Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cláudia Türner P. Duarte

O sistema familiar na teoria política: Repensando o lugar da criança na Teoria da Justiça

Rio de Janeiro

2016

Cláudia Türner P. Duarte

O sistema familiar na teoria política: Repensando o lugar da criança na Teoria da Justiça

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área: Direito Público.

Orientadora: Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

D812 Duarte, Cláudia Túrner P.

O sistema familiar na teoria política: repensando o lugar da criança na teoria da justiça / Cláudia Túrner P. Duarte. - 2016.
322 f.
Orientador: Profª. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Crianças - Teses. 2.Família –Teses. 3.Teoria política – Teses. I.Pereira, Jane Reis Gonçalves. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.61

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Cláudia P Türner Duarte

O sistema familiar na teoria política: Repensando o lugar da criança na Teoria da Justiça

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área: Direito Público.

.

Aprovada em 23 de Setembro de 2016

Banca Examinadora:

_____

Profª Doutora Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª Doutora Bethânia de Albuquerque Assy

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profª Pós Doutoranda Letícia de Campos Velho Martel

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2016

Aos meus filhos Joaquim e Lara.

Que o percurso contínuo entre a família e o mundo seja marcado pela felicidade.

AGRADECIMENTOS

Antes iniciar a mais aguardada etapa da dissertação – afinal, os agradecimentos surgem ante a missão cumprida – cabe tecer aqui algumas notas sobre a minha peculiar caminhada.

Conquanto o tempo nos transforme, compondo camadas invisíveis de subjetividade e experiência, revelando-se como um grande aliado para a construção de uma vida equilibrada, poderia dizer, sem sombra de dúvidas, que para as mulheres a sua insistente presença é um misto de alegria e ansiedade. A busca pela maturidade e pela autonomia surge junto com o desejo de compor um projeto familiar de tempo marcado: a maternidade. As escolhas a serem feitas demandam respostas imediatas. Nem sempre estamos prontas para oferecê-las. Quais projetos devem ser suspensos e quais devem assumir prioridade? Enquanto pensamos nestas perguntas, o inabalável e inexorável tempo segue o seu percurso, insensível aos nossos apelos ou a qualquer clamor por justiça.

E sem saber a significância exata de cada um desses projetos, lancei-me numa missão dupla: de viver a vida na sua plenitude, ignorando os padrões previamente estabelecidos para o sucesso profissional/acadêmico e/ou para a empreitada familiar. Eis que no curso do mestrado estava eu grávida de gêmeos – uma missão tripla. E nesses anos, pois, posso dizer eu realmente fui inundada por uma onda de felicidade. Escrever, ler, amamentar, trabalhar, estar em família, brincar, brigar, chorar, dormir pouco, abraçar, beijar, e novamente estudar, debater, pensar e amar. Enfim, anos em que de dediquei ao que eu mais gosto na vida – estudar e trabalhar – ao lado das pessoas que mais amo – a minha família maravilhosa: meu marido André, meus filhos Joaquim e Lara, minha mãe Monica, meu pai Pedro Paulo, minhas irmãs Valentina e Isadora, e sua mãe, Luciana, e meus sogros, Cristina e Alexandre.

Sem dúvida, foram necessárias diversas adaptações, pessoais, familiares, profissionais e acadêmicas. Passamos por momentos difíceis e como família seguimos em frente. Eu precisei ser mais compreensiva comigo mesma e da compreensão das pessoas a minha volta. E meus agradecimentos jamais poderiam ser registrados sem essa pequena e ao mesmo tempo relevante consideração. Essa etapa está em vias de se completar porque eu tive o apoio, o carinho e a ajuda de inúmeras pessoas.

Não poderia ter sido diferente. E o momento não poderia ter sido melhor. Nesta nova posição, entre a parentalidade, a infância, a família e a vida acadêmica, de alguma maneira, eu mudei. E essa transformação pessoal está refletida neste trabalho. E o resultado: a certeza de

que os limites são abstrações coletivas. Quando nos propomos a fazer o que amamos e encontramos pessoas que compartilham conosco esses sonhos, descobrimos asas que desconhecíamos. Por fim, reconheço que esse trabalho de alguma maneira me trouxe um pouco de paz de espírito. A maior lição que levo comigo: aquela ministrada por uma professora primária a seus alunos: a vida é um trabalho em progresso. Concretizar sonhos depende de ações no presente e de manter vivos projetos para o futuro. Esse equilíbrio é necessário para uma vida saudável.

Em primeiro lugar, meus agradecimentos se voltam à UERJ, a querida e acolhedora instituição que conheci pela primeira vez aos 18 anos. Como explicar o surgimento de um laço afetivo ou um vínculo emocional? Eu amo a UERJ: simples assim. Ela é a minha casa e a nossa comunidade acadêmica a minha família. E não é à toa que voltei após alguns anos. Winnicott explica. Nesse processo de idas e vindas do amadurecimento pessoal, a UERJ está para mim como um porto seguro. Muito obrigada por tudo.

Agradeço a minha talentosíssima orientadora, a Profª. Jane Reis Gonçalves Pereira, pela sua inigualável dedicação, amizade e sabedoria. Através do seu trabalho, pude compreender o verdadeiro sentido da palavra "orientação", a qual desejaria fosse acrescentada em todos os dicionários da língua portuguesa. *Orientar é lapidar uma pedra bruta, reconhecer no aluno o seu potencial criativo e criador, abrindo as portas para os caminhos promissores e assegurando o retorno em face de rotas sem saída, sempre com generosidade para compartilhar o conhecimento adquirido e consciência que o amadurecimento acadêmico é um processo em curso.* Sua vocação para esta missão é inata. Muito obrigada por ser uma orientadora maravilhosa.

Esses agradecimentos estendem-se à banca examinadora. A Profª. Bethânia Assy impulsinou a energia criativa deste projeto. Teceu críticas e sugestões que foram valiosíssimas para a sua construção. O dia da qualificação foi bastante intenso, e após horas de debates, tive a certeza de que teria muito trabalho pela frente, mas também que estava no caminho certo. A Professora Letícia de Campos V. Martel, com seu olhar atento, trouxe além de críticas e sugestões, uma provocação em particular, que aguçou o meu raciocínio e foi incorporado no capítulo 1.2.

Este percurso somente foi possível porque há tempo encontrei o apoio, o entusiasmo e a confiança de professores e amigos da UERJ. Meus agradecimentos mais calorosos ao Professor Gustavo Binenbojm, pelo carinho e motivação. Aos meus amigos do mestrado, com quem compartilhei o mesmo sonho acadêmico e também a experiência da parentalidade. Esta

foi a turma mais produtiva da história da UERJ: dez dissertações e cinco filhos: Wallace Corbo, Luiza Batista, Cristina Telles, Felipe Terra, José Carlos Bastos, Estevão Gomes, Anna Carolina Migueis, Camilla Borges, Bruno Morrisson. E ainda meus amigos do doutorado, Siddharta Legale, Alonso Freire, Fabiano Gomes e Alice Voronoff. Por fim, agradeço a todos os acadêmicos e amigos da Revista Publicum, em especial o querido Matheus Escossia.

Nessa esteira, agradeço imensamente ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Vejam, pois, que me enquadro em uma situação bastante peculiar, porém prevista pelo Código Civil: possuo três domicílios. Afinal, ao lado da minha família e da UERJ, está a minha terceira casa, o *Parquet* Fluminense. Este trabalho é fruto do imenso amor que tenho por essa instituição que me possibilitou ver o Direito por uma nova ótica: outros conflitos, demandas e sujeitos. Enfim, graças ao MPRJ não só encontrei a inspiração e o tema deste trabalho, como também tive a oportunidade, em razão do afastamento concedido para me dedicar à pesquisa, à leitura e à escrita, requeridas para uma empreitada desse porte. Meus agradecimentos à instituição e a todos que tornaram isso possível.

Aos meus assessores e estagiários que garantiram que essa empreitada fosse de alguma forma viável, deixo meus agradecimentos mais sinceros. O seu trabalho permitiu que eu pudesse ir muito mais longe. Em especial, agradeço com carinho a dedicação de Bruno Molina, Camila Gargaglione, Mariana Conte e Gabriel Medeiros.

Amigas de vida, de todo o sempre, agradeço imensamente o carinho e o amor das minhas amigas Shana Bernhardsgrütter, Luisa Aguiar e Paola Enham Dias. Minhas irmãs de coração.

Enfim, retorno à minha família, neste ciclo de idas e vindas. Como agradecer a uma pessoa que compartilha com você o que há de mais mágico e maravilhoso nesse mundo? Agradeço ao meu marido André que foi um incentivador dessa grande jornada, que desde o primeiro momento me deu forças para acreditar que todos os meus sonhos podiam se tornar realidade. Juntos somos uma família, entre o amor e os conflitos, seguimos juntos transformando os desafios em história de vida. Há três anos, nós éramos dois. E agora nós somos quatro. E quem irá dizer que o amor não faz milagres? Lara e Joaquim: vocês são o que existe de mais importante nas nossas vidas. Um amor que não cabe em palavras e que ao mesmo tempo transborda nas linhas dessa dissertação. Vocês são tudo o que poderia querer na vida. Amo-os imensamente.

À minha mãe, Monica, os meus agradecimentos desmedidos: sempre alerta e disposta a ajudar a todos a sua volta. Entre planos, tabelas, traduções, revisões, beijos e abraços,

estamos nós, organizando, costurando a vida em família. Você é a pessoa mais incrível, dedicada e amada deste mundo. E como mãe, posso dizer que você é o exemplo que sigo nessa jornada. Espero que consiga ser para os meus filhos, o que você é para mim. Te amo.

Ao meu pai Pedro Paulo, agradeço imensamente pelo amor e carinho. E, sobretudo, pela sua paixão pela vida e pelo conhecimento. Neste trabalho, compreendi a importância que o seu interesse pelo mundo e pela ciência na minha formação pessoal. Que outro pai ensinaria a uma criança em tenra idade sobre o universo, os buracos negros, a galáxia e a via láctea? Uma das primeiras palavras: "bubulosa" (nebulosas). Obrigada por inspirar em mim o gosto pela pesquisa e por abrir os caminhos da vida criativa. Te amo.

Enfim, agradeço a todos que me apoiaram e que ao final já não podiam mais ouvir aquela palavra que começa com "d" e termina com "ão". Este trabalho é assinado por mim, mas ele revela o esforço coletivo de uma sociedade de cooperação. Uma sociedade sem linhas claras, mas um grupo de pessoas que juntas apoiam-se umas nas outras, permitindo que projetos pessoais de grande porte se transformem em realidade. Muito obrigada pela compreensão, pelo apoio e pela dedicação. Este trabalho é nosso.

Life is a work in progress!
Susan – professora primária

RESUMO

DUARTE, Cláudia Türner Pereira. *O sistema familiar na teoria política*: repensando o lugar da criança na Teoria da Justiça. 2016. 322f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

Trata-se de estudo voltado a problematizar o lugar da criança na teoria política e na concepção de justiça predominante nos Estados democráticos de Direito, a saber, o liberalismo igualitário, e o seu necessário impacto e projeção na solução de questões jurídicas constitucionais envolvendo esses sujeitos. Após debruçar-me nesse tema, identifiquei o seguinte problema: a dificuldade de se reconhecer a criança como um sujeito dotado de uma subjetividade autônoma, porém contextualizado. As crianças não nascem em árvores, elas nascem e crescem no seio de uma família. Elas são sujeitos duplamente governados, inseridos em um ecossistema complexo composto pela sobreposição de no mínimo duas autoridades de peso – a família e o Estado. Soluções que se pretendam justas para as crianças não podem ignorar essa realidade. De modo geral, o trabalho partiu de um olhar macro, passando pelas estruturas intermediárias até uma visão microssistêmica, como etapa preliminar para a construção de um arcabouço teórico filosófico capaz de orientar a resolução de problemas jurídicos, de matriz regulatória ou judicial, envolvendo as crianças. Na sequência, apliquei a teoria proposta a casos concretos, realizando o cotejo entre as ideias aqui apresentadas e aquelas usualmente utilizadas para a solução de litígios envolvendo crianças. No Capítulo 1.1, procurei trazer à tona a sociedade como um sistema complexo, formado por estruturas associativas que compõem o que chamamos de um ecossistema humano. No Capítulo 1.2, propus uma linha histórica capaz de dar vida as relações inicialmente delineadas no Capítulo 1.1, com destaque para aquelas forjadas entre a família e Estado. Busquei as conexões existentes entre esses dois níveis associativos, reconhecendo o seus respectivos papeis de autoridades local e central. No capítulo 2.1, dei início à análise da família por uma ótica interna, a partir das críticas feministas à teoria de justiça rawlsiana. No capítulo 2.2, ampliei as críticas forjadas a nível intrafamiliar, de modo que abarcassem também o *standpoint* das crianças. Por fim, no capítulo 3.1 após organizar uma linha filosófica e teórica minimamente suficiente para o estudo das crianças, dei início à análise de duas situações-problema envolvendo crianças, suas famílias e o Estado – o caso de saudação das bandeiras e o caso Wisconsin v. Yoder. A proposta foi direcionar as críticas aos casos concretos, buscando soluções que levassem em consideração o *standpoint* da criança, reconhecida aqui como protagonista.

Palavras-chave: Crianças. Ecossistema humano. Família. Feminismo. *Homeschooling*. Liberalismo igualitário. Teoria de justiça. Teoria política.

ABSTRACT

DUARTE, Cláudia Türner Pereira. *The family system in political theory:* rethinking children's place in the Theory of Justice. 2016. 322f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2016

This study aims to question the place of the child in the political theory and in the meaning of prevailing justice in rule-based democracies, namely egalitarian liberalism, and its necessary impact and projection in the solution of constitutional legal issues involving these subjects. After studying this issue, I identified the following problem: the difficulty of recognizing the child as a subject endowed with an autonomous subjectivity, but contextualized. Children do not grow on trees; they are born, and grow up within a family. They are subjects who are two-pronged governed, inside a complex ecosystem comprised of an overlapping of at least two important authorities - the family and the state. Solutions that are intended to be just for children cannot ignore that reality. On the whole, this study has started from a macro perspective, passing by the intermediary structures up to a micro perspective, as a preliminary step for building a philosophical theoretical framework able to guide the resolution of legal problems of regulatory or judicial origin involving children. Following, I applied proposed theory to concrete cases, making a comparison between the ideas presented here and those normally used to the resolution of disputes involving children. In Chapter 1.1, the study shows society as a complex system consisting of associative structures which is called human ecosystem. In Chapter 1.2, a historic timeline was proposed which is capable to breathe life to relationships initially outlined in Chapter 1.1, especially those forged between family and state. Existing connections between these two associated levels have been searched, identifying respective roles of local and central authorities. In Chapter 2.1, I initiated the analysis of the family on an internal perspective, based on the feminist criticism of the Rawlsian theory of justice. In Chapter 2.2, I enlarged the criticism forged on intrafamily level, so that it could also embrace the standpoint of children. Finally, in Chapter 3.1, after organizing a philosophical and theoretical line which is barely enough for the study of children, I started the analysis of two difficult situations involving children, their families and the state - the flag salute cases and the Wisconsin v. Yoder case. The proposal is to address criticism to concrete cases, seeking solutions that take into account the standpoint of the child, recognized in this study as playing the leading role.

Keywords: Children. Human. Ecosystem. Family. Feminism. *Homeschooling*. Egalitarian liberalism. Theory of justice. Political theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Barnette	West Virginia State Board of Education v. Barnette (319 U.S. 624)
CDC/NU	Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas
Cidh	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
GM	Guerra Mundial
Gobbits	Minersville Sch. Dist. v. Board of Educ. (310 U.S. 586)
Meyer	Meyer v. Nebraska (1923) (262 U.S. 390)
NASA	National Aeronautics and Space Administration
NSSC	New Social Studies of Childhood
Pierce	Pierce v. Society of Sisters (1925) (268 U.S. 510)
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
U. B.	Urie Bronfenbrenner
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
v.	versus
v.	volume
Yoder	Wisconsin v. Yoder 406 U.S. 205 (1972)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

1 **SOCIEDADE, HISTÓRIA E DIREITO** 21

1.1 **Sociedade: puzzle 1500 peças** 22

1.1.1 Considerações iniciais 22

1.1.2 Uma sociedade bem ordenada 23

1.1.3 Uma sociedade não muito bem definida 30

1.1.4 Uma sociedade complexa 40

1.1.5 A lógica da associação 43

1.1.6 A sociedade ecossistema 48

1.1.7 Micélios sociais 55

1.1.8 Poder e autoridade 62

1.1.9 Nota conclusiva 68

1.2 **O microssistema familiar na história: governantes e governados** 73

1.2.1 Considerações gerais 73

1.2.2 A família governante 78

1.2.2.1 A História e as ideias 78

1.2.2.2 A lógica feudal 80

1.2.2.2.1 O microssistema feudal 80

1.2.2.2.2 Relações de parentesco 84

1.2.2.2.3 A regulação político-parental: do micro ao macro 88

1.2.2.3 A lógica de um novo tempo 93

1.2.2.3.1 A sociedade em movimento 93

1.2.2.3.2 A evolução da família 99

1.2.2.3.3 A regulação político-parental: do micro ao macro – a consolidação de uma aliança 106

1.2.3 O Estado regulador: a família governada 120

2 **PRECISAMOS FALAR SOBRE UMA TEORIA** 136

2.1 **Uma teoria sem família?** 137

2.1.1 Considerações gerais 137

2.1.2 As críticas feministas à teoria de justiça rawlsiana: um diálogo

intergeracional..... 137
2.1.2.1 A vida em família: as críticas de Jane English..... 140
2.1.2.2 A família não é justa, Jack: as críticas de Susan Okin..... 144
2.1.2.3 O problema que "não" tem nome: o amor-conflito..... 148
2.1.2.4 As relações de dominação reais: as críticas de Iris M. Young..... 153
2.1.2.5 De volta à posição original: a proposta de "troca de lugares" de Susan Okin. 155
2.1.3 Público e privado: uma oposição modernista?..... 157
2.1.3.1 Vida pública, obra privada..... 157
2.1.3.2 A família nossa de cada dia: a resposta de Rawls..... 161
2.1.3.3 Conclusão parcial: o direito, o tempo e a inovação disruptiva..... 169
2.2 **Uma teoria sem criança**?..... 178
2.2.1 Críticas infanto-geracionais..... 178
2.2.1.1 A fantástica fábrica de adultos..... 178
2.2.1.2 Uma crise identitária..... 189
2.2.1.3 O depois já é agora? As críticas de Alan Prout..... 198
2.2.2 A vida em família: expectativas geracionais..... 204
2.2.2.1 A metonímia familiar: a parte pelo todo..... 204
2.2.2.2 A criança para a família: três possibilidades..... 209
2.2.2.3 A família para a criança: uma leitura winnicottiana..... 219
3 **DA TEORIA À PRÁTICA**..... 230
3.1 **Dois casos revisitados à luz de uma teoria de justiça para as crianças**..... 231
3.1.1 Um roteiro filosófico para o direito constitucional..... 231
3.1.2 A cerimônia de saudação à bandeira em quatro atos..... 236
3.1.2.1 O contexto ideológico subjacente: nacionalismo v. religião..... 236
3.1.2.2 *Gobitis & Barnette*..... 238
3.1.2.2.1 Narrativa e fundamentos jurídicos..... 238
3.1.2.2.2 Críticas infanto-geracionais..... 244
3.1.2.3 Argentina e Colômbia: *Fallos 301:151* e o caso T-877-99..... 247
3.1.2.3.1 Narrativa e fundamentos jurídicos - *Fallos 301:151*..... 247
3.1.2.3.2 Narrativa e fundamentos jurídicos - T-877-99..... 248
3.1.2.3.3 Críticas infanto-geracionais..... 250

3.1.3 *Wisconsin v. Yoder* em dois atos..... 254
3.1.3.1 O caso *Yoder* – narrativa e fundamentos jurídicos..... 254
3.1.3.2 Críticas infanto-geracionais..... 263
3.1.3.3 A projeção de *Yoder* no microssistema familiar – algumas notas sobre o *homeschooling*..... 277
3.1.4 Notas conclusivas..... 280
CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 283
REFERÊNCIAS..... 301

INTRODUÇÃO

A criança[1] por certo não é mais um sujeito obliterado. O seu reconhecimento à condição de titular de direitos fundamentais é inequívoco. Alan Prout afirmou na obra "The future of childhood", que ao introduzir o termo "children´s rights" no Google, obteve algo em torno de quatro milhões e meio de resultados[2.] Hoje, aproximadamente onze anos depois, o mesmo teste revela um total surpreendente de oitenta e oito milhões de resultados (isso, contabilizando somente a busca pela expressão na língua inglesa)[3].

A Convenção de Direitos da Criança das Nações Unidas (doravante CDC/NU), por sua vez, foi firmada por todos os países signatários, com exceção apenas dos Estados Unidos e da Somália. Trata-se de um catálogo extenso de direitos humanos pautados pelo "melhor interesse" ou "interesse superior" das crianças. Aparentemente, a criança adentrou as portas do Direito em uma condição especial. Enfim, tudo resolvido. O que mais poderia ser dito sobre direitos das crianças? Como se poderia pensar e escrever sobre este tema sem percorrer a fronteira entre a demagogia e o lugar comum? Não seria um convite para uma leitura tediosa daquelas especialmente elaboradas para sujeitos com insônia crônica?

Trata-se de território ostensivamente povoado e internacionalmente cobiçado. Um espaço pouco atraente para novos experimentos. Nada obstante, existe uma força gravitacional, uma inquietação, uma espécie de faro investigativo que insiste em voltar para essa ideia. Nasce do inconformismo ante as contradições do mundo. Uma rebeldia que aflora a partir de um exercício simples de comparação entre o discurso jurídico e a realidade acadêmica, teórica, dogmática, e por que não dizer, prática. Se por um lado, o discurso refastela-se com um catálogo reluzente de direitos fundamentais, fulcrado na premissa maior do "melhor interesse" da criança, por outro, o direito em si, na teoria e na prática, parece não tomar conhecimento da sua existência como um sujeito concreto e presente nos conflitos do mundo real, e verdadeiro ser humano.

Muito embora direitos fundamentais sejam reconhecidos como elemento basilar dos Estados democráticos de direito, e gradativamente estendidos para todos e todas, inclusive

---

[1] Para este trabalho, o termo "criança" será usado de maneira geral, para definir todas as pessoas que ainda se encontram em um espaço de poder híbrido, com relativa autonomia/autodeterminação, porém sujeitas aos limites impostos pelo poder familiar. Não utilizaremos a expressão "criança e adolescente", justamente a fim de evitar um mimetismo do Estatuto da Criança e do Adolescente usualmente encontrado nos estudos dos direitos das crianças. A intenção deste trabalho é de desvincular-se dos dogmas propostos pela referida lei, dentre elas a categorização de dois grupos estanques, formados por crianças de 0 a 12 anos, e adolescentes, de 13 a 18 anos.

[2] PROUT, Alan. *The future of childhood*. 2005. p. 122-123.

[3] Pesquisa realizada no dia 02/02/2016.

para as crianças, existe uma resistência histórico-social em reconhecer a criança como um sujeito dotado de uma subjetividade própria.

