controllo sui fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e

istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi sociali sulla base di alcune caratteristiche quali l'etnia, la religione, la *provenienza*, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche. Essa controlla e indirizza la *concreta attuazione* delle convenzioni e degli accordi sovranazionali e internazionali e della legislazione nazionale relativi ai fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e di istigazione all'odio e alla violenza, nelle loro diverse manifestazioni di tipo razziale, etnico-nazionale, religioso, politico e sessuale. La Commissione svolge anche una *funzione propositiva*, di stimolo e di impulso, nell'elaborazione e nell'attuazione delle proposte legislative, ma promuove anche ogni altra iniziativa utile a livello nazionale, sovranazionale e internazionale.

La Commissione può segnalare agli organi di stampa ed ai gestori dei siti internet casi di fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi sociali sulla base di alcune caratteristiche, quali l'etnia, la religione, la *provenienza*, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche, richiedendo la rimozione dal

web dei relativi contenuti ovvero la loro deindicizzazione dai motori di ricerca.

In costanza di quanto summenzionato, per ciò di cui tratta il presente lavoro, occorre rilevare che il tema dell'incitamento all'odio, in ogni sua forma, diretta od indiretta, agli stereotipi, pregiudizi contro i cittadini italiani di *provenienza* meridionale o napoletana, è completamente inesistente come tema di dibattito pubblico e politico a livello nazionale, è necessario ribadirlo. Di seguito si evidenzieranno le enormi contraddizioni tra quanto sopra enunciato e la situazione attuale in questo senso, in costanza di vittimizzazione di un intero gruppo di persone, quali i napoletani nella specie, che nell'immaginario collettivo italiano sono l'evidenza e caratterizzazione, implicitamente negativa di tutto il cosiddetto Sud Italia (l'allora Regno delle Due Sicilie).

Si porteranno alla luce in maniera sintetica alcuni ma gravi esempi di discriminazione. In questa sede non ci occupiamo delle discriminazione economica nei confronti di questa parte del Paese Italia.

PROBLEMATICA

Come si scriveva in introduzione la problematica del razzismo, o della

discriminazione per così dire “territoriale” quanto al Mezzogiorno, (lo stesso termine, “*razzismo*”, non è contemplato come tale, nell’opinione pubblica italiana, verso questo gruppo di cittadini italiani) in Italia non è elemento del dibattito nazionale in materia di lotta ai pregiudizi, stereotipi e *minorizzazione* di gruppi umani. Un esempio concreto di tale situazione è connesso al fenomeno calcistico in Italia, megafono di pulsioni e termometro dei malesseri della società italiana, rappresentando inoltre e paradossalmente (per quanto vedremo appresso) le partite di calcio un momento importante di diffusione di messaggi soprattutto presso i bambini, tra l’altro.

Menzioniamo, come elemento di criticità, la decisione del Consiglio federale della Federazione Italiana Giuoco Calcio, sotto la presidenza di Carlo Tavecchio che nel 2014 depenalizzò la sanzione per discriminazione territoriale, stabilendo che la medesima *non fosse più equiparata* alla discriminazione etnica o razziale – un illecito disciplinare – rendendo quindi le punizioni graduali e più leggere, attenuando di fatto la responsabilità oggettiva dei club ed allontanando sanzioni più dure come la chiusura degli stadi di quelle “tifoserie” macchiate di incitamento all’odio verso i napoletani, episodi che secondo la

vecchia normativa avevano portato allo stop infatti per alcune “tifoserie” di squadre di calcio del Nord d’Italia, permanendo azioni d’incitamento all’odio versus la città di Napoli (invocazioni di eruzioni, *epiteti* ingiuriosi, ecc.). Pressioni all’interno del mondo del calcio e non solo, probabilmente avevano portato a prendere decisioni più morbide verso comportamenti di stampo discriminatorio mai veramente puniti o stigmatizzati che da almeno un cinquantennio occorrono nei confronti dei napoletani, negli stadi (e purtroppo non solo...) di calcio italiani.

