

# RDFAS

# REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

**ANO 4**

**ABRIL/JUNHO 2017**

**COORDENAÇÃO**

**CARLOS ALBERTO GARBI**

**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**

**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS  
Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

*Coordenação*

**CARLOS ALBERTO GARBI**  
**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**  
**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

*Assistente de Coordenação*

**ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO**

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA  
**ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES**  
[WWW.ADFAS.ORG.BR](http://WWW.ADFAS.ORG.BR)

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

**CONSELHO EDITORIAL**

**Conselho Editorial Internacional**

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

**Conselho Editorial Nacional**

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

**PARECERISTAS**

Bianca Mendes Gonçalves

Edgard Audomar Marx Neto

Laura Souza Lima e Brito

Mariana Luize Ferreira Mamede

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

*Coordenação*

**CARLOS ÁLBERTO GARBI**

**REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA**

**THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO**

*Assistente de Coordenação*

**ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO**

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

**ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS**

Rua Maestro Cardim, 560 - Cj 101/103

01323-000 - São Paulo – SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: [contato@adfas.org.br](mailto:contato@adfas.org.br)

e-mail para submissão de originais

[rdfas@adfas.org.br](mailto:rdfas@adfas.org.br)

Visite nosso site

[www.adfas.org.br](http://www.adfas.org.br)

Fechamento desta edição: [19.05.2017]

## **APRESENTAÇÃO**

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>5</b>
---------------------------	----------

### **DOCTRINA NACIONAL**

#### **Direito romano, religião e a prudência judicial**

*Roman law, religion and prudential conception of law*

André Gonçalves Fernandes .....	<b>8</b>
---------------------------------	----------

### **DOCTRINA ESTRANGEIRA**

#### ***Por un derecho penal de la vinculación***

*For a criminal law of binding*

Alexis Bavitot .....	<b>50</b>
----------------------	-----------

#### **Alienação parental: os efeitos das medidas de segurança em relação ao alienador e a eficácia das penalidades**

*Parental alienation: the effects of safety measures in relation to the aliener and the effectiveness of penalties*

Maria Gina de Sousa Alves Mesquita e Regina da Conceição Vilhena Ferreira .....	<b>57</b>
--	-----------

<b>NORMAS DE PUBLICAÇÃO .....</b>	<b>79</b>
-----------------------------------	-----------

REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

**DOCTRINA NACIONAL**

## DIREITO ROMANO, RELIGIÃO E A PRUDÊNCIA JUDICIAL

### ROMAN LAW, RELIGION AND PRUDENTIAL CONCEPTION OF LAW

**André Gonçalves Fernandes**

Juiz de Direito, Doutorando em Filosofia e História da Educação, Professor,  
Pesquisador, Colunista e Autor de artigos e obras científicas.

**Resumo:** Desde os primórdios da humanidade, o Direito sempre esteve atrelado à religião, como se denota do legado das civilizações antigas, sobretudo a grega, cuja *polis* foi a expressão mais alta da vida ética e tudo convergia para a atuação do indivíduo na arena política, de sorte a sequer ter sido um problema filosófico a busca de um critério distintivo entre o Direito e a religião. Em Roma, entre o final da República e os primeiros anos do Império, o Direito não é apenas cultivado por sacerdotes: surge a figura do jurisprudente que, consciente do objeto peculiar de sua indagação acerca do justo concreto nas relações cidadinas, paulatinamente, vai esculpindo epistemologicamente o Direito, a ponto de se tornar o profissional de uma arte com acentuado reflexo social (*virtus*) e forte sentido prático de justiça (*voluntas*). Essa autonomização epistemológica do Direito veio subordinada à ideia de que este emanaria da experiência particular, a partir da qual, por abstração e depois de um juízo prudencial, seriam separadas as condições singulares de sua realização existencial. Essa consciência de um campo autônomo da juridicidade humana, aliada à uma visão prudencial do Direito, moldaram a atitude do romano – homem de ação movido pelo ideal concreto de justiça –, cujos valores da *virtus* e da *voluntas* consistiram no desdobramento prático do legado grego especulativo de seus valores centrais do *nous* e do *logos*. Estudar esse espírito do Direito Romano permite-nos conhecer as razões da fortuna de seu singular legado no seio da história da chamada civilização ocidental.

**Palavras-chave:** Direito Romano; Autonomização; Religião; Epistemologia da Prudência Judicial; Direito de Família.

**Abstract:** Since the dawn of mankind, the Law has always been linked to religion, as evidenced by the legacy of ancient civilizations, specifically the Greek, whose *polis*



*was the highest expression of ethical living and all converged to the individual's performance in the political arena, in spite of not even having been a philosophical problem in search of a differentiating criteria between the Law and Religion. In Rome, between the end of the Republic and the early years of the Empire, the Law is not only cultivated by priests: the jurisperit figure arises, aware of the peculiar object of his inquiry on the concrete justice in urban relations, gradually, epistemologically sculpts the Law, to the point of becoming an expert of an art with a sharp social reflection (virtus) and strong practical sense of justice (voluntas).*

*This epistemological autonomy process of the Law was subordinated to the idea that it emanated from a particular experience, from which, by abstraction and after a prudential judgment, the singular conditions would be separated from its existential realization. The consciousness of an autonomous field of human juridicity together with the prudential conception of Law, shaped the attitude of Romans - men of action moved by the concrete ideal of justice - whose virtus and voluntas values consisted in a practical unfolding of the speculative Greek legacy of its core values of nous and logos. Studying this spirit of the Roman Law allows us to know the reasons for the fortune of its unique legacy within the history of the so-called Western civilization.*

**Keywords:** Roman Law; Empowerment; Religion; Epistemology of Judicial Prudence; Family Law.

**Sumário.** 1. A cosmogonia romana entre Direito e Religião. 2. O trabalho dos jurisconsultos: os prolegômenos filosóficos e culturais da *phronesis*, a aversão codificante e a moderação legiferante. 3. O trabalho dos jurisconsultos: a *jurisprudência* ou a prudência do direito. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas

## **1. cosmogonia romana entre Direito e Religião**

Por que dizemos que o Direito Romano<sup>1</sup> compõe a tríade axiológica que sustenta a dita civilização ocidental, ao lado da filosofia grega e do

---

<sup>1</sup> Segundo GILISSEN (1999:80-81), “a história do Direito Romano é uma história de 22 séculos, do século VII a.C. até o século VI d.C., no tempo de Justiniano, depois prolongada até o século XV do Império Bizantino. A influência do Direito Romano permanece considerável sobre todos os sistemas

Cristianismo? O que a Roma dos Césares, oradores e juristas fez, na órbita jurídica, que justificasse o reconhecimento desse perene aporte valorativo civilizacional? Quais foram as notas características do espírito do Direito Romano, a influenciar seu direito de família? Por que o Direito Romano voltou a ganhar força no estudo do direito do mundo ocidental moderno? Por que a força intelectual do Direito teve tanto espaço nas diversas fases de desenvolvimento da civilização romana?

JHERING (1942:12) afirma que

“a importância do Direito Romano para o mundo atual, não consiste em somente haver sido por um momento a fonte ou origem do direito. Esse valor foi meramente passageiro. Sua autoridade reside na profunda revisão interna, na transformação completa que fez sofrer todo nosso pensamento jurídico e em ter chegado a ser, como o cristianismo, um elemento de civilização moderna”.

CARPEAUX (2008:93), no campo literário, recorda-nos que

“a obra capital da literatura romana é o Corpus Juris. Desaparecera o Império político-militar dos romanos sobre o mundo mediterrâneo-ocidental, da África até a Britânia. Mas a dominação romana subsiste no fundo da consciência política, na linguagem dos parlamentos e tribunais, nos conceitos da jurisprudência e na organização da Igreja Romana. O monumento literário dessa capacidade de organização é o Corpus Juris. E mesmo essa “obra literária” não é obra de escritores romanos, porque sua redação definitiva coube aos jurisconsultos de Bizâncio”.

Ambos os autores, de campos diferentes do saber, oferecem-nos um começo de resposta para as indagações acima lançadas. No começo de Roma, em

---

romanistas de direito, mesmo em nossos dias. Foi sobretudo o direito privado romano que atingiu um nível muito elevado e que exerceu uma influência duradoura sobre o direito da Europa Medieval e Moderna. Roma, cuja fundação teria tido lugar, segundo a lenda, em 753 a.C., não era senão um pequeno centro rural no século VIII a.C. Dez séculos mais tarde, nos séculos II e III de nossa era, Roma é o centro de um vasto império que se estende da Inglaterra, da Gália e da Ibéria à África e ao Próximo Oriente até aos confins do império persa. Sua longa história é dividida em três períodos: a Realza (753 a.C. - 509 a.C.), a República (509 a. C. – 27 a. C.) e o Império (27 a.C. – 1453 d. C.). Essa periodização, baseada na forma de governo, não corresponde à periodização do direito romano, dividido em: época antiga, até meados do século II a.C., um direito muito arcaico e primitivo, típico de uma sociedade rural baseada numa solidariedade clânica; época clássica (150 a. C. a 284 d.C.), a do direito romano clássico, direito fixado pelos jurisconsultos; época do Baixo Império (284 d. C. até a queda do Império Romano do Ocidente), direito nascido da tripla crise do século III, de cunho político, econômico e religioso, dominado pelo absolutismo imperial e pela atividade legislativa dos imperadores”.

razão das profundas relações entre direito e religião, dado empírico herdado da *polis* grega, a normatividade comum (por exemplo, família, direito de propriedade, cidadania e contratos) ainda estava embaralhada junto à normatividade transcendente (cultos e ritos religiosos).

A religião concedeu ao romano (como ao grego também) uma certa forma de pensar e de agir e que demandou um bom tempo para dela se desvencilhar. A religião mostrava ao homem romano deuses em todas as partes e esmagava-o sob o temor de ter sempre deuses contra si, não lhe concedendo qualquer âmbito de liberdade de atuação para seu agir social, ao menos da forma que hoje compreendemos.

Para o romano, a religião ocupa um lugar ímpar em seu cotidiano. COULANGES (2009:177-178) descreve que

“sua casa é para ele o que para nós é um templo; ali encontra ele seu culto e seus deuses. O seu fogo doméstico é um deus; as paredes, as portas, a soleira são deuses; os limites que cercam seu campo também são seus deuses. O túmulo é um altar e seus ancestrais são seres divinos. Cada uma de suas ações de cada dia é um rito; todo seu dia pertence à sua religião. De manhã e à noite ele invoca o fogo doméstico, seus penates, seus ancestrais; ao sair de sua casa e ao nela entrar novamente lhes dirige uma oração. Cada refeição é um ato religioso que ele compartilha com suas divindades domésticas. O nascimento, a iniciação, o tomar da toga, o casamento e os aniversários de todos estes acontecimentos são os atos solenes de seu culto. (...) Há palavras que não ousa pronunciar por nada deste mundo. Se experimenta algum desejo, ele o inscreve com seu voto numa tabuinha que coloca aos pés da estátua de um deus. A todo momento ele consulta os deuses e quer saber qual a vontade deles. O romano somente sai de casa com o pé direito. Só permite ter cabelos cortados durante a lua cheia. Carrega consigo amuletos. Para prevenir-se contra incêndios, cobre as paredes de sua casa com inscrições mágicas (...). Ele não delibera no Senado se as vítimas não fornecem os sinais favoráveis. Ele abandona imediatamente a assembleia do povo se ouvir o chiado de um rato. Renuncia aos projetos mais bem planejados se perceber um mau presságio ou se uma palavra funesta chegar aos seus ouvidos. É bravo no combate, mas desde que os auspícios lhe assegurem a vitória. Este romano que aqui apresentamos não é o homem do povo, o homem fraco de espírito que a miséria e a ignorância retêm na superstição. Referimo-nos ao patrício, ao homem nobre, poderoso e rico. Este patrício é alternadamente guerreiro, magistrado, cônsul, agricultor e comerciante, mas,

em toda parte e sempre ele é sacerdote e seu pensamento está fixado nos deuses. O temor aos deuses tudo domina. Horácio disse as palavras mais verdadeiras sobre o romano: é temendo os deuses que ele se tornou o senhor da terra”.

O romano, por assim dizer, tinha uma profunda vida contemplativa e de comunhão espiritual com seus deuses. O culto da população romana era, portanto, um conjunto de diversos cultos. Seu fogo nacional era uma soma de vários fogos-lares. Roma estava ligada a toda a Itália e, assim, nos primeiros séculos de sua história civilizacional, fez prevalecer sua hegemonia política e religiosa, por meio de sua habilidade de unir-se pelo culto religioso a tudo que estava a seu redor. TITO LÍVIO (2009:141) assegura que Roma “por ter o *connubium* religioso com todas as cidades e o que prova que Roma conhecia bem a importância desse vínculo, é que não desejava que as outras cidades, suas submetidas, o tivessem entre si”<sup>2</sup>.

Contudo, entre os anos 500 a 350 a. C., Roma entrou numa longa sequência de guerras, sendo a primeira contra os sabinos de Tito Tácio. Depois, tomou a colônia de Alba e, uma vez destruída, Roma pretendeu elevar-se à condição de metrópole, herdando os direitos e a supremacia religiosa que Alba exercera até então sobre as trinta colônias da região do Lácio. Sustentou longas guerras para ter para si o único gênero de superioridade e de dominação – o religioso – que predominava na época: ergueu, em seu solo, um tempo dedicado a deusa Diana e obrigou todos os latinos ao comparecimento dos ritos que lá tomavam parte.

Graças a isso, conseguiu reunir, sob sua presidência, as festas e cultos religiosos, colocando, em prática, sua supremacia religiosa. Conforme foi crescendo territorialmente, Roma, notavelmente, atraiu para si todos os cultos dos povos vencidos. Dispunha-se a conquistar tanto as urbes vizinhas como seus deuses. COULANGES (2009:284), citando Cíncio, disse que “pois era uso de Roma – diz o antigo Cíncio – assimilar as religiões das urbes vencidas, ora as distribuindo pelas suas gentes, ora dando-lhes um lugar em sua religião nacional”.

Roma foi a única cidade que soube aumentar sua população por intermédio das guerras, uma política expansionista desconhecida para todo o resto do mundo itálico de então. Agregava a si todos os derrotados e, gradativamente, concedia-lhes a cidadania romana, ao mesmo tempo em que enviava colonos seus

---

<sup>2</sup> In *História de Roma*, Livros IX, 43 e XIII, 4.

para os lugares conquistados, a fim de difundir a cultura romana por toda parte, pois, tais colonos conservavam com a metrópole uma espécie de comunidade em espírito alimentada pela religião comum. E isso foi o suficiente para que os povos subjugados fossem compelidos a subordinar suas políticas locais à de Roma, obedecendo-lhe e auxiliando-a em todas suas frentes de combate.

COULANGES (2009:284) conclui que

“os laços de conquista, o connubium, a presidência das férias latinas, a dos deuses vencidos, o direito que Roma pretendia ter de sacrificar em Olímpia e em Delfos eram tantos outros meios mediante os quais Roma preparava sua dominação. Como todas as urbes, Roma possuía sua religião municipal, fonte de seu patriotismo; mas foi a única urbe que empregou esta religião para seu engrandecimento. Enquanto as outras urbes se isolavam devido à religião, Roma tinha a habilidade ou a boa sorte de se servir da religião para tudo atrair e dominar”.

Enquanto Roma expandia suas fronteiras originárias, uma série de mudanças sociais tomava conta das cidades e da própria Roma, a ponto de alterar profundamente a maneira de pensar do romano e que coincide com o magno desenvolvimento do poder político desta civilização: o sentimento religioso originário, que servia de fomento existencial para o sentimento patriótico do homem romano e alimentava a veia jurídica romana, esvaiu-se, na medida em que o domínio da fé e da piedade foi sendo retirado da casta sacerdotal.

O sentimento patriótico, desde os primórdios de Roma, era fortemente alimentado pelo afeto religioso: amava-se a pátria, pois nela amavam-se os deuses protetores dos destinos da cidadela romana, havia um conjunto de ritos, festas, orações, celebrações e hinos e, fora dela, nada disso existia mais. Entretanto, o amor a Roma não perece ainda. Assume uma outra forma: Roma passa a ser amada tão somente por suas instituições, por seu poderio político, por sua glória terrena e por seu esplendor civilizacional.

Tais atributos, por proporcionarem um considerável grau de segurança ao romano, cobram deste ainda uma série de deveres civis, porém, a partir de agora, derivados não de uma matriz religiosa, mas de um fundamento menos teórico e mais pragmático: o romano honra Roma não mais para defender seu panteão divino e o fogo doméstico de seus familiares longínquos, porquanto seu

lugar foi tomado pelas instituições – como o parentesco familiar legal – que lhe proporcionam uma série de vantagens e bens que nenhuma outra cidade seria capaz de fazê-lo.

O amor desinteressado deu lugar a um amor utilitário pela urbe. O patriotismo pela cidade debilitou-se em prol da sacralização da opinião particular de cada homem e o triunfo de suas posições pessoais tornou-se mais caro que a glória de Roma. O Direito não ficou insensível a esta mudança de comportamento do povo romano. Se, em suas origens civilizacionais, o Direito – e todos seus ramos, como a legislação familiar – era cultivado basicamente por teólogos e sacerdotes, nesta nova fase de sua história, entrou em cena a figura do jurisconsulto ou jurisprudente.

Um homem que toma consciência do objeto específico de sua indagação e, paulatinamente, mormente em razão do enfraquecimento do motor religioso, converte-se num profissional de uma nova arte, na qual a justiça passa a ser cultivada em seu sentido prático, como *voluntas* e não somente como um saber teórico, como fora feito na Grécia, ou estritamente religioso, como predominava até então.

REALE (1993:628) ressalta que

“o Direito Romano é, efetivamente, uma criação nova, que pressupõe em quem o cultiva a convicção de que a experiência humana, por ele estudada, subordina-se a categorias próprias, sendo suscetível de ordenação em um todo unitário e coerente e epistemologicamente autônomo em relação à religião”.

De início, entre os romanos, assim como com os gregos, o direito fazia parte da religião. Os antigos ordenamentos das cidades constituíam um conjunto de ritos, preceitos litúrgicos, orações e, concomitantemente, de disposições legislativas e civis. As mais antigas leis romanas continham preconizações normativas que se aplicavam tanto ao culto religioso quanto às relações da vida social, sobretudo as de cunho familiar: por exemplo, uma dessas leis proibia a mulher culpada de se aproximar dos altares domésticos; outra vedava o manejo de certos alimentos nos repastos sagrados e outra assinalava os detalhes da cerimônia militar para o ingresso de um general vitorioso na urbe. A Lei das Doze Tábuas tratava, dentre outras normativas, sobre minuciosos preceitos acerca dos ritos religiosos da sepultura.

COULANGES (2009:154) afiança que

“em Roma, reconhecia-se como verdade não ser possível, até o começo dos estertores da República, ser um bom pontífice se não se conhecesse o direito<sup>3</sup> e, reciprocamente, não ser possível conhecer o direito sem conhecer a religião. Por muito tempo, os pontífices foram os únicos jurisconsultos. Como não havia quase nenhum ato da vida que não tivesse alguma relação com a religião, resultava que tudo era submetido às decisões desses sacerdotes, já que eles se consideravam os únicos juízes competentes para uma quantidade infinita de processos. Todas as contestações relativas ao casamento, ao divórcio, aos direitos civis e religiosos eram levadas ao tribunal deles. Julgavam tanto incesto quanto o celibato (...). Fazer um testamento significava transgredir a ordem que a religião estabelecera para a sucessão dos bens e a transmissão do culto, de modo que o testamento devia, originariamente, ser autorizado pelo pontífice (...). Tal a razão porque os mesmos homens eram pontífices e jurisconsultos – o direito e a religião constituíam uma unidade”.

O antigo direito era um ordenamento religioso, a lei um texto sagrado e a justiça um conjunto de ritos sacros. A partir do momento em que o sentimento religioso consumiu-se, o homem das leis foi buscar na noção de justiça, como prática social, o estatuto axiológico para a autonomia epistemológica do Direito em relação à religião, transição esta alimentada principalmente na ideia grega de justo natural, segundo a qual o Direito não seria exclusivamente um produto dado pelos deuses por meio da religião, mas seria também uma realidade natural. E, a partir de então, essa consciência mais autônoma da juridicidade humana passará a ser desenvolvida e aprimorada quase que exclusivamente pelo trabalho de prudência judicial dos jurisconsultos romanos, com seus inevitáveis reflexos na seara do regramento legal familiar.