Após debruçarmo-nos nesse tema, podemos apontar os principais problemas que passaram a orientar o presente estudo. O primeiro deles consiste na dificuldade de se reconhecer a criança como um sujeito contextualizado. As crianças não nascem em árvores, elas nascem e crescem no seio de uma família. Elas são sujeitos duplamente governados, inseridos em um ecossistema complexo composto pela sobreposição de no mínimo duas autoridades de peso – a família e o Estado. Soluções que se pretendam justas não podem ignorar essa realidade.

Existe uma tendência modernista comum às ciências sociais de criar dicotomias[4] [5]. Isso de fato ganha peso no direito, se pensarmos que o processo na sua concepção clássica segue também uma lógica binária – um embate entre dois adversários. Essa lógica dificulta a percepção dos diferentes pontos de vista de uma situação-problema envolvendo a criança, a família e o Estado. Quando a criança é reconhecida como sujeito de direitos fundamentais de pronto se esquece a sua condição de sujeito enraizado em um microssistema familiar. A criança relaciona-se com o Estado e a família desaparece. Noutro giro, a família pode assumir

[4] Este trabalho vale-se da concepção de modernidade delineada por Alan Prout, na sua obra seminal *The future of childhood*. O autor descreve o pensamento moderno como um conjunto de ideias forjadas por novos processos de produção e conformação sócio-políticos, iniciados no século XVIII, cujo ápice remonta à segunda metade do século XX. A moderninadade baseia-se, grosso modo, na valorização do novo e da racionalidade em detrimento de processos históricos, tradicionais e religiosos, na obsessão pela categorização das coisas e na emergência constante de novas tecnologias. A contemporaneidade, ao revés, refere-se ao momento presente, ao contexto histórico-cultural da elaboração do presente estudo. A leitura pós-moderna, em oposição à anterior, compreende a realidade híbrida da sociedade contemporânea. Com efeito, vemos ideias *modernistas* atravessar a contemporaneidade. O grande paradoxo, porém, é que nesta quadra do século XXI, a modernidade já não é mais sinônimo de progresso e novidade. Para Bruno Latour, nem no seu auge, a ideia de modernidade era de fato nova.

[5] Para melhor compreensão, destaquem-se os seguintes trechos da obra de Alan Prout: De fato, é necessário questionar aquilo que quase todas as análises sobre a modernidade parecem ignorar – a afirmação de que ela é em sua essência um rompimento com tudo o que já existiu antes. Essa suposição reflete amplamente a crença de que as pessoas modernas têm de si mesmas, algo que está presente até mesmo nos adeptos da crítica social. (...) Por premissa básica, nós podemos nos questionar se não haveria também continuidades com o passado. Não seria a modernidade feita dos mesmos materiais que a pré-modernidade? Ou ao menos, os mesmos materiais, ainda que combinados e elaborados em novos modelos? (...) Houve continuidade bem como ruptura no processo. Quando nós fazemos parte do mesmo processo que buscamos compreender, nós podemos ser considerados produtos dele, sendo fácil exagerar nas nossas diferenças com outras épocas da existência humana. Especialmente, quando nossa posição se baseia na reivindicação da novidade e, em geral de modo implícito, da superioridade da modernidade sobre as demais formas de sociedade. De acordo com Bauman, o projeto básico de modernidade era a procura por ordem, pureza e o desejo pelo afastamento das ambivalências. Como consequência, ele escreve: "*O horror à mistura reflete a obsessão com a separação... A moldura central tanto da mentalidade moderna quanto da prática moderna é a oposição – mais precisamente, a dicotomia*" (Bauman, 1991:14). O pensamento modernista é marcado pela proliferação dessas dicotomias. A divisão entre adultos e crianças e a sua associação com diferentes qualidades (...). Isso é também bem evidenciado pela teoria social modernista a qual se sustenta na divisão da vida social em aspectos discretos cada um forjado em relação ao seu oposto: estrutura *versus* agência; local *versus* global; identidade *versus* diferença; continuidade *versus* mudança; e assim por diante. PROUT, Alan. *The future of childhood*. London: Routledge Falmer, 2005. pp. 38-39.

a posição de um sujeito central em contraposição ao Estado, fazendo com que a criança, verdadeiro sujeito interessado-vulnerado, torne-se um mero espectro no processo. Com efeito, reconhecer que a criança existe em uma realidade familiar é o primeiro passo para todo e qualquer estudo sobre os direitos das crianças.

Veja-se que isso não significa confundi-la com seus pais ou sua família, mas sim reconhecê-la sobre o patamar no qual ela se posiciona – de um sujeito com subjetividade própria, porém situado em um microssistema familiar. Se a criança é um sujeito constitucional, a sua realidade deve ser projetada nas decisões legislativas e judiciais que visam construir soluções sociais justas para essa mesma criança. O discurso produzido, pois, deve refletir os diferentes *standpoints* de todos os sujeitos envolvidos, e não *apenas* a versão dos adultos envolvidos no processo.

Tão profunda é esta incompreensão dessa complexa relação que a mesma não se restringe ao conteúdo do direito, mas também adentra a sua organização estrutural: a taxonomia jurídica insiste em classificar direito das crianças no âmbito do direito civil como uma prolongação do direito de família. É de se registrar que não foram poucas as vezes em que, ao falar sobre o tema desta dissertação, me foi indagado se era aluna da pós-graduação na linha de direito civil. Por que estamos tão condicionados a esse pensamento?

Com relação a essa ausência da criança no universo do direito público, traçamos duas hipóteses: a primeira de que não se trata de um fenômeno exclusivo do direito. Autores de outras disciplinas têm denunciado esse hiato nas ciências humanas. Portanto, existe um preconceito na origem do pensamento acadêmico: a criança é um ser pequeno e irracional, típica do universo familiar e feminino – em regra, subespaços, pautados em uma subcultura, de menor relevância. A casa, o *oikos* e a família são temas que não interessam o grande filósofo. Se a criança não pertence ao espaço público, ela não tem a relevância necessária para se tornar "objeto-sujeito" de estudo. Logo automaticamente, pensa-se que estudá-la como um sujeito no âmbito da ciência política, do direito público e do direito constitucional deve ser uma missão igual: pequena e irracional.

A segunda hipótese para essa ausência reside na conformação tradicional do direito como um mecanismo de legitimação de desequilíbrios das relações de poder. O direito como ferramenta de reorganização das forças sociais em torno das ideias de liberdade e igualdade, pautadas pela universalidade e pela dignidade da pessoa humana, é um fenômeno muito recente. Muito embora o discurso em torno de justiça como igualdade e liberdade tenha surgido com força nas revoluções inglesa, americana e francesa, apenas com o fim da II GM, passaram a denotar o sentido que lhes é atual. A história nos relembra em cada episódio que

conceitos como "justiça", "liberdade", e "igualdade" assumiram significados contraditórios e irreconhecíveis aos sujeitos contemporâneos. A força do patriarcado consolidou-se no direito. E este, por sua vez, fez reverberar nos mais diversos cenários e relações, o poder da hierarquia, da distinção de gênero e de idade.

A fim de dar o pontapé inicial neste estudo, optamos por focar a nossa atenção na primeira e mais imediata estrutura de conformação deste sujeito – a família. O **Capítulo 1.1** volta-se para uma análise teórica da sociedade como uma composição de camadas associativas, diferenciando-se dos estudos tradicionais quem tendem a dividir a sociedade em diferentes estratos de produção, isto é, em classes sociais. Enquanto essa forma de divisão da sociedade apresenta uma dicotomia entre cidadão-Estado, como um sujeito não-associado, a sociedade como uma composição associativa permite que enxerguemos estruturas sociais relevantes para a vida comum, dentre elas, as famílias.

Trata-se de reconhecer que entre o cidadão, sobretudo, a criança, e o Estado, existem estruturas associativas complexas que moldam a sua realidade. Existe um *in between* na escala social. Os indivíduos realizam seus projetos de vida imediatos no bojo das associações familiares. Nada obstante, essas estruturas associativas não são blocos estanques, elas não existem como *millets*, mas sob a influência de diferentes ecossistemas, estatais, paraestatais e religiosos. Para que possamos desenhar soluções jurídicas mais apropriadas e justas, precisamos reconhecer esse fenômeno.

No **Capítulo 1.2**, pretendo demonstrar como essa relação imbricada associativa se desenrola a partir de uma matriz histórica. Toda teoria deve se correlacionar com a realidade na qual estamos inseridos. A análise histórica permite, pois, compreender a trajetória comum das crianças, das famílias, do Estado (e também da religião) até a conformação do seu significado atual. A família é uma autoridade governante local e ao mesmo tempo uma autoridade governada – estamos aqui diante de uma composição associativa real. A história, por fim, nos mostra como a imbricação normativa dessas autoridades faz cair por terra um discurso acrítico da família como um espaço privado, protegido de interferências externas. O direito há muito tempo vem interferindo na conformação e na regulação interna das famílias. As famílias não são feudos ou *millets* – elas existem dentro de um contexto social estatal. Com efeito, concluímos: se a intervenção estatal na vida familiar é um fato inevitável da vida em sociedade, precisamos pensar quais os critérios que devem guiá-la.

A família invariavelmente compõe a estrutura básica da sociedade. Não podemos, pois, abrir mão de levar em consideração critérios de justiça na sua relação com o Estado. Toda e qualquer intervenção do Estado na vida familiar é *a priori* uma violação à vida íntima

e associativa. Nada obstante, a ideia de vida privada não é uma categoria suficientemente hermética. Ela não é capaz de impedir *a priori* a intervenção estatal. Ela pode funcionar, ao revés, como um mecanismo de bloqueio – o Estado deve justificar a sua ação interventiva. Sob esse aspecto: quais os critérios que devem prevalecer?

No **Capítulo 2.1**, pretendo inaugurar, pois, o debate sobre a aplicação de uma teoria de justiça às relações familiares, valendo-me das críticas feministas elaboradas à teoria *rawlsiana* de justiça com equidade, com destaque para as ideias da professora de ciência política, Susan Moller Okin. Enquanto Rawls propõe como um exercício de abstração o "uso do véu" – isto é a projeção desencarnada do sujeito, na posição original, como mecanismo voltado à construção de regras justas, Okin propõe que adaptemos esta ideia para uma "troca de lugares". Se nós precisamos construir soluções que sejam justas, precisamos de categorias de inclusão, e não de exclusão. Devemos substituir *nobody* por *everybody*. O *standpoint* do homem não é o mesmo da mulher. Existem diferentes sujeitos – homens e mulheres - com diferentes questões compondo a estrutura familiar.

Com efeito, gostaria que visualizássemos a família aqui por uma ótica interna, como uma estrutura associativa política. A vida em família contém elementos semelhantes à vida pública, isto é, conflitos que dizem respeito à distribuição dos mais diversos recursos. A família, portanto, é uma associação patriarcal que reproduz clivagens sociais, como a de gênero, que remontam até mesmo a era feudal. A lógica do macrossistema influencia a formação familiar e vice-versa. Não se trata de uma instituição hermética nem tão distinta das demais associações de natureza pública. Ela é um híbrido, e está em uma trajetória de mutação.

O **Capítulo 2.2** volta-se à aplicação desta proposta *okiniana* às crianças. Vale dizer, assim como as mulheres identificam na família questões de gênero, as crianças são capazes de identificar diferenças na sua posição familiar que decorrem de um conflito geracional. O *standpoint* dos adultos é diferente do *standpoint* das crianças. Para tanto, foram apresentadas críticas gerais sobre a existência de uma visão de mundo *adultocêntrica*. O direito visa solucionar problemas das pessoas adultas, conferindo-lhe uma desproporcional oportunidade e voz nas arenas dialógicas, em detrimento das crianças. Estas são vistas, na maioria das vezes, como protótipos de seres humanos, em um estágio de espera até a chegada à vida adulta.

A fim de contrapor-se a essa ideia, busquei no sociólogo Alan Prout uma nova visão sobre as crianças e os adultos – uma ideia de que estes sujeitos não são opostos. Ser criança não é o contrário de ser adulto. A vida segue um fluxo de continuidade, e todos somos *being* –

sujeitos no tempo presente, e ao mesmo tempo *becoming* – sujeitos de um tempo futuro. Por fim, propus realizar este exercício familiar de "troca de lugares", imaginando como os pais e filhos se posicionam no contexto familiar. Para formar um *standpoint* da criança como sujeito contextualizado, busquei inspiração na teoria do amadurecimento do pediatra e psicólogo D.W. Winnicott.

Por fim, o **Capítulo 3.1** destina-se à análise de dois casos judiciais como experimentos de trabalho. Tais casos revelam como o direito constitucional tem enfrentado o poder nas relações familiares entre crianças e adultos, e sua conexão com as demais esferas/estruturas de autoridade/poder de forma bastante precária e rasa. Assim, apresentaremos as nossas críticas, para na sequência sugerir como tais casos poderiam ser solucionados, tendo se em consideração as propostas forjadas neste trabalho, a saber: (i) a criança como protagonista; (ii) a criança como um sujeito contextualizado na família. É a oportunidade de se compreender como não existe uma resposta simples e prévia para a formatação de uma solução justa para as crianças. A justiça pode estar por vezes na preservação de valores familiares, e em outras, na sua submissão a um valor maior capaz de romper com essa estrutura em prol da proteção da criança. Veremos, pois, quais elementos, são preponderantes, a nosso ver, para uma ou outra solução. Quais os possíveis critérios gerais poderiam ser extraídos para lidar com essa disputa/conflito de autoridades sobre a proteção de direitos das crianças.

1 SOCIEDADE, HISTÓRIA E DIREITO

1.1 **Sociedade: *puzzle* 1500 peças**

> Tudo já foi pensado antes, mas o problema é pensar sobre tudo isso de novo. (Goethe)

1.1.1 Considerações Iniciais

"*Na natureza, nada se cria, nada se perde, tudo se transforma*". Com esta frase o químico francês Antoine Lavoisier eternizou-se na história. Trata-se de ideia tradicionalmente aplicada às ciências exatas que se revela, porém, extremamente pertinente às ciências sociais e humanas. Afinal, sociedade é matéria em transformação: estrutura e energia. A sociedade é também bioquímica: interação de agentes, atração e repulsão. As leis da física abraçaram-na muito antes das normas constitucionais: inserida no espaço-tempo, vive momentos de expansão e de contração. A sociedade é movimento, é fluxo, é mudança.

Logo, parece de todo uma missão inglória, quiçá até presunçosa, buscar-lhe alguma definição. Se a sociedade é essa estrutura camaleônica, em constante transição, quais os caminhos que poderíamos trilhar na busca por padrões, constantes e conceitos, como etapa prévia necessária para a consecução da nossa empreitada? Ainda que pudéssemos laçá-la por alguns segundos, não seria esta apenas uma das suas diversas facetas? Como resgatar um conteúdo minimamente concreto, capaz de decodificar a sua estrutura? Para o início de tal empreitada nada melhor que um chá de camomila. Também é possível encontrar alguma guarida nas palavras de Isaiah Berlin. Existem temas que invariavelmente estarão mergulhados em um magma incandescente. O tempo passará e eles continuarão fazendo parte de uma espécie de quebra-cabeças, confuso e instável.

Uma forma de estudar esses temas é livrar-se das amarras cartesianas voltadas à busca de uma única verdade ou da resposta correta. Nós não estamos, portanto, aqui buscando os diversos conceitos dados à ideia de sociedade, para buscar qual deles é o melhor. Ou como fazem muitos autores, elencam as diversas correntes, para depois apresentar, a sua própria versão de um determinado instituto ou conceito. O que pretendemos, ao revés, é verificar como diversos autores trabalharam esse tópico, e como essas diferentes perspectivas podem auxiliar na construção de pontes para o século XXI.

As crianças e as relações familiares não existem em um vácuo. Elas são parte integrante da estrutura social. Quais elementos da sociedade são relevantes para que possamos compreender melhor a sua correlação? Isto é, qual perspectiva de estudo amplia a nossa percepção sobre as relações existentes entre criança, família e Estado?

Nossa pesquisa nos levou ao estudo de três blocos de pensamento sobre sociedade: (i) teoria/filosofia política tradicional de matriz iluminista seguida da leitura rawlsiana; (ii) a literatura tradicional sobre teoria geral do Estado; e (iii) estudos de filósofos, psicólogos, sociólogos e antropólogos.

1.1.2 Uma sociedade bem ordenada

O que notamos logo de imediato é que os autores mais tradicionais, representativos de uma filosofia iluminista, discorrem sobre uma sociedade formada pelo binômio cidadão-Estado. A ideia central do contrato social revelaria essa relação dicotômica. Nessa esteira, são construídas as teorias de representação e inclusão, de igual consideração e participação voltadas para um sujeito-indivíduo. Em contrapartida, o coletivo é apresentado a este sujeito na forma do Estado. A estrutura social, portanto, para este grupo de filósofos seria fruto da interação exclusiva entre estes dois personagens. Mas por que isso?

O filósofo iluminista está inebriado por si próprio. Ele descobriu algo novo na razão – o seu eu, o seu ego. Ele descobriu que pode, sozinho, sem qualquer Deus, organizar a sua vida política. Trata-se de um humanismo-hedonista. O que seria a sociedade, então? O somatório de diversos "eus sozinhos", que poderiam, finalmente, livres das amarras do monopólio da teoria política divina, viver sob a égide de um verdadeiro autogoverno. O Estado não seria mais um produto de uma entidade extraterrena, mas do ser humano. Ser humano este que ocupou o lugar do criador, e que se reconhecendo nesse novo papel intelectual, dotado de um poder de criação e construção, sentiu um novo e intenso prazer. Veja-se, portanto, que houve um corte aqui, uma cisão que deixou de lado diversas estruturas sociais que conformam a totalidade da vida social, e que em conjunto compõem a sociedade[6].

A teoria política que se desenvolve nos séculos XVII e XVIII, visa a solucionar um problema essencial: criar uma engenharia institucional para a organização do Estado, construída sob os pilares do conhecimento humano, e não de uma origem divina. Logo, o foco da filosofia iluminista não está exatamente nas *interações humanas* que compõem o mosaico da sociedade, mas basicamente nas possíveis alternativas à teoria do direito divino dos reis, para a formação de um Estado que venha a reconhecer o homem como um indivíduo capaz de se autogovernar. O homem criará as suas próprias regras, como uma etapa necessária para a

[6] Podemos ainda sustentar que esse desfecho decorre de um complexo embate de forças políticas entre os Estados e a Igreja Católica no curso dos séculos XV-XX. O posto de autoridade política-ideológica pretensamente soberana é invariavelmente objeto constante de disputas. Não é à toa que o direito tal como conhecemos tem suas origens no direito canônico. A Igreja foi até o século XV a autoridade política soberana, e a legitimação do seu poder perpassava pela construção do discurso acerca da verdade.

sua autodeterminação. Com efeito, a descrição de sociedade por esses autores padece desse "vício", isto é, gira em torno de uma ideologia que na sua essência é distinta – focada na preservação do Estado e na sua reorganização ante o surgimento do homem-criador.

Essas considerações iniciais são relevantes na medida em que inspiraram o ressurgimento da teoria filosófica normativa contemporânea, sob a pena de John Rawls. Com efeito, o pensamento acadêmico subsequente, consolidado no Século XX, a partir da consagrada obra "Uma teoria da justiça" é a ponte que liga a filosofia política dos séculos XVII, XVIII e XIX ao século XX, e também ao Direito.

Desta forma, avaliaremos as proposições formuladas por Rawls, em torno da ideia de sociedade, como ponto de partida da nossa empreitada. Conquanto seu trabalho seja passível de diversas críticas, ele é inegavelmente o ponto de partida para qualquer acadêmico que pretenda debater sociedade, Estado, Direito e Justiça, no Séc. XXI. Além disso, parte considerável dos trabalhos que debatem a família na filosofia política contemporânea surgiu como crítica à sua teoria de justiça liberal igualitária[7].

Rawls fez uma leitura precisa da nova concepção de justiça do final do século XX – o liberalismo igualitário. Seus ensaios revelam no seu conjunto uma clarividência, a saber, a percepção de que o sentido dado à noção de justiça (isto é, a construção de seu significado), consolidava-se na segunda metade do século XX sobre uma fundação ideológica forjada pelas noções de liberdade e igualdade[8]. A importância de seu trabalho para o presente estudo vai além: ele não é só uma renovação da filosofia política dos séculos anteriores, mas também o epicentro de uma revolução da teoria política normativa[9].

Poucos têm a capacidade de perceber, filtrar e organizar o pensamento de tal forma, a registrar um fenômeno contemporâneo. No caso de Rawls, ocorreu até mais do que isso: a sua

---

[7] Trata-se de tema que será desenvolvido analiticamente no Capítulo 2.1 deste trabalho.

[8] "A concepção substantiva de justiça que Rawls propôs, em Uma teoria da justiça, como a melhor interpretação da noção de igualdade humana fundamental tem a ambição de oferecer não somente uma interpretação desses três valores políticos como também uma forma de arbitrar as exigências conflitantes que esses valores podem fazer às instituições básicas da sociedade. Muito esquematicamente, podemos dizer o seguinte: Rawls empenhou-se em articular a melhor justificação possível para uma concepção de justiça que foi mais bem formulada por meio de dois princípios, mas que de fato é constituída por três componentes: um ***princípio de liberdades e direitos fundamentais que devem ser assegurados igualmente a todos e que abrange direitos liberais clássicos*** (tais como as liberdades de consciência, de pensamento, de associação, e de expressão), os direitos e liberdades necessários à existência de uma estrutura democrática de autoridade política e as garantias e prerrogativas que estão associadas a uma noção de 'império da lei' e de 'devido processo legal'; ***um princípio de igualdade equitativa de oportunidades*** (...); e o '***princípio de diferença', ou critério maxmin de justiça social*** (...)".DE VITA, Álvaro. Apresentação da Edição Brasileira. In: RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

[9] "Como admitiu um crítico ferrenho do liberalismo igualitário proposto em Uma teoria da justiça, 'os filósofos políticos se vêem agora na obrigação ou de trabalhar dentro da teoria [da justiça distributiva] de Rawls ou de explicar por que razão não o fazem'. NR 21. Nozick, Robert. Anarchy, State and Utopia. New York: Basic books, 1974, p. 183." DE VITA, Álvaro. Apresentação da Edição Brasileira. *Op. Cit*. 2008.

obra Uma Teoria de Justiça tem traços metalinguísticos, na medida em que a sua estruturação é também um produto de um novo tempo. O resultado final deste trabalho revela a força de uma sociedade de cooperação. Ela evidencia que os grandes problemas científicos demandam a reflexão conjunta de toda uma geração de pensadores, filósofos e acadêmicos. Uma teoria de Justiça é assinada por Rawls, mas é uma obra coletiva[10] [11]: uma coletânea de ideias, conversas, debates, recortes e críticas. Nesse aspecto, trazer Rawls à mesa é trazer toda uma geração de filósofos, sobretudo, americanos, da segunda metade do século XX. O seu crédito está em perceber essa lacuna, e trazer consigo todos os demais para esse debate, relatando-o para a história.

Nessa esteira, dada a relevância de seu pensamento e obra para a construção de uma teoria política normativa, e, consequentemente, a sua disseminação, no direito público, na filosofia do direito, e no direito constitucional, podemos imaginar que os conceitos por ele traçados influenciam o nosso universo acadêmico e doutrinário. Precisamos, pois, identificar esse ponto de inflexão, para, a partir daí, se pertinente, propormos críticas e reformulações.

Pois bem.