Un caso eclatante di discriminazione territoriale contro i napoletani si ebbe il 13 maggio 2018 quando migliaia di tifosi durante la partita Sampdoria-Napoli allo stadio Marassi di Genova, ebbero ad insultare i Napoletani per tutta la durata della partita (nonostante i ripetuti solleciti dei responsabili dello stadio) con una ridicola punizione, contorni e contenuti dello stesso clima d’odio e d’incitamento all’odio che avevano portato all’assassinio di *Ciro Esposito* nel 2017 - come confermato dalle motivazioni della sentenza di condanna, tra l’altro con riduzione della pena (!) per l’omicida. *Ciro Esposito* fu assassinato in quanto “napoletano”.

Appaiono risuonare in tal senso, come terribili e stonate, le dichiarazioni di condanna istituzionale e pubblica ai più alti livelli, in casi analoghi, con vittime di *provenienza* territoriale od etnica non napoletana...laddove i media nel caso del napoletano Ciro Esposito, avevano immediatamente, per il sol fatto della sua *provenienza* (Scampia, Napoli), aleggiato l'ipotesi di appartenenza alla malavita locale. In quel caso il napoletano invece era solo "reo" di aver preso le difese di alcuni supporters della squadra del calcio Napoli, tra i cui donne e bambini, assaliti da un (eufemisticamente) "tifoso" romanista, dalle amicizie e supporti di ambito probabilmente fascista, da cui una parte della tifoseria romanista e romana mai, tuttora ha preso le distanze.

Doveroso anche ricordare la propaganda anti-napoletana dei media italiani in quel caso, proponenti fantomatiche ed imminenti spedizioni punitive, invasioni, per ritorsione dei napoletani a Roma, il loro concentrarsi verso alcuni personaggi non limpidissimi della tifoseria napoletana - attraverso una generalizzazione diffamatoria, ancora una volta dei napoletani in quanti tali - onnubilando altri personaggi di tifoserie avverse, dai simili atteggiamenti e comportamenti agenti in tempi e luoghi identici (stadio

olimpico di Roma, finale di Coppa Italia 2017). Qui rileviamo anche che l'incitamento all'odio contro Napoli ed i napoletani occorre anche in manifestazioni sportive diverse dal calcio (ad esempio nel basket) ed anche quando la locale squadra di calcio non è presente in alcuna manifestazione sportiva (come nella partita di calcio Inter-Chievo del 2019), o addirittura nella commercializzazione di t-shirt che espressamente incitano all'odio verso la città di Napoli (Milano, Settembre 2020)

Nessuna eco di tipo nazionale, né dibattito in tema di odio, discriminazione ne consegue se non a livello locale, come detto o con distorsioni e speculazioni, se a livello nazionale, non certamente di pari grado, clamore e reazione quale si registra invece per fatti di vittimizzazione, o presunta tale, a carico di soggetti di etnie diverse (immigrati, ad esempio, persone di colore, ecc.).

Il racconto mediatico di tali episodi è di poca rilevanza e tende ad appiattirsi in un discorso di "cose da stadio" o semplici sfottò, come se incitare, *in massa*, a catastrofi naturali per un'intera popolazione (eruzioni del Vesuvio ad esempio) quale quella napoletana sia "goliardia" o fatto normale. Tutto ciò non è un caso, come dimostrato dall'attenta analisi ne "*La parte cattiva dell'Italia/Sud media e*

immaginario collettivo” di un trentennio di edizioni del TG1 e dei quotidiani Corriere delle Sera e Repubblica nonché alcune fiction televisive, pellicole del cinema, siti web e interviste a intellettuali. Infatti, da quella si arriva a stabilire che negli ultimi sei decenni il racconto del Sud ha occupato sempre meno spazio, appiattendosi sui luoghi comuni quali: arretratezza, malgoverno, corruzione, criminalità organizzata, parassitismo.

Non dimentichiamo che la teoria dell’ “inferiorità” della razza meridionale è stata (ed è) una fonte di strumentalizzazione e spiegazione rassicurante per una certa parte della classe politica ed intellettuale (ahimè, anche dell’opinione pubblica) italiana verso il problema delle “due” Italie.