## **2. O trabalho dos jurisconsultos: os prolegômenos filosóficos e culturais da *phronesis*, a aversão codificante e a moderação legiferante**

Se, em Roma, resgata-se, com a dissipação do sentimento religioso a partir dos últimos séculos da República, a ideia helênica do justo natural como um

---

<sup>3</sup> Cf. Cícero, in *De Legibus*, II, 19: *Pontificem neminem bonum esse nisi qui jus civile cognoscit*.

novo fundamento axiológico do Direito<sup>4</sup>, por outro lado, desencadeia-se uma novidade que surge da experiência propriamente romana na forma de compreender o fenômeno jurídico, sobretudo na época clássica (150 a. C. a 284 d.C.), em que o Direito Romano recebeu suas fundações. Posteriormente, este ordenamento jurídico sofreu outras transformações, mas consistentes em modificações tardias e superficiais na base de um sistema que já havia sido solidamente delineado.

Por proêmio, podemos notar que, em termos de fontes de produção do Direito, a lei, entendida como uma declaração estatal normativa, teve uma extensão impressionantemente pequena no universo romano e, em regra, circunscrita num segundo plano e para determinados fins, sobretudo de natureza constitucional, administrativa e internacional, na proporção em que, na fase política imperial, os domínios romanos expandiam-se.

SCHULZ (1990:28-29) afirma que

“a concepção romana é fundamentalmente contrária à codificação e, em relação à legislação de natureza privada, observava uma severa moderação. O << povo do direito >> não é o povo da lei. O fato de que, no começo da história do direito romano, encontre-se uma codificação como a Lei das XII Tábuas não deve nos conduzir a erro. Prescindindo da consideração de que esta legislação não corresponde ao período clássico, é preciso assinalar que está completamente isolada na história do direito romano, tanto em sua concepção de conjunto como em sua forma e surgiu, evidentemente, sob influência da codificação grega (Cf. KRUEGER, 14; vid. WILAMOWITZ-MOELLENDORF, Griech. Verskunst (1921), 31, nota 3 e infra, p.147)” (tradução livre).

Assim como a legislação romana não voltou a jamais utilizar o estilo lapidário da Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* – 450 a.C.) que, em sua brevidade, renunciava conscientemente a uma exatidão absoluta, mesmo assim, até o final da época clássica do Direito (150 a. C. a 284 d.C.), não existiu e nem mesmo foi tomada a sério a ideia de uma codificação compreensiva de todo o direito. Se é certo que (SCHULZ, 1990:28) Júlio César (48 a.C. – 44 a.C.) concebeu um projeto de codificação em seus últimos dias de sua existência, isso foi fruto da força do

---

<sup>4</sup> A respeito dessa consciência mais presente da juridicidade humana, Reale (1999:630) conta que isso se reflete, concretamente, “no fragmento de Paulo, tantas vezes invocado pelos estudiosos da matéria: - *Non omne quod licet honestum est* (D.50, 17, 144). Este fragmento está a mostrar-nos que os romanos tiveram clara noção de que o *lícito moral* não se confunde com o *lícito jurídico*”.



crescente espírito helênico nele incrustado e que sequer foi objeto de um início de execução.

Nesse sentido, é muito significativo que um plano de codificação ressurgia apenas quatrocentos anos depois, sob o império de Teodósio II (408 a.C. – 450 a. C.), cujo desfecho foi não ter saído do papel: a compilação reunida em 438 d. C. apenas consistiu numa coleção oficial de constituições imperiais a partir de Constantino (306 d.C. – 337 d.C.). É relevante notar que a primeira codificação que efetivamente é levada a cabo, depois da Lei das XII Tábuas (450 a.C.), é o *Corpus Juris Civilis*<sup>5</sup> (529 d.C.), de lavra do imperador Justiniano (529 d.C. – 565 d.C.), no momento do fim da verdadeira história do direito romano. Ou seja, a codificação justiniana, apesar de sua incontestável importância histórica e jurídica, veio para fechar o túmulo desse capítulo da história do direito.

Além da já citada aversão ao espírito codificante, o romano sempre atuou com muita moderação em relação à qualquer necessidade de promulgação estatal do direito: as leis republicanas e imperiais eram editadas para fins de estipulação de tratados internacionais, constituição orgânica das províncias, normativas constitucionais ou administrativas (principalmente das magistraturas) e desde que de natureza estritamente econômica (como as *leges agrariae*). O autêntico direito privado – como o direito de família – foi muito pouco afetado pela legislação, salvo quando envolvia, também, aquelas matérias (como a *Lex Aquilia* ou a *Lex Poetelia Papiria*).

Os grandes ramos centrais do direito privado, como contratos, propriedade, posse, casamento e filiação, sucessões e obrigações permaneciam quase que cerrados à ação legiferante estatal. A própria reforma do Estado concretizada por Augusto (27 a.C. – 14 d. C.) não consistiu num conjunto de leis; apenas limitou-se a atribuir determinadas competência mediante decretos e, a par disso, serviu-se da lei e das constituições imperiais, na esteira da tradição republicana, somente para normatizações relativas ao direito processual e administrativo.

---

<sup>5</sup> Essa denominação (Corpo do Direito Civil) foi dada pelo romanista francês Dionísio Godofredo em 1538 à compilação legislativa feita por Justiniano e por ele promulgada em 29 de dezembro de 529 d.C., composta por quatro partes: *Institutas* (manual escolar), *Digesto* (compilação dos *iura*, o direito contido nas *leges*, as constituições imperiais), *Codex* (compilação das *leges*) e *Novellae* (reunião das *leges* promulgadas exclusivamente por Justiniano).

Durante o Principado (a primeira fase política do Império), o Senado adquiriu competência para promulgar normas jurídicas gerais e o fez seguindo os mesmos critérios da tradição republicana. Atuou no ramo do direito privado nas raras hipóteses em que esse ramo não era capaz de, sozinho, fazer frente a reformas econômicas ou sociais. Os editos dos pretores, apesar da natural normatividade havida em seu bojo, dispunham apenas sobre seu próprio ofício e sobre regras de direito processual.

A aversão codificadora e a moderação legiferante do povo romano tinham um propósito muito claro na mentalidade romana: tanto o código como a lei conduzem a uma interpretação literal e alheia à consideração da natureza das coisas com as quais o Direito envolve-se. Simulam uma totalidade e uma plenitude ontológica que, na realidade, não possuem. Sugerem uma formulação abstrata de regras jurídicas perigosa para o juízo romano e, ainda, engessam fortemente a ordem jurídica para o porvir.

SAVIGNY (2012:9-10) formulou uma tese que corresponde exatamente aos princípios romanos, ao dizer que

“os códigos ou as codificações são um mal que deve evitar-se totalmente. A legislação particular é imprescindível, mas deve conter-se em suas estreitas margens: deve intervir quando os fins políticos superiores demandem a reforma do direito existente ou quando determinadas regras de direito sejam duvidosas ou quando as normas sejam tão concretas (por exemplo, a fixação dos tempos de prescrição legal) que não possam ser estabelecidas de outra forma que não por intermédio de uma declaração estatal” (tradução livre).

Com efeito, a lei (*lex*) ou o código (*codex*) jamais foram a fonte fundamental do direito romano em sua época clássica, o que, certamente, corresponde à vigente teoria atual das fontes do direito (principalmente depois do advento do positivismo normativista kelseniano), mas, de forma alguma, às concepções dos contemporâneos de Cícero, Ulpiano, Paulo, Augusto, Trajano ou Marco Aurélio. A cultura romana do período clássico é a cultura grega: *Graecia capta ferum victorem cepit*. A filosofia romana é a filosofia grega, mormente depois das inúmeras traduções transpostas para o latim, cujas obras eram ensinadas corriqueiramente nas escolas da elite romana.

VILLEY (2005:67) acentua que

“muitas obras gregas foram transpostas para o latim; sobretudo as noções de uso comum, cuja definição resulta do esforço filosófico grego (como as de direito natural, de equidade e de lei em sentido amplo), passaram para Roma pelo canal da gramática e da retórica. É claro que não se deve imaginar a influência sobre juristas de nenhuma doutrina filosófica como uma aposição literal; as necessidades da prática impedem que o jurisconsulto se feche nos quadros estritos de um sistema filosófico em particular; os jurisconsultos mais se inspiravam livremente nas filosofias do que as aplicavam acadêmica e conscientemente. A cultura jurídica romana, quanto aos princípios, parece ser um produto da cultura grega. Mas os romanos fizeram empréstimos simultâneos de diversas escolas. O estoicismo, principal formação de Cícero e ao qual adere um bom número de jurisconsultos clássicos, deixou no direito romano uma marca muito evidente. Tampouco o platonismo lhe foi estranho. Mas, a nosso ver, foi da doutrina de Aristóteles que, no começo do período clássico, ele recebeu seus princípios constitutivos e seu excepcional valor”.

O estoicismo é muito mais uma doutrina moral que jurídica. Seus cultivadores não tinham em vista a partilha dos interesses jurídicos numa *polis*, o que mais se coaduna com os fins do Direito, porque, segundo a cosmovisão dessa corrente filosófica, o sábio desinteressava-se dos destinos da cidade e de suas convenções e a lei natural estoica, a razão universal que impera sobre o mundo e a consciência humana, só tem alcance moral, porque pensada para mais para o sábio recolhido espiritualmente do que para o cidadão comum grego. Contudo, a moral estoica afetará o conteúdo do Direito Romano na época clássica, por intermédio de Cícero.

O humanismo estóico – que enfatiza a dignidade superior de cada ser humano – preconizado por Cícero, em sua famosa obra “*De officiis*” (Dos Deveres), provocou um forte abrandamento da condição do escravo romano e do peregrino, propiciou avanços jurídicos no consensualismo, no casamento e na filiação, na doutrina da boa-fé, na teoria da responsabilidade patrimonial (e não mais pessoal) frente às dívidas e na teoria da onerosidade excessiva (teoria da imprevisão).

O Direito Romano também sofreu influência platônica. VILLEY (2005:70) assevera que

“Cícero inspirou-se em Platão para escrever sua República e suas Leis. Sobretudo a partir do século III d.C., a influência de Platão prevalece sobre a de Aristóteles e dos estóicos. Já mencionei dois adágios *quod principi placuit legis habet vigorem*; *princeps legibus solutus est*<sup>6</sup> que podem ser vinculados à fonte platônica. No fim do século III, difunde-se o neoplatonismo, com Plotino, Porfírio e Proclo, com quem, este último de modo particular, alguns Padres da Igreja (como Santo Agostinho) aprenderão filosofia. Espalharão uma visão hierárquica do mundo, segundo a qual todo ele procede do Uno por graus descendentes – portanto – a ideia de um direito centralizado e em forma legislativa. Será o tempo das constituições imperiais que passam a ser a única fonte do direito”.

Mas foi Aristóteles quem mais influenciou o Direito Romano em seu auge histórico, a época clássica, sobretudo pelo fato de que foi o único filósofo grego que analisou o direito e suas fontes com muita profundidade. Políbio fez o trabalho de transmissão das principais teses de sua *Política*, Cícero traduziu os *Tópicos* e as escolas de retórica difundiram as noções aristotélicas de justiça, equidade, lei e direito natural.

Os jurisconsultos, embebidos das noções aristotélicas, parecem estar em plena posse de uma filosofia que distingue o lícito do honesto<sup>7</sup> e transpõem, secundariamente, muitas das noções morais estóicas de *pietas*, *bona fides*, *humanitas*, *bonus pater familiae* para o mundo jurídico, muitas delas com forte aplicação no direito de família da época. Eles conhecem e têm o zelo de destacar a noção de justiça<sup>8</sup>, formulada por Aristóteles, além de seu objeto específico de estudo, sem se esquecer de que aceitam a ideia de que o direito deriva da justiça<sup>9</sup>, que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto<sup>10</sup> e que o direito é aquilo que é o justo concreto<sup>11</sup>. A partir de tais definições, tiram exímio proveito num campo muito próprio ao direito, a saber, os das distribuições e trocas.

Esse labor de desvelamento da órbita especificamente jurídica foi reconhecido por VILLEY (2005:71-72), ao sentenciar que

<sup>6</sup> Em tradução livre, “o que agrada ao príncipe tem força de lei” e “o Príncipe está absolvido das leis”.

<sup>7</sup> D., 50, 17, 144: *Non omne quod licet honestum est*.

<sup>8</sup> D. 1, 1, 10: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*.

<sup>9</sup> D. 1, 1, 1: *Jus est ars boni et aequi*.

<sup>10</sup> D. 1, 1, 10: *Justi atque injusti scientia*.

<sup>11</sup> D. 1, 1, 11: *Jus est in natura et justum concretum est*.

“buscando ater-se ao díkaion politikón, creio ser esta umas das características específicas do direito romano, uma das principais razões de sua fortuna na história. Outras civilizações organizam sua ordem social confundindo direito e religião, misturando na mesma arte as prescrições relativas à religião, às boas intenções morais, à educação, e à estrita definição das relações sociais. Foi essa a tendência de Platão na República, foi esse o caso do direito judaico e será o da sociedade da alta Idade Média, inspirada no Agostinismo. Somente o Direito Romano é uma exceção: porque os juristas do começo da época clássica, a quem coube a iniciativa de constituí-lo com uma epistemologia peculiar, souberam dar a essa ciência fronteiras precisas e discernir sua autonomia, graças a Aristóteles”.

No entanto, a contribuição aristotélica não se limitou a essa tarefa. Foi mais além. A época clássica do Direito Romano considerou que o modo mais adequado para a desenvolvimento da normatividade jurídica seria o de uma *praxis* guiada pela prudência. Em outras palavras, por intermédio da jurisprudência (*jurisprudentia*), a prudência aristotélica (*phronesis*), ensinada nas disciplinas de retórica e de gramática das escolas romanas, aplicada ao mundo jurídico.

ARISTÓTELES (2009:124-125) declarava ser viciosa uma aplicação meramente mecânica da lei, sem qualquer preocupação prudencial e axiológica, o que, hoje, está nas bases do pensamento positivista normativista kelseniano. Recorda-nos o filósofo que o

“que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta”.

Aristóteles expôs sua noção de prudência em várias obras, mas, em duas delas, ele apresenta uma definição completa. Na *Retórica* (2011:82), ele a define como “a virtude da inteligência que torna as pessoas capazes de decidir no tocante aos bens e aos males que indicamos como tendo relação com a felicidade”<sup>12</sup>. Na *Ética a Nicômaco* (2009:133), o filósofo – de maneira similar, mas um pouco menos precisa – a conceitua como “uma disposição verdadeira e prática a respeito daquilo que é bom e mal para o homem”<sup>13</sup>.

Resta claro que, para Aristóteles, a prudência é uma potência habitual da inteligência, ou seja, uma virtude intelectual; porém, delas se diferenciara, em espécie, em razão de seu objeto: a *praxis*, o agir ético do homem, que pressupõe uma compenetração, no âmago dessa excelência, entre a parte intelectual e a parte afetiva do homem, porquanto (GAUTHIER, 1973:89-92) o objeto da ação é, indissoluvelmente, objeto da inteligência e do desejo e, para agir, é necessário conhecê-lo de forma veraz e almejá-lo com retidão.

Dessa forma, a prudência é uma virtude do intelecto prático (e não especulativo), cujo objeto está em estabelecer e prescrever, no caso concreto, a reta conduta no agir propriamente humano. É composta por dois planos distintos. No primeiro, especifica-se o agir humano devido, mediante a constituição de valores objetivos (causalidade formal, composta por um ato de deliberação e por um ato de juízo); no segundo, realiza-se efetivamente esse agir, por intermédio de um comando apto a produzir atos que comprometam todo o indivíduo (causalidade eficiente, formada por um ato de império).

Enquanto se inscreve na órbita da causalidade formal, ou seja, na determinação da conduta humana concreta, a prudência não busca na conduta propriamente dita seu princípio determinativo intrínseco, mas fora dela, no intelecto do indivíduo. O juízo resultante da dimensão intelectual da prudência desloca-se para a conduta como uma espécie de modelo ou paradigma exemplar, de acordo com o qual deve estruturar-se o ato humano livre para alcançar a retidão devida nas circunstâncias do caso concreto.

Nesse âmbito normativo da causalidade formal, deve ser feita uma distinção imprescindível. Em primeiro lugar, existe uma causa formal extrínseca

---

<sup>12</sup> *Retórica*, L. I, 1366 b.

<sup>13</sup> *Ética a Nicômaco*, L. VI, 1140 b.

*remota* dessa conduta, composta pelas normas gerais que descrevem, em geral, os tipos de ação devida para uma classe de situações de uma maneira mais ou menos abstrata (ato de deliberação). Em segundo lugar, aparece uma causa formal extrínseca *próxima*, consistente por um preceito singular referido a uma conduta concreta e que determina o modo de ser do agir humano, naquelas circunstâncias, em sua máxima proximidade (ato de juízo).

Depreende-se claramente que o juízo prudencial, como um todo, corresponde, no fundo, a uma concreção de natureza normativa (preponderando, assim, a segunda fase, de natureza preceptiva), cuja finalidade, na órbita jurídica, está em delimitar o justo concreto para toda uma comunidade ou para um indivíduo numa situação específica, porque, ao agir de acordo com o juízo prudencial, o agente dá a cada um o devido. Nessa mesma órbita, é a lei que assume o caráter de causa formal extrínseca *remota* e a sentença judicial, por sua vez, a de causa formal extrínseca *próxima*.

Em suma, para a visão clássica do Direito Romano, fundada na *phronesis* aristotélica, a dimensão jurídica não se reduzia a uma singela atividade cognoscitiva racional, mas compreendia uma atividade decisória e volitiva, campo de valoração das possíveis soluções judiciais para o caso concreto, culminando com a prolação daquela apta a produzir o justo concreto. Em outras palavras, a justiça era vista sob o ângulo da *voluntas*.

Para os jurisconsultos ou jurisprudentes, toda atividade jurídica parecia-lhes, na realidade, uma verdadeira filosofia prática, mormente no cambiante mundo do direito de família, apta a captar, conformar e determinar essas exigências objetivas de justiça, positivando-as existencialmente, pois estavam, ainda, por serem feitas. Então, para um jurisconsulto romano, o Direito, antes de ser uma ciência (*theorein*), desta forma, era uma prudência (*phronesis*).

Um saber prático, porque, na visão romana, o direito não se realizava senão na relação interpessoal concreta. A análise da ordem real pelo jurisconsulto – sob o prisma de adequados juízos prudenciais – deveria, então, evidenciar os preceitos, segundo os quais, o caso concreto e particular estaria em condições de ser determinado juridicamente. Segundo essa visão prudencial dos jurisconsultos, conhecida como *jurisprudencia*<sup>14</sup>, o direito não emanava da regra,

---

<sup>14</sup> “Com efeito, a teoria das quatro virtudes (sabedoria ou prudência, justiça, coragem e temperança), já sugerida por Platão, tornar-se-á clássica com os estóicos (...); ao que Platão chama

mas a regra emanava do direito<sup>15</sup>. Em outras palavras, na aplicação do direito ao caso concreto, as circunstâncias fáticas – singulares e contingentes – delimitavam o sentido e o alcance da regra a ser justaposta naquela situação, de molde a assegurar o império do justo concreto.

A sensibilidade do justo, alimentada por um saber que orienta para um correto agir individual no âmbito de uma comunidade – campo de atuação da ética e da política, incluída nesta o Direito – retroage a Homero, à religião délfica, à tragédia grega e fomenta a reflexão helênica a partir do momento em que o *como viver* do homem protagoniza a investigação filosófica de seus pensadores<sup>16</sup>.

Homero, conhecido como o “educador da Hélade”, em razão da magnitude e da extensão de sua paideia<sup>17</sup>, a qual influenciou os conceitos filosóficos de sua época, não utiliza o termo *phronesis* na *Ilíada*; entretanto, nesta obra estão presentes expressões de mesma raiz, como *sophrosyne* (moderação) e *eu phronein* (pensar corretamente). Na *Odisseia*, o termo *phronis* já é utilizado por Homero em várias passagens e corresponde à forma arcaica da expressão *phronesis*.