O conceito de *sociedade* apresentado por Rawls é uma mistura de dois mundos: (i) o iluminista-kantiano; e o (ii) econômico-distributivo. Na primeira parte de sua obra, quando descreve a sociedade, ele foca no segundo aspecto, destacando o fato de que *a sociedade seria composta por classes sociais*, com diferentes capacidades econômica e produtiva, e que uma teoria que se propusesse a estabelecer princípios de justiça deveria garantir um patamar

[10] No prefácio original, John Rawls esclarece que seu livro resulta de um período de 12 anos de trabalho. Nessa esteira, informa o seu ponto de partida: a filosofia iluminista. Para refutar o utilitarismo, Rawls precisa passar por Hume, Adam Smith, Bentham e Mill. Para tanto, vale-se das lições filosóficas de Locke, Rousseau e Kant. Por esse ângulo, podemos compreender por que o mesmo afirma-se como um autor não original. Porque sua ideia é simples: refutar a filosofia iluminista utilitarista por meio da filosofia iluminista contratualista. Com efeito, a seu ver, a ideia original não é sua, na medida em que ela está presente em outros autores. Dessa ideia (que certamente é original) nasce um trabalho coletivo de toda uma geração. Vejamos pois, que Rawls cita no seu prefácio inaugural inúmeros colaboradores, a saber: Allan Gibbard, Norman Daniels, David Diamond, David Richards, Barry Curtis, John Troyer, Michael Gardner, Jane English, Brian Barry, Michael Lessnoff, R. P. Wolff, John Chapman, S. I. Benn, Lawrence Stern, Scott Borrman, Norman Care, Burton Dreben, A. K. Sen, Gilbert Harman, Leonard Krimerman, Richard Lee, Huntington Terrell, Charles Fried, Robert Nozick, J. N. Shklar, J. M. Cooper, T. M. Scanlon, A. T. Tymoczko, Thomas Nagel, R. B. Brandt, Joshua Rabinowitz, B. J. Diggs, J. C. Harsanyi, W. G. Runciman, Tracy Kendler, E. S. Phelps, Amélie Rorty, Anna Tower e Margaret Griffin. Por certo, na continuação de seu trabalho acadêmico, outros autores somaram-se a esse time.

[11] Álvaro de Vita, ao elaborar a apresentação à edição brasileira de "Uma teoria da justiça", confere ademais os devidos créditos ao filósofo Isaiah Berlin. Nas suas palavras: "É difícil exagerar a importância dos ensaios de teoria política de Isaiah Berlin para alterar o quadro de estagnação que descrevi acima. Em um texto publicado originalmente em 1962, intitulado 'Ainda existe a teoria política?', Berlin sustentou que, além dos dois tipos de proposições cognitivas aceitas pelo positivismo lógico, há uma terceira esfera de conhecimento, que diz respeito a questões que envolvem julgamentos de valor tais como 'o que é justiça?'. 'Quando perguntamos por que um homem deve obedecer', diz Berlin, 'estamos pedindo a explicação do que é normativo em questões como autoridade, soberania, liberdade, e a justificação de sua validade em argumentos políticos'. Essas são as palavras em nome das quais ordens são dadas, homens são coagidos, guerras são travadas, novas sociedades são criadas e antigas destruídas'. Logo, a obra de Rawls também se constrói sobre esta influência.

mínimo de recursos (bens primários) para toda essa sociedade, sobretudo, para os menos favorecidos. Grosso modo, o discurso formulado parece buscar uma teoria que justifique a lógica tributária e redistributiva de renda da sociedade ocidental. O que entendemos de relevante aqui para o nosso raciocínio é o fato de que a *sociedade é apresentada como um conjunto de indivíduos segmentados em diferentes camadas de natureza econômica*. Vale dizer, o corte elaborado por Rawls é o *da força produtiva, e/ou da capacidade de auferir renda*.

Na terceira parte de sua obra, Rawls discorre sobre as características de uma sociedade bem ordenada. Aqui as cores kantianas saltam no preto e branco do papel. *A sociedade é apresentada como uma espécie de escola, de autoridade da moralidade, como um espaço de formação e adequação do ser humano até a sua completa maturidade ética*.

Nossa crítica reside na percepção de que a descrição de sociedade por ele apresentada é bastante tímida. Em um primeiro plano, ele reincide no mesmo problema da filosofia política iluminista: *a sociedade como um conjunto de indivíduos face o Estado*. Em apenas algumas poucas linhas, Rawls refere-se a outras instituições, misturando na sua descrição tópicos como direito à propriedade privada, mercado e família. Nada obstante, afirma: "*Ficarei satisfeito se for possível formular uma concepção razoável de justiça para a estrutura básica da sociedade, concebida, por ora, como um sistema fechado, isolado das outras sociedades. A importância desse caso especial é óbvia e não precisa de explicação*"[12]. Tudo nos leva a crer, portanto, que quando Rawls fala da sociedade, ele está focado em parte nos indivíduos de forma isolada, e em outra no Estado – como ***o coletivo humano***.

Noutro giro, o segundo problema revela-se no corte de natureza econômica. Os princípios de justiça são construídos para solucionar uma questão de distribuição de renda. Muito embora se esteja diante de uma matéria relevante para o desenvolvimento social, ele ignora a relação da justiça com o poder, as estruturas de autoridade, e o desequilíbrio de forças entre determinados sujeitos. Rawls não dedicou espaço na sua teoria para as relações existentes dentro da sociedade e a sua natureza, bem como outros possíveis recortes relevantes para a construção de uma significância mais rica para o conceito de justiça.

A ideia de "sociedade" está intimamente associada à noção de "autoridade". Isso porque ambos são temas caríssimos para a compreensão do Direito, e, portanto, da Justiça, e evidenciam elementos de conexão que lhe são estruturantes. Um estudo mais detalhado da ideia de sociedade passará necessariamente pelo conceito de autoridade e vice-versa. Rawls não avança nesse roteiro. Quando Rawls toca neste assunto, quando discorre sobre a

[12] RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 9.

sociedade bem ordenada, e depois sobre a *moralidade da autoridade*, ele imediatamente direciona o seu discurso para a estrutura familiar e a formação da moral da criança.

Noutro giro, a leitura atenta de Rawls nos desperta também para a importância da ideia de "associação". Tal como no item anterior, Rawls opta por discorrer sobre esse tema, partindo da associação inaugural da vida: a família. Basicamente, ele afirma que, quando criança, aprendemos a observar os papeis de um membro de uma sociedade, e, portanto, como devemos nos portar e agir em uma estrutura associativa. Logo existiriam condutas passíveis de aprovação e reprovação, neste ambiente coletivo. Rawls refere-se, pois, a normas, ao bom senso, e a ideias. Em suma, existem regras que regem a vida associativa. No seu entender:

> Com o tempo, a pessoa elabora uma concepção de todo o sistema de cooperação que define a associação e os objetivos que a serve. Sabe que outras pessoas têm outras coisas a fazer, dependendo de seu lugar no sistema cooperativo. Assim, acaba por aprender a acatar o ponto de vista dessas outras pessoas e ver as coisas das perspectivas dessas outras pessoas e ver as coisas das perspectivas delas[13].

Essa passagem de Rawls traz à tona a ideia essencial da sociedade como uma *estrutura associativa*. E o mais interessante é que ao desenvolvê-la, no subitem "*A moralidade da associação"*, ele o faz trazendo à tona uma analogia sobre a *estrutura familiar*. Logo, Rawls reconhece na família uma estrutura associativa semelhante àquela da sociedade *lato sensu*. E mais, Rawls afirma ainda que a família "*pode ser considerada um grupo pequeno, normalmente caracterizada por uma hierarquia definida*". Isto é, ele praticamente equipara as duas instituições – sociedade e família – as quais estariam diferenciadas apenas em nível de escala. A família seria o "grupo pequeno", ao passo que a sociedade seria o "grupo grande".

Isso pode parecer algo de menor importância, trivial. Mas não é. A depuração do raciocínio analógico por ele utilizado revela uma perspectiva mais ampla acerca da noção de sociedade, em regra, ignorada pela maioria dos acadêmicos. A analogia entre família e sociedade forjada por Rawls somente é possível porque ele está de fato tratando de duas instituições que têm o mesmo DNA: a estrutura associativa. Ele somente consegue fazer essa ponte, porque ele está lidando com instituições que na sua essência são o mesmo: associações humanas. Se nós afastarmos da nossa visão os apetrechos e badulaques que foram ao longo dos séculos, sobrepostos a essas duas instituições, retirando a sua face externa, camada por camada, quando alcançarmos a sua estrutura basilar, veremos que estamos diante de um mesmo esqueleto. O projeto básico da família é o mesmo projeto básico da sociedade: uma associação de indivíduos, uma sociedade de cooperação.

---

[13] Ibidem. p.578.

A questão que se coloca é que Rawls apenas apresenta a analogia, mas não reflete sobre a sua origem epistêmica. Por que este caminho de comparação entre a família e a sociedade lhe parece sempre promissor? A depuração de seu raciocínio por certo não está na sua obra. O seu trabalho consciente seguiu em outra direção: olhou para a família sempre em função da sociedade. Isto é, atribuiu-lhe uma *função social* conectada a noções de moralidade para a construção de uma "justiça" de larga escala.

Com efeito, chama-nos atenção o fato de que todo o seu trabalho é direcionado para uma sociedade essencialmente pública, uma sociedade de cooperação macro, que forma no seu conjunto a autoridade política. Logo, nos primeiros parágrafos do capítulo VIII – Senso de Justiça – Rawls declama: "*No início (§1), caracterizei uma sociedade bem-ordenada como aquela moldada para promover o bem de seus membros e regulada de forma efetiva por* ***uma concepção pública de justiça***"[14]. Quando os tópicos "autoridade" e "associação" surgem, Rawls esquece-se das premissas herméticas definidas na primeira parte de sua obra, e passa a considerar a existência da instituição familiar na estrutura básica da sociedade bem ordenada. Mas se essas instituições não eram relevantes para a construção de uma teoria de justiça, como elas aparecem agora como essenciais na formação moral da criança (futuro cidadão)[15]? Na sequência, ele afirma: "*de maneira semelhante, existem grupos da escola e do bairro*". Com efeito, Rawls não reconhece a família na sua devida dimensão na história da humanidade. Será que as famílias estão em um mesmo plano na estrutura social que os clubes de bairro?

O fato de Rawls trazer à tona a instituição familiar nesta parte de sua obra é de todo instigante. Por certo, aprofundaremos mais adiante sobre este ponto em particular. De modo geral, o que podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, e grosso modo, é que Rawls mira o que viu e acerta o que não viu. Isso porque instado a falar sobre sociedade (e Estado), ele foge do tema e discorre sobre "família", sob o pretexto de trazer à tona *uma analogia* sobre o funcionamento do Estado. Repise-se: ele não faz uma análise histórica ou evolutiva das possíveis conexões reais existentes entre a formação familiar e a formação do Estado, ele apenas utiliza algumas noções de filosofia/psicologia para demonstrar como a "autoridade" da família é essencial para a conformação de uma sociedade bem ordenada. John Rawls chegou, portanto, na fronteira de um território interessantíssimo, promissor e fértil. Nada obstante, ele simplesmente deu as costas e voltou.

[14] Ibidem. p. 560.
[15] Ibidem. p. 571

Tenho minhas dúvidas se os trechos em que discorre sobre autoridade e associação passariam pelo crivo da minha professora de redação da 8ª série, a qual provavelmente lhe daria um sermão sobre atenção e objetividade, além de algumas notas sobre coesão e coerência. Nada obstante, sua fuga ao tema renderia à minha terapeuta um discreto sorriso, e um olhar gatuno. Quer dizer então que quando a palavra "autoridade" lhe vem à cabeça, você escreve sobre família e sobre crianças? Quer dizer que quando você se preocupa em construir uma sociedade justa, não lhe passa pela cabeça debater os poderes do Estado como autoridade política central? Você gostaria de refletir sobre isso?

Conquanto Rawls tenha resgatado a teoria política normativa do ostracismo, sobretudo nos Estados Unidos, ele apenas desbravou uma parte desse território. A ausência de um estudo aprofundado sobre "autoridade" e "associação" é uma lacuna na obra de John Rawls. Isso revela um problema ainda maior da ciência política e da teoria política normativa[16]. Se parte considerável do que estudamos hoje tem como fio condutor o pensamento de John Rawls e sua *entourage*, o que terá acontecido com esses temas de ciência política que não surfaram essa onda? Eles restam, pois, incandescentes em algum lugar do espaço-tempo?[17]

---

[16] O mencionado texto de Isaiah Berlin "Does political theory still exists?" foi elaborado originalmente em 1962, e traz à tona uma percepção bastante acurada acerca da retração dos estudos da filosofia política. Nesse trabalho, Berlin busca explicações para esse fenômeno. O autor inaugura a sua reflexão com o seguinte parágrafo: "Ainda existe um objeto de estudo como 'teoria política'? Esse questionamento, colocado com uma frequência suspeita nos países de língua inglesa, questiona o próprio conceito do objeto: sugere que a filosofia política, independente do que tenha sido no passado, hoje está morta ou morrendo. O principal sintoma que parece suportar tal crença é o de que nenhum trabalho do século XX adquiriu status de destaque. Por trabalho de destaque eu quero dizer que tenha ao menos, em grande escopo, transformado paradoxos em certezas e vice-versa. Isso me parece não mais (mas também não menos) do que um critério adequado de tal característica. Mas isso não passa de uma escassa evidência conclusiva. Existem somente duas boas razões para certificar a 'morte' de uma disciplina: um é o de que suas pressuposições centrais, empíricas, metafísicas ou lógicas, não são mais aceitas por terem (no universo de estudo no qual fazem parte) perdido importância, ou porque foram descreditadas ou refutadas. O outro motivo é o de que novas disciplinas surgiram e suprimiram o trabalho originalmente trabalhado pelo outro estudo. **Tais disciplinas podem ter suas próprias limitações, mas elas existem, funcionam, e ou herdaram ou usurparam as funções de seus predecessores: não há mais lugar para o antecessor do qual elas surgiram.".** BERLIN, Isaiah. *Op. cit*. 59. (tradução nossa). (Grifou-se).

[17] Isaiah Berlin apresenta considerações extremamente perspicazes sobre a relação entre a filosofia e a ciência formal. A primeira demanda necessariamente um espírito rebelde, o gosto pela dúvida, pelo desafio. A segunda constitui-se exatamente do oposto – da estrutura das certezas em torno de uma teoria. Para I. Berlin: "Uma das mais fortes características da questão filosófica – por isso é que existem todas essas questões – é que estamos intrigados, desde o início, por não haver uma técnica autêntica, nenhum conhecimento universalmente reconhecido para lidar com tais questões. Descobrimos que não estamos seguros sobre como começar a clarear nossas mentes, encontrar a verdade, aceitar ou rejeitar respostas anteriores a essas perguntas. Nem a indução (no sentido mais amplo do raciocínio científico), nem a observação direta (apropriada para investigações empíricas), nem a dedução (exigida por problemas formais) parecem ser de ajuda. Após termos bastante certeza sobre como proceder, as perguntas já não parecem filosóficas. (…). Para usar uma analogia que não posso alegar ter inventado, a filosofia é como um sol radiante que, de vez em quando, joga fora porções de si mesmo; essas massas, quando se arrefecem, adquirem uma estrutura firme e reconhecível de si mesmas, e adquirem carreiras independentes, como planetas ordeiros e regulares; mas o sol central permanece em seu caminho, e não parece diminuir em massa ou luminosidade. (…) O que nos preocupa é que a filosofia, em determinado estágio de desenvolvimento, pode se transformar em ciência no próximo". (tradução nossa) *Ibidem*. pp. 60-61.

Entendemos, ao fim e ao cabo, que o trabalho de Rawls traz à tona *insights* importantes. *Isto é, ao pensar nas possíveis estruturas da sociedade*, *Rawls evidencia a sua nítida relação com as ideias de "autoridade" e "associação"*. Este é um recorte bastante interessante para o estudo da sociedade. Ocorre que da forma com que elas foram desenvolvidas, não temos mais que pontos de partida. Seu trabalho, sob uma forte influência kantiana, está demasiadamente atrelado à ideia de "moralidade". Rawls está preocupado em fazer com que seu modelo funcione. E para tanto, volta-se para uma análise da sociedade, por uma perspectiva demasiadamente ética (e, portanto, pouco descritiva).

Este estudo busca algo diferente. Nós estamos ainda tentando entender como funciona a casa de máquinas da sociedade. Quais são as engrenagens invisíveis a olho nu e como elas se conectam. Buscam-se arranjos que expliquem a dinâmica social por uma lógica diferente daquela que determina a sua distribuição em camadas econômicas, relacionadas à capacidade de produção e de aferição de renda. Será que poderíamos, ainda, pensar em uma sociedade a partir de critérios de "autoridade" e de "associação", sem passar pelas ideias de "desenvolvimento moral" ou de uma "sociedade bem ordenada"? Eu acredito que sim.

1.1.3 Uma sociedade não muito bem definida

Os trabalhos desenvolvidos por acadêmicos das áreas de Teoria Geral do Estado ou de Ciência Política, no curso do século XX, podem nos ser úteis nessa trajetória, na medida em que também se voltam especificamente para o debate de temas abstratos como sociedade e Estado. Qual o discurso construído? Eles desenvolvem as ideias de "autoridade" e "associação"? Como a sociedade se revela para esses sujeitos?

Inicialmente traz-se à tona a visão do jurista Dalmo de Abreu Dallari, na medida em que sua obra *Elementos de Teoria Geral do Estado* é o livro recomendado para a correspondente disciplina, na graduação, há aproximadamente 45 anos. Escrita no ano de 1971, foi reeditada nada menos que 33 vezes. Dallari, ao discorrer sobre esses conceitos inaugurais, foca-se na importância do Estado no mundo atual. A seu ver a relevância de estudá-lo reside no fato de que se conformaria na sociedade política mais importante da vida humana. Duas passagens traduzem bem a forma com que ele dimensiona o papel do Estado na vida do indivíduo:

> O que a realidade mostra é que, cada vez mais, não há possibilidade de desenvolver qualquer estudo ou pesquisa de Ciência Política sem considerar o Estado. (...) Mais recentemente, Neil MacCormic, professor da Universidade de Edimburgo, tratou da relação do Estado com a política num ensaio inserido no livro Theories and Concepts of Politics, coordenado por Richard Bellamy (Manchester University Press, 1993), fazendo a seguinte observação: '**O Estado é de interesse central para**

> **a política, sendo ele próprio um locus para o exercício do poder, um produtor de decisões e a comunidade política primária para muitos seres humanos, no mundo contemporâneo'**.[18]
> (...)
>
> **Entre as sociedades políticas, a que atinge um círculo mais restrito de pessoas é a família, que é um fenômeno universal**. Além dela existem ou existiram muitas espécies de sociedades políticas, localizadas no tempo e no espaço, como as tribos e os clãs. **Mas a sociedade política de maior importância, por sua capacidade de influir e condicionar, bem como por sua amplitude, é o Estado**[19]. Grifou-se.

Dallari reproduz o discurso-mãe da teoria política inaugurada nos séculos XVII e XVIII, a saber, do Estado como o principal e mais importante fenômeno da vida humana. Muito embora reconheça na família um fenômeno universal, acaba por desconsiderá-lo rapidamente, ao afirmar que o Estado na sua capacidade de influir e condicionar torna-se a figura central para o ser humano.

Noutro giro, Dallari, ao discorrer sobre sociedade, foca-se no suposto embate acerca da origem do fenômeno associativo. Reproduz a clássica dicotomia inaugurada pelos filósofos iluministas entre uma sociedade "natural" e uma sociedade "contratualista". Isto é, na prática, ele sintetiza as respostas apresentadas ao longo dos últimos séculos para a seguinte indagação: *por que o ser humano vive em sociedade?*

Observa-se, ainda, que o autor apresenta um conceito de "sociedade" bastante hermético, na medida em que fundado em critérios bastante específicos: (i) finalidade social; (ii) manifestações de conjunto ordenadas; (iii) poder social. Com isso, ele desenvolve sua digressão em torno de uma concepção finalista. A sociedade política, pois, seria aquela que considerasse todas as ações humanas, coordenando-as para um fim comum[20]. Veja-se que o seu raciocínio desenvolve-se também aqui a partir de um determinado móvel – pavimentar o caminho até a construção de uma concepção de Estado.

Por fim, deve-se destacar que o autor não disserta sobre "autoridade" propriamente, mas sobre soberania. O autor esclarece, de forma bastante interessante, que o ato de conceituar e definir "soberania" é recente, tendo seu marco original na obra de Jean Bodin, datada de 1576. Logo, somente a partir do século XVI, teria o Estado alcançado força suficiente para se consolidar paulatinamente como uma autoridade política onipresente, isto é, capaz de reger todas as particularidades da vida civil, econômica e/ou social, ambientadas no

[18] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 17.
[19] Ibidem. p. 57-58.
[20] Ibidem. p. 55-58.

seu território. Somente nesse momento, portanto, surgiria o conceito ou a ideia de soberania. Com efeito, destaquem-se as seguintes passagens de sua obra[21]:

> No começo do século XIX ganha corpo a noção de soberania como expressão de poder político (...). Entretanto, a partir da metade do século, vai surgir na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que acabará sendo apontado como o verdadeiro titular de soberania. E já no século XX, aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado (...).
> (...)
> **Procedendo a uma síntese de todas as teorias formuladas, o que se verifica é que a noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder**, pois mesmo quando concebida como o centro unificador de uma ordem está implícita a ideia de poder de unificação. O que nos parece que realmente diferencia as concepções é uma evolução no sentido eminentemente político para uma noção jurídica de soberania. **Concebida em termos puramente políticos, a soberania expressava a plena eficácia do poder**, **sendo conceituada como o poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências**. (...) Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, vale dizer, sobre a eficácia do direito.

Nessa esteira, percebemos que mais uma vez o conceito de soberania está associado à figura do Estado:

> Entre os autores há quem se refira a ela como um poder do Estado, enquanto outros preferem concebê-la como qualidade do poder do Estado, sendo diferente a posição de Kelsen, que, segundo sua concepção normativista, entende a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Para Heller e Reale ela é uma qualidade essencial do Estado, enquanto Jellinek prefere qualificá-la como nota essencial do poder do Estado.

Em suma, as lições de Dallari, se por um lado auxiliam na organização de ideias essenciais para o nosso projeto, por outro, reforçam a nossa percepção quanto à proeminência de um discurso enaltecedor do Estado. Todas essas ideias são de suma importância e servirão de matéria-prima para o presente estudo.

Paulo Bonavides, constitucionalista e professor brasileiro, reconhecido como um dos principiais autores de obras voltadas à teoria geral do estado e à ciência política, elaborou obra denominada Ciência Política, no ano de 1967, a qual foi reeditada por 23 vezes[22]. Isso significa que seu discurso sobre Estado e sociedade vem sendo lido por diversos estudantes e professores, sendo, portanto, representativo do pensamento jurídico brasileiro, sobretudo, no século XX.