In sostanza non esiste per il mainstreaming italiano una discriminazione anti-meridionale o versus i napoletani atta a legittimare misure sanzionatorie congrue, poiché il Sud e la società napoletana, è così (“costitutivamente camorristica”, per citare l’incredibile frase dell’allora presidente della Commissione Antimafia, Rosi Bindi o per rifarci alle più recenti asserzioni quali “ i Meridionali sono inferiori”, cit. V. Feltri, affermazioni cui non ha fatto seguito alcuna condanna giudiziaria o ad altre

simili come “Napoli, fogna da derattizzare”, dell’allora ministro Calderoli, in Parlamento, ecc.), cioè su cui *non vale più la pena di interrogarsi* ed anzi occorre guardare altrove, in spregio dell’art.3 della Costituzione Italiana. È doveroso a questo punto enunciare altri esempi di quanto andiamo discorrendo.

TEMA

La discriminazione anti-napoletana in Italia, il caso della pandemia.

La situazione della pandemia da Covid-19 rappresenta un’esperienza che nel presente contesto può essere indicativa nell’illustrazione dei fenomeni di razzismo, stereotipi, incitamento alla discriminazione, al *pregiudizio*, in Italia verso un gruppo di persone quali i napoletani (in genere del Mezzogiorno d’Italia), atti, episodi, circostanze che si pongono in aperta frizione rispetto ai principi enunciati dalle Convenzioni e Raccomandazioni che abbiamo succitate e che, quale tema di dibattito ed analisi, ci sembra rilevante e congruo portare all’attenzione della novella Commissione per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all’odio e alla violenza. Non entriamo qui in merito alle

discutibili iniziative del governo Italiano quanto alla dinamica della pandemia (mancata osservazione del Comitato scientifico quanto ad alcune indicazioni in merito alla chiusura di alcune parti del territorio italiano, “ripartenza” uguale davanti a situazioni fortemente diseguali quanto alla pandemia tra Nord e Sud, ecc.); la nostra attenzione invece va al racconto dei media italiani dell’esperienza pandemica, in costanza di una situazione disastrosa sotto l’aspetto sanitario e politico (della politica di gestione della pandemia) di alcune regioni (concentrate tutte al Nord Italia) ed al contrario delle regioni meridionali che, nel racconto mediatico nazionale, “incredibilmente” non avevano avuto di questi problemi (ma condannate a stare “chiuse” anch’esse).

Sarebbe ilare se non fosse drammatico il discorrere dell’atteggiamento dei *media* italiani in merito e gli atteggiamenti suscettibili di diffamazione ed incitamento al *pregiudizio*, verso queste ultime regioni, meridionali, appunto, in particolare la Campania e soprattutto gli abitanti di Napoli. Si necessita qui il riportarle, perché il tema è appunto l’incitamento, a mezzo di discorso, alla discriminazione, al pregiudizio, allo stereotipo ai sensi dei

precetti della summenzionate convenzioni e raccomandazioni.

Un tema di dibattito che ripetiamo ancora una volta, in Italia praticamente non esiste, se non a livello locale cioè presso l’opinione pubblica napoletana o meridionale.

Ovviamente occorre ricordare che in Italia, tanto la tv pubblica quanto quella privata sono di emanazione nazionale (il che vuol dire spesso anti-meridionale) e nord-centrica. Un fatto mostruosamente eclatante fu la posizione di alcuni media nazionali rispetto allo scienziato campano di fama mondiale, Dott. Paolo Ascierio, etichettato in diretta sulla rete nazionale, Rai3, da un collega lombardo, con l’accusa di far del “provincialismo” e deriso successivamente come qualcuno che volesse appropriarsi di meriti non suoi anche da alte tv private di livello nazionale, (Mediaset) contrariamente invece al fatto che lo scienziato campano avesse dimostrato l’efficacia di un farmaco (in corso di sperimentazione, a sua opera e dei suoi colleghi, con incoraggianti risultati e poi con un protocollo nazionale, ad hoc) nel combattere alcuni effetti del Covid-19.

Si dava così adito, subdolamente e non, incitando alla *discriminazione*, in diretta nazionale, con il solito *stereotipo* italiano quanto al napoletano

“truffaldino” in costanza di un fatto che invece l’azione dello scienziato poteva (e sta salvando tuttora salvando) vite umane (!)

Non essendo possibile mettere in discussione l’eccellenza da prima della classe della regione Lombardia, non sopportabile, né credibile in Italia, men che meno rispetto ad una città od a una comunità quale quella napoletana, “costitutivamente” arretrata e “minore” nella coscienza collettiva italiana: una situazione assurdamente drammatica, poco comprensibile fuori dal contesto italiano, poiché davvero incredibile. In costanza di tante vite umane perse e tante altre da poter salvare si dileggiava uno scienziato, nell’opera di ricerca e sperimentazione.