---

indiferentemente *sophia* ou, nas *Leis*, *phronesis*, e que designa sabedoria, isto é, o conhecimento do inteligível, os estóicos adotaram *phronesis* que, conforme o sentido popular da palavra, designa uma virtude intelectual orientada imediatamente para a ação (os estóicos, que economizam o mundo inteligível, ignoram evidentemente o conceito platônico de *sophia*). É Cícero que, para traduzir a *phronesis* estóica, recorreu à palavra *prudentia* (contração de *providentia*, que evoca a ideia de providência, saber eficaz) e é, finalmente, do *De officiis* de Cícero que Santo Ambrósio (*De officiis ministrorum*, I, 24, 115) e, através dele, toda a Idade Média latina, toma a lista das quatro virtudes cardeais, que Santo Ambrósio chama *virtutes principales* (AUBENQUE, 2003:63). ”

<sup>15</sup> D. 50, 17,1.

<sup>16</sup> Para um maior aprofundamento da questão, sugerimos a leitura do capítulo 5 de nossa dissertação, citada, ao final, na referência bibliográfica deste trabalho.

<sup>17</sup> O advento de sucessivas *poleis* gregas, a partir do século VIII a. C., proporcionou alguns problemas de convívio e de cooperação entre seus habitantes. Até então, o paradigma ético predominante residia no legado histórico-literário homérico (composto no século IX a. C.), com um ideal de homem virtuoso que já não mais atendia aos anseios do cidadão grego. O *ethos* da obra homérica lastreava-se na *arete* ou excelência dos chefes das famílias aristocráticas, consistente na aptidão retórica e guerreira geradora de honra e prestígio sociais, a fim de transformar o homem num guerreiro bom e belo. A *Ilíada* e a *Odisseia* eram memorizadas pelos mais jovens e inúmeras expressões ali contidas determinaram todo um vocabulário político, moral, religioso e estético. Influenciando em menor grau, não se pode olvidar da *arete* de Hesíodo, fundada na figura do trabalhador, e que servia, em certa medida, como contraponto à *arete* homérica. Para reverter o quadro de litigiosidade social, foi introduzido o *nomos* ou lei, a fim de que novas formas de capacidade e de virtudes ganhassem corpo social, em superação das antigas *aretai* em estado de agonia, no contexto racional da *polis* e de seu equilíbrio proporcionado pela boa lei. O desenho teórico e empírico da nova *arete* visava justamente à capacidade de moderar os desejos individuais, a irascibilidade (típica do guerreiro) e as emoções particulares em prol dos ditames legais. Mas os sofistas logo submeteram o *nomos* ou a lei a uma crítica acertada, de tal sorte que a solução puramente legal logo pareceu inconsistente: como mestres da retórica e pessoas cosmopolitas, acusaram a diversidade desse paradigma legal, reduzindo-o ao campo do estritamente convencional, o que fomentaria a canalização exclusiva das demandas decorrentes do poder dos mais fortes. Daí a importância atribuída à *techne* retórica por eles ensinada, de maneira que sua argumentação mais convincente pudesse fazer impor, pelo consenso, os interesses diretamente buscados. Inclusive, a arbitrariedade criada pela lei, fruto de uma mera convenção sem lastro no justo natural, fora tratada por Sófocles em *Antígona* (século IV a. C.).



Em todas as situações do legado literário homérico, o indivíduo sempre se vê diante de um dilema social, isto é, diante de uma situação concreta, ele deve tomar uma atitude em relação ao papel social que lhe compete desempenhar: pai, guerreiro ou conselheiro do clã, porque a ordem social está entranhada na ordem cósmica e esta ordem é conservada sempre que cada um cumpre sua função social de maneira adequada. Quem vai além ou falta nesse cumprimento, comete a *hybris* (a desmedida), compromete a ordem estabelecida e torna-se merecedor do castigo divino.

Por conseguinte, o homem prudente é justamente aquele que conhece os deveres relativos ao *locus* que ocupa na ordem social e age em conformidade com as exigências intrínsecas àqueles deveres nas mais diversas realidades concretas. Para HOMERO (2013:99), Nestor, rei de Pilos, corresponde a esse modelo, pois era um “ancião que reinava sobre a terceira geração”<sup>18</sup>. Na disputa entre Agamemnon e Aquiles, Nestor é aquele que aponta a motivação do conflito, o abandono dos deveres inerentes à sua posição social, cada qual de sua maneira: Agamemnon apropria-se da escrava de Aquiles, ferindo o dever de governar com justiça; Aquiles abandona a batalha e transgride o dever de subordinação militar.

Nestor dá a cada um deles o conselho que merece e, assim, HOMERO (2013:118) afirma que Nestor “pensa bem”<sup>19</sup> (*eu phronein*). Na Odisseia, HOMERO (2011:107), pela voz de Telêmaco, afirma que se deve buscar o conselho de Nestor, porque ele “mais do que os outros, possui justiça e prudência (*phronis*)”<sup>20</sup>. Nesse diapasão, (MACINTYRE, 1991:26) “pensar bem (*eu phronein*) ou solidamente (*sophronein*) é uma questão de lembrar-se a si mesmo ou a outro o que *arete* (conjunto de excelências necessárias que habilitam um indivíduo a fazer seu papel social) e *dike* (justiça segundo uma ordem cósmica fundamental que estrutura natureza e sociedade concomitantemente) exigem”.

O exame da noção de prudência também está ligada ao culto de Apolo, o deus do sol, da luz e da clareza racional, realizado desde o século VII a. C. no santuário de Delfos. A síntese desse culto foi bem expressa pelos dísticos esculpidos no dintel do portal délfico: “Conhece-te a ti mesmo” e “Nada em excesso”.

---

<sup>18</sup> *In Ilíada* I, 245.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, I, 253.

<sup>20</sup> *In Odisseia*, III, 244.

“Conhecer a si mesmo”, na realidade grega, consistia justamente no constante exame de si mesmo acerca do alcance das *aretai* imprescindíveis para o correto desempenho do papel social, a fim de que o império da *dike* se concretizasse. Um exame não só introspectivo (*eu phronein*), mas focado na consciência do lugar do indivíduo naquela mundividência. “Nada em excesso” (*sophrosyne*), por sua vez, naquela mesma realidade, representava a índole objetiva da ordem cósmica e a necessidade de conformação individual e social, ao mesmo tempo em que sugeria ao homem uma constante investigação sobre a justa medida da ação naquela cosmovisão, sem transgredi-la, poupando a si e a todos da *hybris*, a portadora do estado de anomia.

Em suma, um agir moderado (*sophrosyne*). Logo, a religião délfica dá seu aporte epistemológico para a formação do conceito de prudência, com duas ideias expressas por termos da mesma raiz linguística de *phronesis*: *phronein*, pensamento e ação corretos, e *sophrosyne*, respeito aos limites. A expressão *phronesis* incorporará ambas as noções. Quando surge a tragédia grega, o termo *phronesis* já é de uso corrente na língua popular grega. Ésquilo, na tragédia *Os Persas*, faz surgir o fantasma de Dario reprovando a ação militar de seu filho Xerxes, que ordenou a pilhagem dos templos religiosos depois da invasão da Grécia, de maneira a ofender os deuses com uma audácia insolente. Todavia, é com Sófocles, em sua *Antígona*, que a importância da prudência toma foros de magnitude.

Aqui, afirmamos que o dramaturgo procurou fazer uma advertência estética à catástrofe que se segue à ausência da prudência no agir. O tirano Creonte condenou Antígona à morte, por ter enterrado seu irmão traidor da pátria e, dessa forma, por meio de um decreto, rompeu com a ordem do mundo, pois Antígona agia de acordo com as leis “divinas, não escritas e imutáveis”.

Se o decreto de Creonte é plausível, porque o direito penal da época conhecia a pena de privação de sepultura, sua condenação é implausível, porquanto puniu um indivíduo que tinha o dever religioso de enterrar um morto, cuja qualidade de traidor era estranha à aplicação do tipo penal. A falta de discernimento de Creonte, nesse caso concreto, acarreta o castigo decorrente da *hybris*, pois seu filho e sua esposa suicidam-se<sup>21</sup>. A tragédia grega, tal como a conhecemos até hoje e à

---

<sup>21</sup> Na última estrofe (Epílogo, 1350) da peça (SÓFOCLES 2006:95), o coro recorda o papel central da prudência na vida do homem: “A prudência é a primeira condição da felicidade/ Não se deve ofender

semelhança do legado trágico de Shakespeare, nada mais é do que a catástrofe proporcionada pela *hybris*, decorrente da falta de um pensar e agir não só incorretos, mas desmedidos segundo as fronteiras da ordem existencial.

Nasce, na Hélade, então, a filosofia: a transcrição da experiência religiosa da ordem cósmica para a linguagem racional. A experiência da ordem, na filosofia, será vista como a experiência da ordem do ser. Nessa primeira fase, a filosofia naturalista, cujos expoentes foram Tales e Anaximandro, especularam sobre a ordem do ser, mas essa investigação era mais focada em elementos da natureza do que no *como viver* do homem, a fase seguinte.

Nessa fase, Heráclito foi o primeiro filósofo a adotar o conceito de *phronesis*, ao deduzir os efeitos da ordem do ser para o homem e ao identificar a *phronesis* como o conhecimento dos imperativos da ordem cósmica para a *praxis* humana. Ela era o instrumento de mediação entre a ordem do ser e a ordem do mundo humano, porque a ordem do ser é total e seus limites são intransponíveis. “Pensar sensatamente é a mais alta virtude; e a sabedoria consiste em dizer a verdade e em agir conforme a natureza, ouvindo sua voz (...). A todos os homens é permitido o conhecimento de si mesmos e o pensar sensatamente” (HERÁCLITO, 2012:112 e 116).

Depois, Sócrates, em sua ética intelectualista que associa o conhecimento à virtude, na esteira da conhecida *phronesis* do mundo grego, entendeu (MASSINI CORREAS, 2006:32) ser a prudência a inteligência do bem e o domínio da inteligência sobre a alma. Platão, ao arvorar sua filosofia no mundo das ideias, fez prevalecer o conhecimento teórico em detrimento do prático, de maneira que não oferece uma contribuição relevante para o tema. Entretanto, PLATÃO reconheceu (2008:176) que “a prudência é a excelência que assegura o acerto na condução dos destinos da cidade”<sup>22</sup> e distinguiu (1993:135) entre “uma sabedoria decorrente do conhecimento das ideias e outra fundada no conhecimento prático, puramente humano e imposto pelas necessidades da vida”<sup>23</sup>.

Demócrito, contemporâneo de Platão, reconheceu na prudência (GAUTHIER, 2002:464-465) uma tripla função: deliberar bem, falar bem e fazer

---

os deuses em nada/ A desmedida empáfia nas palavras reverte em desmedidos golpes contra os orgulhosos/ E não é senão na velhice, que eles aprendem afinal a prudência”.

<sup>22</sup> *República*, L. IV, 428 b.

<sup>23</sup> *Cartas*, VI, 322 d.

como é devido. EPICURO (1999:39), em sua carta sobre a felicidade para Meceneu, afirma que

“de todas essas coisas, a prudência é o princípio e o supremo bem, razão pela qual ela é mais preciosa do que a própria filosofia; é dela que originaram todas as demais virtudes; é ela que nos ensina que não existe vida feliz sem prudência, beleza e justiça, e que não existe prudência, beleza e justiça sem felicidade. Porque as virtudes estão intimamente ligadas à felicidade, e a felicidade é inseparável delas”.

Todavia, foi somente com Aristóteles que a *phronesis* seria profundamente estudada e sistematizada e seu aporte epistemológico ganharia foros de perenidade, porque toda reflexão posterior acerca da prudência sempre partiria do marco inicial aristotélico. Por que Aristóteles faria a *phronesis* depender de um saber e, se assim fosse, de qual saber? AUBENQUE (2003:54-55) acentua que

“a resposta a esta questão não se encontra, pelo menos em parte, nos tratados éticos, pois ela deriva da estrutura da ação humana em geral e, através dela, do ser do homem e do ser do mundo sobre o qual o homem tem de agir. Não se pode falar de prudência sem se perguntar por que o homem tem de ser prudente no mundo, prudente mais que sábio ou simplesmente virtuoso. O problema da prudência e, secundariamente, das diferentes variações de seu sentido, não poderia ser resolvido enquanto não se fizesse dele um problema metafísico. Entretanto, Aristóteles nos põe nessa via: a prudência tem por objeto o contingente, o qual atende pelo nome de acaso, quando somos afetados por ele; por outro lado, ela é sabedoria do homem e para o homem. Seria porque o mundo em que vivemos é contingente que a sabedoria dos deuses é impotente e muda? Seria porque o homem não é um deus que ele deve se contentar com uma sabedoria apropriada à sua condição? Esses problemas não eram novos e, no entanto, não são platônicos. A tragédia grega estava repleta de interrogações desse gênero: o que é permitido ao homem conhecer? O que deve fazer em um mundo onde reina o contingente? O que pode esperar de um futuro que lhe é oculto? Como permanecer nos limites do homem, nós que somos homens? A resposta, incansavelmente repetidas pelos coros da tragédia tem uma palavra: *phronesis* (em grego). Para dizer a verdade, é espantoso que não se tenha divisado anteriormente uma filiação tão manifesta. Mas porque sempre se viu Aristóteles à sombra de Platão, acabou-se por esquecer que ele era antes

um grego, talvez mais grego que seu mestre, mais próximo que este da prudência reverencial, verdadeira mensagem trágica da Grécia, da qual Platão acreditou enterrar os últimos escrúpulos, dissipar as últimas sombras, e que, no entanto, renasce no homem aristotélico que, num mundo dividido, não é mais dirigido pelo espetáculo de um Deus demasiado distante”.

Aristóteles herdou o legado platônico e continuou na busca do saber sobre a ordem na alma e na *polis*, mas submetendo-a a partir de outro método, a fim de vencer as vicissitudes subjacentes na resposta platônica. Aristóteles logo notou a principal aporia no ideário platônico: a separação (*chorismós*) entre mundo inteligível e mundo sensível, cuja relação era fundada pela correspondência das coisas às ideias, a noção de participação. Sob o ângulo da *polis*, tal cisão demandava o conhecimento das ideias por via da reminiscência (*anamnese*), o que provocava um choque radical com o senso comum, segundo o qual o acesso ao saber era fruto do embate entre as opiniões dos cidadãos.

Como efeito, as relações entre o governante-filósofo e a *polis* seriam um tanto dissonantes, aporia (THOMSEN, 1990:225-236) essa que permanece insuperável no pensamento platônico. Rejeitando o *chorismós* e introduzindo as ideias nas realidades sensíveis, ou seja, descendo com as ideias do mundo inteligível ao mundo sensível – as formas da matéria – Aristóteles abriu uma nova senda para a ontologia.

Sob o ângulo do sujeito na relação de conhecimento com o objeto, o homem é visto como um ser capaz de conhecer a natureza das coisas, isto é, a verdade intrínseca de cada uma delas. Do ponto de vista do objeto, as realidades sensíveis, em virtude da forma nelas subjacentes, são naturalmente cognoscíveis. Para a vida na cidade, abre-se a possibilidade de que os cidadãos tenham opiniões verdadeiras sobre os assuntos da *polis* – desde que correspondam à natureza da coisa opinada – e, assim, o filósofo pode e deve tomar as opiniões práticas como ponto de partida de sua investigação especulativa.

Sem dúvida, uma inversão completa do caminho do modelo platônico. O homem aristotélico não vai mais buscar na teoria da reminiscência o acesso ao conhecimento da ordem do ser e dos assuntos da *polis*, mas no caminho da abstração da experiência sensível. Isto é, a forma (a ideia platônica) está na substância de cada ser (no mundo sensível e não mais no mundo inteligível). E

também na ordem do ser das ações humanas multifacetadas que tomam parte na vida da *polis*.

A investigação filosófica aristotélica rompe com a unicidade do saber platônico: um conhecimento das ideias incindivelmente teórico e prático, posto que as ideias, situadas no mundo inteligível, constituem o substrato sobre o qual são formadas as realidades do mundo sensível e da ordem do ser. Uma investigação do saber que contempla as ideias e que, por isso, configura-se num saber infalível, na ótica platônica, porque forma as coisas segundo as ideias.

Aristóteles, inspirado pela episteme do conhecimento platônico, que tentou conciliar a primeira crise histórica da filosofia, desencadeada pela questão da mutabilidade entre Parmênides (mundo imutável) e Heráclito (devir constante e perpétuo), propõe que, no âmbito do saber humano, a realidade sensível, objeto de estudo da física e da metafísica, tem, em si mesma, o princípio (ou o motor) de seus movimentos. E as ações humanas (tanto aquelas voltadas para o agir quanto as voltadas para o fazer) têm seu princípio no homem.

O resultado de uma arte (como a escultura ou a pintura) tem seu princípio na arte (*techne*) de quem a produz. A ação humana que se encerra em si mesma (como o ajudar alguém ou se omitir a fazê-lo) tem seu princípio na escolha. Assim, para Aristóteles, o saber com relação ao puro saber é teórico. No que toca às coisas feitas ou produzidas (externamente), é um saber poiético. No que concerne ao agir, é prático.

A diversidade nos objetos e na relação dos respectivos saberes com os objetos volta ao ponto de partida, sob a denominação aristotélica de filosofia teórica e filosofia prática: ambas investigam a verdade e a causa que proporciona essa realidade. E, logo, são *episteme*. Todavia, a filosofia teórica busca a verdade como um fim em si mesmo. A filosofia prática busca a verdade que é posteriormente ordenada à obra a ser feita aqui e agora<sup>24</sup>. O saber prático não é um fim em si mesmo, como o saber teórico, mas sempre tem em vista o horizonte de outro fim<sup>25</sup>, ou seja, da ação.

Na investigação ética e política – os campos por excelência da filosofia prática –, o objeto é conhecido de modo a poder ser posto em obra pelo

---

<sup>24</sup> *Metafísica*, L. II, 993 b.

<sup>25</sup> *Da Alma*, L. I, 407 a.

agente da ação<sup>26</sup>. A partir de então, a ética passa a ser encarada como uma disciplina filosófica específica, com objeto, método e conceitos próprios. Para a vida na *polis*, essa revolução no campo das ideias significou uma revolução no campo da *praxis*: no seio da *polis*, as ações deixam de ser conduzidas pelo saber teórico do filósofo, o justo e o político platônicos, e passam a ser regidas pelo saber prático do bom político, iluminada pela *phronesis*<sup>27</sup>.

A filosofia prática aristotélica investiga o modo pelo qual a *phronesis* é o princípio das escolhas e ações humanas que são tidas como virtuosas no *ethos* da *polis*. Ensina GIUSEPPE ABBÀ (2011:74) que

“o ponto de partida da filosofia prática são as “aparências” do sábio (*phronimos*), do virtuoso (*spoudaios*) no *ethos* da *polis*: isto é, os seus juízos sobre a excelência de determinar as ações concretas e, de modo mais geral, os *endoxa*, as opiniões de autoridade acerca do modo conveniente e nobre de viver e de agir. Ademais, o filósofo prático começa sua investigação, mais em geral, a partir dos *legomena*, as opiniões correntes acerca dos assuntos humanos, das excelências e dos bens humanos. O filósofo prático visa a dar razão dessas opiniões mediante processo *diaporético*: isto é, examina as eventuais aporias às quais as opiniões conduzem e busca resolver as aporias explicando a parte de verdade e a parte de erro contida nas opiniões. Mais em geral, o filósofo prático procede dialeticamente: examina as opiniões possíveis acerca de um problema prático, descarta, com argumentação *contra-interrogativa* ou *refutatória*, aquelas que levam a aporias ou que incorrem em contradição ou que contravêm os *endoxa*. As opiniões que resistem ao exame ele as considera verdadeiras e mostra a sua compatibilidade. Assim procedendo, o filósofo prático parte do ‘quê’, isto é, das opiniões sobre as ações justas, boas, convenientes e remonta aos seu ‘porque’, isto é, à razão (*logos*) que as justifica. Este procedimento não é exclusivo da filosofia prática, pois também se acha na filosofia teórica (*física* e *metafísica*): é a via para se recobrar o conhecimento dos princípios próprios de uma ciência, princípios dos quais parte, então, a argumentação *apodítica* para explicar por que certas propriedades pertencem necessariamente ao objeto específico estudado por aquela ciência. O que diferencia a filosofia prática é o fato de que o

<sup>26</sup> *Ética a Nicômaco*, L. I, 1095 a1; L. II, 1103 b; L. X, 1179 a.

<sup>27</sup> Segundo BARZOTTO (2010:164), “o modelo de homem prudente de Aristóteles não é o filósofo, mas o político e o chefe de família, tipos sociais envolvidos com problemas práticos: são prudentes ‘Péricles e outros homens como ele (...) na medida em que são capazes de perceber aquilo que é bom para eles mesmos e aquilo que é bom para o homem em geral. Ora, são os chefes de família e os políticos que são capazes disso (*Ética a Nicômaco*, 1140 b)”.