Ao conceituar sociedade, Bonavides inicialmente busca situá-la, tendo como parâmetros o Estado e o indivíduo. Afirma, pois, que a sociedade seria um círculo mais

---

[21] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 84-85.
[22] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política, 10ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

amplo, e o Estado, um círculo mais restrito. Na sequência, acrescenta que a sociedade teria se originado primeiro, existindo em um patamar intermediário entre o indivíduo e o Estado, superior a este, porém, de alguma maneira, inferior àquele, no que esclarece, "em termos de valor". Ao fim, propõe que o termo "sociedade civil" teria sido originalmente cunhado por Ferguson[23], e que este teria se firmado no uso político com o advento da burguesia.

Veja-se que Bonavides tenta de alguma maneira relacionar os conceitos de indivíduo, sociedade e Estado, muito embora de forma um pouco confusa. Com efeito, vale-se das lições de Rousseau e Hegel[24] sobre sociedade, família e Estado. Vejamos, pois, como Bonavides trabalhou estes autores:

> Por sociedade, entendeu ele [Rousseau] o conjunto daqueles grupos fragmentários, daquelas 'sociedades parciais', (...) ao passo que o Estado vale como algo que se exprime numa vontade geral (volonté générale), a única autêntica captada diretamente da relação indivíduo-Estado, sem nenhuma interposição ou desvirtuamento por parte dos interesses representados nos grupos sociais interpostos. Foi Rousseau a esse respeito genial. Confessa-se Hegel grato àquele conceito, que veio completar o elo ainda por descobrir entre Família e Estado. A Sociedade é colocada pois na filosofia hegeliana como antítese, como parte do movimento dialético do espírito objetivo (espírito subjetivo – tese, espírito objetivo – antítese, e espírito absoluto – síntese, segundo a dialética geral do espírito), cuja tese é a Família e cuja síntese o Estado.
> (...)
> No socialismo utópico, nomeadamente com Saint-Simon, a Sociedade se define pelo seu teor econômico, pela existência de classes. Proudhon, resvalando já para o anarquismo, vê no Estado a opressão organizada, e na Sociedade a liberdade difusa[25].

O autor destaca ainda que o direito alemão tem colocado ênfase na distinção entre os conceitos de sociedade e de Estado, "*vendo na Sociedade a reunião de todos os fenômenos de convivência humana que se desenrolam fora do Estado*"[26]. Noutro giro, vale-se também das lições de Duguit, o qual definiria o Estado, "*em sentido geral, como toda sociedade humana na qual há diferenciação entre governantes e governados, e em sentido restrito 'como grupo humano fixado em determinado território, onde os mais fortes impõem aos mais fracos a sua vontade*"[27]. Destaca ainda a proposição de von Jehring, para quem o Estado seria "a organização social do poder de coerção", e o Direito, "a disciplina da coação", e a de Max Weber, que enxergaria no Estado a racionalização e a legitimação da violência física.[28]

---

[23] Bonavides refere-se a Adam Ferguson, professor de Filosofia Moral da Universidade de Edimburgo, reconhecido pela sua obra inaugural intitulada "*Essay on the history of civil society*", publicada em 1767.
[24] V. HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
[25] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit*. pp. 71-72.
[26] Ibidem. p. 72.
[27] Ibidem. p. 76.
[28] Ibidem. *Locit.*

É a sua percepção sobre o "poder do Estado" que me desperta, porém, maior interesse. Primeiramente leciona: "***Elemento essencial constitutivo do Estado, o poder representa sumariamente aquela energia básica que anima a existência de uma comunidade humana num determinado território, conservando-a unida, coesa e solidária***. Nessa esteira, defende que: "***o poder com autoridade é o poder em toda sua plenitude, apto a dar soluções aos problemas sociais***". Trata-se, a meu ver, de considerações que ignoram a realidade de um poder estatal autoritário e coercitivo. Por mais que desejemos que a sociedade tenha por finalidade solucionar problemas sociais, me parece equivocado pressupor que o poder estatal é uma energia que mantém a coesão e a solidariedade de uma comunidade.

Na sequência, contudo, ele traça considerações pertinentes sobre as diferentes facetas do poder. Afirma, portanto, que se o poder se manifesta através da violência e da força isoladamente, estamos diante de um poder de fato; *mas se o poder reside no consentimento dos governados*, estar-se-á diante de um poder de direito[29].

É na referência que faz a Del Vecchio, porém, que começamos, pois, a verificar que cientistas políticos e filósofos, em algum momento da história, reconheciam a existência de algo a mais entre as estruturas do Estado e do indivíduo. Nas palavras de Bonavides:

> O Estado, posto que seja uma forma de sociedade, não é a única, nem a mais vasta, conforme lembra Del Vecchio, pois coexiste com outras que lhe são anteriores no plano histórico, como a Família, ou a ultrapassam na dimensão geográfica e nos quadros de participação, como sói acontecer com algumas confissões religiosas: o cristianismo, por exemplo, no qual se filiam povos de vários Estados. Que traço essencial resta assim para separar o Estado, como organização do poder, das demais sociedades que exercem também influência e ação sobre o comportamento dos seus membros? (...) Nascemos no Estado e ao menos contemporaneamente é inconcebível a vida fora do Estado[30].

Por que então aos poucos a família foi se retirando deste cenário? Por que teoria, filosofia e ciência política foram excluindo-a ao ponto de sequer reconhecer a sua existência como uma instituição social relevante, capaz de influenciar e se deixar influenciar pelos indivíduos e pelo Estado? Veja-se que as observações feitas com relação às demais associações são também bastante instigantes. Segundo a referência trazida a este debate, viver no bojo de um Estado seria algo inevitável, ao passo que a participação nas demais associações seria uma escolha, decorrente da vontade do indivíduo. Assim, esclarece:

> Ao passo que as demais associações são de participação voluntária, conservando sempre livre aos seus membros a porta de entrada e de saída, o Estado, que possui o monopólio da coação organizada e incondicionada, não somente emite regras de

[29] Ibidem. p. 133.
[30] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit*. p. 135.

> comportamento senão que dispõe dos meios materiais imprescindíveis com que impor a observância dos princípios porventura estatuídos de conduta social[31].

Sob esse prisma, nós começamos a enxergar alguns problemas. Afinal, todo o ser humano, em regra, nasce no seio de uma família e vive sob a sua égide. Não se trata de uma característica exclusiva do Estado. *Todo* ser humano surge no mundo na forma de uma criança. Trata-se de uma proposição basicamente empírica, fruto da reiterada observação do mundo que nos cerca: *o primeiro contato de todo e qualquer ser humano é na condição de governado de uma sociedade*. A ideia propagada de maneira geral pelos filósofos do homem como um sujeito que à meia idade racionaliza a vida associativa é uma construção desencarnada, desconexa com a realidade e a história da humanidade. Trata-se de uma construção puramente retórica.

E essa sociedade a que o sujeito simplesmente adere em razão do nascimento não tem nada de voluntária, e ela não é o Estado, mas, sim, a família. E mesmo quando o sujeito torna-se adulto, a família é uma formação social que lhe segue para todo o sempre. Podemos até mesmo pensar em mudar de Estado, inscrevermo-nos na missão humana tripulada para Marte, mas nem o casamento, nem o divórcio, nem mesmo a morte, nos desvinculam de uma estrutura familiar. As exceções são raríssimas e necessariamente passam pela anuência da autoridade estatal. Até mesmo a opção voluntária de desvinculação na vida adulta é marcada por diversos conflitos. Ninguém se afasta espontaneamente, em uma situação de regularidade, da família a que se está vinculada.

Noutro giro, Bonavides reitera a ideia de que a existência de um poder estatal implica também a existência de governantes e governados. Assim, uma parte dos homens profere ordens, ao passo que os demais simplesmente obedecem. Esse poder faz-se real através das leis "*não porque sejam boas, justas ou sábias*", mas porque são em essência "*imperativos de conduta*"[32].

No que tange à soberania, acredita que, no plano interno, sua conformação seja menos controvertida, na medida em que "*é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia, a qual resumindo já a noção de soberania, faz que o poder do Estado se sobreponha incontrastavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficam subordinados*". Acrescenta, pois, "*a soberania interna (...) fixa a noção de predomínio que o ordenamento*

[31] Ibidem, *Locit*.
[32] Ibidem, *Locit*.

estatal exerce num certo território e numa determinada população sobre os demais ordenamentos sociais"[33].

Por fim, a última passagem que gostaríamos de destacar assim revela:

> Ao definir a República na acepção de Estado, Bodin fizera da soberania seu elemento inseparável. Senão, vejamos: République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun avex puissance souveraine, a saber, **a República é o justo governo de muitas famílias, e do que lhes é comum, com poder soberano**[34]. Grifou-se.

Essa digressão, pois, representa muito bem os defensores da sociedade-Estado. Negam-se em ver as evidências que brotam ao seu redor, conquanto floresçam insistentemente, avançando seus galhos e folhas em todas as direções. Por que seguimos nesse jogo de cabra-cega? Se a família está aí, como um fenômeno universal, onipresente no nosso dia-a-dia, sociedade governante e governada, por que simplesmente fingimos que o seu estudo não é de qualquer interesse? Não existe sequer uma curiosidade infantil, diante desse verdadeiro empreendimento de sucesso? Não merece ela algumas horas de nossa reflexão? Corremos o risco, pois, de um dia acordarmos estupefados, congelados, nos perguntando – mas estava aqui esse tempo todo? E ninguém viu?

Bem, de todo não podemos dizer que não houve alerta. Afinal, quando Darcy Azambuja, autor da consagrada obra Teoria Geral do Estado, inaugura o capítulo intitulado "O Estado", ele não hesita em articular logo de imediato a relação existente entre indivíduo e família[35]. Veja-se, pois, que inicia seu trajeto acadêmico em sentido diametralmente oposto ao

---

[33] Ibidem. p. 156.
[34] Ibidem. p. 159.
[35] Michelle Perrot chama a atenção para o fato de que diversos pensadores franceses, sobretudo, os liberais, insistiram na problematização da família nas ciências sociais e filosóficas. Destaque-se a seguinte lição: "O pensamento francês sobre a família se apresenta particularmente rico no século XIX devido aos agudos problemas ligados à reconstrução política, jurídica e social pós-revolucionária. Os grandes polos de reflexão são três: as fronteiras entre o público e o privado e a ideia de 'esferas'; o conteúdo da sociedade civil; os papeis masculino e feminino. [...] Isso foi claramente visto por Guizot, objeto de um estudo de Pierre Rosanvallon. Numa reflexão que não deixa de lembrar a de Hegel, ele analisa o funcionamento do poder, que lhe parece múltiplo. A ordem e a liberdade dependem da articulação do 'poder social', responsável pela sociedade civil e pelo poder político, encarregado das orientações globais e reservado aos 'capacitados', à elite dos organizadores: um assunto de homens, e não de salões, mistos e frívolos. O poder social, em larga medida doméstico, nem por isso é feminino. [...] Lugar de transação permanente, a família, segundo Guizot, é um modelo político da democracia. 'Em parte alguma o direito de voto é mais real e mais abrangente. É na família que ele mais se aproxima da universalidade. Royer-Collard e Tocqueville mostram a mesma preocupação pelo conteúdo da sociedade civil. ´A Revolução só não derrubou os indivíduos. [...] Da sociedade pulverizada saiu a centralização' escreve o primeiro, para quem o antídoto do jacobinismo reside nas 'associações naturais', a comuna e a família. Tocqueville, aliás tão sensível aos atrativos do privado e da intimidade, vislumbrou claramente os riscos de um individualismo excessivo, nos moldes do 'cada um por si' tão caro ao barão Dupin. [...] Toda a obra de Tocqueville gira em torno desse problema: como conciliar felicidade privada e ação pública. Ele preconiza as associações e exalta as virtudes da família americana, capazes de criar um elo social". PERROT, Michelle. A família triunfante. *In* ARIÈS, Philippe; e DUBY, Georges (Org.). *História da vida privada: da revolução francesa à primeira guerra*. São Paulo: Companhia das Letras. pp. 82-83.

de seus colegas de disciplina. Na obra que originalmente remonta à década de 40, Azambuja não segue a cartilha da sociedade-Estado[36]. Surpreendentemente, ele leciona:

> No mundo moderno, desde que nasce e durante toda a existência, faz parte, simultânea ou sucessivamente, de diversas instituições ou sociedades, formadas por indivíduos ligados pelo parentesco, por interesses materiais ou por objetivos espirituais. Elas têm por fim assegurar ao homem o desenvolvimento de suas aptidões físicas, morais e intelectuais, e para isso lhe impõem certas normas, sancionadas pelo costume, a moral ou a lei.
> A primeira em importância, a sociedade natural por excelência é a família, que o alimenta, protege e educa. As sociedades de natureza religiosa, ou Igrejas, as escolas, a Universidade, são outras tantas instituições que ele ingressa; (...) o conjunto desses grupos sociais forma a Sociedade propriamente dita.
> (...)
> Além dessas, há uma sociedade, mais vasta do que a família, menos extensa, do que as diversas Igrejas e a humanidade, mas tendo sobre as outras uma proeminência que decorre da obrigatoriedade dos laços com que envolve o indivíduo: é a sociedade política, o Estado[37].

A definição de sociedade de Darcy Azambuja é construída, pois, a partir de um critério associativo. Quando ele menciona que a sociedade é composta por uma série de instituições, dentre elas a família, as universidades, as escolas, o Estado, entre outros, ele demonstra que a sociedade é uma estrutura complexa que abarca não só o Estado, mas também diversos outros grupos. ***Isto é, ele reconhece que o ser humano se projeta no mundo de duas formas, como indivíduo e como associação***. *Em suma: o ser humano tem se associado em diferentes níveis, desde o nível mais concreto, com a formação de núcleos familiares até a formação mais ampla, abstrata e complexa, através da estrutura estatal*.

Outras considerações de Darcy Azambuja sobre sociedade e associação merecem a nossa atenção. Senão, vejamos:

> De modo mais analítico, e acentuando outros atributos, podemos dizer que uma sociedade é a união moral de seres racionais e livres, organizados de maneira estável e eficaz para realizar um fim comum e conhecido de todos (CF. Jolivet – Traité de Philosphie, I, pág. 283). O Estado (...) se denomina sociedade política, porque, tendo sua organização determinada por normas de direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, o bem público[38].

---

[36] Darcy Azambuja foi Promotor de Justiça e Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Além deste livro redigiu uma obra sobre ciência política e alguns títulos literários. Chama a atenção o fato de que sua obra não apresenta os traços de um estadista-nacionalista. Não há aqui a pretensão de exaltação do Estado como maior instituição humana na Terra. Não sabemos ao certo por que seus escritos fogem a essa regra. Trata-se de obra escrita antes da Ditadura Militar de 1964, mas contemporânea ao Estado Novo getulista, marcado pelo crescente populismo e nacionalismo. Seu texto apresenta, pois, uma perspectiva mais ampla da sociedade, e a nosso ver, mais completa. Darcy Azambuja discorreu sobre uma sociedade e um Estado mais próximos da realidade. Por essa ótica, percebemos que muitas ideias estão registradas e estiveram presentes em debates acadêmicos pretéritos, mas por alguma razão, foram perdendo espaço na agenda da academia. Noutro giro, a produção científica não é melhor porque mais recente, ou porque proveniente da Europa ou dos Estados Unidos. A capacidade de percepção, isto é, a formatação da subjetividade do acadêmico, e o seu olhar para o mundo, ao fim, são a chave para as boas ideias e para um trabalho relevante. Vejo que os escritos de Darcy Azambuja se destacam nesse sentido, obviamente, sempre à luz de seu tempo.

[37] AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo. 2008. p. 1

[38] Ibidem. p. 4

Veja-se que D. Azambuja reconhece que a associação familiar surge, sob a ótica da criança, com um viés impositivo. A criança, em primeiro momento, não escolhe nascer. Noutro giro não escolhe os pais nem o lar onde vai viver. Ela é, portanto, um membro desta associação, *cuja adesão é involuntária*. Nessa esteira, Azambuja acaba correlacionando também nesta passagem "família" e "Estado", ao propor que o Estado também é uma associação singular, na medida em que dele "o homem jamais se antecipa".

> Com exceção da família, a que, pelo nascimento, o homem forçosamente pertence, mas de cuja tutela se liberta com a maioridade, em todas as outras sociedades ele ingressa voluntariamente e delas se retira quando quer, sem que ninguém possa obrigá-lo a permanecer. Da tutela do Estado, o homem não se emancipa jamais. O Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro, e se prolongam até depois da sua morte, na execução de suas últimas vontades[39].

Na nossa percepção, família e Estado partilham aqui das mesmas características. Como ambas são associações que projetam as principais estruturas da sociedade, elas têm mais características em comum do que se possa imaginar. Em primeiro plano, assim como todo indivíduo pertence a uma família, todo indivíduo nasce em um determinado Estado, ficando a ele vinculado. Em segundo, em termos reais, o ser humano é um associado por adesão involuntária tanto no caso da associação familiar, quanto no caso da associação estatal. Em terceiro, em ambos os casos, as hipóteses de retirada associativa são exceções à regra social, passando ou por conflitos severos, e/ou invariavelmente pela manifestação/chancela da autoridade estatal. Por mais que haja em alguns casos o afastamento provisório, ou mesmo o alcance da maturidade, o vínculo afetivo/emocional criado com a família e o Estado forma uma conexão poderosa, que se enraíza subjetivamente no indivíduo. A própria concepção de quem se é passa pela experiência familiar e pela experiência comunitária/nacional.

Chama-nos atenção, ainda, a lucidez de Darcy Azambuja quanto à real ação interventiva do Estado na vida individual e associativa. Nas suas palavras:

> No mundo moderno, o Estado é a mais formidável das organizações: 'a contextura das vidas humanas se insere solidamente no quadro das suas instituições; **porque não existe esfera alguma de atividade, ao menos em teoria, que não dependa de sua autoridade**. **O Estado moderno é uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia sobre todas as demais instituições**. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as outras organizações. **Põe sob seu domínio todas as formas de atividade, cujo controle ele julgue conveniente**. Na lógica dessa supremacia se subentende que tudo quanto restar fora de seu controle é feito com sua permissão. O Estado não permite ao homem desposar a irmã; é graças a permissão do Estado que ele pode desposar a prima. O Estado é a chave da abóboda social; modela a forma e a substância de

[39] Ibidem. *Locit*.

> miríades de vidas humanas, de cujo destino ele se encarrega'. (Harold Laski – Grammaire de la politique, pág. 9)[40]. Grifou-se.

Vemos, pois, que o conceito de soberania tem sido forjado como uma espécie de prerrogativa estatal de se tornar onipresente e onipotente sobre os fatos da vida civil ambientada em seu território. Trata-se de uma visão da soberania semelhante àquela apresentada linhas acima. Mas acima de tudo, ela é dotada de uma clarividência: o Estado pretende sobrepor-se e domesticar todas as demais instituições da vida civil. E essa é uma ideia que não podemos perder de vista sequer por um segundo. Por fim, destaquemos as noções de autoridade perfilhadas pelo autor:

> Subentende-se e supõe-se que o Estado assim procede para realizar o bem público; por isso e para isso tem autoridade e dispõe de poder, cuja manifestação concreta é a força. Autoridade e poder são conceitos distintos. Autoridade é o direito de mandar e dirigir, de ser ouvido e obedecido; o poder é a força por meio do qual se obriga alguém a obedecer. (...) A autoridade é intrínseca ao Estado, é o seu modo de ser, e o poder é um de seus elementos essenciais. Sem dúvida, em outras formas de sociedade também existe a autoridade e o poder. Mas, o poder do Estado é o mais alto dentro de seu território, e o Estado tem o monopólio da força para tornar efetiva sua autoridade.[41]

Da análise das proposições supradelineadas supra, podemos extrair algumas conclusões. Inicialmente, convém destacar que a ideia de sociedade pode ser trabalhada de forma bastante distinta, dependo da perspectiva adotada. Considerando, contudo, a influência da análise econômica nos últimos dois séculos, notamos uma tendência maior na leitura da sociedade a partir de uma ideia de diferença de classes, com base na sua respectiva capacidade produtiva. Vale dizer, quando Rawls elabora sua obra-prima "Uma teoria da justiça", ele traz à tona as mesmas ideias de Saint-Simon sobre uma sociedade dividida entre os mais pobres e os mais ricos. Outra ideia que se repete, em geral, é a de que a sociedade é uma composição entre o indivíduo e o Estado, sendo este o portador de uma vontade geral, equivalente ao somatório de todas as vontades individuais. Essa perspectiva claramente rousseauniana evoca um conceito dicotômico de sociedade, isto é, composto pela oposição indivíduo-Estado[42].

---

[40] Ibidem. p. 5.
[41] Ibidem. p. 6.
[42] Michelle Perrot traz à tona sua percepção sobre esse processo epistemológico de ocultação da organização familiar na sociologia. A seu ver "Jacques Capdeville mostrou como se deu esse ocultamento: não foi por acaso, mas deriva de uma crítica explícita do Marx de *A ideologia alemã* ao Hegel da *Filosofia do Direito* e de sua negação do dualismo Estado-sociedade civil, indivíduo-cidadão. ***Disso resultou um certo empobrecimento da análise marxista: a recusa das mediações, a subestimação dos bens, do patrimônio e da morte***. No entanto, cabe observar que essa eliminação da família dentro da teoria social não foi obra exclusiva de Marx, mas também de Durkheim, conforme ressaltam Hervé Le Bras e Emmanuel Todd. Avesso à inscrição espacial dos fenômenos, Durkheim se interessa apenas por fatos sociais universais e, com isso, 'ele pulveriza a antropologia'. Ao mesmo tempo, a história positivista, totalmente voltada para a construção da nação e da política, afastava o privado de seus campos de estudos. Enquanto a família como categoria explicativa desaparecia das ciências

Nada obstante as mencionadas limitações, todos os autores citados, de alguma forma, consciente ou inconscientemente reconhecem a família como uma estrutura social, semelhante, análoga, ou essencial ao Estado. Conquanto a maioria deles prefira reconhecer ao Estado um papel de maior importância, todos acabam de alguma forma, deixando transparecer que existe algo a mais nessa história. Rawls vale-se da família para explicar "autoridade" e "associação" estatal. Dallari afirma que a família é nada mais nada menos que um fenômeno universal. Bonavides deixa escapar a relevância da família na sociedade, quando cita autores como Del Vecchio e Bodin. Darcy Azambuja discorre sem quaisquer reservas sobre a relevância da instituição familiar na sociedade.

Por fim, notamos que muito embora definições em torno de sociedade possam variar, alguns temas estão sempre presentes. Todos os autores tecem considerações relevantes sobre indivíduo, família e Estado, bem como sobre noções de "associação", "autoridade/soberania" e "poder". Isto é um grande indicativo para o presente trabalho. Nosso faro acadêmico nos alerta: existe aqui um amplo campo de trabalho, batalha e pesquisa. Como, poderíamos, contudo, estruturar essas ideias? O estudo da filosofia política aqui parece também ter chegado ao seu limite. Onde poderíamos buscar inspiração para uma nova mirada, um novo aporte de ideias?

1.1.4 Uma sociedade complexa

12:00. Fecho o computador. Olho ao meu redor: livros se acumulam no escritório. Devem estar pensando: Que bom que ela vai sair. Assim, podemos descansar um pouco. Imagino-os conversando: - Não diga, você também fala sobre crianças, família e Estado? Aquele ali na direita, coitado, encalhado, dizem que trata de direito do trabalho. Há anos não vê a luz do dia. Os pensamentos consomem o tempo com uma voracidade peculiar. E lá estão os meus pimpolhos, sentados brincando com seus coleguinhas. Ainda não me viram. Estão virando as páginas de seus livros de pano, coloridos e macios. São tantas informações, letras que saltam das páginas, em uma miscelânea de texturas e materiais. São seus novos amigos? Quando vejo, já estão correndo em minha direção.