In genere si è assistito in Italia al racconto mediatico di una quasi “attesa” che la pandemia si sviluppasse al Sud, territorio, incapace secondo tale racconto né di organizzazione (la totale disorganizzazione e mancanza di eccellenze al Sud è altro *pregiudizio* diffuso a livello nazionale), la mal celata speranza, quasi spasmodica con servizi televisivi ad hoc di “trovare” persone nelle strade di Napoli non rispettose delle indicazioni governative anti-covid, quasi a conferma del pregiudizio (!); dell’ “incredibilità” che eccellenze venissero da Napoli (l’Istituto Nazionale per lo

Studio e la Cura dei Tumori “Fondazione Giovanni Pascale”, ospedale di Napoli presso cui lavora lo scienziato Ascierio, declamato da media internazionali e di cui solo dopo si diede notizia in Italia...), oppure l’ “interrogarsi” sul perché la pandemia avesse colpito il Nord Italia, poiché forse i suoi cittadini fossero più ligi al dovere, avendo, *a differenza* dei meridionali, il culto del lavoro....

Come ripetiamo sarebbe ilare se questi episodi diffusi dai mass media *a livello nazionale*, non fossero veritieri nella loro drammaticità nel perorare ed incitare a pregiudizi, stereotipi, discriminazioni o peggio subdole insinuazioni, diffamanti e delegittimanti, verso un intero gruppo umano, quale quello napoletano e meridionale in genere, anche in costanza di un evento tragico per l’intera umanità, quale quello della pandemia che in Italia ha visto decine di migliaia di morti in Lombardia e centinaia ancora in altre regioni del Nord Italia.

Lo “shock” dei media, della classe intellettuale italiana, per così dire, rispetto alla compostezza di un’intera collettività, quale quella napoletana e meridionale (e questa reazione, a volte isterica, vale più di tante spiegazioni quanto al profondo stereotipo incubato e diffuso, dai media e dalla società italiana verso il cosiddetto Mezzogiorno), le

pratiche solidarie (il “panaro” solidale secondo la lezione del dott. Moscati - *chi ha metta, chi non ha prenda*- la spesa solidaria, la didattica di strada, ecc.) che invece hanno conquistato per la loro umanità il mondo e sono state da esempio per molti paesi, imitati anche in altre parti d’Italia e spacciati in questo caso come propri...tutto ciò ci delinea una situazione che va posta necessariamente innanzi ad un dibattito pubblico, sociale, nazionale ed internazionale.

In questa sede (e, ci piacerebbe portare, con il presente articolo, anche ciò all’attenzione della Commissione senatoriale di cui sopra) ci corre l’obbligo parimenti di denunciare, a proposito di incitamento al *pregiudizio* ed alla discriminazione, l’ulteriore ed incredibile sussistenza del Museo Cesare Lombroso in Torino, vero schiaffo alla memoria di tanti resistenti dell’antico Regno delle due Sicilie (e non solo) all’annessione savoiarda, i cui, tra gli altri, resti umani che fanno “bella” mostra di se nel Museo, furono catalogati come esempi di razza “inferiore” dal pseudo scienziato Lombroso a giustificazione “scientifica” ed ideologica (come dopo farà il Fascismo in Africa) dell’invasione dei territori ex regnicoli, delle deportazioni (ma questo sarà ulteriore tema in altre occasioni, di

lavoro) e della costruzione della questione meridionale, mai risolta, perché in sostanza “questione settentrionale”. Necessario per quanto concerne il Museo Lombroso anche menzionare la decisione della Corte di Cassazione Italiana circa l’illegittimità delle richieste di restituzione e sepoltura del cranio conteso del “brigante” calabrese Villella, ancora “esposto” nel Museo, perché, testualmente: “prevale l’interesse scientifico che le teorie (del Lombroso) seppur superate, continuano ad avere”. Ovviamente senza che il “brigante”, in vita, avesse mai acconsentito all’uso del suo corpo o parte dello stesso per scopi pseudo-scientifici.