‘quê’ do qual ela parte é-lhe fornecido pelo ethos da polis, ethos que, por via da educação e da disciplina, tornou-se ethos ou caráter do indivíduo que age bem. Assim, o ponto de partida da investigação filosófica ‘ética’ é o mesmo a partir do qual tem início o raciocínio prático do phrónimos”.

Ademais, a filosofia ética diferencia-se pelos motivos pelos quais alcança o procedimento dialético. Tal justificativa reside numa concepção normativa da vida boa e das excelências que a constituem. Superada esta etapa, o filósofo prático pode estipular e fundamentar normas gerais de como se deve agir em vários planos práticos para realizar a vida boa.

Concomitantemente, a filosofia prática assume um perfil tipológico, porquanto não indica uma concepção absolutamente delimitada e rigorosa da vida boa e das excelências para o homem, bem como dos meios ou das ações necessárias para tanto. A ética limita-se a informar os postulados gerais (*typos*) do bem supremo realizável pelo homem, sem fazê-lo de maneira certa e determinada, competindo, nessa hipótese (ou seja, no caso concreto e contingente), à prudência conferir ao homem o discernimento necessário para o correto agir social, segundo aquele bem supremo.

Aristóteles expôs sua noção de prudência em várias obras, mas em duas ele apresenta uma definição completa. Na *Retórica* (2011:82), ele a define como “a virtude da inteligência que torna as pessoas capazes de decidir no tocante aos bens e aos males que indicamos como tendo relação com a felicidade”<sup>28</sup>. Na *Ética a Nicômaco* (2009:133), o filósofo – de maneira similar, mas um pouco menos precisa – a conceitua como “uma disposição verdadeira e prática a respeito daquilo que é bom e mal para o homem”<sup>29</sup>.

Resta claro que, para Aristóteles, a prudência é uma potência habitual da inteligência, ou seja, uma virtude intelectual; porém, delas se diferenciara, em espécie, em razão de seu objeto: a *praxis*, o agir ético do homem, que pressupõe uma compenetração, no âmago dessa excelência, entre a parte intelectual e a parte afetiva do homem, porquanto (GAUTHIER, 1973:89-92) o objeto da ação é, indissoluvelmente, objeto da inteligência e do desejo e, para agir, é necessário conhecê-lo de forma veraz e almejá-lo com retidão.

---

<sup>28</sup> *Retórica*, L. I, 1366 b.

<sup>29</sup> *Ética a Nicômaco*, L. VI, 1140 b.



### 3. O trabalho dos jurisconsultos: a *jurisprudencia* ou a prudência do direito

Superada a análise da mentalidade jurídica romana e da arqueologia da *phronesis*, sabemos que a civilização romana, à semelhança da grega, era indo-europeia e de acentuado viés religioso. Assim, a experiência da ordem também constituía o fundamento da sociedade, porque, do contrário, tudo retornaria ao caos. Na órbita política romana, os atos políticos são protagonizados por um magistrado e um sacerdote e submetidos a um processo dúplice: o magistrado, discricionariamente, escolhe um curso de ação e consulta o sacerdote acerca da conveniência da decisão, respondendo afirmativa ou negativamente. Esse procedimentalismo político representa a crença romana na perfeição de um ato político decorrente do consenso entre homens e deuses.

“Dizer o *jus*”<sup>30</sup> estava entre as atividades políticas dos sacerdotes. O termo “*jus*” surge em Roma ligado essencialmente à atividade sacerdotal e, por isso, expressa um profundo significado religioso. Os sacerdotes respondiam aos questionamentos dos cidadãos que desejavam saber o “*jus*”, isto é, aquilo que deveria ser feito numa situação concreta em harmonia com os imperativos da ordem cósmica, que abrangia as ordens natural e humana. Uma vez revelada a resposta (*responsum*), válida somente para o caso consultado, esta se impunha, em virtude da índole oracular da resposta, portadora de uma mensagem divina, e da natureza religiosa da autoridade<sup>31</sup> sacerdotal.

<sup>30</sup> Segundo BARZOTTO (2010:169), “o termo *jus* vem constantemente unido ao verbo *dicere*. Esse, oriundo do indo-europeu *deik*, do qual se originou o grego *dike*, sempre significou ‘mostrar de modo impositivo e pela palavra’. Daí as expressões *jus dicere*, *judex*, *jurisdictio*. O *jus* é, portanto, algo que é dito. Dele irá derivar o verbo *jurare* (jurar). *Jurare* é pronunciar o *jus*. O *jus* proferido em um juramento é a fórmula que expressa a ação a ser realizada”.

<sup>31</sup> Segundo ARENDT (2011:162-165), a autoridade, como fundamento legítimante da relação de obediência, é uma descoberta tipicamente romana: “No âmago da política romana, desde o início da República até virtualmente o fim da era imperial, encontra-se a convicção do caráter sagrado da fundação, no sentido de que, uma vez alguma coisa tenha sido fundada, ela permanece obrigatória para todas as gerações futuras. Participar da política significava preservar a fundação da cidade de Roma. Eis a razão porque os romanos foram incapazes de repetir a fundação de sua primeira *polis* na instalação de colônias, mas conseguiram ampliar a fundação original até que toda a Itália e, por fim, todo o mundo ocidental estivesse unido e administrado por Roma, como se o mundo inteiro não passasse de um quintal romano. Do início ao fim, os romanos destinavam-se à localidade específica dessa única cidade e, ao contrário dos gregos, não podiam dizer em épocas de emergência ou de superpopulação: “Ide e fundai uma nova cidade, pois onde quer que estejais sereis sempre uma *polis*”. Não os gregos, e sim os romanos, estavam realmente enraizados ao solo e a palavra *pátria* deriva seu pleno significado da história romana. A fundação de um novo organismo político – quase um lugar-comum na experiência dos gregos – tornou-se, para os romanos, o central, decisivo e irrepetível princípio de toda sua história, um acontecimento único (...). A fundação de Roma – *tanta molis erat Romanam condere gentem* (“tão grande foi o esforço e a labuta para fundar o povo

A partir dessa atividade pontual dos sacerdotes, vai se formando, lentamente, uma espécie de saber intrinsecamente casuístico, pois cada *responsum* produz efeito somente no caso levado ao conhecimento do sacerdote. A noção de *jus*, dessa maneira, só podia estar profundamente ligada à solução de problemas concretos e imediatos<sup>32</sup>.

Diante do processo de expansão geopolítica de Roma, somado à influência da filosofia grega, a sociedade romana alcança um processo de secularização, conforme vimos anteriormente, e a tarefa do *respondere* deixa o âmbito sacerdotal e ingressa na órbita leiga<sup>33</sup>, sendo assumida pelos membros da

---

romano”), como Virgílio resume o tema constante de *Eneida*, que todo o sofrimento e vaguear atinge seu final e objetivo *dum conderet urbem* (“que ele pode fundar a cidade”) –, essa fundação e a experiência igualmente não-grega da santidade da casa e do coração, como se, homericamente falando, o espírito de Heitor houvesse sobrevivido à queda de Tróia e ressurgido no solo italiano, formam o conteúdo profundamente político da religião romana. Em contraste com a Grécia, onde a piedade dependia da presença imediatamente revelada dos deuses, aqui a religião significava, literalmente, *re-ligare*: ser ligado ao passado e obrigado ao enorme, quase sobre-humano e, por conseguinte, sempre lendário esforço de aumentar as fundações (...) para a eternidade. (...) A religião e a atividade política podiam ser assim consideradas como praticamente idênticas e Cícero podia dizer: “Em nenhum outro campo a excelência humana acerca-se tanto dos caminhos dos deuses (*numen*) como na fundação de novas comunidades e na preservação das já fundadas (*De Re Publica*, III, 23). O poder coercivo da fundação era ele mesmo religioso, pois a cidade oferecia também aos deuses do povo um lar permanente – mais uma vez, ao contrário dos gregos, cujos deuses protegiam as cidades dos mortais e, por vezes, nelas habitavam, mas possuíam seu próprio lar, distante da morada dos homens, no Monte Olimpo. Foi nesse contexto que a palavra e o conceito de autoridade apareceram originalmente. A palavra *auctoritas* é derivada do verbo *augere*, “aumentar”, e aquilo que a autoridade (...) constantemente aumenta é a fundação. (...) A característica mais proeminente dos que detêm autoridade é não possuir poder. *Cum potestas in populo auctoritas in senatu sit*, “enquanto o poder reside no povo, a autoridade repousa no Senado” (Cícero, *De Legibus*, 3, 12, 38). Dado que a “autoridade”, o acréscimo que o Senado deve aditar às decisões políticas, não é poder, ela nos parece curiosamente evanescente e intangível, assemelhando-se a esse respeito de maneira notável ao ramo judiciário do governo, de Montesquieu, cujo poder foi por ele chamado “de certo modo nulo” (*en quelque façon nulle*) e que constitui, não obstante, a mais alta autoridade nos governos constitucionais (*Esprit des Lois*, livro XI, cap.6)”.

<sup>32</sup> No seio desse papel mediador do jurisconsulto ou do jurisprudente, existe (FERRAZ JÚNIOR, 1991:60) uma função política que não pode ser esquecida. Participar da política era, para o romano, preservar a fundação da cidade de Roma, porque os romanos a fundaram e, com o tempo, foram ampliando-a. A fundação de Roma é o fato fundante de sua cultura e é por isso que a religião romana tem um sentido etimológico que carrega consigo: *religare*, isto é, estar ligado ao pretérito, não num sentido estático, mas de mantê-lo sempre presente (*aggiornamento*), aumentando-o ou engrandecendo-o. Nesse contexto, surge a expressão *auctoritas*, originária de *augere*, que significa *aumentar a fundação*. Assim, nessa linha de raciocínio, a autoridade dos vivos decorria daqueles que haviam lançado a fundação de Roma e que transmitiram este domínio aos descendentes por intermédio da tradição (*traditio*: entregar). Daí surge o culto aos hábitos (*mos*) dos antepassados (*maiores*), os *mores maiorum*. Com efeito, os romanos perceberam a diferença entre *potestas* e *auctoritas*: *potestas* entrelaçava-se com ao fazer aqui e agora e tinha uma perspectiva futura; *auctoritas* ligava-se ao passado, no sentido de dignificá-lo. Tinham, pois, *auctoritas* aqueles que eram capazes de arcar com o peso de aumentar a fundação de Roma. Por isso, um dos traços mais proeminentes daqueles investidos dessa *auctoritas*, como os senadores, os jurisconsultos ou jurisprudentes, residia na noção romana de *gravitas* (ARENDT, 1977:165-166).

<sup>33</sup> Segundo MOREIRA ALVES (2012:28-29), “nos fins do século IV a.C., graças a Ápio Cláudio e a seu escriba Gneo Flávio, inicia-se a secularização da jurisprudência romana. Conta-nos a tradição que Gneo Flávio publicou o calendário (divulgando, assim, a relação dos dias fastos e nefastos) e um

aristocracia republicana, que passam a ser chamados de *prudens*. Sua resposta, embora não mais religiosa, ainda é vinculante, porque, se antes era oracular, agora, torna-se motivada racionalmente, porque visava ao preenchimento das lacunas da Lei das XII Tábuas e à adaptação da lei às necessidades mutáveis da prática social, dentre, as quais, estavam as relações de direito de família.

Com o passar dos anos, esse trabalho de acomodação ou de respostas para problemas práticos criam uma massa crítica de conhecimento prático a partir dos últimos séculos da República romana (começo da época clássica do Direito Romano), assumindo a forma de *jurisprudencia*, a prudência do direito, até o momento em que o Imperador Augusto outorgou<sup>34</sup>, no século I de nossa era, o *ius publice respondendi ex auctoritate Principis* aos mais notáveis juristas da Roma Imperial, em razão da qualidade, publicamente reconhecida, de *iuris prudentes*<sup>35</sup>, isto é, de portadores, em grau eminente, de uma especial forma de conhecimento jurídico, o conhecimento prudencial, um saber marcado por sua peculiar aptidão para a investigação e a busca de uma justa solução para os casos concretos.

VILLEY (1969:73) ensina, acerca da *jurisprudencia* romana, que

“os juristas romanos atribuíam à jurisprudência o papel primordial na gênese de seu direito. Há um texto do Digesto que especifica que nas origens e, na ausência de qualquer lei

---

formulário a que deu o título de *Ius Civile Flavianum*. Um e outro trabalhos teriam sido redigidos por Ápio Cláudio e, possivelmente, foram divulgados por sua ordem. Posteriormente, Tibério Coruncânio, o primeiro leigo elevado à dignidade de sumo pontífice (254 a. C.), deu o último passo necessário à divulgação da jurisprudência: iniciou o ensino público do direito (a princípio, os estudantes assistiam às consultas dadas pelo professor sobre os casos práticos, seguindo-se a isso – algumas vezes – explicações sob a forma de discussão; mais tarde, nos fins da República, Sérvio Sulpício aliou o ensino teórico ao prático, criando, assim, uma verdadeira escola de direito. Os jurisconsultos, que em Roma gozavam de imenso prestígio, exerceram acentuada influência sobre o desenvolvimento do direito romano, graças, principalmente, a três aspectos de sua atividade: *cauere*, *agere* e *respondere*. *Cauere* é expressão técnica que indica a atuação do jurista no formular e redigir os negócios jurídicos, para evitar prejuízo à parte interessada, por inobservância de formalidades; *agere* é a atividade – no que concerne ao processo – semelhante à desenvolvida no *cauere*; e *respondere* diz respeito aos pareceres dos jurisconsultos sobre questões de direito controvertidas”.

<sup>34</sup> A propósito, Sexto Pompônio, um dos famosos jurisprudentes clássicos, em seu *Enchiridion* (D’ORS, 2001:39-40), informa que “pela primeira vez, o imperador Augusto determinou que houvesse uma maior autoridade ao direito e que os jurisprudentes respondessem em virtude de sua própria autoridade e, desde aquele momento, esta começou a ser solicitada como benefício. E, assim, o ótimo Príncipe Adriano replicou que esta autoridade não era solicitada, mas que somente ele poderia concedê-la”.

<sup>35</sup> GILISSEN (1999:91) afirma que “são conhecidos uns sessenta jurisconsultos da época clássica do Direito Romano, dos quais cerca de metade teria obtido o *ius respondendi* do imperador. Suas obras chegaram até nós apenas pelos fragmentos recolhidos no Digesto de Justiniano. Apenas as *Institutiones* de Gaio, cerca de 160, foram encontradas (só em 1816) quase inteiramente (...). Entre outras obras de jurisconsultos, citemos as *Quaestiones* e as *Responsa* de Papiniano, as *Sententiae* de Paulo, as *Regulae* de Ulpiano e os *Libri Digestorum* de Modestino”.

escrita, os seus verdadeiros autores foram os prudentes. A jurisprudência representou para os romanos o berço do direito. Creio que continua sendo verdadeiro no século XX quanto aos setores dinâmicos do direito. Ao menos onde o sentido da palavra não foi falsificado, onde ela não se desviou para o papel de serva estática, onde ela permaneceu conhecimento dos casos, isto é, **do direito nas coisas**<sup>36</sup> (grifos nossos).

Assim entendida, como o conhecimento do direito nas coisas, a *jurisprudencia* romana é dotada, analiticamente, de cinco grandes características<sup>37</sup>: é um **saber realista, prático, ético, casuístico e tradicional** (BARZOTTO, 2010:170-174), permeado pelo principal atributo que perpassa não só sua época clássica, mas todo o Direito Romano, a saber, o isolamento.

O isolamento (*Isolierung*) (SCHULZ, 1990:40-105) consiste na capacidade de distinguir. Nessa tarefa, os romanos começaram muito cedo e o fizeram a partir da separação entre normas jurídicas e normas religiosas. A própria Lei das XII Tábuas, uma codificação dos primórdios do povo romano, já continha quase que praticamente normas jurídicas e, nas fases seguintes da história de seu direito – mormente com os jurisperitos –, continuou-se com essa separação, sempre guiada pelo fino sentido romano dos limites da órbita jurídica na regulação das condutas sociais, culminado na sadia invenção romana de separação entre direito público e direito privado<sup>38</sup>.

Como efeito desse isolamento, na época clássica, o direito privado – principalmente o direito de família – adquire uma densidade regular, nesse afã de expressar a natureza das coisas. A maneira de se expressar dos jurisperitos dá, na maioria das vezes, uma impressão de um longo labor de destilação de máximas de direito natural que, por outra parte, tem uma validade menos abrangente que aquela proposta pelo estoicismo, já que se trata de um direito natural justaposto ao

<sup>36</sup> D. 50, 17, 1: Paulo ensina que “o direito não é tirado da regra, mas a regra do direito”. Desse texto resulta claramente que os jurisperitos romanos não viam de modo algum as regras como uma fonte autônoma do conhecimento do direito; para eles, elas não faziam senão refletir o direito tal como ele se manifestava nas soluções dos casos particulares obtidos pelo método casuístico.

<sup>37</sup> Para aprofundamento de tais características, além de outras que definem todas as épocas históricas do Direito Romano, recomendamos a obra clássica de Fritz Schulz, chamada “Principios del Derecho Romano”, citada, ao final, na referência bibliográfica deste trabalho, cuja melhor tradução para a língua ibérica (não existe tradução no vernáculo português) é do professor Manuel Velasco, ex-catedrático de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade de Navarra.

<sup>38</sup> D. 1, 1, 1, 2: *Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*.

ordenamento jurídico romano, tornando consistentes certos conceitos fundamentais e certos princípios axiomáticos tradicionais.

SAVIGNY (2012:17) descreveu esse modo de ser da época clássica do Direito Romano ao sentenciar que

“os conceitos e as proposições de sua ciência aparecem para eles mesmos não como produto de seu arbítrio, mas como entidades reais, cuja essência e genealogia lhes é familiar por uma larga e confiada repetição. Precisamente por isso, todo seu procedimento goza de uma segurança que não se vê fora da ciência matemática, ainda mais porque baseado numa exposição, muitas vezes, intuitiva da realidade do direito” (tradução livre).

No seio desse *Isolierung*, em primeiro lugar, notamos que a *jurisprudencia* romana é **realista** (VILLEY, 2005:43-44), porque está fincada na realidade posta e não numa atividade puramente especulativa ou abstrata. A atitude espiritual do romano é a do camponês-soldado, apegado às verdades que emanam intuitivamente do senso comum e que repudia qualquer normatividade que pretenda se impor, de fora, à estrutura do real. Não é de se espantar que a única definição acerca de jurisprudência seja dotada de um realismo impressionante: “a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência prática do justo e do injusto”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> D. 1, 1, 10: No *Corpus Iuris Civilis*, a magnífica compilação de toda a tradição jurídica romana feita pelo imperador bizantino Justiniano em 529 d.C., há um brocardo jurídico atribuído a Ulpiano, um dos últimos grandes juristas da época clássica do direito romano: “a jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência prática do justo e do injusto”. Nesta rica fórmula, causa uma certa inquietação a integração da injustiça na definição, a ponto de proporcionar alguma dúvida ao estudioso acerca da necessidade e da importância da injustiça para um homem que pretende ser justo. Todavia, pelo contrário, a sagaz percepção de Ulpiano indica um paradoxo da vida humana. Quando a humanidade percebe que algo ou uma situação é injusta, a mesma humanidade não se limitou a desmascarar essa injustiça, porém, ao mesmo tempo, aprendeu em que consiste a justiça naquele caso concreto. O excepcional talento prático dos romanos, que faz um interessante contraponto com o superior talento reflexivo dos gregos, captou primorosamente esta misteriosa pedagogia da injustiça e exprimiu-a teoricamente ao lecionar que o bom jurista é aquele que domina o justo e também o injusto. Afinal, quem descobre a razão da injustiça de algo ou de uma situação, foi porque aprendeu não menos profundamente o que deve ser o justo. Conhecer o injusto elimina a ingenuidade e atribui realismo à ciência do justo. Compreender a exata dimensão e alcance deste paradoxo, sem se deixar levar pela vertigem do pessimismo ou de um assombro sem rumo, significa, em última análise, entender a miséria e a grandeza da realidade humana e o conseqüente reflexo no campo do direito. O mesmo homem que é capaz de se compadecer com a fome de uma criança abandonada é apto a matar a mesma criança em nome de um projeto ideológico de poder. A experiência humana demonstra que o homem sente com muito maior antecedência e intensidade o que os demais homens não devem fazer com ele do que aquilo que ele está obrigado a reconhecer e a dar ao seu próximo. E, depois, se o mesmo homem, por amor à coerência, compreende que ele também não deve fazer com o seu próximo aquilo que não quer que façam com ele mesmo, terá,

Em segundo lugar, a *jurisprudencia* romana é um saber **prático**. O povo romano ocupava-se das construções teóricas gregas na exata medida de suas necessidades práticas e materiais. Por exemplo, a matemática é transformada em engenharia, a geografia é empregada na estratégia militar e a retórica assume a atividade política.