A ideia de que um livro possa ser nosso amigo é algo bastante difundido. É isso o que dizemos toda hora para as crianças. É essa a nossa sensação quando viramos as páginas de uma obra que nos emociona. Mas tenho pra mim que é mais do que isso. Quando entro em

---

sociais, ela se apresentava com uma força inédita no pensamento político dos organizadores da Terceira República: Grévy, Simon, Ferry e os demais. A reflexão sobre a família se apaga, a política da família se inicia. Isso porque as funções da família – atribuídas e assumidas – importam mais do que o seu valor heurístico". PERROT, Michelle. A família triunfante. *In Op. Cit*. pp. 89-90.

contato com um texto que realmente traz uma ideia inovadora ou que tem o condão de simplificar algo que parecia muito complexo, sinto como se iniciasse um diálogo. E em pouco tempo, de tanto conversar, sinto como se conhecesse o seu autor, e já fôssemos grandes amigos. É uma fantasia, eu sei. Mas não há nada que possa fazer. É este o efeito que um bom livro tem sobre mim.

Quando finalizei a obra *The future of childhood*, de Alan Prout, a sensação foi a de despedida. Como poderia encerrar assim, dessa forma? Haveríamos de ter outras conversas, outros encontros. Uma amizade dessa não pode acabar do dia para a noite. Então, você pode estar curioso, e se indagar, o que esse livro tem de tão especial? O que Alan Prout falou de tão revolucionário?

The future of childhood é um livro sobre liberdade, em tantas formas[43]. Primeiramente, ele abre caminhos para que possamos construir disciplinas que tratem das crianças sem as limitações da dicotomia modernista. Mas a sua proposta na verdade é mais ampla. É uma obra que instiga a liberdade de criação acadêmica. Nós podemos fazer diferente, nós podemos misturar as ideias, direito, antropologia, sociologia, literatura, física e química. Nós estamos presos nos limites de um mundo moderno que nunca existiu. Os problemas são complexos. Nós também somos pessoas complexas.

Trata-se de um diálogo também com o trabalho de Bruno Latour, em especial sua teoria sobre o agente-rede. Na sua conceituada obra de referência We *have never been modern*[44], Latour indaga: o buraco na camada de ozônio é um problema político, químico, econômico, ambiental ou social? O mundo não é uma caixa de dicotomias. Ele é complexo, ele existe como uma teia, com estruturas complexas, com fluxos, e relações em camadas, e em perspectiva. Sim, é difícil pensar que existem quase-sujeitos e quase-objetos. É uma ideia muito ousada? Não sei. Não é isso que dizemos aos nossos filhos: que os livros são os seus amigos? Seria o livro um objeto? Ou seria o livro uma pessoa?

O mundo mudou, outras ideias interessantes estão por aí, em outras disciplinas, esperando pontes de conexão. E nós do Direito ainda estamos discutindo a dicotomia iluminista entre naturalismo e contratualismo social? Nós precisamos fazer do nosso trabalho acadêmico um espaço para a busca de soluções para o mundo real, para pessoas reais. E para isso, precisamos observar o que nos cerca, abrir os olhos para o que existe de fato, e mais do que tudo, as relações, conexões.

---

[43] PROUT, Alan. *Op. Cit.*
[44] LATOUR, Bruno. *We have never been modern*. Cambridge: Harvard University Press. 1993.

Em uma determinada passagem de seu trabalho, Alan Prout aponta para as consequências nefastas de mantermos nosso conhecimento limitado a categorias dicotômicas excludentes. Ele afirma, pois:

> ***É cada vez mais difícil separar o caráter diverso e híbrido empiricamente gerado na infância e os limites móveis entre a infância e a idade adulta***. Quando os termos teóricos utilizados para apreender essas entidades são construídos com base na exclusão mútua, eles se tornam cada vez mais incapazes de obter qualquer aquisição empírica. É difícil encontrar algum ponto de comunicação entre os termos polares da análise, uma vez que estes são definidos (e, na sua lógica discursiva, definem-se) como fora do domínio de cada um. Para ser significativos eles parecem precisar ser puros, e o esforço contínuo para purificá-los significa tanto apagar tudo o que os media como distribuí-los entre termos polares de análise para que passem a ser propriedade de um ou de outro. ***Isso direciona a atenção para longe das mediações e conexões entre as oposições que eles levantam***. Nesse sentido, excluem tudo o que se encontra abaixo e entre eles, fazendo desaparecer sua dependência mútua e obstruindo características importantes sobre a maneira pela qual as infâncias contemporâneas são construídas[45]. (tradução nossa). (grifou-se).

Na sequência, Prout propõe a seguinte reflexão: por que sempre apresentamos as macroestruturas como as mais importantes em detrimento das menores? Além disso, o mundo estaria dividido em apenas dois registros: um macro e um micro? O mundo é dual? O que existe no espaço, pois, no meio desses dois polos?

> Com certeza é verdade que argumentar que as grandes coisas são mais importantes que as pequenas coisas é infrutífero. Mas por que temos de aceitar que existem apenas dois registros de escala, macro e micro, no mundo? Para fazer com que o mundo pareça assim, temos de transmutar um gradiente, isto é, toda a gama de escalas em que existem entidades, em um dualismo. **Ao fazer isso, tendemos a reduzir as entidades que se interpõem entre os dois, e perdemos os processos pelos quais o pequeno se torna grande e o grande se torna pequeno**[46]. (tradução nossa). Grifou-se.

Alan Prout está em ambos os casos falando sobre a estrutura epistemológica que sustenta o estudo das crianças. Nada obstante, sua análise pode ser aplicada ao conhecimento científico como um todo, e em particular, ao estudo sobre sociedade. O raciocínio apresentado linhas acima nos transporta para o mesmo problema identificado no item anterior: a construção de uma teoria jurídica focada na dicotomia indivíduo x Estado tem deixado de fora do direito público as demais estruturas associativas que existem no meio do caminho, na vida real.

É como se o indivíduo vivesse em apenas dois mundos, dois ambientes. No primeiro, ele convive apenas consigo mesmo. Todos os seus conflitos são internos e o pensamento é a sua arena de debate primária. Desta posição, ele salta para a categoria de um cidadão

[45] PROUT, Alan. *Op. Cit.* p. 67.
[46] *Ibidem, Locit*.

republicano, agente ativo da polis, um eleitor e um sujeito de ação coletiva. Tudo que está no meio do caminho não existe? A interação deste sujeito nas demais associações seria o quê? Então, Prout está abrindo os nossos olhos, cutucando o acadêmico: preste atenção existe um universo de experiências entre esses dois polos que têm características híbridas. Isso significa, portanto, que esses polos que vemos como entes "puros" talvez não sejam tão "puros" assim. É possível que ao mover nossa lente de observação para o "espaço intermediário" vejamos que elas sejam reproduções em micro, média e grande escala de uma mesma estrutura.

Além disso, Prout chama atenção para outro dado interessante. Uma parte muito rica do conhecimento humano está situada nas conexões travadas entre todas essas estruturas. A postura de oposição, de purificação, faz com que percamos esse liame e todo o conhecimento a ele conectado. Existe um fluxo corrente de ideias e de trocas entre os micro, médio e macrossistemas (ou estruturas), o que faz com que determinadas coisas se transformem em coisas maiores e mais abrangentes, e que outras se recolham, tornando-se menores, ou mais localizadas.

Isso posto, nosso estudo tem a partir de agora uma pretensão bastante ambiciosa. Como podemos, pois, transpor essa nova onda de ideias para o presente, conectando-as com o pensamento tradicional sobre sociedade, indivíduo e Estado? O que há de importante na estrutura do conceito de sociedade, e o que há de novo? E como o resultado desse encontro de águas pode ampliar a nossa capacidade de ação e de construção do raciocínio jurídico?

1.1.5 A lógica da associação

Uma proposta interessante para a solução de um dos problemas apresentados linhas acima, a saber, entender a sociedade a partir de uma *ótica associativa*, surgiu também pela obra de Prout, quando este apresenta as diferentes escolas da psicologia infantil, com destaque para o trabalho de Urie Bronfenbrenner, intitulado *A ecologia do desenvolvimento humano*[47]. Nessa esteira, também não podemos deixar de mencionar o trabalho de Yuval Noah Harari, doutor em História pela Universidade de Oxford, e a sua obra intitulada *Sapiens: uma breve história da humanidade*[48]. O que todos esses autores têm em comum? De que maneira a sua abordagem difere-se dos demais?

Tais autores quebram a dicotomia tradicional da filosofia política, e também de outras disciplinas, supostamente existente entre natureza/biologia x cultura/sociedade. Da leitura

[47] BRONFENBRENNER, Urie. *The ecology of human development: experiments by nature and design*. Cambridge: Harvard University Press. 1979.
[48] HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade: sapiens*. Porto Alegre: L&PM, 2015.

conjunta de tais obras, podemos concluir que essa oposição é uma abstração coletiva, uma construção teórica que não encontra guarida no mundo empírico. Com efeito, partindo-se desse pressuposto, a ideia da organização social do *sapiens,* (nossa espécie do gênero humano) expressão utilizada por Harari, alcança uma dimensão mais complexa.

Nessa esteira, a dicotomia proposta pelos teóricos iluministas sobre a razão última das sociedades perde aos poucos o seu sentido. A vida associativa é um fato natural *e também* uma estrutura contratual l*ato sensu*. Isso porque toda criança nasce sob a égide de estruturas sociais predeterminadas, sejam associações de menor escala, como as famílias, sejam associações macro, como o Estado ou a Igreja. As associações humanas são complexas, abstratas e ao mesmo tempo concretas, naturais e contratuais, voluntárias e involuntárias. Ao nascermos, embarcamos nesse veículo em movimento, inadvertidamente, e quando nos damos conta de quem somos e de onde vivemos, já estamos nela entremeados de uma forma ou de outra.

Nada obstante, o vínculo associativo em todo e qualquer caso produz um acordo coletivo de natureza contratual *lato sensu*. Isso porque, a partir do momento em que duas ou mais pessoas precisam conviver, essa relação passa a ser regida por normas, regras que buscam garantir a sobrevivência e a convivência. Essas regras podem se estruturar de forma hierárquica e autocrática, com a predominância de um sujeito sobre o outro, em diferentes gradações, ou de forma isonômica, decorrente de um pacto horizontal, equitativo, que considere os diferentes agentes, em um mesmo patamar. Em alguns casos, associações podem ser formadas por uma estrutura assimétrica, com a mescla de relações equitativas e hierárquicas em diferentes gradações. Uma parte dos indivíduos pode participar no curso da história da formatação de parte dessas regras, ao passo que outros podem apenas atuar como aderentes. Em algumas associações, o indivíduo terá controle sobre o compromisso pactuado. Em outras, o sujeito apenas conseguirá influenciar uma pequena parte de suas disposições, seja porque grande parte já foi predeterminado, seja porque a sua mudança demande um grande esforço associativo contemporâneo. Essas disposições variam com o passar do tempo, e a natural alternância de gerações. *E o resultado: o pacto associativo é uma miscelânea de reminiscências de um passado distante e de ideias inovadoras*. A sociedade é, pois, um fato natural, e também um estatuto social. Não há uma dicotomia aqui, mas sim uma composição de diferentes paletas associativas.

Noutro giro, a indagação "*Por que o ser humano vive em sociedade?"* pode nos conduzir para uma nova abordagem, a saber, a histórico-biológica. Reconhecer a biologia como uma narrativa histórica da sociedade permite-nos compreender que a cultura é uma

criação biológica. E que a sociedade tal como a conhecemos é um processo de evolução em curso. O *sapiens* é uma espécie do gênero humano com duas características essenciais: (i) capacidade de transmitir ideias abstratas; e (ii) capacidade de transformar o seu ambiente de acordo com as suas necessidades. Isto é, o seu entorno é um mosaico interativo, decorrente da sua capacidade de troca e diálogo com os outros e com o meio. Logo, a cultura é essencialmente biologia, e a vida em sociedade, como a conhecemos, ***uma revolução anti-darwiniana***[49]**.**

A capacidade neural de transmissão de ideias nos permite criar laços. Nasce a ideia de pertencimento a grupos reais e imaginários comuns. De certo, isso potencializou a nossa capacidade associativa. Assim, inicialmente em pequenos grupos, nós ampliamos a nossa capacidade de abstração, o que nos permitiu, consequentemente, unirmo-nos em grupos ainda maiores, sustentados em um ambiente imaginado. Logo, nossa capacidade de associação e de construção de vínculos meramente ideológicos permitiu a criação de soluções para problemas em conjunto. Sociedades de cooperação foram se formando aos poucos, não só com base na realidade do nosso entorno, mas na realidade construída em uma *associação imaginária*.

Concomitantemente, o sapiens diferenciou-se dos demais organismos vivos por uma capacidade bastante peculiar: fugir da lógica evolutiva da adaptação ao meio. Em algum momento da história da humanidade, o sapiens percebeu que ele não precisava mudar ou migrar. Ele poderia transformar as suas ideias – as suas abstrações em mundo concreto, em realidade – e a partir daí acomodar todo o ecossistema de acordo com as suas necessidades. Existe, pois, uma inversão da lógica evolutiva. O sapiens não necessita de um meio ao qual esteja adaptado. Ele deixou de evoluir em sintonia com o ecossistema real. Ele simplesmente passou a transformar a realidade naquilo que ele quis, passando a criar e destruir tudo o que está a sua volta, dando vida a ideias que um dia existiram somente na sua mente.

A vida em uma associação abstrata, contudo, é um esforço individual e coletivo muito grande, porque parte considerável do nosso dia-a-dia se dá em associações predominantemente concretas. A capacidade do sapiens de lidar com essa faceta abstrata da sociedade é de alguma forma limitada. Logo, a sociedade é um amálgama, uma composição incandescente de estruturas palpáveis e abstratas, que dia-a-dia se reconstroem, e se renovam. Uma mesma associação pode ter facetas concretas e abstratas, a qual em sua última composição forma toda a estrutura social.

---

[49] A teoria da evolução forjada por Darwin propõe, a grosso modo, a capacidade de adaptação ao meio como um fator central no processo evolutivo das espécies. A leitura da obra Sapiens: uma breve história da humanidade nos leva em sentido oposto. O que diferencia o ser humano das demais espécies que habitam o planeta é a sua capacidade de destruir/construir o seu próprio ecossistema, de acordo com as suas necessidades.

Por mais que tenhamos a capacidade de construir associações imaginárias de grandes proporções como o Estado, no nosso dia-a-dia, dependemos, contudo, de laços associativos de menores proporções para darmos sequência aos nossos projetos de vida mais imediatos e mais concretos. E nós temos uma limitação associativa, a qual se encontra evidente até mesmo pela nossa imersão nas redes sociais virtuais. Por mais que uma pessoa tenha mais de mil amigos no *Facebook*, a sua interação real dá-se com apenas uma parte deles. O sapiens tem um limite real na sua capacidade de conexão com o outro. O fluxo de ideias, bem como a lógica de uma interação, seja em termos de conflitos ou de acordos cooperativos, é limitado a um número reduzido de pessoas.

Yuval Noah Harari nos revela como essa limitação de interação concreta está intimamente associada à nossa capacidade de associação em abstrato, surgindo, pois, como uma mesma face de um processo evolutivo[50].

> Os humanos como os chimpanzés, têm instintos sociais que possibilitaram aos nossos ancestrais construir amizades e hierarquias e caçar ou lutar juntos. No entanto, como os instintos sociais dos chimpanzés, os dos humanos só eram adaptados para pequenos grupos íntimos. Quando o grupo ficava grande demais, sua ordem social se desestabilizava, e o bando se dividia.
> (...)
> Após a Revolução Cognitiva, a fofoca ajudou o Homo sapiens a formar bandos maiores e mais estáveis. Mas até mesmo a fofoca tem seus limites. Pesquisas sociológicas demonstraram que o tamanho máximo 'natural' de um grupo unido por fofoca é de cerca de 150 indivíduos. A maioria das pessoas não consegue nem conhecer intimamente, nem fofocar efetivamente sobre mais de 150 seres humanos. Ainda hoje, um limite crítico nas organizações humanas fica próximo desse número mágico.
> (...)
> Como o homo sapiens conseguiu ultrapassar esse limite crítico, fundando cidades com dezenas de milhares de habitantes e impérios que governam centenas de milhões? O segredo foi provavelmente o surgimento da ficção. Um grande número de estranhos pode cooperar de maneira eficaz se acreditar nos mesmos mitos. Toda cooperação humana em grande escala – seja um Estado moderno, uma igreja medieval, uma cidade antiga ou uma tribo arcaica – se baseia em mitos partilhados que só existem na imaginação coletiva das pessoas. As Igrejas baseiam-se em mitos religiosos partilhados. (...) Os Estados baseiam-se em mitos nacionais partilhados.
> (...) Dois advogados que nunca se conheceram podem unir esforços para defender um completo estranho porque acreditam na existência das leis, justiça e direitos humanos - e no dinheiro dos honorários[51].

[50] O autor também traz a seguinte consideração sobre os chimpanzés: "Nossos primos chimpanzés normalmente vivem em pequenos bandos de várias dezenas de indivíduos. Eles formam fortes laços de amizade, caçam juntos e lutam lado a lado contra babuínos, guepardos e chimpanzés inimigos. (...) Há limites claros ao tamanho dos grupos que podem ser formados e mantidos de tal forma. Para funcionar, todos os membros de um grupo devem conhecer uns aos outros intimamente. Dois chimpanzés que nunca se encontraram, nunca lutaram e nunca se alisaram mutuamente não saberão se podem confiar um no outro, se valerá a pena ajudar um ao outro, nem qual deles é superior na hierarquia. Em condições normais, um típico bando de chimpanzés consiste de 20 a 50 indivíduos. À medida que o número em um bando de chimpanzés aumenta, a ordem social se desestabiliza, levando à ruptura e à formação de um novo bando por alguns dos animais*"*. HARARI, Yuval Noah. *Op. Cit*. p. 33-34.

[51] *Ibidem*. p. 33-34.

Em suma, nós conseguimos forjar um complexo de associações, que não só crescem na sua escala, mas também no seu grau de abstração. Mas isso não significa que essas associações sejam excludentes. Ao contrário, o principal talento do sapiens é que ele consegue fazer a devida conexão entre essas estruturas. Ele vive uma realidade micro, e de todo "mais concreta", com os demais com quem tem intimidade, e também outras relações associativas, em diferentes escalas e graus de abstração. O ser humano existe, pois, como indivíduo, e também como associação. Ele é capaz de assumir camaleonicamente essas diversas formas, sem excluir as demais.

Quanto maior o número de pessoas associadas, contudo, maior será o trabalho de se construir uma realidade imaginada que dê conta de delinear e explicar a estrutura macro, na medida em que ela na prática se encontra distante, em princípio, da nossa realidade palpável. Como vivemos a realidade "concreta" das microassociações, não vemos necessidade de explicá-las com tanto afinco. Afinal, elas estão presentes na nossa realidade. O que mais poderíamos falar? Todos sabemos que a família existe. O que mais precisamos saber? Mas o Estado, como uma abstração coletiva, precisa ser relembrado, reconstruído, cultuado todos os dias. Se nós não fizermos isso, como ele continuará de pé?

Uma forma de transformar essa realidade associativa imaginada em realidade concreta se dá com a transformação do nosso entorno. Se o Estado é por um lado uma associação abstrata, por outro, um tribunal, uma câmara legislativa, e uma repartição pública são estruturas reais que concretizam a ideia de Estado, tornando-o visível à coletividade. Não é à toa que, ao visitarmos as grandes cidades europeias, fazemos uma extensa peregrinação turística, de igreja a igreja. Como poderíamos convencer a todos da presença onipotente de uma associação religiosa, se não construindo espaços grandiosos e suntuosos que em si mesmos tornassem visíveis a nossa mediocridade? Poderíamos também buscar o que existe de mais concreto na realidade humana e moldá-la na forma imaginada por Deus. E a família, ela é mesmo real ou uma abstração coletiva? Se nós transformarmos a nossa ideia em lei, e mais ainda, em norma escrita, conseguiremos transformar a realidade imaginada em um ambiente real e concreto, capaz de permear todo o estrato social, na sua versão individual, ou na sua versão associativa.

Y. N. Harari enfatiza, pois, como o sapiens tem de conviver simultaneamente em uma realidade dual:

> Contar histórias eficazes não é fácil. A dificuldade está não em contar a história, mas a convencer todos os demais a acreditarem nela. Grande parte da nossa história gira em torno dessa questão: como convencer milhões de pessoas a acreditarem em histórias específicas sobre deuses, ou nações, ou empresas de responsabilidade

> limitada? Mas, quando isso funciona, dá ao sapiens poder imenso, porque possibilita que milhões de estranhos cooperem para objetivos em comum. (...) Ao contrário da mentira, uma realidade imaginada é algo em que todo mundo acredita e, enquanto essa crença partilhada persiste, a realidade imaginada exerce influência no mundo. (...) Desde a Revolução Cognitiva, os sapiens vivem, portanto, em uma realidade dual. Por um lado, a realidade objetiva dos rios, das árvores, dos leões; por outro, a realidade imaginada dos deuses, nações e corporações[52].

Notamos, pois, que o diálogo com Y. N. Harari permite-nos uma visão menos especulativa e mais contextualizada da evolução do sapiens como um ser social. Se a nossa característica mais essencial é justamente a de transformar a natureza de acordo com as nossas demandas e necessidades, podemos afirmar sem sombra de dúvidas de que o homem e todas as suas correspondentes associações são fruto da nossa imaginação, criativa e destrutivo-construtiva. Essa formatação vive em constante mudança, na medida em que todos os dias nascem novas ideias que vão sendo absorvidas no mundo real.

Nada obstante, nós podemos esboçar aqui uma ideia – a de que hoje a sociedade é uma estrutura composta por camadas associativas não excludentes. As associações de menor escala são mais facilmente percebidas pelo indivíduo, na medida em que fazem parte da sua experiência diária, ao passo que as associações de maior escala demandam um maior grau de abstração, e, com efeito, um esforço imaginativo mais profundo. Todas, porém, são amálgamas de concreção e abstração, na medida em que construídas a partir de experiências e realidades imaginadas. A dúvida que persiste, contudo, é como essas associações se relacionam entre si. Como seria o desenho desse mosaico multidimensional, em termos de estrutura e movimento? Como poderíamos representar parte dessa realidade – sob a ótica das crianças, da família e do Estado?

1.1.6 A sociedade-ecossistema

Na produção cinematográfica Matrix (1999)[53], escrita pelos irmãos Wachowski, na forma de trilogia, o personagem principal Neo, vivido por Keanu Reeves, depara-se com o seguinte desafio: ele é instado a dobrar uma colher com o poder da sua mente. Então, *em face de uma criança*, *que o faz com considerável facilidade*, ele recebe a seguinte orientação:

> Criança: - Não tente dobrar a colher. Isso é impossível. Ao invés, apenas tente alcançar a verdade.
> Neo: - Qual verdade?
> Criança: - A colher não existe.
> Neo: A colher não existe?

[52] Ibidem. p. 40-41.