Suggeriamo allora, visto che sussisterebbero tali interessi “scientifici”, che non si chiuda il Museo, ma che lo stesso diventi percorso pedagogico circa il racconto di come è stata *anche* costruita la nazione italiana, per così dire, “come sono stati fatti gli italiani”, per citare D’Azeglio, per comprendere gli orrori del passato al fine di conservare la memoria, baluardo contro la barbarie e disinnescare i *pregiudizi* e le discriminazioni di oggi, che affliggono anche i napoletani ed i meridionali in genere, ma di cui in Italia non si vuole mai discorrere....

CONCLUSIONI

Nel presente articolo abbiamo focalizzato la nostra attenzione in tema di discriminazione, incitamento all'odio, al pregiudizio, allo stereotipo, con particolare evidenza circa il caso del Meridione d'Italia, dei napoletani nello specifico, rapidamente nel mondo del calcio e nel caso della Pandemia, incitamento al pregiudizio ed alla discriminazione, quale esempio eclatante, alla luce dei principi internazionali, sanzionati contro l'incitamento all'odio, alla discriminazione. Le nostre argomentazioni hanno preso le mosse dalla costituenda Commissione contro le discriminazioni, cosiddetta Segre, dal nome della senatrice, sua ispiratrice e il presente lavoro è a disposizione della medesima.

Trattasi infatti dello scopo e di quanto muove il lavoro che come Accademia Napoletana svolgiamo, instancabilmente, anche grazie alla Revista de Direito Civil, alla cui ci onoriamo di fornire il nostro umile contributo. Difatti, non riteniamo più possibile il silenzio dei mass-media italiani su questo tema, non è concepibile infatti che in un Paese democratico, quale l'Italia, che si vuole ossequioso dei

principi di non discriminazione e tolleranza possano sussistere ancora in pieno 2020 certe situazioni che sono solo la spia di un malessere molto più profondo con precise, per chi scrive, cause politiche ed economiche che rimontano alla stessa "costruzione" dello Stato Italiano.

Non esistono discriminazioni di livello o categoria differente, o di grado tenue o minore o peggio inesistente, a seconda del gruppo, comunità, collettività, vittimizzate: la più grande discriminazione sarebbe (e purtroppo concretamente si presenta così oggi in tema di Mezzogiorno e Napoli) quella di negare la discriminazione. Essere negazionisti è un crimine ed esserlo verso situazioni di discriminazione, pregiudizio, stereotipo per *provenienza*, verso cittadini che dovrebbero godere di pari uguaglianza davanti alla legge e di piena solidarietà repubblicana nei loro confronti, lo sarebbe in maniera ancor più virulenta.

Parimenti non è più possibile una pedagogia alla *minorizzazione* o cancellazione o parziale, racconto della intiera storia del territorio meridionale dello Stato Italiano e dei suoi abitanti, attraverso libri di testo scolastici, azioni pubblicitarie, produzioni filmiche, discriminanti, *ispiratrici* di stereotipi e pregiudizi, (il linguaggio napoletano

quale allusivo, per ciò stesso alla criminalità organizzata, ad esempio, di alcune fictions and spot-pubblicitari ad esse connesse, un altro pesante esempio).

Ci battiamo contro questo e per portare sul piano internazionale, in difesa dei principi della pari dignità degli esseri umani, questa problematica che continueremo ad affrontare anche nei prossimi lavori nella Revista e rifiutiamo ogni etichetta, molto comune in Italia per chi affronta questi argomenti con critica, quali quelle di essere “monarchici”, “neoborbonici”, o similari.

Associandoci indi al Presidente della Repubblica Italiana, Sergio Mattarella:

“Perché il virus della discriminazione, dell’odio, della sopraffazione, del razzismo non è confinato in una isolata dimensione storica, ma attiene strettamente ai comportamenti dell’uomo. E debellarlo riguarda il destino stesso del genere umano”.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Ansa Calcio (2018), Serie A: Samp Napoli 0-2. Partita fermata 3' per cori discriminatori, in:

<https://www.ansa.it/sito/notizie/sport/calcio/2018/05/13/serie-a-samp-napoli-fcf46dec-d13c-4475-a9d2-53e37eb72fea.html>;