Ciente de que não poderia renunciar ao poder institucional decorrente da posse de um saber voltado para a resolução de conflitos sociais, a aristocracia romana fomenta a formação de quadros voltados para o exercício da jurisprudência<sup>40</sup>, essa tarefa de importância tão manifesta como fonte do direito<sup>41</sup> (a lei era fonte subsidiária, ao contrário da mentalidade moderna, como já pudemos ver) e como capacitação para o exercício da atividade política na urbe romana. Logo, a formação jurídica está voltada para a política e não para o direito.

Uma vez formados, não há dedicação exclusiva à carreira jurídica, pois todos os jurisconsultos são políticos ao mesmo tempo e só passavam a dar os *responsa* depois que angariassem o reconhecimento público no exercício das magistraturas civis. Esse vínculo íntimo entre política e jurisprudência provocou no jurisconsulto uma forte orientação prática, porque, estando em contato direto com as realidades governamentais, não tinham tempo para tecnicidades. Eles desenvolveram o direito romano na medida das necessidades imperiais e sociais de Roma.

E, como efeito disso, brotou uma postura antípoda a tudo que, nas *responsa* do exercício jurisprudencial, fosse complexo ou complicado: quem lê uma obra de algum jurisprudente clássico e compara com o atual estágio de desenvolvimento do universo jurídico, tem a impressão de uma simplicidade e de uma clareza sem paralelo na história do direito.

---

então, captado o sentido da sugestão ulpiana: o conhecimento ou a experiência da injustiça pode ser um didático caminho para a justiça, pois alguém que tenha descoberto a injustiça de algo, também desvendou com igual profundidade o que deve ser justo no mesmo caso. Em dados momentos históricos, o torpor da sensibilidade e a desorientação da razão, a par da constatação de evidentes injustiças, incitam a esperança humana a uma rendição sem luta e sem horizonte. Convém lembrar-se que a noite é sempre mais escura logo antes do amanhecer e que o reencontro com o justo é, não raro, resultado de um sofrimento da injustiça, mas sem rendição.

<sup>40</sup> CÍCERO (2010:51) conta que “entre os gregos, homens da mais baixa condição, impelidos pelo incentivo de um magro salário, oferecem-se para assistir em justiça aos oradores sobre as questões de direito: chamam-lhes ‘práticos’. Na nossa cidade, pelo contrário, os mais ilustres personagens desempenham esse trabalho”.

<sup>41</sup> D. 1, 2, 12: segundo Sexto Pompônio, “o *jus civile* propriamente dito é aquele que, sem estar escrito, consiste na interpretação dos prudentes”.

Evidente que o esforço dos romanos em busca dessa simplicidade sempre foi matizado pelos outros atributos aqui expostos. Mesmo assim, conforme definiu um famoso estudioso do direito anglo-saxão (SCHULZ, 1990:89), “*turning from study of the English to the study of the Roman law, you escape from the empire of Chaos and darkness to a world, which seems by comparison the region of order and light*”<sup>42</sup>.

Em terceiro lugar, a *jurisprudencia* romana é um saber **ético**, porquanto o jurista, no caso concreto, está preocupado em buscar a resposta que corresponda ao justo, donde decorre a natureza moral de seu mister. O próprio Digesto começa com uma definição acerca do *jus*: “Convém que aquele que vai dedicar-se ao direito conheça primeiramente donde deriva o termo *jus*. É chamado assim por derivar de *justitia*”<sup>43</sup>.

Isto é, ainda que seja o contrário (*justitia* deriva de *jus*), ao definir o objeto de seu saber, o jurista o vincula imediatamente com a justiça. Não busca um lastro epistemológico que encerre a atividade jurisdicional em si mesma, já que o antigo lastro religioso não gozava mais de prestígio institucional.

Ulpiano resume bem essa assertiva: “podem os juristas ser chamados de sacerdotes da justiça; com efeito, prestamos culto à justiça e professamos o conhecimento do bom e do equitativo”<sup>44</sup>, separando o justo do injusto, discernindo o lícito do ilícito”<sup>45</sup>. Atribuindo, no âmago de sua atividade, a cada indivíduo o seu *jus*, compreendido este último como o bom e o equitativo, no dizer do jurista Celso, os juristas romanos conferiram um verdadeiro e próprio acento ético ao seu trabalho.

<sup>42</sup> Preferimos não traduzir a afirmação do original, dada a contundência e a sonoridade produzidas pelo vernáculo inglês.

<sup>43</sup> D. 1, 1, 1.

<sup>44</sup> BARZOTTO (2010:172-173) aprofunda as conexões entre *justitia* e *jus*: “segundo a definição de Ulpiano, a *justitia* é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu *jus* (D. 1, 1, 10). O *jus* é a parte que cabe a cada um em uma partilha. Mas ‘essa parte que cabe a cada um’ deve ser a materialização do ‘bom e do equitativo’, pois, segundo Celso: ‘*jus est ars boni et aequi*’. O conteúdo do *jus* é determinado, assim, pelos valores do *bonum* e da *aequitas*. O jurista, ao investigar o *jus* no caso, não faz mais do que procurar determinar o que é bom e equitativo nas circunstâncias dadas. É por isso que (...) a jurisprudência, que tem como objeto o *jus*, é definida como ‘o conhecimento do bom e do equitativo’, pois o ‘bom e o equitativo’ são o conteúdo do *jus*. *Aequitas* é uma palavra de raiz latina, ausente em outras línguas indo-europeias. É a igualdade, o equilíbrio, a proporção. *Bonum* é aquilo que é conveniente, bom para algo, não só para os envolvidos em uma lide, mas para toda coletividade. É a atenção ao bem comum que deve acompanhar a decisão do caso singular. O *jus* é assim a materialização da *aequitas* no caso concreto, levando em consideração as exigências do bem comum”.

<sup>45</sup> D. 1, 1, 1.

Os jurisconsultos entendiam o direito como um saber a ser construído responsabilmente e (VIEHWEG, 1986:80-81) “toda sua personalidade estava comprometida nisso; como dizia Ihering, ‘seu orgulho não é somente de tipo intelectual, mas também de tipo moral’”.

Em quarto lugar, a *jurisprudencia* romana é um saber **casuístico**. O Direito Romano não tem a lei como fonte primária, mas a obra destilada dos jurisconsultos. A lei é pouco manejada no âmbito do direito privado, porque a formação jurídica consistia em assistir um jurisconsulto experiente aconselhando os particulares, seguido de um debate, posteriormente, entre seus discípulos, destilando-se, de geração em geração, um saber fincado na experiência.

Em Roma (KÄSER, 1962:121), a lei contrapõe-se ao direito dos juristas: ela é uma fonte de direito em virtude de uma imposição, ao passo que o direito dos juristas não é senão a experiência derivada dos casos particulares e progressivamente consolidada. É por isso que a lei pôde aparecer aos juristas romanos não tanto como o cerne da sua ordem jurídica, mas antes uma barreira limitando a liberdade de descoberta do direito pelos juristas.

Na solução dos casos, o jurisconsulto não inicia sua investigação a partir de uma regra preexistente. Vale-se, hermeneuticamente<sup>46</sup>, da casuística, cujo fim é o de buscar, depois do exame da realidade, o justo concreto. Sopesam-se as circunstâncias do caso, invocam-se casos semelhantes (analogia), casos opostos (argumento *a contrario*) e emprega-se o argumento *ad absurdo*, a fim de se checar a razoabilidade da solução encontrada. A atenção do jurisprudente está no caso e não na regra.

Pela via da sedimentação das soluções, naturalmente vão se formando regras ou princípios por um processo de generalização empírica, como as seguintes: “Ninguém pode transferir mais direitos do que tem”<sup>47</sup>, “Não se considera que alguém perca o que não era seu”<sup>48</sup> ou “É nula a obrigação de objeto impossível”<sup>49</sup>. Interessante notar que o pensamento do jurisprudente ainda é fortemente concreto e empírico, mesmo quando formula regras gerais.

Nesse sentido, SCHULZ (1990:63) diz que

---

<sup>46</sup> D. 1, 2, 2: *Sine scriptio in sole interpretatione prudentium consistit*.

<sup>47</sup> D. 50, 17, 54.

<sup>48</sup> D. 50, 17, 83.

<sup>49</sup> D. 50, 17, 185.



“no princípio, estava o <caso>. Cada solução de um caso prático aliava-se ao convencimento e com a vontade de que, produzindo-se novamente o mesmo caso, a mesma solução deveria ter lugar. Porém, posto que o caso jamais poderia ser reproduzido em todos seus detalhes, cada decisão casuística contém algo mais que a solução de um caso individual: uma norma jurídica que prescinde e abstrai-se de algumas circunstâncias do caso, em resumo, uma norma jurídica abstrata. É necessário, não obstante, um passo adiante e mais bem frequentes outros para se poder formular em palavras esta abstração” (tradução livre).

Esta abstração resumia-se à formulação de soluções unívocas e uniformes sempre tomadas a partir do conjunto depurado das realidades jurídicas extramentais e não à uma formulação estritamente teórica alheia àquelas realidades, como se deu, muitos séculos mais tarde, no positivismo normativista kelseniano quanto aos modos de se conhecer o direito (problema gnosiológico do direito). Os romanos tinham muito claro o perigo que o excesso de abstração leva consigo, porque sabiam, diante de sua experiência empírica civilizacional, que uma regra geral estritamente abstrata não conseguia dominar plenamente as possíveis complicações da vida.

E, quando as definições que se nos apresentam são genuinamente clássicas, depreende-se, com clareza, que definições puramente teóricas não eram um atributo dos jurisconsultos romanos, porquanto manejavam constantemente o método casuístico que, por essência, é empírico e ainda prescinde completamente de uma formulação abstrata apriorística. Segundo SCHULZ (1990:67-69), “a antipatia pelos conceitos gerais é acompanhada da resistência para a formulação abstrata de normas jurídicas”.

Toda essa atitude hostil às abstrações tipicamente “kantianas” foi descrita exatamente por Cícero quando (justamente quem), publicou (SCHULZ, 1990:86) um libelo acerca de seu ideal de ciência jurídica, totalmente antitético, como ele mesmo assinala, ao dos jurisconsultos contemporâneos a ele. Para Cícero, os jurisprudentes deveriam ordenar um belo e ordenado edifício sistemático do direito, com muitas divisões em gênero e espécies, definições claras e fechadas e regras abstratas. A jurisprudência respondeu-lhe com um cortês silêncio a respeito, sem se deixar levar por planos similares.

Mas, segundo SCHULZ (1990:87),

“isso não foi o suficiente para rebater Cícero. Indubitavelmente, é exato afirmar que o método casuístico tornava difícil e inacessível (*difficilem et obscuram*, escreve Cícero) uma ciência do direito; mas, não obstante, não era o método dos jurisperitos o mais jurídico? E não demonstram, inclusive por esta via, ser juristas puro sangue? Uma coisa é certa: o método casuístico, que descreve o direito em seu movimento e em sua luta, deu à literatura clássica uma vivacidade e um frescor que jamais poderia ter alcançado com um sistema estritamente teórico. A jurisprudência deve a esse método a particular força propulsora que dela se desprende. Em poucas palavras, o método casuístico foi precisamente aquilo que sempre suscitou a admiração da posteridade jurídica” (tradução livre).

Em quinto lugar, a *jurisprudencia* romana é um saber **tradicionalista**, eis que, a fim de se evitar a insegurança jurídica que poderia emanar do tratamento casuístico dos problemas, a jurisprudência valia-se da tradição da moral e dos costumes, além do recurso aos precedentes jurisprudenciais, conferindo uma boa dose de coerência e organicidade ao conjunto das soluções tomadas, sobretudo no campo do direito de família. O novo caso inseria-se numa cadeia específica de soluções, onde a evolução no entendimento acontecia de forma gradual e lenta, mas segura.

A tradição é uma grande virtude na vida romana: em torno dela, giravam as noções de *gravitas* (ARENDR, 2011: 162-171) e de *constantia* (CÍCERO, in *Epistulae pro Sestio*, 67, 141: “nos in ea civitate nati, unde orta mihi gravitas et magnitudo animi videtur”). FERRAZ JÚNIOR (1991:60) salienta que “tinham *auctoritas* aqueles que eram capazes de arcar com o peso de aumentar a fundação. Daí a importante noção de *gravitas*, traço proeminente de seus jurisperitos”. Nas circunstâncias sérias e alegres, o romano está ligado aos *morem maiorum* (costumes dos antepassados) e sente-se seguro e sereno quando a eles se remete.

Essa atitude conservadora apresenta-se com particular evidência na vida jurídica romana (SCHULZ, 1990:108), porque todos os jurisperitos participavam na formação do direito com senso de responsabilidade e nunca intentaram interromper o curso remansado do desenvolvimento jurídico com intervenções radicais: não resolviam recomeçar a fundação de Roma a partir do zero, mas agiam com prudência (no sentido aristotélico) judicial.

A evidência disso está na dificuldade com que o romano tinha que abandonar, por boas ou más razões, uma normatividade posta que já tinha sido erigida à condição de instituição jurídica: foi o caso da recepção de muitas instituições do direito estrangeiro pela ordem jurídica romana, sempre feita com muita parcimônia e sem nunca ter sido absorvida com um pronto e acabado selo romano. A própria normatividade vigente raramente é revogada, deixando-se-a apenas cair no desuso. Muitas vezes, propositadamente, uma nova normatividade é colocada em vigor ao lado de outra já esgotada, de maneira a facilitar o progressivo desuso do velho direito e o trabalho hermenêutico dos jurisconsultos nas *responsa*.

A experiência romana demonstra que o conhecimento do Direito não corresponde a uma gnoseologia estritamente científica do Direito, mas, sem prejuízo disso, a um conhecimento prudencial do Direito, assentada no seio daquela tradição jurídica, porque o direito é uma prudência, um saber prático, uma atividade própria do agir, impulsionada pelo pensamento: “mais que um emaranhado de regras, suscetíveis de aprendizagem, o direito consiste num <<saber-fazer>>, que dita como e quando elas se aplicam, transcendendo-as (OLLERO TASSARA, 2006:316)”. Para o romano, saber leis não era saber o Direito.

Com efeito, GADAMER (1994:178) acentua esse liame entre Direito e prudência ao sustentar que

“o conhecimento do direito que caracteriza o jurista segue chamando-se, com boas razões, jurisprudência, literalmente, prudência jurídica. Esta palavra recorda ainda o legado da filosofia prática, que via na *prudentia* a virtude suprema de uma racionalidade prática. O fato de que a expressão ciência do direito tenha prevalecido a partir do final do século XIX indica a perda da ideia de uma peculiaridade metodológica deste saber jurídico e de sua definição prática”.

O *ius redigere in artem* romano, a criação epistemológica autônoma dos jurisprudentes romanos, derivou e consubstanciou-se num tipo de método bem peculiar. Os jurisconsultos fizeram uma avaliação ética baseada numa observação sociológica empírica, estilizando em norma os comportamentos minimamente aceitáveis e justos. Não capitularam (DIP, 2001:97) face ao real desviante: não legalizaram o aborto com o pretexto de que já eram praticados socialmente, como não coonestaram o homicídio com o álibi de que há quem mate seu semelhante.

Depois, perante os casos concretos, exercitaram uma sensibilidade criadora prática, com sentenças criativas, em que não hesitaram em se servir de ficções jurídicas para, por exemplo, manter os princípios e, assim, atingir soluções equitativas, de justiça concreta.

No dizer de DIP (2001:98), a *jurisprudencia* romana consolidou-se centrada em três planos:

- a) o da **observação** direta e atenta da realidade, implicando o conhecimento das coisas e dos homens e da sua natureza, o que se liga a qualidades da virtude da prudência;
- b) o do **acolhimento principal** (geral e abstrato) ético de justiça, pela formulação (e não criação a partir do nada) de normas que, como diz o Digesto, não são o Direito propriamente dito, mas sua estilização verbal. E essa decisão e criação normativa releva da prudência e da justiça;
- c) o da **decisão casuística** da jurisprudência, fazendo direito no caso concreto, não por mera subsunção lógica do caso à norma, mas por procura dialética da justiça, em que os argumentos das partes são tópicos contraditórios e a sentença a síntese possível, atentos os padrões de decisão que são as fontes de direito aplicáveis, que funcionam como outra tópica. A genuína e original forma de praticar o Direito é judicialista, é prudencial.

Como procuramos descrever, no bojo da trajetória histórica de autonomização do Direito, a racionalidade do jurisconsulto romano possibilitou a constituição de um saber próprio sobre o direito: a prudência jurídica. Esta expressão recorda um vivo legado romano e uma filosofia prática, que via justamente na prudência a principal virtude de uma racionalidade voltada para a *praxis*. A partir do ocaso da época clássica, mas, sobretudo, da queda do Império Romano do ocidente (476 d.C.), essa racionalidade toma outro rumo, sendo

resgatada apenas no século XX. Todavia, de qualquer maneira, depois de Roma, o Direito nunca mais foi o mesmo.

#### **4. Considerações Finais**

Entre os romanos, a lei foi, de início, uma parte da religião: a estruturação jurídica romana começou, por influência grega, sendo um conjunto de ritos e preceitos litúrgicos com disposições aleatórias acerca dos regramentos sobre cidadania ou estado de guerra, do direito de propriedade, das sucessões ou das coisas. Em suma, o ordenamento jurídico compunha-se de uma normatividade mista sacra e civil: quando entre dois homens não existia esse vínculo religioso, como na relação entre um romano e um escravo ou um estrangeiro, não era possível haver uma relação de direito, tal como hoje entendemos, ou seja, um liame subjetivo que atrela dois sujeitos de direito, cada qual com direitos e obrigações recíprocas.

Contudo, os romanos, em razão de seu pragmatismo vital, cuja mentalidade mais lembra a de um camponês soldado, a partir dos últimos séculos da República até os três primeiros séculos do Império, acabaram por, paulatinamente, desenvolver uma visão do Direito a partir da ideia de um campo próprio e específico de natural juridicidade humana, segundo o qual o homem teria uma potência natural para ser titular de direitos, porque seria possuidor de seu próprio ser. Começa, assim, por ser titular do direito ao próprio ser que, no seio social, demanda um certo agir ético para com os demais. Foi dado o primeiro passo para a autonomização epistemológica do Direito em relação à religião.

A forma de pensar romana nunca foi dada a grandes abstrações como no pensamento grego. Um saber, por exemplo, como a matemática, só alcançaria um nível de desenvolvimento em Roma na medida em que fosse útil para a resolução de problemas sociais concretos, como a construção de um grande aqueduto num terreno cheio de acidentes geográficos ou de uma ponte que pudesse suportar a travessia de um exército formado por inúmeras legiões. O estudo de uma doença, como a leptospirose, só faria sentido se um bairro inteiro de Roma já tivesse sido dizimado por essa patologia, a ponto de exigir medidas sanitárias, como fornecimento de água potável e recolhimento de lixo regulares.

No campo jurídico, inclusive no regramento legal familiar, deu-se o mesmo fenômeno. Roma nunca criou uma teoria acerca do ser do Direito. No seio

desse afã de autonomia epistemológica, tomado a partir da mera observação empírica do desenvolvimento das relações sociais e de seus reflexos na órbita daquela juridicidade natural do homem, influenciados, principalmente, pela *phronesis* de Aristóteles, os romanos, por intermédio do longo e laborioso trabalho dos jurisperitos, acabaram por criar uma noção de Direito fundada na prudência do que propriamente numa ciência, tal como hoje compreendemos.

Para o romano, no mundo jurídico, era muito mais importante, a partir do casuismo jurídico, ir, aos poucos, formulando máximas gerais que pudessem orientar a ação (*praxis*) social, porque, quando cada um sabe tomar as decisões corretas em cada relação social, a sociedade vitaliza-se, na medida em que a potencializa alcançar um nível satisfatório de justiça e paz sociais. O saber jurídico romano, acumulado e destilado ao longo de vários séculos, dessa forma, nunca foi voltado para a constituição de uma disciplina baseada num estrito conjunto de normas dotadas de validade legislativa, bem ao gosto do positivismo normativista kelseniano.