[53] Disponível em: <https://www.warnerbros.com/matrix>. Acesso em: 30 set. 2018.

> Criança: - Então, você verá, não é a colher que dobra, é apenas você. (tradução nossa).

O momento que marca a transição de Neo como uma promessa de herói para o "verdadeiro escolhido" ocorre quando este, em uma determinada situação, consegue alterar a realidade concreta, moldando-a de acordo com a sua vontade. Nesse momento, ele decodifica a Matrix, isto é, ele entende como ela funciona e, com efeito, é capaz de dominá-la.

Urie Bronfenbrenner, por certo, dialoga não só com Y. N. Harari, mas também com os mencionados escritores. Sua principal teoria foi inicialmente apresentada na obra "A ecologia do desenvolvimento humano[54] [55]", e, posteriormente, ampliada em trabalhos mais recentes. Seus estudos analisam o processo evolutivo conjunto do indivíduo e de seu meio como resultado de uma interação viva e constante entre estes.

O propósito inicial de U. B., como acadêmico da disciplina da psicologia, foi o de apontar alguns problemas nos experimentos realizados em laboratórios, e também nos cenários diários/imediatos. Sua percepção apurada trouxe à tona os seguintes *insights*: os experimentos realizados em laboratórios não são capazes de reproduzir a situação-problema em análise, na medida em que o comportamento humano está necessariamente vinculado ao seu cenário (settings). Logo, eles podem acabar se transformando simplesmente no estudo de "*comportamentos esquisitos em lugares esquisitos*"[56].

---

[54] Urie Bronfenbremmer, assim como John Rawls, reconhece que sua obra é resultado de um esforço coletivo de toda uma geração de acadêmicos. Trata-se, portanto, de um documento que dá vida ao pensamento de uma micro e móvel sociedade de cooperação, de um ecossistema imaginado e construído, formado por professores, estudantes, livros e universidades. Senão, vejamos: "Ao escrever um volume desse tipo, a pessoa se torna consciente de que a ciência é de fato uma *comunidade de acadêmicos.* Estamos sobre ombros de gigantes e confundimos a visão ampliada de nós mesmos. Nesse caso, os gigantes são Kurt Lewin, George Herbert Mead, Sigmund Freud, William I., Dorothy S. Thomas, Edward C. Tolman, Lev Vygotsky, Kurt Goldstein, Otto Rank, Jean Piaget e Ronald A. Fischer. Destes eu aprendi principalmente por meio de leitura. Há outros que lutaram para me ensinar, muitas vezes contra a resistência. Os mais importantes entre eles foram meus primeiros professores de Psicologia, e Harry C. Carver, de Estatística Matemática e Design Experimental". BRONFENBRENNER, Urie. *Op. Cit*. *Prefácio*. (tradução nossa).

[55] Aqui também se revela digno de nota, a narrativa de Urie Bronfenbremmer sobre a influência da sua família e da sua infância no seu trabalho: "No entanto, as sementes das concepções ecológicas aqui desenvolvidas foram plantadas muito antes de eu entrar na faculdade. Para aqueles na época chamados de 'débeis mentais', foi uma sorte terem sido levados para as instalações de uma instituição estatal onde meu pai era neuropatologista. Juntamente com sua formação médica, meu pai tinha Ph.D. em Zoologia, e era naturalista de campo, de coração. As bases da instituição ofereceram um rico terreno biológico e social para o olho observador dele. Havia mais de três mil acres de terras agrícolas, colinas arborizadas, floresta coberta de musgo e pântano de odor fétido – todos repletos de vida vegetal e animal. (...) Assim foi o mundo da minha infância. Meu pai me levou em inúmeras caminhadas, a partir de seu laboratório, através das alas, oficinas e da terra cultivada – onde ele preferia ver e falar com seus pacientes. (...) Onde quer que fosse, ele alertava meus olhos inobservantes para o movimento da natureza, apontando para a interdependência funcional dos organismos vivos e seus ambientes. Lembro-me especial e vividamente de sua angústia quando os tribunais da cidade de Nova York iam encaminhar a nossa instituição, por erro – mais provavelmente – por puro desespero, crianças perfeitamente normais. Antes que ele pudesse transpor a burocracia necessária para os libertar, seria tarde demais. (…) Foi um longo espaço de tempo, no entanto, antes que essas experiências concretas se refletissem nas ideias conscientes de uma ecologia do desenvolvimento humano". Ibidem. Prefácio. (tradução nossa).

[56] "*Strange behaviors in strange places*". Ibidem. Prefácio.

Nada obstante, os experimentos realizados em ambientes naturais, a partir da observação do indivíduo na sua realidade imediata, também padecem de vícios, na medida em que a microrrealidade é apenas uma parte de um complexo social, formado por uma composição de ecossistemas. A existência combinada destes é o que na verdade molda o comportamento humano, o qual, por sua vez, também é capaz de produzir transformações no meio. O desenvolvimento do ser humano, a seu ver, pensado a partir da ideia de evolução e amadurecimento, consiste em um processo paulatino e gradual de ampliação da sua percepção e experiência nesses sistemas, partindo de uma realidade micro até a realidade macro, e a sua consequente capacidade de influenciar esse sistema, transformando-o, por meio da sua própria criação.

Logo, parte considerável do seu trabalho desenvolve-se a partir da ideia de que o ser humano e o seu entorno formam um ecossistema, que se renova a cada dia, como resultado de uma troca contínua entre os seus agentes. Se por um lado, o homo sapiens tem a capacidade de transformar o seu meio de acordo com as suas demandas, por outro, o meio molda a formação, construindo a subjetividade do indivíduo. Trata-se de uma conexão viva, dinâmica e em constante transformação: "*Neste volume, ofereço uma nova perspectiva teórica para a pesquisa do desenvolvimento humano. A perspectiva é nova em sua concepção da pessoa em desenvolvimento, do ambiente e, em especial, da interação em evolução entre os dois*"[57].

Conquanto a construção teórica de U. B. tenha se desenvolvido com o objetivo de apurar o desenho dos experimentos na área da psicologia, acredito que ela por si só consiste na sua grande contribuição, na medida em que auxilia a visualização da estrutura social como um todo, como um grande ecossistema composto pela combinação de outros ecossistemas. A ideia de ecossistema humano proposto por U. B. traz à tona uma nova perspectiva de análise do sapiens e da sua sociedade. E ela é particularmente interessante porque a uma permite que visualizemos de forma bastante clara a existência de núcleos associativos, em geral fundados em *settings* concretos ou abstratos; e, a duas, porque ela insiste na relevância das interações existentes dentro dessas estruturas associativas, e entre elas. Logo, ele chama a atenção constantemente para o seguinte fato: o comportamento que observamos nesse ecossistema imediato, mais concreto, sofre influências também de outros ecossistemas paralelos.

Como Michael Cole afirma no prefácio desta obra, uma ideia é poderosa na medida em podemos usá-la para alguma coisa. A ideia original de U. B. pertence a esse grupo, uma vez que não só se mostra útil ao raciocínio acadêmico, mas também é dotada de vida própria, com a capacidade de atravessar as fronteiras da psicologia. Se o Direito é, pois, um produto

[57] Ibidem. *P*os. 127 de 4380.

das interações humanas nesses ecossistemas, a sua compreensão é uma etapa necessária do estudo da sociedade e também do próprio Direito.

A construção teórica de U. B. propõe duas concepções que serão centrais para o nosso trabalho. A primeira delas consiste na formatação do entorno (do espaço físico) da criança (que pode ser lida como todo e qualquer ser humano) como um ecossistema complexo formado por sistemas sobrepostos, denominados microssistema, mesossistema, exossistema e macrossistema. A segunda está evidenciada na existência de conexões entre cada um desses *environments*, capazes de afetar o amadurecimento psicológico da criança. Dessa maneira, o processo de amadurecimento de todo e qualquer indivíduo decorre de uma sequência de eventos e trocas existentes não somente nos espaços mais imediatos da vida social, mas também de outros ambientes subsequentes, nos quais a criança/pessoa participa, ou não.

U. B. explica que a maioria das teorias da psicologia ambiental tende a limitar como ecossistema da criança os lugares que ela frequenta e participa ativamente, os quais ele denomina de microssistemas. Pouca atenção é dada para o fato de que uma criança/pessoa articula-se em mais de um ecossistema e que a interação existente entre esses ecossistemas afeta o que acontece dentro dela. Praticamente nenhuma atenção é dada para o fato de que eventos que transcorrem em outros ecossistemas não frequentados pelo indivíduo afetam o seu comportamento e o seu desenvolvimento. O autor explica a sua linha de raciocínio nos seguintes termos:

> Essas influências externas podem, por exemplo, desempenhar um papel crítico na definição do significado da situação imediata para a pessoa. A menos que essa possibilidade seja levada em conta no modelo teórico que orienta a interpretação de resultados, as descobertas podem levar a conclusões equivocadas que estreitam e distorcem nossa compreensão científica dos determinantes, processos e potencial de desenvolvimento humano [58]. (tradução nossa).

Assim sendo, o autor propõe alguns conceitos que, de fato, auxiliam na compreensão do seu projeto teórico. Para o autor:

> A ecologia do desenvolvimento humano envolve o estudo científico da acomodação progressiva, mútua, entre o ser humano em crescimento ativo e as propriedades em mudança dos ambientes imediatos nos quais vive a pessoa em desenvolvimento, uma vez que esse processo é afetado por relações existentes entre esses ambientes e os contextos maiores nos quais os ambientes se inserem.[59]. (tradução nossa).

Na sequência, U. B. propõe que os microssistemas seriam aqueles ambientes em que o indivíduo participa ativamente, cercado por um padrão de atividades e papeis, com uma forte experiência interativa, em um espaço com características particulares. Os mesossistemas

[58] Ibidem *P*os. 320 de 4380.
[59] Ibidem *P*os. 358 de 4380.

representaria a interação entre os variados microssistemas. Assim, as relações existentes entre os pais e a escola conformariam um mesossistema, na medida em que os ecossistemas em destaque teriam a participação da criança. É uma espécie de triangularização, de uma relação externa travada entre ecossistemas que se comunicam, com destaque para o fato de que o sujeito em análise participa ativamente de ambos os espaços. Um exossistema seria um espaço de interação que existe sem a participação daquele indivíduo. Nada obstante, seus eventos são capazes de influenciar ou afetar o indivíduo. O autor cita como exemplo – a empresa onde o pai de uma criança trabalha. Muito embora, a criança não participe desse ambiente e das interações experimentadas nesse ecossistema, os seus eventos influem na sua realidade e no seu desenvolvimento e formação. Destaque-se a seguinte lição de U. B.:

> A estrutura do ambiente ecológico também pode ser definida em termos mais abstratos. Como vimos, o ambiente ecológico é concebido como indo muito além da situação imediata, afetando diretamente a pessoa em desenvolvimento – os objetos aos quais ele responde ou as pessoas com quem ele interage diretamente. Consideradas como de igual importância são as conexões entre outras pessoas presentes no ambiente, a natureza dessas conexões, e sua influência indireta sobre a pessoa em desenvolvimento por meio de seu efeito sobre aqueles que lidam com ela em primeira mão. Esse complexo de inter-relações no âmbito do ambiente imediato é denominado microssistema. O princípio da interconectividade é visto como aplicável não somente ao cerne das definições, porém com a mesma força e consequência aos vínculos entre os ambientes, tanto aqueles dos quais a pessoa em desenvolvimento realmente participa, como aqueles nos quais ela jamais poderá penetrar, mas em que ocorrem eventos que afetam aquilo que se desenrola no ambiente imediato da pessoa. Os primeiros constituem o que chamo mesossistemas, e o último exossistemas[60]. (tradução nossa).

O macrossistema, por fim, seria um ecossistema imaginário, o qual é equiparado à cultura, subcultura ou ideologia, isto é, um sistema de crenças (poderíamos dizer uma realidade imaginada ou uma abstração coletiva) que une todos os demais sistemas, como uma espécie de guarda-chuva[61].

> Finalmente, o complexo de sistemas aninhados e interligados é visto como uma manifestação de padrões que extrapolam a ideologia e a organização das instituições sociais comuns a uma cultura ou subcultura particular. Esses padrões generalizados são chamados macrossistemas. Portanto, em determinada sociedade ou grupo social, a estrutura e o conteúdo dos micro, meso e exossistemas tendem a ser semelhantes, como se tivessem sido construídos a partir do mesmo modelo-mestre, e os sistemas funcionam de modos semelhantes[62]. (tradução nossa).

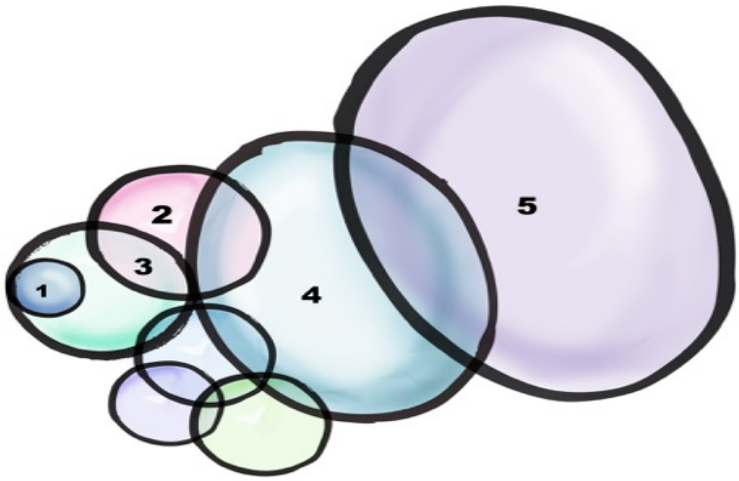
Em suma, as ideias apresentadas acima permitem-nos compreender a sociedade como uma composição de ecossistemas associativos, cuja formação mais basilar reside na estrutura de um único indivíduo, o qual se projeta nas mais diferentes associações intermediárias até a

[60] Ibidem Pos. 181 de 4380.

[62] BRONFENBRENNER, Urie. *Op. Cit.* Pos. 194 de 4380.

sua composição social mais abstrata. Estamos, pois, diante, de camadas, níveis de associação, que gradualmente englobam o indivíduo e outras associações, em composição com cenários de participação e troca de experiências.

Se conjugarmos esta construção teórica com a nossa realidade contemporânea, poderíamos traçar o seguinte desenho social[63]:



Considerando que nosso estudo tem por objetivo compreender as relações forjadas na estrutura familiar, podemos recortar este desenho para compreender uma parte dessa formatação como aquela composta pelos indivíduos adultos e crianças que compõem um determinado sistema – a família. Esse grupo interage predominantemente em um espaço – a casa, onde se travam as principais relações associativas, de conflito e cooperação. Trata-se de um microssistema. É a realidade mais imediata, mais concreta do indivíduo. É o primeiro contato que a maioria das crianças tem com o mundo. Em princípio, este é o ecossistema mais representativo das suas experiências em sociedade[64].

Para o nosso trabalho, desconsideraremos as relações horizontais travadas entre os microssistemas, denominados por U. B. como mesossistemas, por ora, na medida em que concentraremos nossos estudos nas relações tidas como verticais, as quais conectam os microssistemas familiares ao macrossistema. Com efeito, entendemos que o Estado pode ser classificado como um microssistema ou um exossistema, dependendo do indivíduo que temos como referência. Para os agentes que de fato conseguem participar do processo de tomada de decisões desse ambiente associativo, o Estado se apresentará como um microssistema. Para

[63] Legenda: 1 – Indivíduo; 2 – Microssistema/famílias e outras associações; 3 – Mesossistemas/relações entre os microssistemas; 4 – Exossistema – Estado; 5 – Macrossistema/cultura, regras jurídicas e normas sociais. (Ilustração: Luisa Aguiar).

[64] As diversas famílias coexistem como parte de estruturas contínuas no espaço tempo, e intrincadas com outras estruturas familiares. Nada obstante, estamos focando nosso estudo principalmente na família situada em um determinado ambiente principal de interação – que em regra compõe um primeiro e imediato ecossistema.

aqueles que não têm a possibilidade de participar desse cenário, o Estado será um exossistema.

Somente quando um agente é capaz de influenciar diretamente este cenário, ele deixará de ser um exossistema para se conformar em um microssistema. Para U. B., o desenvolvimento pessoal decorreria justamente da capacidade de reconhecer e ultrapassar as barreiras desses ecossistemas, ampliando a sua esfera de conhecimento, participação e influência. Por fim, o macrossistema seria um ecossistema abstrato forjado por uma realidade imaginada coletiva, estruturada pelo discurso sociocultural e jurídico. Ideias, normas sociais, práticas culturais e regras jurídicas que juntas formam o que Rawls identificou como a *estrutura básica da sociedade* – isto é, todo o arcabouço jurídico e cultural que modela todos os indivíduos, as famílias e o Estado, todos os conceitos e influências comuns que direcionam a sociedade como um todo, indivíduos e respectivas associações para um mesmo caminho.

De todo o exposto, percebemos que o discurso construído em torno da dicotomia indivíduo-Estado revela-se frágil, na medida em que a sociedade é de fato uma composição de camadas associativas estruturadas em ambientes/cenários, que compõem um conjunto de ecossistemas híbridos construídos a partir de realidades imaginadas. A perspectiva em regra apresentada de uma estrutura social *per saltum, isto é,* de um indivíduo que nasce sozinho e na sequência torna-se cidadão, ignora a força dos microssistemas familiares e a sua importância na composição do ecossistema como um todo. Isso sem mencionar a existência de tantos outros microssistemas e exossistemas paralelos e relevantes, que infelizmente fogem ao escopo do nosso estudo.

Logo, os estudos sociais e jurídicos, assim com as experiências de laboratório, estão falando de um sujeito estranho em um ambiente esquisito: um indivíduo que nasce na meia idade e que de pronto se torna sujeito ativo e atuante do Estado: o cidadão político – aquele que participa ativamente da polis republicana. Mas quem é esse sujeito? E os outros sujeitos, onde eles estão? E quando atuam de maneira organizada e associada, que nome nós damos a eles?

Veja-se que a situação-problema identificada na comunidade jus-filosófica segue a mesma lógica daquele identificado pelos psicólogos, estando apenas em um polo oposto. Se por um lado, os experimentos de psicologia insistiam em desconsiderar a influência do ambiente no comportamento humano, e, sobretudo, do macrossistema, noutro giro, a comunidade jurídica limitou-se a estudar os macrossistemas, pressupondo que o indivíduo é capaz de surgir do nada e de pronto se tornar um cidadão, sem qualquer etapa gradual ou intermediária. O direito público e a filosofia, em regra, não reconhecem a existência e a força

dos microssistemas no conjunto social, tendendo a colocá-los em segundo plano. Quais as relações, dentro desses ecossistemas e entre os demais, são importantes para a nossa compreensão do sistema jurídico e para a construção de soluções justas?

Outro ponto de extrema relevância apresentado por U.B. consiste no reconhecimento da criança como um sujeito que aos poucos vai ampliando a sua capacidade de conhecimento, participação, influência nos subsequentes ecossistemas. A compreensão de um movimento de ampliação concêntrico, isto é, que nasce na sua relação mais íntima consigo próprio, com sua mãe, seu pai, familiares, ambiente, microssistema familiar, demais microssistemas, reconhecimento da existência de mesossistemas, e exossistemas, e a sua gradual ampliação de experiências, e até mesmo a transposição de barreiras, capazes de transformar um exossistema em microssistema, e por fim, a capacidade de construir novas realidades imaginadas como etapas de um processo de desenvolvimento, evidenciam as brechas epistemológicas da filosofia política e do direito público, pautados somente a partir da relação dicotômica entre indivíduo e Estado.

Tais ideias permitiram, portanto, a ampliação da lógica da associação para algo muito mais complexo. Contudo, como vimos anteriormente, falar de sociedade envolve não apenas a convivência em estruturas associativas. Se por um lado estamos diante de sociedades ditas de cooperação, estamos também sujeitos a uma lógica de interação. Como, pois, são forjadas as relações dentro desses microssistemas e entre os ecossistemas? De que forma os sistemas/estruturas dialogam? O que seria esta influência entre ecossistemas? Como uma ideia transita entre uma ponta e outra, e como ela se consolida no macrossistema? Como as ideias de autoridade e poder se relacionam com uma lógica de interação?

1.1.7 Micélios sociais[65]

Alan Prout, conquanto apresente o trabalho de U. B. como um referencial para o estudo interdisciplinar da infância, reconhecendo a relevância do seu projeto teórico, critica a

[65] FLEMING, Nic. "**Plantas se comunicam e 'brigam' usando 'internet de fungos'**." BBC Brasil. 28 de novembro de 2014. BBC Earth. "Uma via superrápida para tráfego de dados, que coloca em contato uma grande população de indivíduos diversos e dispersos. Essa via facilita a comunicação e colaboração entre os indivíduos, mas também abre caminho para que crimes sejam cometidos. Parece uma descrição da internet, mas estamos falando de fungos. Os fungos – sejam eles cogumelos ou não – são formados de um emaranhado de pequenos filamentos conhecidos como micélio. O solo está cheio desta rede de micélios, que ajuda a "conectar" diferentes plantas no mesmo solo. Muitos cientistas estudam a forma como as plantas usam essa rede de micélios para trocar nutrientes e até mesmo para "se comunicar". Em alguns casos, as plantas formam até mesmo uma união para "sabotar" outras espécies invasoras de plantas, liberando toxinas na rede. (…) Para vários cientistas, a internet dos fungos é um exemplo de uma grande lição do mundo natural: organismos aparentemente isolados podem estar, na verdade, conectados de alguma forma, e até depender uns do outros. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141128_vert_earth_internet_natural_dg>, com acesso em 29/05/2016.

suposta rigidez do mesmo. Na sua visão, a estrutura criada por U. B. aparenta ser um modelo estático, o que acabaria por dificultar a compreensão da complexa dinâmica da vida social[66]. Ousamos, pois, discordar aqui de Prout. Na nossa percepção, o trabalho de U. B. reitera em diversas oportunidades a existência de uma conexão contínua entre os diversos subsistemas existentes na sociedade. Trata-se de uma ideia central e original, exaustivamente exposta em diversas passagens da obra "a ecologia do desenvolvimento humano":

> Finalmente, encontrando-se no cerne de uma orientação ecológica e distinguindo-o mais acentuadamente a partir de abordagens predominantes no estudo do desenvolvimento humano, está a preocupação com a acomodação progressiva entre um organismo humano em crescimento e seu ambiente imediato, e a maneira pela qual essa relação é mediada por forças que emanam de regiões mais remotas no meio físico e social mais amplo[67]. (tradução nossa).

Nada obstante, concordamos com a percepção de Prout, no sentido de que o projeto de U. B. tem limites, na medida em que não explora a realidade e a dinâmica dessas interações[68]. Isto é, após sustentar o modelo sócio-ecológico, ou bio-ecológico, reconhecendo a sociedade do sapiens como uma estrutura híbrida de relações biológicas e sociais como um fenômeno único e as diferentes camadas associativas e seus respectivos cenários na formação de um mosaico de ecossistemas, U. B. volta sua obra para a análise de diversos experimentos realizados em laboratórios, e/ou em espaços que buscavam simular um ecossistema natural. Ele não esclarece, contudo, como essas interações existentes entre o indivíduo e os micro-, meso-, exo-, e macrossistemas de fato ocorrem.