Areanapoli (2020), Feltri: "Meridionali inferiori". Arriva la sentenza della Procura, due avvocati pronti al ricorso, in:

https://www.areanapoli.it/varie/feltri-meridionali-inferiori-arriva-la-sentenza-della-procura-due-avvocati-pronti-al-ricorso_386075.html;

Combating Hate Crimes in the OSCE Region: An Overview of Statistics, Legislation, and National Initiatives Publisher Organization for Security and Cooperation in Europe, 15 September 2005;

Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. ONU, 21/12/1965;

Council of Europe, Committee of ministers. Recommendation no. R (97) 20 Of the committee of ministers to member states on "hate speech", 30 October 1997;

Decisione Quadro 2008/913/GAI, Consiglio dell’Unione Europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni

di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, 28 novembre 2008;

Euronews. (2020). "Italie: la Campanie à la pointe de la lutte contre le coronavirus", in:

https://fr.euronews.com/2020/04/23/la-campanie-a-la-pointe-de-la-lutte-contre-le-coronavirus?fbclid=IwAR2YIUSTUrppl_zfVwUPTMdEMhSn2Y3g11eY6laoN03NYy7d6QJgba81VdI;

Goisis, Luciana, Crimini d'odio. Il Senato approva la mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, 04.12.2019, in:

https://dirittopenaleuomo.org/contributi_dpu/crimini-dodio-il-senato-approva-la-mozione-per-listituzione-di-una-commissione-straordinaria-per-il-contrasto-dei-fenomeni-di-intolleranza-razzismo-antisemitismo-e-istigazione-all/;

Il Fatto Vesuviano (2020). "Attaccato dai medici del Nord", in:

https://m.facebook.com/ilfattovesuviano/paginaufficiale/photos/a.342715655820152/2784557868302573/?type=3&_tn=-R;

Il Napolista. (2020). "Sky News international celebra l'eccellenza Cotugno: Qui i medici non si ammalano" in:

<https://www.ilnapolista.it/2020/04/sky-news-international-celebra-leccellenza-cotugno-qui-i-medici-non-si-ammalano-video/> ;

Il Riformista. (2020). "Il paniere solidale di Napoli fa scuola: ceste sospese da Milano a Istanbul", in:

<https://www.ilriformista.it/il-paniere-solidale-di-napoli-fa-scuola-ceste-sospese-da-milano-a-istanbul-80195/>;

La Gazzetta Campana.it (2014): Figc «depenalizza» i cori di intolleranza territoriale. Solo multe, no alle curve chiuse in:

<https://www.lagazzettacampana.it/figc-depenalizza-i-cori-intolleranza-territoriale-multe-alle-curve-chiuse/>;

Vesuvio Live. (2020). "Coronavirus, Myrta Merlino: "Incredibile che l'eccellenza arrivi da Napoli", in:

<https://www.vesuviolive.it/vesuvio-e-dintorni/notizie-di-napoli/333640-myrta-merlino-eccellenza-napoli-coronavirus/>;

Vesuvio Live. (2020). “Assurda Barbara Palombelli: il coronavirus scoppiato al Nord perché si va a lavorare”, in:

<https://www.vesuviolive.it/ultime-notizie/denunciamo/330554-barbara-palombelli-coronavirus/>;

Senato della Repubblica, Atto di Sindacato Ispettivo n° 1-00136, Legislatura 18, Pubblicato il 5 giugno 2019, nella seduta n. 118, Esame concluso nella seduta n. 160 dell'Assemblea (30/10/2019) in:

<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=18&id=1112759>;

Tuttonapoli.net (2020) In metro a Milano con la maglia 'Odio Napoli': ma l'edicolante è napoletano e si rifiuta di servirlo in:

<https://www.tuttonapoli.net/dai-social/foto-in-metro-a-milano-con-la-maglia-odio-napoli-ma-l-edicolante-e-napoletano-e-si-rifiuta-di-servirlo-443479>;

La Repubblica Torino (2019), Cassazione, resta al museo Lombroso il cranio conteso del brigante calabrese Villella in:

https://torino.repubblica.it/cronaca/2019/08/20/news/cassazione_resta_al_museo

[lombroso il cranio conteso del brigante villella-233953332/](https://www.repubblica.it/italia/2019/08/20/news/cassazione_resta_al_museo_lombroso_il_cranio_conteso_del_brigante_villella-233953332/).