A epistemologia jurídica romana, lastreada preponderantemente na prudência judicial (*jurisprudencia*), é fundamentalmente oposta à ideia de um furor codificante e mesmo de um ímpeto estatal de promulgação legal: para o romano, o Direito sempre foi fruto de um lento e progressivo processo de resolução de casos concretos, jamais determinado exclusivamente por rígidos estamentos estatais.

No ímpar desenvolvimento desse saber, os romanos produziram definições e critérios distintivos para as diversas situações em que se manifestavam os conflitos jurídicos da *praxis* social romana, muitos deles até hoje duradouros, mormente nos campos da Filosofia do Direito e do Direito Civil (com especial acento nas relações de família, de contrato e de obrigações), a ponto de concluirmos que o povo romano foi o povo da justiça como *voluntas* e não como *theorein*; foi o povo do Direito e não o povo da lei; foi o povo da prudência jurídica e não da ciência jurídica. Na tarefa de conferir uma saudável autonomia epistemológica do Direito em relação à religião, os romanos não só o fizeram com exemplar acuidade, como nos legaram um monumento jurídico dotado de grandeza histórica e, ao mesmo tempo, de vitalidade sapiencial perene, erigido ao *status* de uma das colunas de sustentação axiológica da atual civilização ocidental.

## 5. Referências Bibliográficas

- ABBÀ, Giuseppe. *História Crítica da Filosofia Moral*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência Ramon Llull, 2011.
- ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Retórica*. Bauru: Edipro, 2011.
- AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 2003.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do Direito – Os Conceitos Fundamentais e a Tradição Jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CARPEAUX, Otto Maria. *História da Literatura Ocidental*. Brasília: Edições do Senado Federal, 2008, vol. I.
- CÍCERO, Marcus Tullius. *De legibus*. Lisboa: Edições 70, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Do Orador*. Porto: Res Jurídica, 2010.
- COULANGES, Foustel de. *A Cidade Antiga, Estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia Antiga e de Roma*. São Paulo: Edipro, 2009.
- D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía de Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2007.
- DIP, Ricardo. *Propedêutica Jurídica*. Campinas: Millennium, 2001.
- D'ORS, Xavier. *Antología de Textos Jurídicos de Roma*. Madrid: Akal Clásica, 2001.
- EPICURO. *Carta sobre a Felicidade a Meceneu*. São Paulo: UNESP, 1999.
- FERNANDES, André Gonçalves. *Ensino do Direito e Filosofia: a Prudência e a Hermenêutica Jurídicas, Aprendidas com o Estudo de Caso, como Fundamentos da Formação para a Justiça como Prática Social*. Dissertação (Mestrado em Filosofia e História da Educação). Unicamp, Campinas, 2014.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Sígueme, 1994, vol.II.
- GAUTHIER, René-Antoine. *La Morale d'Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1973.
- GAUTHIER, René-Antoine. JOLIF, Jean Yves. *L'Éthique à Nicomaque. Introduction, Traduction et Commentaire*. Louvain: Publications Universitaires de Louvain, 2002, vols. I, II e III.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

- HERÁCLITO. *Fragmentos Contextualizados*. São Paulo: Odysseus, 2012.
- HERVADA, Javier. *Síntesis de Historia de la Ciencia de Derecho Natural*. Pamplona: EUNSA, 2007.
- HOMERO. *Ilíada*. São Paulo: Penguin Companhia, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Odisseia*. São Paulo: Penguin Companhia, 2011.
- JHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Alba, 1942, vols. I e II.
- KÄSER, Max. *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*. Rio de Janeiro: Romanitas, 1962, vol. 4.
- LÍVIO, Tito. *História de Roma*. Belo Horizonte: Crisálida, 2009.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Hermenêutica Filosófica e Direito Natural. Algumas Considerações Crítico-Valorativas*. In: Quaestio Iuris. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2006, nº04/242.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- OLLERO TASSARA, Andrés. *Tiene Razón el Derecho?* Madrid: Congreso de los Diputados, 2006.
- PLATÃO. *A República*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Cartas*. Madrid: Akal Ediciones, 1993.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. New York: Nabu Press, 2012.
- SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 1990.
- SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Topbooks, 2006.
- THOMSEN, D. *Techne als Metapher und als Begriff der sittlichen Einsicht. Zum Verhältnis von Vernunft und Natur bei Platon und Aristoteles*. Freiburg-München: Karl Alber, 1990.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986.
- VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia del Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1981, vols. I e II.
- \_\_\_\_\_. *Le Droit Romain*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2005.



REVISTA DE  
**DIREITO DE FAMÍLIA  
E DAS SUCESSÕES**  
RDFAS

Ano 4 • vol. 12 • abr.-jun. / 2017

**DOCTRINA ESTRANGEIRA**

## ***POR UN DERECHO PENAL DE LA VINCULACIÓN***

### ***FOR A CRIMINAL LAW OF BINDING***

**Alexis Bavitot**

Professor e Doutor em Direito Penal e Ciências Criminais pela  
Universidade Jean Moulin – Lyon 3

**Sumário.** Introducción. I. La debilitación de los vínculos debido al turismo de reproducción. II. Las perspectivas para un derecho penal de vinculación. III. Conclusión

### **Introducción<sup>50</sup>**

Obrigado. Eu gostaria de dar uma palavra de agradecimento aos organizadores deste evento. Em particular, obrigado à Regina Beatriz Tavares da Silva por ter me permitido participar ativamente. Eu comprei no aeroporto este dicionáriozinho francês-português e gostaria de aprender em breve sua língua. Infelizmente, o tempo de vôo foi curto demais, então vou ter que apresentar em espanhol. Espero que vocês me compreendam.

Los organizadores nos preguntan por el vínculo que puede existir entre el derecho de familia y el afecto. Hay que confesar que la presencia del derecho penal no se ve afectada por su evidencia. Podría haber incluso una incompatibilidad entre ambos. El derecho penal es por naturaleza violento, duro, brutal, rudo; una serie de cualidades que no se llevan bien con el afecto y el derecho de familia donde se espera amabilidad, delicadeza y comprensión.

Antes de precisar lo que el derecho penal puede aportar al afecto y a la defensa del orden público familiar, permítanme un inciso filosófico sobre la cuestión. El vínculo, sin el cual no puede haber afecto, ocupa un lugar privilegiado en la filosofía francesa.

Simplemente quiero citar aquí a Emmanuel MOUNIER, fundador de una importante revista francesa llamada *Esprit*. También encontramos a Paul RICOEUR o

---

<sup>50</sup> Palestra proferida no evento internacional “O Afeto e o Direito de Família: Encontros e Desencontros na Visão Comparada”, realizado em 04 de abril de 2017, no Salão Nobre da OAB-SP

Emmanuel LEVINAS. Estos tres autores representan la filosofía personalista. Según esta filosofía personalista, el ser solo se emancipa bajo la mirada del otro, él mismo como otra persona, en la relación con los demás. Esta filosofía es lo opuesto a un mundo solitario donde cada individuo es el único responsable de su destino. En cierta forma «me relaciono, luego existo». Esa es filosóficamente la diferencia entre una persona (relacionada con los demás) y un individuo (solitario).

El derecho, que es por naturaleza protección y límites, puede ser garante de estas relaciones pasadas, presentes y futuras. Por ejemplo, aunque se conserven en los congeladores, los embriones supernumerarios están “relacionados” con sus padres y los gastos anuales de conservación están ahí para recordárselo.

Por tanto, el fin de mi intervención será determinar las circunstancias en las que el derecho penal puede imponer que se mantenga un vínculo filial, ya sea un vínculo jurídico o biológico.

La primera misión del derecho penal es castigar para excluir y aislar a los individuos. Pero en el derecho de familia, el derecho penal puede también actuar, por el contrario, para acercar a las personas, crear vínculos entre historias comunes, abrirle a todo el mundo el camino de su origen en la relación con los demás.

¿El derecho penal se puede concebir como un derecho de vinculación?

El derecho penal francés incrimina algunos comportamientos y algunas prácticas con el objetivo de mantener vínculos entre padres e hijos.

Numerosas infracciones francesas se centran directamente en la gestación médica asistida. Encontramos en concreto la gestación por sustitución que recae bajo el efecto del artículo doscientos veintisiete guion trece del Código Penal que reprime la sustitución voluntaria, la simulación o el encubrimiento de niños. El intermediario en una gestación por sustitución o el intermediario de un abandono con vistas a una adopción están igualmente penados por el derecho penal francés (artículo 227-12 del Código Penal).

También hay otras infracciones menos conocidas, más discretas, pero finalmente bastante numerosas (alrededor de quince) que sancionan especialmente algunas estrategias destinadas a mantener un vínculo entre padres e hijos. Encontramos, sobre todo, el hecho de obtener embriones humanos previo pago (artículo 511-5 del Código Penal) o el hecho de proceder a una inseminación artificial con espermatozoides procedente de donaciones (artículo 511-12 del Código Penal).

A pesar de todo lo que he dicho, ahora veremos que el turismo de reproducción viene a revolucionar todo esto.

Aprovechando la internacionalización de los intercambios y la diversidad de las leyes, los padres quieren buscar en otros lugares, en legislaciones más liberales, lo que el derecho francés les prohíbe. El turismo de reproducción reduce a poca cosa este derecho penal que pretende ser una fortaleza para proteger los vínculos entre padres e hijos. Este turismo de reproducción confirma la impotencia del derecho penal incapaz de aceptar los comportamientos ilícitos que tienen lugar en el extranjero.

Mi propósito se desarrollará en dos tiempos. En primer lugar, se constata que los límites fijados por el derecho penal se debilitan con la internacionalización del derecho y el turismo de reproducción (I). Por eso, en segundo lugar, tendremos que designar perspectivas de reforma y proponer soluciones para que el derecho penal siga siendo un derecho que proteja los vínculos (II).

## **I. La debilitación de los vínculos debido al turismo de reproducción**

Es habitual denunciar la impotencia del derecho penal que parece incapaz de comprender que basta con tomar el tren o el avión para lograr fuera lo que aquí está prohibido. Aún más, una vez realizada la operación en el extranjero, el derecho penal no podrá sancionar a los autores.

Y esto se deberá a una razón técnica: la competencia de la ley penal francesa.

Sin entrar en los detalles de la aplicación de la ley penal en el espacio, hay que recordar que, en principio, la ley francesa se aplica solo a las infracciones cometidas en el territorio de la República (artículo 113-2, párrafo 1, del Código Penal). Es el principio de territorialidad.

Pero enunciar el principio no hace más que retrasar la pregunta que aparece entonces: ¿qué es una infracción cometida en el territorio de la República? ¿A partir de qué momento, de qué acto, se localiza una infracción en el territorio nacional?

El Código Penal nos da la respuesta: se considera cometida en el territorio de la República toda infracción de la que uno de los hechos constitutivos haya tenido lugar en este territorio. (artículo 113-2, párrafo 2). Por tanto, solo basta una cosa: que se realice un hecho constitutivo en Francia.

Los hechos constitutivos son objeto de una interpretación flexible por parte del Tribunal de casación de París. Según esta interpretación, los hechos constitutivos no designan los elementos constitutivos tradicionales de infracción – elemento legal, material y moral – sino de simples hechos que participan en el proceso de infracción. Así, el más mínimo hecho que concorra de una forma u otra en la infracción, desde el momento en que se comete en territorio francés, permite aplicar la ley penal.

¿Qué ocurre, por ejemplo, con la gestación por sustitución?

La gestación por sustitución toma forma de contrato. Por consiguiente, la propuesta de contratar o las negociaciones contractuales que intervienen en Francia, por ejemplo, mediante intercambio de correos electrónicos, serán hechos constitutivos y bastarán para activar la competencia de la ley penal francesa. Por tanto, las facilidades que ofrece internet llevan, teóricamente, a una extraterritorialidad muy amplia de la ley penal francesa.

Además, la gestión por sustitución es punible al llevar a una simulación de paternidad que entraña una afrenta al estado civil. Esta afrenta al estado civil forma parte de la infracción. Pero lo que quieren los padres es modificar el estado civil francés para que tengan en cuenta la simulación de paternidad y su nuevo vínculo. Y el estado civil francés se aplica por definición... en Francia. De tal forma que la afrenta al estado civil tiene lugar necesariamente en Francia y se aplicará la ley penal francesa.

A este respecto, hay que destacar que internet incrementa las ocasiones de competencia de la ley penal francesa. Basta tomar como ejemplo el delito de mediación en materia de gestación por sustitución cuyo intento es punible (artículo 227-12, párrafo 3, del Código Penal). Una asociación dispone de una página web ubicada en un país donde la gestación por sustitución está autorizada, por ejemplo, en algunos países de América del Sur o del Norte. Esta se propone poner en contacto a padres franceses que desean tener un hijo con mujeres americanas que acepten gestar un niño y traerlo al mundo. La asociación se declara culpable de intento de delito de mediación ante el derecho penal francés, desde el momento en que la página web es accesible en Francia.

Teóricamente, el turismo de reproducción parece que está bastante penalizado y accesible para el derecho penal francés. Pero, en la práctica es mucho más difícil porque se considera que la infracción se comete totalmente en el extranjero.

En virtud de la competencia personal, la ley penal se aplica al delito cometido en el extranjero puesto que el autor es francés (artículo 113-6, párrafos 1 y 2, del Código Penal). Pero el derecho penal añade una condición que es la piedra en el zapato de la competencia de la ley penal francesa: la doble incriminación.

El delito cometido en el extranjero por un francés puede ser prohibido por el derecho francés con la única condición de que los hechos también sean penados por la legislación del país donde se ha cometido. Por consiguiente, basta con llevar a cabo esos actos o realizar esos hechos en un país que no los prohíba, para que la ley penal francesa no se pueda aplicar.

Esta incapacidad ya se ha dado en un caso concreto. Un hombre y su mujer habían recurrido a la gestación por sustitución en California. Después del alumbramiento, obtuvieron del estado de California la partida de nacimiento. Los padres pidieron en el consulado francés la transcripción en los registros de la partida de nacimiento. Francia inició acciones legales. Pero el juez de instrucción constató que se habían ejecutado todos los actos en el Estado de California. La ley penal francesa no se puede aplicar porque el conjunto de actos relativos a la gestación por sustitución se realizaron en California y que ese Estado americano no prohíbe esta práctica. Lógicamente, el matrimonio se benefició de un auto de sobreseimiento (TGI Créteil, 30 de septiembre de 2004).

El ejemplo basta por sí solo para mostrar que la doble incriminación paraliza la represión penal. Esa es la razón por la que ahora conviene preguntarse por las perspectivas de reforma.

## **II. Las perspectivas para un derecho penal de vinculación.**

Las perspectivas de reforma se proponen evitar que el derecho penal sea víctima del “law shopping”. Más allá de las modificaciones de textos, hay que admitir como premisa que estas perspectivas se basan en un presupuesto: el de la necesidad y la utilidad del derecho penal en la materia, lo que supone una verdadera opción de política criminal.

En efecto, la incriminación es un acto de pura política.

Puesto que esa opción política está actualmente asegurada por Francia, el medio más simple sería actuar directamente en los propios criterios de competencia de la ley penal: competencia universal y competencia personal.

Al tratarse de la competencia universal, se debería firmar un convenio internacional que definiera los comportamientos prohibidos y que exigiera a los Estados prohibir algunos actos. Esto resulta muy delicado debido a la diversidad de las legislaciones y la falta de consenso en estas cuestiones. Pero la idea de un convenio internacional es legítima. En otros ámbitos (como la corrupción, el blanqueo o el secuestro de niños), esta utopía se ha convertido en una realidad.

Además es lo que dispuso el profesor Fulchiron que propone una cooperación internacional para luchar contra el turismo de reproducción. Según él, esta cooperación podría tomar la forma de un convenio de vocación universal bajo la égida de la Organización de las Naciones Unidas.

Sin entrar en los detalles de esta propuesta, la base común tendría un doble objetivo: la cooperación entre Estados y la protección de los niños. Según los principios generales, se confirmaría especialmente la protección de la madre gestante contra la explotación económica, la libertad de su consentimiento, el justo equilibrio entre la compensación acordada y el compromiso de la madre gestante o incluso la prohibición de los beneficios económicos abusivos.

Al tratarse de la competencia personal, el remedio sería simple: suprimir la condición de la doble incriminación en las infracciones que competen al turismo de reproducción. Técnicamente, esta supresión no es complicada ya que bastaría con una simple modificación legislativa.

Además, esta modificación sería mucho más fácil al no resultar inédita en el derecho francés. El legislador ya ha suprimido esta condición por otras infracciones, por ejemplo, en materia de turismo sexual. Así, la supresión de la doble incriminación tiene permiso para perseguir a los franceses que inflijan agresiones sexuales a menores en los países donde no están penadas.

En mi opinión, esa penalización no sería contraria a la jurisprudencia del Tribunal europeo de los derechos del hombre. Es cierto, el Tribunal estima, de manera muy sabia, que un Estado no puede evitar la transcripción de una filiación en el estado civil de los niños nacidos de una gestación por sustitución. Pero el Tribunal de Estrasburgo no cuestiona la prohibición de la gestación por sustitución que se queda al margen nacional de apreciación de los Estados.

Con este fin, será necesario no seguir sancionando el resultado al que tiende la gestación por sustitución, como es el caso actualmente en Francia, pero la propia práctica incrimina especialmente la gestación por sustitución. Lo que Francia quiere

penalizar es el comportamiento de los padres y sería lamentable que la situación de estos niños fuera instrumentalizada para hacer lícito el comportamiento de sus padres.

### **III. Conclusión**

Como conclusión, por muy legítimo y sincero que sea el deseo de tener un hijo, el turismo de reproducción plantea un problema criminológico, especialmente respecto a las poblaciones más pobres al servicio de las más ricas. Y es precisamente obra del derecho penal establecer y proteger los límites.

Contra los estragos de la privación de afecto, contra los peligros de la falta de referencias y el exceso de soledades que se cruzan, el papel del derecho penal es mantener los vínculos. Protegiendo los vínculos, el derecho penal trata de recordar las realidades vividas. Las personas quedan libres para transformar este vínculo jurídico en vínculo afectivo.

Obrigado pela atenção.



## **ALIENAÇÃO PARENTAL: OS EFEITOS DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA EM RELAÇÃO AO ALIENADOR E A EFICÁCIA DAS PENALIDADES**

### **PARENTAL ALIENATION: THE EFFECTS OF SAFETY MEASURES IN RELATION TO THE ALIENER AND THE EFFECTIVENESS OF PENALTIES**

**Maria Gina de Sousa Alves Mesquita**

Mestre em Ciências Jurídicas, Universidad de las Integracion de las Américas – Py  
Pós-Graduanda em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil, na FAERPI

**Regina da Conceição Vilhena Ferreira**

Mestre em Ciencias da Educação,  
Universidad de las Integracion de las Américas - Py  
Pós-Graduanda em Planejamento e Docência no Ensino Superior, na Escola  
Superior Aberta do Brasil – ESAB

**Resumo.** O objetivo do presente estudo científico, realizado no período de 2012, especificamente em Fortaleza, estado do Ceará, como consolidação da dissertação de mestrado em ciências jurídicas, é analisar a Alienação Parental desde os efeitos das medidas de segurança em relação ao alienador, à eficácia das penalidades impostas. Para a realização desta pesquisa científica utilizou-se a abordagem qualitativa, duas tipologias de estudo: a exploratória e a explicativa, bem como técnicas de coletas de dados: pesquisa bibliográfica, análise documental e a aplicação de entrevistas livre-narrativas. Contudo, concluiu-se que, muitos dos cônjuges que se encontraram ou estão vivenciando um processo de separação conjugal, não conseguem distinguir que a separação ocorre entre eles, e não entre eles e seus filhos, assim, permitindo que entre em cena, em suas vidas, um sério problema de saúde, a Alienação Parental. Observou-se também, que a guarda compartilhada, entendida como um ressaltável avanço para o direito de família brasileiro, vem sendo uma possível alternativa para sanar essa mazela que assola crianças e adolescentes brasileiros, que passaram ou estão vivenciando o processo doloroso do esfacelamento de suas famílias; a causa das diminuições das disputas entre genitores, e dos demais prejuízos que o rompimento da vida conjugal venham causar para os integrantes da família, a exemplo do que se deu, em termo de

prejuízos, no que se refere ao caso verídico, explorado nesta pesquisa, que seria o de relacionamento conturbado entre os filhos e seus genitores. Por fim, almeja-se que este estudo científico possa servir de alicerce para futuras pesquisas e compreensões científicas.