Devemos reconhecer, com efeito, que Prout avança algumas casas além de U.B. Ele insistentemente busca essas conexões. E demonstra uma grande preocupação: que o estudo interdisciplinar da infância avance para reconhecê-las como forças importantes na conformação do indivíduo. Trata-se, como exposto linhas acima, de um raciocínio que perpassa toda a ciência social, e não somente o estudo das crianças.

> A natureza, a sociedade e o discurso são mantidos mais ou menos separados entre si em um trabalho que vai além da purificação. **A mediação, o networking e a**

---

[66] "As redes globais são vivas, com fluxos de ideias, pessoas e coisas. Os locais da infância e de (inter e intra) relacionamentos geracionais de crianças podem ser vistos como produtos dos fluxos que os atravessam. Argumentei antes que é precisamente essa questão dos fluxos e mobilidades que o modelo ecológico da infância proposto por Bronfenbrenner é pobre quando abordado. Os níveis 'micro', 'meso' e 'macro' são tratados como se fossem diferentes recipientes nos quais as crianças são mantidas". PROUT, Alan. *Op.Cit.* p. 81. (tradução nossa).

[67] BRONFENBRENNER, Urie. *Op. Cit.* Pos. 263.

[68] "Por esses motivos, creio que a abordagem ecológica, embora um avanço na medida em que apresenta algumas questões essenciais, não lida adequadamente com a questão do contexto. Pode-se dizer que se trata de um bom diagrama do problema - mas não da solução. Destaca a necessidade de olhar para as interações e mediações entre diferentes esferas (que, enganosas em minha opinião, chamam-se 'níveis'), embora forneçam poucas ferramentas conceituais para fazê-lo". PROUT, Alan. *Op. Cit.* p. 65. (tradução nossa).

> **hibridização que se passa entre eles é mais ou menos ignorada - e nessa movimentação de materiais heterogêneos e processos diversos, por meio do qual o nosso mundo é de fato construído, permanecem obscuros**[69].
> (…)
> Contudo, apesar desse incentivo para examinar a interação entre os níveis, a maioria das ciências sociais continua a lidar com crianças, focando-se em apenas um nível. Por exemplo, uma grande atenção pode ser dada ao 'micro', sendo o restante tratado como um 'contexto' mais ou menos constante. Por outro lado, o contexto mais amplo é estudado, porém as ligações entre este e circunstâncias e práticas locais não são verificadas ou reconhecidas. O que muitas vezes surge é algo que tem sido chamado de pesquisa 'multinível' (em lugar de nível cruzado), na qual texto e contexto, primeiro e segundo planos são tratados como se fossem esferas diversas, quando o que é necessário é exatamente a interação dinâmica entre eles (Shinn e Rapkin, 2000). **Desse modo, enquanto a reciprocidade bidirecional entre os níveis é encorajada, na prática poucas vezes é conceituada e examinada**[70].
> (…)
> As sociologias desconstrutivas de Giddens, Elias e Bourdieu tentam, e parcialmente conseguem, superar a divisão entre estrutura e agência, mas na prática e no resultado de sociólogos da infância, o dualismo reaparece repetidas vezes, enquanto, na Psicologia, o uso de abordagens multiníveis não conseguiu rastrear como o 'macro' se insere no 'micro', integrando-o'[71]. (tradução nossa).

Prout percorre, inadvertidamente ou não, um caminho que cruza em diversas passagens com o pensamento do filósofo Michael Foucault, sobretudo, aquele registrado na obra "Microfísica do Poder". Os dois deparam-se, pois, com a mesma situação-problema: o discurso, o poder e a informação atravessam as diferentes escalas da estrutura social. Como o macro se projeta no micro e vice-versa? Quais são os elementos de conexão? Como se dá essa interação entre todas essas estruturas (camadas, associações ou ecossistemas)?

No diálogo travado entre Alam Grosrichard e Michael Foucault no capítulo XVI, intitulado "Sobre a história da sexualidade", Foucault esclarece que a seu ver "*o poder é na realidade um feixe aberto, mais ou menos coordenado (e sem dúvida malcoordenado) de relações".* Com efeito, seria necessário estabelecer uma análise das relações de poder. Desta forma, o diálogo segue o seguinte roteiro:

> *A*.G.: Entretanto, na p. 20 de seu livro, você se propõe a estudar, evocando o que se passa depois do Concílio de Trento, 'através de que canais, fluindo através do discurso o poder consegue chegar às mais tênues e mais individuais condutas. Que caminhos lhe permitem atingir as formas raras ou quase imperceptíveis do desejo, etc... A linguagem que você utiliza aqui faz com que se pense em um poder que partiria de um centro único e que, pouco a pouco, de acordo com um processo de difusão, de contágio, de cancerização, alcançaria o que há de mais ínfimo e periférico. Ora, parece-me que, quando você fala, em outro lugar, da multiplicação das disciplinas, você mostra o poder partindo de pequenos lugares, organizando-se em função de pequenas coisas, para finalmente se concentrar. **Como conciliar estas duas interpretações do poder: uma que descreve como algo que se exerce de cima para baixo, do centro para a periferia, do importante para o ínfimo, e a outra, que parece ser o inverso?**

[69] Ibidem. p. 55.
[70] Ibidem. p. 65.
[71] Ibidem. p. 67.

> M.F.: Ouvindo a sua leitura, moralmente enrubesci até as orelhas, dizendo a mim mesmo: é verdade, utilizei esta metáfora do ponto que, pouco a pouco irradia... Mas foi um caso muito preciso: o da Igreja depois do Concílio de Trento. De modo geral, penso que é preciso ver como as grandes estratégias de poder se incrustam, encontram suas condições de exercício em micro-relações de poder. **Mas sempre há movimentos de retorno, que fazem com que as estratégias que coordenam as relações de poder produzam efeitos novos e avancem sobre domínios que, até o momento, não estavam concernidos**. (...)[72].

Como se nota, ambos voltam sua atenção para um fenômeno de fluxo de informações, poder e ideias. Foucault, em particular, no entanto, percebeu de maneira magistral como essa projeção de poder se materializa nas pequenas ações e nas relações existentes em microcontextos. Vale dizer, ele sugere que o estudo do poder ou das relações humanas e da sociedade pode ser mais bem explorado a partir da microrrealidade, na medida em que ela reproduz com cores mais vivas e com mais nitidez o poder em tese, isto é, as forças estruturadas em uma origem central ou macro. Além disso, sua preocupação com a "origem" rendeu-lhe o seguinte "insight": existem movimentos que se originam na periferia e tomam conta da macroestrutura.

Prout, por sua vez, sugere que, o fato de muitas disciplinas terem se especializado em torno de epicentros distintos, fez com que parte delas não fosse capaz de reconhecer a influência das demais estruturas nas suas respectivas áreas do saber. Assim, o autor destaca que. se por um lado a psicologia e a medicina detiveram-se essencialmente no estudo do indivíduo e dos microssistemas, por outro a sociologia (entendo aqui, também o Direito e a Filosofia) limitaram-se a estudar o Estado e o macrossistema. É por isso que Foucault ao sugerir o estudo dos "micropoderes", no âmbito da filosofia, assume contornos revolucionários, sobretudo para o Direito. Não é à toa que o seu trabalho é amplamente utilizado na área da psicologia – voltada para a microrrealidade social.

Com isso, temos dificuldade em reconhecer que, determinados eventos em curso em nível de microssistema, na verdade têm a sua origem em camadas mais abstratas do ecossistema, e representam a ação de fluxos verticais de poder e ideias. Noutro giro, também temos dificuldade de entender como determinadas propostas alcançam o patamar de um ecossistema estatal, e se consolidam como um discurso de "verdade", "justiça", ou "cultura" em nível de macrossistema. Isto é, o poder e a estrutura de um exossistema, o Estado, projetam-se sobre os demais microssistemas, dentre eles as famílias. Por outro lado, as experiências vivenciadas nas mais comezinhas relações travadas nos microssistemas alçam voos e se projetam como regras, perpassando pelo Estado, até alcançar o macrossistema.

---

[72] FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984. pp. 248-249.

Com efeito, o fluxo de conexão entre esses sistemas reside sempre numa espécie de limbo, na medida em que uma disciplina, ao deparar-se com o outro ecossistema, reconhece-o como um estranho, um espaço pertencente a outro domínio epistemológico. Na verdade, uma parte do que é macro, o Direito, por exemplo, é formado a partir de padrões de comportamentos psicológicos, os quais nascem da subjetividade do indivíduo e percorrem o microssistema familiar até o macrossistema. E uma parte do que é micro – o comportamento humano no seu ecossistema – objeto imediato de estudo do psicanalista - decorre de uma força estatal e cultural, que tem suas origens em ideologias e leis consolidadas no macrossistema. Como estamos delimitados a estudar o micro e o macro isoladamente, por vezes sequer levando-se em consideração a existência de qualquer estrutura intermediária, acabamos por perder esse conteúdo extremamente rico, necessário à construção de soluções sociais e jurídicas.

Em suma, Foucault traz à tona em seus trabalhos micro e macro realidades e poderes, e a percepção quanto à troca de influências entre eles. Prout, na sua tentativa de esclarecer as conexões sociais, chama atenção, ainda, para uma sociedade de contínua interação, em rede e complexa, calcada nas teorias do ator-rede[73] e de sistemas complexos[74]. Este conclui seu raciocínio da seguinte forma:

> As pessoas atravessam essas fronteiras trazendo com elas ideias, experiências, ideais, valores, visões diferentes e conflitantes (todas as coisas que compõem os discursos) e diferentes recursos materiais. As coisas também cruzam as fronteiras e não têm menos importância. Englobam textos, como orientações curriculares, materiais de ensino, cartas que estabelecem políticas de financiamento, entre outros fatores; e máquinas (computadores, por exemplo) que funcionam de uma forma e

[73] "A teoria do ator-rede (TAR) oferece uma possibilidade como essa. A TAR é uma forma de materialismo relacional. Ocupa-se com os materiais mediante os quais a vida social é produzida e com os processos pelos quais estes são postos em relação uns com os outros. Como pretende evitar suposições apriorísticas sobre o que são esses materiais e meios, a teoria do ator-rede é cética sobre muitas formas de explicação sociológica comumente empregadas, em particular aquelas que mobilizam abstrações triviais, por exemplo, 'poder' e 'organização'. (...). Uma diferença-chave é que, apesar de aceitar a importância do discurso, a teoria do ator-rede é absolutamente materialista. Outra é que rejeita a suposição de que a sociedade seja construída somente por meio da ação e significado humanos. A 'sociedade' é vista como algo produzido em/por meio de redes padronizadas de materiais heterogêneos; sendo constituída por uma grande variedade de associações (e dissociações) mutáveis, entre entidades humanas e não humanas". PROUT, Alan. *Op. cit.* p. 70. (tradução nossa).

[74] "Os primórdios da teoria da complexidade podem ser encontrados na compreensão alcançada nos anos 1960 de que os pressupostos, expressos em leis da Termodinâmica, que os cientistas haviam criado sobre sistemas químicos e físicos, eram inadequados. O químico Ilya Prigogine destacou que os registros de fluxos de energia da física clássica em sistemas assumiam que esses sistemas eram fechados (para uma explicação proveitosa de suas ideias, consulte Universidade do Texas, 2003). Supõe-se que não há 'vazamento' para fora do sistema e que não há *inputs* externos nele. Em tais sistemas fechados a quantidade total de energia é conservada e por isso eles tendem ao equilíbrio. (...). Entretanto, como é permitido que os sistemas sejam abertos, em outras palavras, que pode haver fluxos de energia dentro e fora do sistema, um novo conjunto de possibilidades evidencia-se. Teoria da complexidade é o nome dado aos estudos desses sistemas. Esses sistemas não necessariamente se resolvem em uma fase de equilíbrio, mas podem alternar entre diferentes estados, conhecidos como 'estados de fases'." (tradução nossa). Ibidem. p. 72.

> não de outra, ou que facilitam essa e não aquela aprendizagem, e assim por diante. (...) É traçando esses fluxos que podemos vir a entendê-los melhor.[75]

Mas como podemos entender melhor esses fluxos? Acreditamos que no diálogo com a realidade histórica está, por certo, a matéria-prima mais interessante. Creio que os exemplos utilizados por Prout e Michael Foucault sobre o processo de *regulação da saúde familiar*, não poderiam representar melhor a lógica das interações existentes entre os micro-, exo- e macrossistemas. Segundo, Prout:

> Seja qual for sua abordagem particular, a Psicologia ainda é, até mesmo atualmente, a disciplina acadêmica dominante que se envolve com a infância. **Sua preocupação com o indivíduo criança ganhou posição quase hegemônica entre as ciências sociais emergentes do início do século XX.** Como sugerido por Rose **(1989), em sua vasta gama de temas e abordagens relativas às crianças, o que ele denomina ´psy complex' tornou-se intimamente entrelaçado com o surgimento de políticas e práticas de saúde e bem-estar das crianças. Isso também foi, de acordo com Rose, uma forma de biopolítica através da qual o Estado e outros tentavam definir a normalidade**. **Psicólogos passaram a examinar e a testar crianças, com a finalidade de definir o funcionamento e o comportamento da faixa 'normal'**. No processo, eles instituíram o que seria anormal, patológico e em necessidade de intervenção. **Esses processos marcaram os principais locais de vida das crianças, porém concentrados primordialmente em creches e escolas**. **O objeto de intervenção deles era frequentemente a família e, como muitos observaram, a criança tornou-se o ponto de entrada do Estado e de outras agências na família**[76]. (Grifou-se).

Foucault, nessa esteira, descreve em detalhes as mais diversas formas de regulação da saúde proposta pelo Estado, sobretudo, em torno das famílias, na Europa, desde o Século XVI. Este revela, pois, como o Estado apropriou-se da medicina dita "social", evidenciando, a bem da verdade, um processo de controle dos corpos, e, com isso, uma estratégia biopolítica. Na seguinte passagem, Foucault também reconhece a dinâmica de regulação familiar via "medicina social":

> A política médica que se delineia no século XVIII em todos os países da Europa, tem como reflexo a organização da família, ou melhor, do complexo família-filhos, como instância primeira e imediata da medicalização dos indivíduos; fizeram-na desempenhar o papel de articulação dos objetivos gerais relativos à boa saúde do corpo social com o desejo ou a necessidade de cuidados dos indivíduos; ela permitiu articular uma ética 'privada' da boa saúde (dever recíproco de pais e filhos) com um controle coletivo da higiene e uma técnica científica da cura, assegurada pela demanda dos indivíduos e das famílias, por um corpo profissional de médicos qualificados e como que recomendados pelo Estado[77].

Trata-se de um exemplo na verdade bem simples, mas capaz de nos apresentar uma lógica indutiva bastante poderosa. Afinal, verificamos aqui como uma parte importante do significado dado a uma criança normal percorre toda a cadeia de forças do ecossistema, em

[75] Ibidem. p. 82.
[76] Ibidem. p. 50.
[77] FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.* p. 200-201.

semelhança a um sistema de convecção. Evidencia-se aqui o móvel estatal em influenciar e reger as relações familiares, o qual é concretizado através de normas de saúde pública, ou normas fitossanitárias, ou de classificação de "normalidades". Uma vez transvestidas de norma jurídica, essas ideias buscam consolidação no macrossistema. Mas para isso, elas precisam completar repetidamente um ciclo de convecção. Elas são apropriadas por técnicos e/ou especialistas, e reproduzidas de forma ampla e continuada nas demais estruturas sociais.

Assim, a ideia que se transforma em norma, também adquire a forma de um discurso, o qual é repetido e repassado por determinados indivíduos. No caso em tela, um conceito de "criança normal" é projetado para as escolas e para as famílias, alcançando ao fim o indivíduo – a criança. É como um líquido que percorre um emaranhado infinito de ramificações, que tem como ponto final o sujeito. Se este discurso é bem recebido, e se difunde com facilidade nos microssistemas, e por fim atinge a formação subjetiva do indivíduo – há uma validação do mesmo, o qual retorna com força para as demais estruturas ascendentes, e assim por diante. Existe um fluxo contínuo de imagens, discursos, trocas, relações, que percorrem esse caminho, da mesma forma que uma corrente de convecção. Uma vez em curso, estamos diante de uma ideia que alcançou por completo todos os extremos do ecossistema humano.

Logo, vemos a partir desse exemplo, que uma das principais redes de conexão da sociedade e de seu ecossistema é feito pelo discurso travestido de norma, isto é, pelo discurso jurídico. Uma vez que uma ideia transpõe o exossistema central, consolidando-se como norma jurídica, ela consegue a um só tempo alcançar o macrossistema, almejando ali a sua consagração como ideia matriz, e formar redes de conexão com os demais ecossistemas até o indivíduo. O discurso jurídico consegue, pois, formar uma estrutura de rede, que circunda toda a sociedade, conectando-a.

Muito embora toda e qualquer norma jurídica dependa de outros fatores sociais, para efetivamente se consolidar como uma realidade imaginada comum, fato é que somente com essa chancela jurídica, inicia-se a rede de conexão capaz de transmitir essa ideia de ponta a ponta. Isto é, a norma jurídica é catapultada para a estrutura básica da sociedade (ou macrossistema), através de um registro do discurso efetuado por uma determinada autoridade, e, na sequência, inicia um fluxo convectivo de projeção em rede, perpassando por todos os ecossistemas, até, ao final deles, deparar-se com o indivíduo.

Ressalve-se, contudo, que o discurso jurídico não é o único micélio deste ecossistema. Ele é basicamente o discurso oficial do exossistema estatal. Quando o Estado se propõe a regular a sociedade, ele o faz preponderantemente através de normas jurídicas – que nada mais são que normas sociais estatais. Outros exossistemas também têm o condão de produzir

normas sociais, as quais terão projeção semelhante na sociedade e no ecossistema. Como exemplo, podemos citar as denominações religiosas, as quais se soerguem, também sobre um corpo teórico e normativo, cuja pretensão é a regulação da vida de seus fiéis. Toda denominação religiosa forma um macrossistema próprio e paralelo ao estatal. Uma vez alçada ao patamar de mandamento ou de norma obrigatória, uma ideia adentra o macrossistema, forma uma rede de conexões que se espraia sobre todos os seus associados. A mídia também tem essa capacidade de transpor ideias para o macrossistema, e com isso, difundi-las sobre toda a sociedade. Uma ideia bem trabalhada vira "moda", e em pouco tempo percorre todas as ramificações associativas, transformando-se em realidade concreta dos nossos microssistemas. Os micélios mais recentes da experiência humana são as redes sociais, caracterizadas pela incrível abundância e diversificação de conteúdo, velocidade e ramificação.

A questão que Yuval Harari trouxe à tona linhas acima se repete aqui, portanto. De que maneira conseguimos convencer os outros de que uma determinada realidade imaginada é a verdade universal, a guiar homens e mulheres, no céu e nas ruas? Como é possível, pois, inserir uma ideia pessoal em micélios muito conectados, capazes de difundi-la por todo o ecossistema? Algumas pessoas, por certo, trazem ideias tão espetaculares que elas naturalmente encontram uma brecha na conexão social, difundindo-se no ecossistema. Mas será que algumas pessoas (ou mais provavelmente associações) têm mais influência sobre as demais? Como mencionamos supra, o Estado, as denominações religiosas e a mídia parecem levar uma vantagem, nesse processo, em relação aos demais indivíduos e microssistemas. Mas por que isso ocorre? Quem são, pois, as associações que se destacam como produtores de um discurso normativo no ecossistema social? E nas relações internas dos microssistemas – quem é que define o que será inserido na rede de interação social?

1.1.8 Poder e autoridade

O poder não pertence a uma estrutura ou pessoa, mas ele flui através delas e de suas relações, e em muitos casos, ele assume outras vestes. Em regra, o poder é pensado em termos de opressão e repressão, mas ele também pode se materializar em "ideias" ou em "discurso". Michel Foucault perdeu noites em claro. Sua real inquietação: O que é o poder? Quem o exerce?

> E Marx e Freud talvez não sejam suficientes para nos ajudar a conhecer esta coisa tão enigmática, ao mesmo tempo tão visível e invisível, presente e oculta, investida em toda parte, que se chama poder. A teoria do Estado, análise tradicional dos

> aparelhos de Estado sem dúvida não esgotam o campo de exercício e de funcionamento do poder. Existe atualmente um grande desconhecido: quem exerce o poder? Onde o exerce? (...) Ninguém é propriamente falando seu titular; e, no entanto, ele sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado, e outros do outro. Não se sabe ao certo quem os detém. Mas se sabe quem não os possui[78].

Foucault abre as portas aqui para um raciocínio mais amplo sobre o significado de poder, que por certo perpassa a noção de Estado. Logo, podemos pensar em poder não necessariamente como autoridade e soberania, mas sim como a capacidade de um sujeito ou de um grupo influenciar pessoas e produzir ações externas que correspondam ao seu desejo ou vontade. Vale dizer, o poder é uma projeção da subjetividade individual, ou coletiva, no seu entorno. De fato, existem diversas formas de projetar poder na sociedade, dentre elas a repressão, a violência e a opressão. Com efeito, a sedução, a conquista, as alianças e amizades, a retórica, o discurso, as ideias e ideologias também são formas de manifestação do poder.

O Direito, em particular, é o mecanismo utilizado pelo Estado para transformar propostas de regulação social em normas jurídicas – ideias que se tornam coercitivas e de obrigatoriedade universal. Trata-se de uma reprodução de mecanismos outrora utilizados pela Igreja Católica – a utilização da Bíblia como narrativa da verdade humana – a sua consequente interpretação, e a construção do direito canônico. Outra estrutura (exossistema) que é capaz de influenciar a sociedade – criando ideias macroestruturadas é a mídia/opinião pública. A veiculação de notícias, propaganda, programas etc., é um mecanismo de consolidação de ideias – e, portanto, "de remessa" das mesmas para o macrossistema.

Em suma, os ecossistemas de base associativa e imaginária, em regra geral, exossistemas, valem-se de mecanismos de poder – influenciar os demais ecossistemas – para transformar suas vontades, desejos e ideias em norma. Na medida em que isso ocorre, vemos paulatinamente a sua cristalização como realidade conjunta imaginada no macrossistema. Muito embora o Estado tenha se firmado hoje com um dos principais ecossistemas sociais, e, portanto, com poder de solidificar ideias no macrossistema, por certo, grande parte do conteúdo construído nesta macroestrutura decorre de um processo histórico de disputa entre religião, Estado e mídia.

Poder e autoridade, contudo, não se confundem. Enquanto o poder é fluído, a ideia de autoridade tem se revelado na nossa cultura como uma entidade estática, ou que ao menos, assim o pretende. A autoridade não necessariamente é o sujeito ou grupo com a maior capacidade de influenciar os demais e o seu entorno, mas sim o sujeito que foi designado para

[78] Ibidem. p. 75.

transformar a "ideia vencedora" em discurso oficial. Isto é, o sujeito ou o grupo que tem a missão de produzir decisões que irão se projetar por toda a associação e o seu correspondente ecossistema.

E nessa esteira, a ideia de autoridade está intimamente conectada à ideia de associação, ou melhor, da produção de normas por um determinado sistema de base associativa. Veja-se: não é só o Estado que produz decisões. Todos os dias nós produzimos dezenas de decisões, inclusive sobre nós mesmos e em relação a outras pessoas, e, na maioria das vezes, essas decisões são antecedidas de um rico e controverso debate interno. O Estado não detém o monopólio da arena de debates. Ela existe em todas as camadas do ecossistema, inclusive e sempre, tem sua origem no pensamento individual.