**Palavras-Chave.** Família; Guarda; Poder Familiar; Alienação Parental; Síndrome da Alienação Parental.

**Sumário.** 1. Introdução. 2. A família brasileira à luz do Direito. 2.1. Alienação parental: conceitos e consequências. 3. Metodologia. 4. Análise e discussão dos resultados. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. Introdução

Discutir sobre a alienação parental, é reportar-se ao âmbito familiar que é o primeiro ambiente socializador de todo indivíduo, além de exercer papel fundamental no decorrer da trajetória de vida do mesmo, ou seja, este chegará à sua idade adulta, amparado por orientações obtidas a partir de experiências vivenciadas quando criança, segundo Passerini (2008). Embora, conforme Dias (2010), as famílias nos dias atuais, não possuem mais a formatação e características dos modelos tradicionais do passado. Observa-se, que na sociedade brasileira do século XXI, o homem tem uma participação efetiva na vida dos filhos, em virtude da presença da mulher, de forma mais enfática, na vida profissional.

A autora também afirma que com estas novas famílias, urge a necessidade de reflexões acerca de seus prementes problemas, ressaltando as diversas modalidades de guarda, e como consequência disto, eventualmente, nota-se a ocorrência da Alienação Parental (AP) exercida normalmente por um dos genitores em detrimento da imagem de outro.

Contudo, supõe-se que, inevitavelmente, os operadores do direito, que atuam nas varas de família, se deparam, em alguns casos, com a problemática da Alienação Parental, fenômeno este, de acordo com Guilhermano (2013), não ser tão recente, mas que vem sendo cada vez mais frequente nas relações familiares fragmentadas, que tem como cenário, separações conjugais dotadas de conflitos, sofrimentos e sentimentos de vingança, onde o protagonismo fica por conta da

disputa pela guarda dos filhos, bem como colocá-los contra o outro genitor, contribuindo para o seu distanciamento, e gerando barreiras de comunicação e convivência.

Dias (2013, p. 01) complementa as afirmações de Guilhermano (2013) e expondo que:

“Grande parte das separações produz efeitos traumáticos que vêm acompanhados dos sentimentos de abandono, rejeição e traição. Quando não há uma elaboração adequada do luto conjugal, tem início um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Os filhos são levados a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao parceiro. A forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam.”

Guilhermano (2013, p. 13) ainda afirma que a Alienação Parental leva a todos os membros da família sofrerem "(...) com as transformações e perturbações emocionais causadas pelo processo do divórcio (...)". Tão logo, deve-se observar, conforme Figueiredo e Alexandris (2011), que tais perturbações emocionais podem gerar, nas crianças e nos adolescentes, vítimas desse tipo de alienação, consequências psicológicas que podem evoluir para uma enfermidade que vem a ser denominada de Síndrome de Alienação Parental, também conhecida como SAP.

Figueiredo e Alexandris (2011) afirmam que essa expressão, a Síndrome da Alienação Parental, identifica e descreve o distúrbio de comportamento no qual uma criança, a partir do vivenciar um evento traumático, a exemplo de uma separação conjugal, um divórcio, ou uma dissolução de união estável de seus genitores, e que passam a apresentar um sentimento e um comportamento de rejeição a um dos pais, sem justificativa aparente, foi criada no ano de 1980, pelo psiquiatra infantil Richard Gardner, que somente no ano de 1985, veio dispor por meio de publicação científica, seus estudos que descrevem os sintomas da SAP.

Enquanto que no Brasil, tanto a Alienação Parental, quanto a Síndrome da Alienação Parental, vieram a permear no conhecimento de sua sociedade, quase que simultaneamente com a Europa, ou seja, no ano de 2002, segundo Alemão (2013), que também afirma que os brasileiros tomaram

conhecimento das mesmas, a partir de mobilizações organizadas por associações de pais separados de todas as partes do País, realizadas junto ao judiciário, para inflamar e propagar que se deveria tomar providências sobre casos de separações/divórcios, em que cerca de 80%, quando ocorriam, a guarda dos filhos ficava para a genitora, de modo unilateral.

Deve-se ressaltar, ainda de acordo com Alemão (2013), que mesmo o Brasil sendo o único país do mundo, que tanto reconhece, quanto condena a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, nos tribunais, foi somente no ano de 2010 que o poder judicial brasileiro passou a reconhecê-las de fato, em conjunto com o evento da ruptura de laços afetivos proposto por um dos genitores em relação ao outro, por meio da Lei de n. 12.318, sancionada no ano de 2010.

Devendo-se destacar conforme Angher (2014), que a mencionada Lei prevê diversas medidas judiciais, expressas nos artigos 6º e 7º, que podem vir a ser adotadas, cumuladas ou não, se apurados atos de Alienação Parental e, tão logo, buscar preservar as crianças ou adolescentes brasileiros que venham ser acometidos pela enfermidade da Síndrome de Alienação Parental, que vem a ser compendiada por Rafaeli (2002), como:

“(...) um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente do contexto de disputas de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais e verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim, a explicação de Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.”

O presente trabalho encontra-se organizado a fim de abordar aspectos conceituais concernentes ao direito de família no Brasil, explanando sobre o casamento e a legitimação da família, o divórcio e a dissolução do vínculo conjugal, a família afetiva no contexto das novas conjunturas familiares e o poder familiar inserido no contexto das famílias hodiernas.

Ao término, vem a ser apresentadas: a conclusão e algumas recomendações, a partir da apreciação de todo material recolhido, analisado e

estudado. Enfim, buscou-se um maior aprofundamento sobre um tema que trata do fenômeno não tão recente, mas que vem ganhando mais atenção por parte dos profissionais que atuam no direito brasileiro.

Almeja-se que este estudo científico venha ser um instrumento que possa orientar não só aos vários profissionais do direito que atuam no Brasil, mas também às famílias que estão em processo de fragmentação, de como lidar, evitar, ou mesmo extinguir a Alienação Parental.

## **2. A família brasileira à luz do Direito**

Antes de se pontuar sobre a delimitação e o alcance para esta pesquisa científica, entende-se ser relevante frisar que, o interesse em realizá-la, não se deu por acaso. Além das informações citadas anteriormente, este estudo justifica-se pela importância do âmbito familiar na vida do indivíduo e das consequências danosas que a Alienação Parental pode trazer principalmente para os filhos inseridos nesse contexto.

Acredita-se que, por meio deste estudo científico, poder-se-á identificar melhorias no tocante à resolução de litígios entre os cônjuges, almejando a prevenção e o combate à Alienação Parental, já que pesquisas realizadas pelo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2012, expõem que existem cerca de 45 milhões de crianças e adolescentes no Brasil, número esse que contempla as faixas etárias de 0 a 17 anos, e que dentre esse total, aproximadamente, 39 milhões (faixa etária de 0 a 12 anos), são crianças, um público tido como vulnerável à alienação, em especial, à Alienação Parental. Ainda devendo-se ressaltar, que do total de 45 milhões, 618.363 crianças e adolescentes (menores de 18 anos) tem seus pais separados.

Esta pesquisa do IBGE, também revela que as taxas de divórcio e de separações conjugais no Brasil são, respectivamente, de: 1,8 para cada 1 mil pessoas; e as de separações, de 0,5 para cada 1 mil. Além disso, observa-se que 40,3% são de casais sem filhos e 22% só têm filhos maiores de idade. Nesse contexto, o total de casais separados judicialmente com filhos vem a ser de 428.326, no período compreendido entre 2003 e 2011.

Pinho (2009), reitera que mesmo que os números de casos ocorridos de Alienação Parental no Brasil sejam crescentes, bem como

preocupantes, não há como estimar quanto são, precisamente, os quantitativos dos mesmos, mas que pode-se afirmar, a partir de dados obtidos por estatísticas realizadas pelo IBGE, também no ano de 2012, que cerca de 90% dos casos de separações e divórcios, as mães recebem a concessão de deter a guarda dos filhos, e por isso poder firmar que delas partem o maior índice da prática de Alienação Parental.

Também é revelado por Pinho (2009), que 100% das crianças envolvidas com a problemática de Alienação Parental vem apresentar, em maior ou menor grau, sintomas de depressão, melancolia e angústia. E que em 75% dos casos, a criança vem a se sentir culpada, seja pela situação, seja por seu mau comportamento, e até mesmo pelo seu baixo rendimento escolar. O autor ainda afirma que muitas dessas crianças, de forma inconsciente, veem a se "autocastigar como forma de autodirigir a hostilidade que sente contra os seus pais".

*Quanto a hipótese, a partir da proposta de realização desse estudo, vem a ser que a Guarda Compartilhada<sup>51</sup> seria realmente uma alternativa para diminuir as ocorrências de Alienação Parental. Nessa perspectiva, após o usufruto de uma vasta pesquisa bibliográfica, a partir de fontes como: livros, revistas e artigos científicos, sites e portais tidos como oficiais, dentre outras fontes, foi realizada uma análise documental e a aplicação de entrevistas livre-narrativas, entre os meses de novembro e dezembro de 2013, com o genitor alienado e a esposa deste. Podendo-se dizer que, durante toda essa proposta de estudo, pretendeu-se delinear o que vem a ser Família; Guarda; Poder Familiar; Alienação Parental; Síndrome da Alienação Parental.*

## **2.1. Alienação parental: conceitos e consequências**

E que Campos (2012, p. 30), complementa afirmando que várias podem ser as sequelas que tendenciam acompanhar por toda a vida e atrapalhar o desenvolvimento da criança ou do adolescente que sofreu Alienação Parental, e tão logo passou a ser acometida pela SAP, no desenlace dos seus genitores, dentre as que ocorrem com maior frequência e são consideradas mais graves estão:

---

<sup>51</sup>**Guarda Compartilhada:** De acordo com o art. 1.583, do Código Civil Brasileiro, § 1º - (...) , guarda compartilhada vem a ser "(...) a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (ANGHER, 2014, p. 290).

“(...) a depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psicossocial normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla ou múltipla personalidade, e, em casos extremos, pode levar até ao suicídio.”

No que se referem às medidas judiciais contidas no art. 6º, podem ser citados os seguintes incisos, conforme Angher (2014, p. 1528):

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
  - II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
  - III - estipular multa ao alienador;
  - IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
  - V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
  - VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
  - VII - declarar a suspensão da autoridade parental.
- Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.”

Tais medidas somam-se ao art. 7º, que segundo Angher (2014, p. 1528), "a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada".

A partir dessas afirmações, instigou-se em saber quais seriam os efeitos das medidas de segurança em relação ao alienador e a eficácia das penalidades impostas, no que se refere à Alienação Parental?

Dentre as ações alienantes realizadas pelo cônjuge alienador, com o intuito de denegrir a imagem do outro genitor, perante a prole, Cunha (2012) observa que podem ser várias, dentre elas, cita-se: a exclusão do genitor alienado da vida dos filhos, por meio do não repasse de informações importantes relacionadas aos mesmos, que englobam desde sua educação, saúde, vida social, etc., bem como

não participar das tomadas de decisões ao que se refere sobre o que vem a ser melhor para a prole; o alienante vir a dificultar a comunicação da prole com o seu outro genitor, a exemplo de interceptação de telefonemas, bem como interferir nas visitas que este venha fazer para seus filhos, dificultando de todas as formas de acesso, além de vir a demonstrar descontentamento pela alegria da criança quando as visitas ocorrem; quando este, o alienador passa a usar a prole como espiã do genitor alienado; fazê-la recordar de momentos tristes que viveram no passado; obrigá-la a vir escolher a um dos pais; e em casos extremos, o genitor alienador pode vir a acusar o outro genitor de abuso sexual contra os filhos.

Oliveira (2010), complementa as afirmações de Cunha (2012), pontuando que as formas da prática da Alienação Parental veem a ser por meio de:

- **Lavagem cerebral:** ou seja, o genitor alienante passa a gerar influências negativas referentes ao outro genitor, na mente dos filhos;
- **Implantação de falsas memórias:** para promover o afastamento dos filhos do pai alienado, o genitor alienante passa a introduzir elementos fantasiosos e prejudiciais sobre este, fazendo com que os filhos venham acreditar que os fatos são verídicos;
- **Pressão psicológica:** por meio da coação moral, o genitor alienante vem a impingir nos filhos, condutas danosas ao outro genitor.

Expostas essas práticas, Oliveira (2010) ainda faz a ressalva de que esses elementos comportamentais do genitor alienante podem surgir isoladamente, em casos menos severos, mas também pode-se vir detectar que essas práticas venham ser realizadas conjuntamente, até mesmo acrescidas de outras ações mais graves.

### 3. Metodologia

*A partir do objetivo geral, foram determinados os seguintes objetivos específicos: apresentar as causas e consequências da Alienação Parental; estudar fases que podem vivenciar uma família como a de dissolução, fragmentação familiar, em que vem envolver disputas de guarda dos filhos; propor melhorias no tocante à resolução de litígios entre os cônjuges, almejando a prevenção e o combate à Alienação Parental; avaliar as consequências danosas podem ser originadas de casos de Alienação Parental, tanto para os genitores, quanto para os filhos e a*



*sociedade; demonstrar que há pouca informação acerca das consequências de Alienação Parental, fazendo com que os pais pratiquem tal fenômeno sem perceber que estão afetando no desenvolvimento dos filhos.*

Observou-se que como foi realizado o estudo sobre um caso específico de Alienação Parental, ocorrido na capital cearense, Fortaleza, vislumbrando os efeitos das medidas de segurança em relação ao alienador e seus resultados. Tão logo, pode-se dizer que a população se concentra em três adultos, a genitora alienante, o genitor alienado e sua atual esposa, bem como, os dois filhos menores envolvidos na ação de modificação de guarda.

A amostra pesquisada contemplou duas pessoas envolvidas no caso de Alienação Parental, em que serão entrevistadas para narrar os fatos e detalhes do mesmo. Assim concebe-se que a escolha correta de uma metodologia de pesquisa é fator fundamental para a confiabilidade dos resultados obtidos e análises a serem executadas.

Conforme Yin (2001), a abordagem quantitativa se detém à quantificação de dados e, para que isso seja alcançada, utiliza recursos e técnicas estatísticas. Pode-se dizer que esta abordagem é muito utilizada em pesquisas descritivas nas quais se buscam descobrir e classificar a relação entre variáveis ou em pesquisas conclusivas, e as relações de causalidade entre eventos.

Ademais, a abordagem qualitativa, segundo Yin (2001) tem sido constantemente empregada em estudos voltados para a compreensão da vida humana em grupos, ou seja, nas ciências humanas. Esta abordagem teve diversas definições. De forma holística, pode-se auferir que ela abrange estudos nos quais se localiza o observador no mundo, constituindo-se, por conseguinte, num enfoque naturalístico e interpretativo da realidade.

Além dessas duas tipologias de abordagens de estudo científico, não se deve esquecer a abordagem mista, também denominada de qualiquantitativa, que de acordo com o mesmo autor, seria junção ou a mistura das técnicas: qualitativa e quantitativa. De tal modo, afirma-se que para esta pesquisa científica será utilizada a abordagem qualitativa que atende a quatro características capitais: particularidade, descrição, heurística e indução.

E quanto ao tipo de estudo para esta pesquisa científica, foram escolhidos dois tipos: o exploratório a ocorrer, sobretudo, a partir do estudo bibliográfico, que subsidiará no que tange a mais informações sobre o assunto em

questão; e o explicativo, que procurará analisar o caso específico de uma Alienação Parental, ocorrido ano de 2012, o na cidade de Fortaleza, capital cearense.

A coleta de dados descreveu-se os instrumentos que permitiram a busca de dados e informações imprescindíveis para a realidade investigada. Para esta pesquisa foi utilizada a técnica: pesquisa bibliográfica em que se permitiu a análise de conceitos e características do direito de família, modalidades de guarda, alienação parental, dentre outros aspectos. E mais adiante serão empregadas as técnicas de análise documental, em virtude de que foi feita uma análise de processo de modificação da modalidade de guarda, auferindo aspectos de Alienação Parental, de número 0035338-73.2012.8.06.0001, referente a um caso ocorrido na cidade de Fortaleza, capital cearense, no ano de 2012.

Para agregar à técnica anteriormente citada, serão aplicadas entrevistas livre-narrativas, com as partes. Pode-se dizer que esse tipo de entrevista seria a que o entrevistado é solicitado a falar livremente a respeito do tema pesquisado. Analisar os dados coletados, etapa desta pesquisa acadêmica que tão logo permitirá se chegar à conclusão e possíveis sugestões. Quando dispo de todos os dados colhidos, estes serão analisados de forma qualitativa, ou seja, desde os dados bibliográficos, os documentais e os obtidos por meio da pesquisa de campo, com a finalidade de atender aos objetivos deste estudo científico.

#### **4. Análise e discussão dos resultados**

De acordo com o processo de pedido de Guarda Compartilhada, justificado pelas ações compatíveis com a Alienação Parental, o requerente vem passando por diversas situações constrangedoras, incômodas e humilhantes, em virtude da postura da mãe dos menores, o que poderá trazer problemas na formação das crianças.

Apesar do acordo entre as partes por ocasião de Divórcio Consensual, com relação à visitação livre do pai dos menores, em suas tentativas sem sucesso de ter seus filhos em sua companhia, tem recebido um comportamento hostil da requerida, não permitido que o pai (requerente) veja os filhos.

A situação de angústia do requerente tem ocasionado mal-estar e abalo em sua saúde, pois sente muita falta dos filhos e teme perder o afeto da filha. Ressalta-se que tal situação influencia negativamente a saúde do pai, além de um

distanciamento dissonante, que afeta o campo interativo pai-filha. A última tentativa do requerente de ver sua filha foi em 2012, sem sucesso, apesar da solicitação de Jorge à sua sogra, que pediu que ele fosse cuidar da vida dele e esquecesse seus filhos.

Na dissolução do vínculo conjugal, a casa na qual a família morava ficou com a genitora e as crianças, contudo, ela alugou a casa e foi morar nos fundos da casa da mãe, com pouco conforto. As atitudes tomadas pela requerida podem caracterizar alienação parental, pois cada vez mais a filha de 07(sete) anos tem se distanciado e rejeitado o pai, conforme o processo do caso.

O único contato que o requerente tem é com o filho adolescente, Levi, o qual demonstra não gostar da situação, entretanto, não quer contrariar a mãe, ficando em situação de angústia. Em conversa com o pai, relatando sobre a situação de recusa da mãe, chegou a chorar. Além disso, falou sobre o comportamento de sua irmã, que chegou se recusar a entrar em sala de aula, ficando na porta durante toda a aula.

A requerida procurou o Conselho Tutelar para relatar que a esposa do requerente, Suzana, maltratava seus filhos, onde foi apurada a denúncia com a oitiva das crianças. Nesse ínterim, urge, pois, descrever o relatório do conselho tutelar, onde Laura afirma não permitir que a filha passe o final de semana na casa do genitor em virtude de que ela não confia no atual cônjuge dele, Suzana. Jorge afirma que está impedido de ver seus filhos, fato este que está dissonante à decisão judicial acordada na ação do divórcio consensual. Ele relata também que entende que o seu filho não queira visita-lo, por temer o comportamento da mãe. O adolescente foi ouvido pelo Conselho Tutelar, onde asseverou não ter nenhum problema com Suzana e sempre foi tratado com respeito na sua casa, contudo, por ter ficado marcado pela separação dos pais, prefere não ir à casa do pai. Enfatiza-se que o contato filho-pai permanece, pois eles se encontram no final de semana e tudo está correndo bem.

Diante do exposto, o Conselho Tutelar, em uso de suas atribuições legais, resolveu aplicar medidas protetivas, conforme o art. 101 do ECA, quais sejam: o encaminhamento dos pais mediante termo de responsabilidade; matrícula e frequência obrigatória; requisição de tratamento médico -psicológico. Além disso, foi reconhecido, nesse caso, a violação do direito da criança, pois havia uma decisão judicial que não estava sendo respeitada.

Percebe-se que são explícitos os conflitos no campo interativo pai-mãe, foi afirmado pela mãe que o pai não possui, hoje, qualquer tipo de capacidade legal, moral e intelectual, para desempenhar as funções do poder familiar, quanto mais para efetuar uma guarda compartilhada, e quando um dos genitores não reúne a capacidade necessária para o exercício da guarda esta deverá ser conduzida apenas ao genitor capaz, no caso a requerida, pois a convivência com ambos, sendo um dos pais incapaz para seu exercício, pode acarretar sérios problemas que venham comprometer os interesses do menor.

Outro fato importante é que inexistente, por parte do requerente, em função de sua agressividade, do costume de faltar com a verdade, e rancor, o respeito e um bom relacionamento com sua ex-companheira e seus familiares, dificultando assim uma boa comunicação, para que a guarda compartilhada venha ser desempenhada a contento, e, tão logo, vir a ser garantidos os interesses das crianças.

A partir de todo esse perpassar teórico e o vivenciar a experiência de ir a campo, vislumbrando descobrir quais seriam os efeitos das medidas de segurança em relação ao alienador e a eficácia das penalidades impostas, no que se refere à Alienação Parental, observou-se que, a família, durante séculos, era considerada por seus estudiosos, um organismo hierarquizado; o primeiro ambiente em que o ser humano poderia vir a praticar a relação social; e que tinha os seus laços regados por valores que envolviam desde interesses financeiros ou mesmo a convivência familiar, esta noção de família veio sofrendo modificações, iniciadas no século XX. Percebeu-se que tais modificações viriam a englobar o ato de se valorizar, bem mais, os laços afetivos, tão logo, permitindo-se o surgimento de novas modalidades familiares, que veem a fugir do modelo idealizado e constante de tempos outrora, bem como sendo preponderantes no linear das suas problemáticas atuais, que dentre elas podem ser citadas: a Alienação Parental (AP) e a Síndrome da Alienação Parental (SAP).

*Compreendeu-se que tanto a AP, quanto a SAP, ambas são tidas como problemas sociais, que de forma silenciosa, vem gerando consequências para a geração atual e, possivelmente, para as gerações futuras, que recentemente, no ano de 2010, o poder judiciário brasileiro passou a reconhecê-las, de fato, em conjunto com o evento da ruptura de laços afetivos proposto por um dos genitores em relação ao outro, por meio da Lei de n. 12.318, sancionada no ano de 2010, e*

*que mesmo já reconhecidas juridicamente e serem frequentes nos esfacelamentos conjugais, pouco se fala, se divulga, se sabe sobre as mesmas.*

E, diante desse novo cenário do âmbito familiar brasileiro, bem como a partir dos objetivos estipulados para esse estudo científico, ou seja, apresentado os objetivos específicos como: apresentar as causas e consequências da Alienação Parental; estudar fases que podem vivenciar uma família como a de dissolução, fragmentação familiar, em que envolva disputas de guarda de filhos; propor melhorias no tocante à resolução de litígios entre os cônjuges, almejando o combate e a prevenção da Alienação Parental; se consequências danosas podem ser originadas de casos de Alienação Parental, tanto para os genitores, quanto para os filhos e a sociedade e se há pouca informação acerca das consequências de Alienação Parental, fazendo com que os pais pratiquem tal fenômeno, sem perceber que estão afetando no desenvolvimento dos filhos, deparou-se com as seguintes interrogações e, tão logo, com suas respectivas respostas, obtidas a partir de uma pesquisa de campo que se concentrou em um caso específico de Alienação Parental, ocorrido na capital cearense, Fortaleza, em que foram realizadas entrevistas com duas pessoas envolvidas nesse caso de AP, o genitor alienado e a esposa atual do mesmo, onde obteve-se narrações de fatos e detalhes, enriquecedores para a concretização desta pesquisa científica.

A partir do caso de AP utilizado nesse estudo científico, observou-se que as medidas de segurança em relação ao alienador, bem como a eficácia das penalidades impostas, puderam ser percebidas com o desfecho do mesmo, pois dentre as medidas de segurança ocorreu a modificação de guarda, que era unilateral, passando a ser compartilhada, em face da genitora guardiã estar praticando Alienação Parental.

Conforme narrou a atual esposa do alienado (genitor dos menores), na entrevista livre-narrativa: “A mesma expõe que teve que ir “à luta” para provar sua inocência e a de seu esposo, genitor da menor. E que em nenhum momento deixou de apoiá-lo, o levando a dar um novo passo, o de ingressar com Ação de Modificação de Guarda com pedido de liminar, pois não aguentava vê-lo sofrendo com a ausência da filha. Suzana afirma que ficou muito aliviada quando a juíza da Vara de Família concedeu a liminar de Modificação de Guarda, e seu esposo voltou a sorrir e poder viver e conviver com sua filha. Conforme Suzana, bem como o relatório psicológico, contido nos autos do processo de Modificação de Guarda em

questão, a ação teve considerável avanço, quando todos os envolvidos, passaram a ser avaliados por uma equipe multidisciplinar mediante realizações de entrevistas.” Constata-se que a Guarda Compartilhada foi um “divisor de águas”, para estancar o processo de Alienação Parental.

E quanto à eficácia das penalidades impostas, pode-se dizer que o que ocorreu, foi providencial, pois evitou que a SAP viesse a se desenvolver não só na prole, mas também no genitor alienado, e em sua esposa atual, que passou a sofrer consequências, por estar compromissada com o genitor que não detinha a guarda da prole, que através dessas medidas ocorreram modificações, constatado através da entrevista livre-narrativa com o alienado (genitor dos menores), percebeu-se que mesmo a SAP sendo evitada, momentos desgastantes foram vivenciados por ter sido praticada a AP pela genitora guardiã da prole, pois a mesma não se conformava com a quebra do vínculo matrimonial, passando a envolver pessoas de seu convívio para angariar aliados, dissipando informações distorcidas, além de não medir esforços para afastar os filhos do pai/genitor alienado, dificultando a convivência dos mesmos.

Tão logo, tanto o objetivo geral, quanto os objetivos específicos e a hipótese deste estudo, foram alcançados, pois concluiu-se que, muitos dos cônjuges que se encontraram ou estão vivenciando um processo de separação conjugal, não conseguem distinguir que a separação ocorre entre eles, e não entre eles e seus filhos, assim, permitindo que entre em cena, em suas vidas, um sério problema de saúde, a Alienação Parental.

A hipótese apresentada foi satisfatoriamente atendida, pois percebeu-se que o efeito da modificação da guarda, ocasionou uma mudança paulatina, pois observou-se que a criança teve uma grande mudança em seu comportamento em relação ao seu genitor (alienado); em cada oportunidade na convivência percebia-se a restauração da saúde psicológica da menor. Nos primeiros momentos da convivência com seu genitor, apresentava visivelmente comportamento introvertido e temeroso, depois de alguns dias já se observava a alegria no rosto da criança e a satisfação da convivência com seu genitor.

Com a progressão da convivência da menor com seu genitor, em face da medida adotada judicialmente, foi notado melhoras no rendimento escolar e também no apetite, pois anteriormente a criança não queria se alimentar. Passou a ter prazer e desejar estar com seu genitor.

Observou-se também, que a Guarda Compartilhada, entendida como um ressaltável avanço para o Direito de Família brasileiro, vem sendo uma possível alternativa para sanar essa mazela que assola crianças e adolescentes brasileiros, que passaram ou estão vivenciando o processo doloroso do desfazimento de suas famílias; a causa das diminuições das disputas entre genitores, e dos demais prejuízos que o rompimento da vida conjugal venham causar para os integrantes da família, a exemplo do que se deu, em termo de prejuízos, no que se refere ao caso verídico, explorado nesta pesquisa, que seria o de relacionamento conturbado entre os filhos e seus genitores. Contudo, o que mais se intencionou por meio desta pesquisa científica é que esta possa ser um mecanismo que venha informar e alertar as famílias e a sociedade para uma nova consciência de valores relacionados à convivência dos filhos com seus genitores, após um rompimento do vínculo conjugal.

## **5. Considerações finais**

Percebe-se que há uma dificuldade de descrever a alienação parental, por ser o lar, o palco do evento, envolvendo uma relação afetiva por excelência, um elo visceral (mãe e prole); sentimento geralmente confundido, levando ao exagero do egoísmo de forma involuntariamente danosa. A criança que sofre o processo, tem isso como inenarrável de sua vida e que a mesma é pouco percebida no conflito. E o mecanismo utilizado pelo guardião, de agredir o ex-cônjuge tendo como ferramenta o próprio filho, gera na criança um conflito de lealdade.

Observa-se que uma criança alienada fica vulnerável a qualquer situação em que não tenha sido esta, desempenhada pelas figuras parentais, fatalmente busca o primeiro porto seguro ao seu alcance, que por muitas vezes pode ser as drogas, em outras, a ansiedade pode levá-la a uma fuga no alimento como forma de compensação, ou se abster tornando-a anoréxica, sempre em situações extremas. Geralmente isso ocorre quando o alienado desiste de lutar pelo filho.

Urge dar relevância aos estudos psicológicos e sociais que são realizados por equipes de profissionais multidisciplinares, que nem sempre conclusivos, por depender da interpretação do juiz diante dos fatos e em contribuição dos estudos realizados, carecendo de um exame minucioso do processo.

Detecta-se que o papel dos educadores é de extrema relevância na vida de seus alunos (crianças e adolescentes), por deterem um poder de persuasão e estarem numa posição de imparcialidade, exercem um mister de grande contribuição diante dos conflitos familiares.

Se faz necessário alertar a sociedade para as devidas precauções, para que a justiça deva ser o ultimo remédio e nem sempre eficaz, para resolver os conflitos pós-separação conjugal, em que envolve a guarda e convivência da criança com os pais.

Observa-se que o sentimento de rejeição gera frustração que se transforma em ódio, rancor, criando um jogo de revanchismo entre os casais e os envolvem de tal forma, que esquecem que o filho é o mais prejudicado nessa relação. E que a criança do sexo feminino, que passa sua infância e adolescência ouvindo da mãe críticas depreciativas relacionadas ao pai, acaba tendo aversão a figura masculina. Nota-se em algumas vezes a criança cria um sentimento de culpa pela separação dos pais, por eles terem casado em função da gravidez, enfim, existem inúmeras situações em que a criança adquire um sentimento de angustia pela separação dos pais.

Ressalta-se que filho não é a pessoa indicada para desabafo e aconselhamento dos pais, e quando isso ocorre, gera-se prejuízo psicológico em que a criança paga um preço muito alto, acarretando prejuízos ao longo do tempo, tais como: doenças psicossomáticas, traumas, desajustes sociais, involuntariamente provocado pelo conflito familiar, geralmente atribuído pelo guardião (alienador).

Constata-se que Alienação Parental perpassa por cerca de 30 anos de estudo, iniciado na década de 80, nos Estados Unidos, pelo psiquiatra Gardner (1985), e que esta vem permitindo perceber que as crianças podem vir ser acometidas de circunstâncias psicossomáticas, em função do evento do divórcio de seus genitores, somatizando doenças como ansiedade, depressão, sintomas muito específicos em decorrência da separação dos pais e disputa da guarda. Assim orienta-se, que diante desses fatos, os genitores devem manter as crianças afastadas de qualquer atitude de conflito, deixando claro que a separação dos pais não mudará a atenção e o sentimento para com os mesmos.

Enquanto que para a sociedade brasileira, esta temática, este fenômeno, foi apresentado, divulgado, bem como debatido a partir das associações de pais separados, que viram na promoção desse tema um mecanismo de fazer



frente ao poderio materno no judiciário, pois em casos de separações/ divórcios, em cerca de 80% dos casos, a guarda dos filhos, de forma unilateral, vem a ser concedida à genitora, portanto, recomenda-se a guarda compartilhada como mecanismo de sanar a problemática da Alienação Parental.

Espera-se que os pais proporcionem o melhor para seus filhos e isto aparenta ser bem mais possível na sociedade atual, pois os laços afetivos entre o pai e os filhos, tem sido realidade nas famílias em função da participação efetiva da mulher no mercado de trabalho, onde os homens passaram a contribuir mais na criação dos filhos, em alguns casos, proporcionando uma qualidade na relação familiar, fator positivo que tem ajudado na saúde psicológica das crianças, que são as mais beneficiadas com o bom convívio com os pais.

Recomenda-se que sejam distribuídos nas escolas e em unidades sanitárias, como método de prevenção, exemplares da Lei de Alienação Parental, pois acredita-se que o educador bem como a escola podem ajudar para que não ocorra Alienação Parental ou pelo menos minimizá-la. Numa situação de conflito que muitas vezes a escola é palco de disputa, o educador poderá contribuir para conscientizar aos pais da criança de não envolvê-las em seus conflitos, mantendo imune a sua integridade física e psicológica.

Ressalta-se, que método de prevenção, como cartilhas de conscientização sobre a problemática, sejam distribuídas em postos de saúde, terminais rodoviários, praias, parques de diversões onde haja um maior número de famílias representadas.

É importante uma observação mais acurada em detectar a Alienação Parental, mediante estudos psicológicos e sociais realizados por equipes de profissionais multidissiplinares, que diante de muitos casos, nem sempre conclusivos, por dependerem da interpretação do juiz diante dos fatos e em contribuição dos estudos realizados, existe carência de um exame minucioso do processo.

Observa-se a necessidade de uma atenção maior das autoridades para a problemática da Alienação Parental, que na maioria das vezes acaba sendo ignorada, evoluindo para a Síndrome da Alienação Parental, tornando-se um dano irreparável.

Recomenda-se que o judiciário tenha uma atenção maior para alertar de forma mais contundente aos pais no momento de um divórcio, o papel de

cada um no trato com os filhos, salientando que o melhor interesse da criança é prioridade em suas decisões.

Que as ações judiciais que envolvam guarda de menores, de fato, sejam tidas como prioritárias nas varas de família, quando se detectar indícios de Alienação Parental, em que o perigo é iminente e que a demora no julgamento do processo acarreta danos irreparáveis.

Espera-se que com a evolução dos estudos envolvendo o tema, haja uma maior conscientização da importância da aplicação das penalidades adequadamente ao grau do dano, os quais foram classificados em: leve, médio ou moderado e grave e que muitas vezes se alcança a Síndrome da Alienação Parental, como consequência.

Recomenda-se por fim que, a guarda compartilhada seja uma modalidade prioritária, em face da necessidade da criança ter a presença de ambos os pais no seu desenvolvimento psicológico e social. A participação efetiva dos pais em todos os momentos da criança e do adolescente servirá como pilar em seu desenvolvimento de caráter.

## 6. Referências

- ALEMÃO, Kario Andrade. **Síndrome da alienação parental (SAP)**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11477](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11477)>. Acesso em: 13 nov 2013.
- ABREU, Eline M. C. **A Síndrome da Alienação Parental e a Intervenção Judicial**. Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 9, n. 1, jul. 2012.
- ANGHER, A. J. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 19. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- BARBOSA, Luciana de Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaves. **Alienação Parental: um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio**. Brasília: Liber Livro, 2013.
- BARRETO, Lucas Hayne Dantas. **Considerações sobre a guarda compartilhada**, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4352/consideracoes-sobre-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 21 mar 2014.

BRASIL. **Lei Síndrome de Alienação Parental nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010**. Brasília: DF, 2010.

BRAVO, Maria Celina; SOUZA, Mário Jorge Uchoa. **As entidades familiares na constituição**. JusNavigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2013. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2665>>. Acesso em: 21 mar 2014.

CAMPOS, Mariana Patrício. **Síndrome da Alienação Parental**. Monografia do Curso de de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Curso de Direito. Barbacena, 2012. <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-351a8d36ff21beef3623c9e867ef9d7.pdf>>. Acesso em: 04 fev 2014.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Claudete\\_guarda.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Claudete_guarda.doc)>. Acesso em: 21 mar 2014.

CUNHA, Marizere. **Alienação Parental**. Communitas Revista de Direito Uberlândia, v.3, n. 6, 2012, ISSN 2179- 5231, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: realidades que a Justiça insiste em não ver**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental: Um crime sem punição**. Editora. RT. 2. ed. 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental e a Perda do Poder Familiar**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3\\_-\\_aliena%E7%E3o\\_parental\\_e\\_a\\_perda\\_do\\_poder\\_familiar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_aliena%E7%E3o_parental_e_a_perda_do_poder_familiar.pdf)>. Acesso em: 13 out 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação Parental e suas Consequências**. Disponível em: <[www.mariaberenice.com.br/uploads/alinea%E7%E3o\\_parental\\_e\\_suas\\_consequencias.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/alinea%E7%E3o_parental_e_suas_consequencias.pdf)>. Acesso em: 22 nov 2013.

FERMINO, Livia Maria Teixeira. **A Família Natural e sua Proteção Legal**. São Paulo: Monografia do Curso de Direito da Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2004.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira, ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GARCIA, M. L. T., & Tassara, E. T. O. **Estratégias de enfrentamento do cotidiano conjugal**. Psicologia: Reflexão e Crítica, 2003.

GOMES, Acir de Matos. **Alienação parental e suas implicações jurídicas**. 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Acir%20de%20Matos%20Gomes>>. Acesso em 23 mar 2014.

GUILHERMANO, Juliana Ferla. **Alienação Parental: aspectos jurídicos e psíquicos**. Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/juliana\\_guilhermano.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/juliana_guilhermano.pdf)>. Acesso em: 05 nov 2013.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 02 set 2014.

ISAAC, L. M. V. **Posicionamento(s) do Judiciário Brasileiro frente à Alienação Parental**. Monografia Do Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEMES, Polyana da Luz. **Separação e divórcio: Críticas ao sistema dualista de dissolução da sociedade conjugal e a busca pela sua unificação**. 2008, 63p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual de Ponta Grossa: Ponta Grossa, 2008.

MACEDO, Rosa Maria S. **Terapia familiar no Brasil e na última década**. São Paulo: Roca, 2008.

MAGALHÃES, Maria Valéria de Oliveira. **Alienação Parental e Sua Síndrome: Aspectos Psicológicos e Jurídicos no Exercício da Guarda Após a Separação Judicial**. 1.Ed. Recife: Editora Bagaço, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **A Síndrome da Alienação Parental**. Em: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. **Alienação Parental**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, IBDFAM, 2010.

OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de. **A Lei da Alienação Parental e a Atuação do Ministério Público**. In Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do estado do rio Grande do Norte: MPORN, v. 1, n. 6, p. 01-16, jan/jun. 2013.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**, Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASSERINI, Jéssica; SOZO Magali Helene. **A influência da família no desenvolvimento emocional de crianças sob situação de risco: um olhar da terapia ocupacional**. Goiás, 2008. Disponível em: <[http://artigocientifico.tebas.kinghost.net/uploads/artc\\_1261099464\\_75.doc](http://artigocientifico.tebas.kinghost.net/uploads/artc_1261099464_75.doc)>. Acesso em: 12 jul 2014.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHO, M. A. G. **Alienação Parental: histórico, estatísticas, projeto de lei 4053/08 & jurisprudência**, 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,alienacao-parental-historico-estatisticas-projeto-de-lei-405308-jurisprudencia-completa,25670.html>>. Acesso em: 02 set 2014.

PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>> Acesso em: 14 mar. 2014.

PORTAL Planalto do Governo Federal. **Lei de Alienação Parental**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 12 jan 2014.

RAFAELI, Rita. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Publicado em: 2002. Disponível em: <[www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente](http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente)>. Acesso em: 10 dez 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito de família**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SÉ, Julisvaldo Silva Sento. LEÃO, Antonina Gallotti Lima. GONÇALVES, Hortência de Abreu. **A Natureza Jurídica da Alienação Parental em Face do Direito Civil**

**Brasileiro.** Trabalho de Conclusão de Curso do Bacharelado em Direito – FANESE, 2013.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental**, O que é isso? Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acessado em: 25 abr 2014.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da Alienação Parental**. In: Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. 1. ed. São Paulo: Editora Equilíbrio, 2008.

\_\_\_\_\_. **Síndrome da Alienação Parental**. O que é isso? In: Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião. Org. APASE- Associação de Pais e Mães separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2007.

SOUZA, Raquel Pacheco Ribeiro de. **A tirania do guardião**. In. PAULINO, Analdino Rodrigues (org). Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Equilíbrio, 2008.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome de Alienação Parental**. In. DIAS, Maria Berenice (Coordenação). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações**. São Paulo: Método, 2008.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

As regras de formatação são as seguintes:

- (a) Tamanho do papel: A4;
- (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 25 páginas, sendo que cada lauda deve ter 2.100 caracteres – sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
- (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 - notas de rodapé (não utilizar notas de fim);
- (f) Espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) Destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) Citações: entre aspas e sem recuo;
- (i) As citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Se possível, citações de doutrina estrangeira.
- (j) Título do artigo em português e em inglês;
- (k) Sumário.

Em folha de rosto:

- (a) Nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado;
- (b) Lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (c) Resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços.

Todos os artigos são submetidos ao processo *Blind Peer Review*, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos inéditos devem ser encaminhados pelo *e-mail* [rdfas@adfas.org.br](mailto:rdfas@adfas.org.br)