Se o poder por um lado consegue moldar o *environment* de acordo com as suas demandas, expectativas e necessidades, por outro lado, quem tem autoridade dirá qual decisão prevalecerá, qual caminho será o escolhido. Quem tem autoridade sempre dá a última palavra. Trata-se de um poder de solução. Ao fim e ao cabo, é quem decide sobre o seu destino e o destino dos demais. Sempre quem tem autoridade acredita que tem um imenso poder. Em parte isso é verdade. Mas o poder, acreditamos, é fluído. Uma pessoa pode ter o poder – e aí entendido como a prerrogativa – de dizer o que vai ser feito. Mas uma pessoa com outra espécie de poder – de repressão, sedução ou persuasão – pode conseguir usar a autoridade para que da boca dela saia a ordem ou a decisão que melhor lhe convém. É por isso, que estamos diante de um tema bastante complexo. A palavra "poder" carrega em si mesma diversos significados.

Noutro giro, a soberania é, a nosso ver, acima de tudo, uma mera pretensão. Alguém que exerce a autoridade – e tem a prerrogativa de dar a palavra final sobre um determinado assunto, naquele momento – necessita explicar por que e de que maneira ela consegue impor a sua decisão sobre todo o conjunto associativo. Então, este sujeito afirma-se soberano. Ele afirma que a sua autoridade projeta-se sobre toda a extensão real e imaginária da respectiva associação (ou ecossistema), e dessa maneira, ela produz efeitos dentro dessa moldura. É uma autoridade soberana, a uma, porque sobre ela não existe nenhuma outra autoridade, e a duas, porque a sua palavra torna-se lei (mandamento obrigatório) na associação.

Mas por que eu afirmo que o que chamamos de soberania é, na verdade, uma pretensão? Porque se trata de uma realidade imaginada – a de pensarmos que uma pessoa ou um determinado grupo tem capacidade real de impor-se de forma onipresente e onipotente sobre toda a associação. Por certo, se estivermos defronte de uma associação de menor escala, o processo de controle da soberania será mais fácil. Poderemos perceber com facilidade quem

está ou não seguindo os ditames da autoridade. Mas em uma associação de grande escala, a soberania é uma pretensão mais abstrata. Na prática, nenhuma autoridade consegue, a todo momento, e a toda hora impor aos demais as suas vontades e desejos. É por isso que um ecossistema imaginário como o Estado ao se sustentar em uma ideia de soberania, busca diversos mecanismos de impor-se sobre os demais, ora pela repressão, ora pelo discurso, ora pelo convencimento, entre outros.

Veja-se que todas as ideias delineadas aqui são comuns a toda e qualquer associação. Nessa esteira, convém relembrar que muitos autores reconhecem a origem da noção de autoridade no próprio poder parental, como o primeiro núcleo associativo formado por governantes e governados. Como nos ensina Isaiah Berlin, existe uma tradição na filosofia política de associar a ideia de autoridade às relações entre pais e filhos. Chama atenção em seu comentário, contudo, que esta não seria uma característica da filosofia kantiana, a qual acredita em verdades objetivas e impessoais. Vejamos suas considerações:

> O caso é semelhante no que diz respeito à questão da liberdade e da autoridade. A pergunta 'Por que devo obedecer (em vez de fazer o que quero)?' será (e tem sido) respondida de uma única forma por aqueles que, como Lutero ou Bodin, ou os eslavófilos russos, e muitos outros cujos pensamentos têm sido profundamente misturados a imagens bíblicas, como idealizam a vida (embora de formas muito diferentes) em termos das relações das crianças com o pai e das leis, como os seus comandos, nos quais lealdade, obediência, amor e presença da autoridade imediata são todos inquestionáveis e cercam a vida desde o nascimento até à morte como relações ou agências reais e palpáveis. Essa pergunta será respondida de forma muito diferente pelos seguidores de, digamos, Platão ou Kant (separados por todo um firmamento, como esses pensadores são), que acreditam em verdades permanentes, impessoais, universais, objetivas, concebidas no modelo das leis da lógica, da matemática ou da física, por uma analogia com o qual seus conceitos políticos serão formados[79]. (tradução nossa).

Como os pais garantem-se na posição de autoridade, em face dos filhos, seus governados? A autoridade parental se ordena hierárquica e autocraticamente, impondo severas regras e disciplinas, ou ela se constrói a partir de uma realidade imaginada discursiva – os filhos devem respeito e obediência aos pais – um poder que se consolida no patamar ideológico do discurso? Quem tem as chaves do cofre, e executa o orçamento também é uma autoridade. Se você determina para onde vai o dinheiro, você tem o poder de moldar a realidade a sua forma. As crianças, em regra, desprovidas de recursos próprios, estão sujeitas a condição de governadas. O mesmo ocorre sob a ótica estatal – quem tem autoridade para ditar para onde vão os recursos tem poder sobre os governados – dependentes de tais recursos.

---

[79] BERLIN, Isaiah. Does political theory still exist? *In The Proper study of mankind: an anthology of essays. London: Pimlico (EBOOK). 1998. p. 71.*

Notamos, pois, que toda estrutura associativa necessita em algum momento curvar-se à lógica da autoridade, porque na medida em que uma sociedade de cooperação é criada para a realização de propósitos comuns idealizados por diversos sujeitos distintos, com diferentes percepções acerca da realidade, isto é, formada, a uma só vez de forças convergentes e forças divergentes, ela necessita de um momento de decisão, ainda que ele não seja final. A associação necessita definir quais pessoas têm o poder – entendido como prerrogativa – de definir os rumos a serem tomados por todo o grupo.

A questão é que, em regra, associamos a ideia de "autoridade", à ideia de "hierarquia", porque no curso da história, vivemos em associações preponderantemente autocráticas. A uma porque a pessoa (ou grupo) que tem o poder de dizer o que será feito não está aberta ao amplo debate ou ao reconhecimento dos demais associados como pessoas aptas a influenciar nas tomadas de decisões. A duas, a figura da autoridade está em regra associada a determinados papeis, os quais são fixos. Vale dizer, somente um personagem ganha a prerrogativa de decidir – conformando um poder de decisão estático. Logo, as autoridades são personagens estáticos. Não existe uma troca das cadeiras. Uma mobilidade na posição de autoridade e governado, mas a consolidação da autoridade a um determinado papel.

O pai e o Estado, por exemplo, são as autoridades tradicionalmente reconhecidas, porque são eles que mediam as relações das respectivas associações (ou ecossistemas). Muito embora outros membros possam de alguma forma influenciar nesse processo, a decisão final está nas mãos desses indivíduos. Veja-se que, muito embora, estejamos diante de associações-ecossistemas de escalas opostas, estamos a bem da verdade diante de uma mesma lógica: conflitos, escolhas e autoridade. Onde vamos jantar esta noite? Trata-se de uma pergunta muito simples. Mas quem é a autoridade na família que define isso? É um processo de tomada de decisão coletiva? Quem executa o orçamento? O pai, a mãe? O Presidente? Para onde vamos viajar? Vamos criar empresas estatais ou vamos privatizar? Quem ao fim e ao cabo decide é a autoridade da associação.

Por certo que o processo de tomada de decisão em associações é também ciência política. Toda e qualquer decisão que venha a ser tomada – ou ação a ser engendrada – por uma coletividade é na verdade um debate com matizes de escolha pública. Não pretendemos entrar nesse caminho, uma vez que ele foge ao escopo do presente trabalho. Mas podemos ilustrar essa ideia com um exemplo simples. É bastante comum que autores de ciência política e de direito constitucional debrucem-se sobre determinados mecanismos do processo legislativo. Robert Dahl, na obra "A Democracia e seus críticos" apresenta diversos mecanismos do processo de votação que ampliam o debate sobre o real significado de

“democracia”. Um deles é o poder de veto. Quem tem autoridade para apresentar um veto possui mais poder que a autoridade oficial designada a tomar uma decisão? Isso é democrático? São indagações que imediatamente associamos ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo; em suma, ao Estado.

Nada obstante, não é isso o ocorre nas famílias em geral? Para algumas pessoas na associação, mais importante do que decidir o que se quer, é evitar a todo custo o que não se quer. Logo, o processo de tomada de decisão em qualquer associação é um fenômeno complexo, e dependendo da composição de poder, as pessoas se utilizam de diferentes estratégias para influenciar nessa arena. É uma discussão travada pela ciência política que parece ser exclusiva do Estado, mas que na verdade percorre todas as associações, porque a bem da verdade não são questões de “public choice”, mas de “association choice”. Essas questões surgem com evidência para o Estado porque na sua essência estamos diante de uma macroassociação. Mas elas existem da mesma forma em todas as demais escalas associativas.

A percepção de que o engessamento do papel de autoridade é pernicioso à sociedade fez com que a engenharia institucional estatal criasse aos poucos novas ferramentas para a designação das autoridades. É por isso que as democracias ocidentais fundamentam-se na alternância de poder – isto é, de agentes dotados de mandatos eletivos – e não somente no voto popular. A constante mudança de papeis torna o gerenciamento da associação mais humano, porque ele lembra à autoridade de hoje, que ela será um associado-governado amanhã.

Essa lógica é passível de ser aplicada a todo e qualquer ecossistema humano. Digamos que um determinado edifício pequeno seja administrado por um mesmo síndico durante 20 anos. Essa autoridade irá, de uma forma ou de outra, impor para todo o conjunto – esse microssistema associativo plurifamiliar – somente e tão somente as suas ideias durante anos. Um único indivíduo rege a vida de toda uma coletividade à sua semelhança. Ele transporta a sua subjetividade aos poucos para o ambiente que o cerca – consolidando-o sobre os demais.

Outro desenho de “autoridade” pode ser pensado, se, ao invés disso, a associação determinar o rodízio da sindicância entre os apartamentos. Assim, todos assumirão, por um determinado período o papel de autoridade, promovendo uma espécie de alternância entre este papel e o de governado. Podemos pensar em uma peça de teatro que, ao invés de designar os personagens principais e os coadjuvantes, propõe uma rotatividade de papeis – cada dia um ator é um personagem diferente, ora com mais, ora com menos responsabilidades.

Por fim, podemos até mesmo pensar, nesse rodízio em determinadas funções em outros ecossistemas, como em um supermercado, por exemplo. Um sujeito que assume a gerência ou uma posição de fiscal e recebe poderes sobre os demais se conforma em uma autoridade – ele diz aos outros o que tem de ser feito. Uma estrutura de autoridade pode ser formada a partir de uma lógica de alternância. Um mês uma pessoa assume a função de caixa, no outro, a função de recepcionista, de gerente e por aí vai. A alternância de funções permite que o *papel de autoridade* se torne volátil, e desvinculado de um ou outro agente. O sujeito não incorpora a autoridade na sua subjetividade, compreendendo que ela tem uma natureza muito mais instrumental que divina.

Simplesmente para que uma associação siga adiante, alguém tem que dizer o que será feito. Mesmo que esta não seja a melhor ideia. Isso porque uma ideia mediana bem executada por uma sociedade de cooperação tem o potencial de render melhores resultados que uma ideia genial de um único agente. A articulação e a união de esforços conseguem, no geral, mover todo um grupo em prol de um objetivo – e isso tem a capacidade e a força – de mover montanhas.

Outra forma de ver uma associação é com escalas assimétricas de autoridade. Em regra, associações complexas demandam diferentes momentos e etapas de processos decisórios. E as pessoas têm preferências distintas com relação aos seus objetivos em uma determinada associação. Um exemplo ótimo dessa composição de interesses, até mesmo quanto ao exercício do papel de autoridade, está nas sociedades empresariais.

Uma nova ideia de autoridade fluida vem se formando a partir de estruturas associativas denominadas em muitos casos “coletivos”, ou grupos políticos do gênero. Essas novas formas associativas, sobretudo, aquelas que seguem uma lógica de rede – valem-se de uma ideia distinta de autoridade, a qual é muito mais fluida. Em determinado momento, haverá a necessidade de se estabelecer um sujeito ou subgrupo com autoridade para determinar o passo seguinte de uma tarefa ou proposta. Nada obstante, essa autoridade ela é móvel, ela circula no processo associativo, permitindo que todos os envolvidos tornem-se de alguma forma autoridades. A autoridade, portanto, não é incorporada nem mesmo a um determinado papel, mas ela assume uma conotação de “função”. Uma vez diluída no grupo, ela perde a sua áurea de hierarquia, ordem e subordinação. O sujeito pós-moderno é complexo – ele é autoridade, ele é governado.

1.1.9 Nota conclusiva

A discussão iniciada pelos filósofos iluministas perpassa a estrutura do Estado, alcançando, com efeito, todo o ecossistema social. Isso porque os conceitos de "poder", "autoridade", "política", "normatização" entre outros trabalhados por esses autores não são exclusivos da organização estatal. Na verdade, eles compõem o debate de toda e qualquer associação, seja ela estruturada em um micro-, meso, exo- ou macrossistema. Logo, tudo que foi e é pensado em termos de Estado pode e deve, a nosso ver, ser substituído por uma ideia de *autoridade política*, a qual pode ser central ou local.

O Estado existe como um ecossistema imaginário que na qualidade de autoridade política central tem a prerrogativa de transformar suas ideias em realidades abstratas e comuns, as quais buscam consolidação no macrossistema. Mas não é só ele que dança essa música. Todas as associações estruturadas em um ecossistema representam em si mesmas uma autoridade política para os seus governados e são dotados de características semelhantes. Trata-se de uma dinâmica que se replica em todas as estruturas associativas. Logo todas essas ideias apresentadas linhas acima se projetam em âmbito macro, médio e micro.

Isto significa, pois, que *em parte* aquilo que chamamos de Teoria Geral do Estado, poderia ser lido como uma Teoria Geral da Associação, na medida em que seus conceitos e institutos aplicam-se indistintamente a toda e qualquer estrutura de organização social formada com o objetivo de cooperação. Sempre que indivíduos associarem-se com o objetivo mútuo de realização de um plano comum – ainda que ele seja marcado por momentos de entrosamento, ou momentos de conflito – estaremos diante das mesmas questões: relações de poder, autoridade, soberania, justiça, negociação, regras associativas, direito e regulamentação.

Quando Rawls elabora a sua teoria de justiça fundada em uma matriz liberal igualitária, na verdade, o que ele está propondo é uma dinâmica de justiça distributiva focada na lógica estatal. Nada impede, contudo, que suas ideias sejam testadas ou pensadas também em diferentes níveis associativos. É possível que ao traçarmos semelhanças e diferenças, encontremos caminhos não só para uma aplicação mais abrangente da teoria de justiça rawlsiana, mas também respostas sobre a própria essência da sociedade, pensada não sob a ótica binária do indivíduo-Estado, mas como um mosaico quadrimensional de estruturas associativas, de diferentes escalas.

Por fim, é imperioso destacar que as considerações delineadas nesse primeiro capítulo elevam o debate sobre os direitos fundamentais a outro patamar. Em primeiro plano, ao reconhecermos que todas as pessoas estão envolvidas em diferentes camadas associativas

estruturadas em ecossistemas, veremos que existem, na mesma proporção, diferentes escalas de autoridade e submissão.

Conquanto o Estado seja uma autoridade central, isso não significa que ele seja o único ente a governar as nossas vidas. Essa é a ideia fomentada pelo nacionalismo estatal. Mas isso é uma ilusão. Nós todos, desde crianças estamos submetidos a diversas autoridades, que na sua conformação, regulam a vida cotidiana como se um Estado fosse. A principal estrutura associativa, que traz à tona as mesmas características, pela sua onipresença e ramificação social é a família. Logo todo indivíduo pertence a pelo menos duas estruturas de governo, de diferentes escalas, a família e o Estado.

Veja-se que a criança é o indivíduo que nas duas estruturas encontra-se na condição de governado e de membro involuntário. Os pais são os governantes do microssistema, mas por sua vez, respondem ao Estado, na qualidade de governados. Com efeito, nós identificamos nesse microssistema uma estrutura híbrida de regulação, formada pela composição de uma espécie de estatuto social da família – as regras internas de convivência familiar –, e de uma regulação heterônoma, produzida pelo Estado como autoridade política central.

Esse conjunto formado por normas internas e leis soma-se ainda às normas sociais, isto é, aquelas alçadas ao macrossistema por outras autoridades políticas não estatais, tais como a mídia e/ou a autoridade religiosa. Esse conjunto regulatório é, portanto, aquele que influencia o desenvolvimento da criança, e por que não dizer, de todo e qualquer ser humano, na medida em que todos chegam ao mundo nessa condição.

A partir do momento em que reconhecemos as diversas camadas de autoridade/governo, podemos, para os fins deste estudo, recortá-las, limitando-nos à análise das estruturas de poder familiar e estatal. Com isso podemos, sem medo errar, afirmar que em um primeiro plano todos estamos sujeitos à regulação familiar interna – a uma lógica de poder e autoridade associativa – própria deste microssistema. Assim, questões envolvendo direitos fundamentais e democracia surgem nesse ambiente todos os dias, ainda que não propriamente com essa nomenclatura, e ainda que com uma dimensão diminuta. Participação, distribuição de renda, educação, saúde, liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, autonomia, justiça, e composição de conflitos, entre outros são os temas que frequentam a vida cotidiana das famílias. As regras, o poder de decisão, o julgamento, enfim, as tomadas de decisão compõem uma espécie de direito consuetudinário que rege este microssistema.

Na sequência, percebemos que as famílias como associação formam um ente "governado" por uma autoridade central – o Estado. Ele não apenas cria regras para os indivíduos, mas se imiscui nessa lógica associativa, criando regras de conduta para os

indivíduos na condição de membros dessa associação – pais, mães e crianças – e também voltados para a organização familiar como um todo. Isto é, existe uma *normatização em camadas*, e uma espécie de concorrência de autoridades políticas, na formação da família. Em suma, as famílias são autoridades que impõem normas aos seus membros, porém, dentro de um contexto de regulação integrada (ou o que alguns poderiam chamar de corregulação[80]).

Existe o microssistema familiar, o micro-, exossistema estatal, e o macrossistema e, com efeito, um contínuo fluxo de ideias e poder que, como uma corrente convectiva perpassa todo o ecossistema, levando dados locais para o sistema central, e dados do sistema central para a mais distante ramificação local.

Os membros da família e, sobretudo, as crianças estão sujeitos a uma dupla regulação, as quais exercem poder sobre os governados, no máximo de sua capacidade. Se por um lado, o Estado apresenta-se como autoridade política central e soberana, isto é, supostamente capaz de dar, em todo e qualquer caso, a última palavra sobre uma determinada decisão envolvendo todo e qualquer indivíduo em uma situação de natureza familiar ou não; por outro, ele não passa de uma realidade imaginada coletiva. Na prática, a dinâmica travada em âmbito familiar, conquanto supostamente menos poderosa, atinge com muito mais frequência e de forma muito mais incisiva o seu membro, em especial, a criança. A família impõe-se como governo de fato para este membro – duplamente 'governado". O Estado é um ecossistema desconhecido para ela, e principalmente, de difícil alcance.

As normas estatais que em regra influenciam a decisão da família sobre os seus governados, sobretudo, as crianças, dificilmente serão impostas por um meio coercitivo, ou de intromissão direta, via Poder Judiciário, por ex. Isso por uma razão muito simples. Porque o Estado não tem como controlar todas as famílias. O Estado não tem capacidade de espionar e se fazer presente em todos os lares, a fim de verificar se as leis que regulamentam a estrutura familiar estão sendo observadas. Logo, o Estado fortalece-se pelo discurso e pela persuasão. Ele adentra o meio familiar por caminhos invisíveis – através da construção de uma ideia tão bem estruturada e disseminada que, com vida própria, transmuda-se de lei para norma interna. O que em princípio nasce como lei, transforma-se em cultura, comportamento social, em rotina familiar.

Estamos diante, portanto, como bem sinalado por Yuval, de um ecossistema complexo, formado por elementos sólidos: a nossa casa, nossos pais, nossos filhos; e também

[80] LEITE, Diogo Barbosa. Regulação policêntrica: a regulação não estatal como alternativa à regulação estatal. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Área de Concentração: Direito Público, 2013. 391f.

por conceitos abstratos: o Estado, a lei, o direito. A família tem o poder imediato, a vantagem da visibilidade e da presença, da formação de um entorno estruturado e concreto. O Estado, por sua vez, tem a vantagem na condição de autoridade política central, uma forte influência sobre o macrossistema e sobre o fluxo de ideias. As crianças estão, na ponta, no fim dessa estrutura social. Por um lado, governadas diretamente pela autoridade local constituída em cada uma dessas famílias, e suas diferentes concepções de mundo, e por outro, completamente conectadas por uma realidade imaginada central que regula e domina toda a sua vida como um fenômeno sociocultural.

Como esses dois sistemas dialogam? Quando eles se harmonizam, e quando entram em conflito? Em que casos eles emanam proteção, e quais deles, repercutem em violação de direitos? Quando ampliar o poder das famílias e diminuir o poder do Estado? E vice-versa? De que maneira, nesse complexo enredo, poderemos construir soluções jurídicas que, ao fim e ao cabo, protejam seus direitos mais fundamentais? Estudar é preciso.

1.2 O microssistema familiar na história: governantes e governados

A opressão nunca conseguiu suprimir nas pessoas o desejo de viver em liberdade. (Dalai Lama)

1.2.1 Considerações Gerais

O recorte apresentado no primeiro capítulo apresenta a sociedade por um ângulo distinto, uma composição de camadas associativas integradas a respectivos cenários, concretos e abstratos, os quais formam na sua totalidade o *complexo ecossistema* do *sapiens.* Destacamos, de acordo com a nossa proposta de estudo, o conjunto do microssistema familiar, o exossistema estatal e o macrossistema sociocultural. Pretendemos demonstrar como um processo calcado nas ideias, em poder e no discurso, circula na sociedade (ecossistema na sua íntegra), conectando e moldando reciprocamente esses ecossistemas parciais. Enfim, apresentamos um esqueleto teórico que busca, ainda que de forma incipiente, fundar o terreno jusfilosófico da nossa questão central: a compreensão da criança como um sujeito regulado por um duplo sistema de governo (no mínimo) e os seus direitos correlatos. A criança é uma pessoa que está inteiramente à mercê de uma composição de autoridades políticas: a família, dotada de um poder concreto, local e imediato; e o Estado, um poder abstrato, central e de projeção invisível, que se irradia não só sobre o indivíduo, mas também sobre as suas facetas associativas.

Nada obstante, estamos ainda diante de um esqueleto, uma estrutura discursiva abstrata que, calcada no raciocínio lógico, nas obras de ciência política, jurídicas, da psicologia, da filosofia e antropologia, apresenta um projeto de sociedade contemporânea, porém desencarnada. Isto é, trata-se de uma sociedade desconexa de alguma forma da produção do conhecimento, na sua forma mais rica, a experimental. O discurso jurídico por vezes nos atrai a esse tipo de organização do pensamento. Como mencionado no capítulo anterior, estamos olhando a estrutura, o macrossistema, as ideias, o que nos direciona para uma formatação bastante abstrata. Essa é também a prática corrente da filosofia política: discursos sobre sociedade, política, Estado e autoridade, sempre de alguma forma preocupados com algum tipo de contaminação que possa surgir ante a narrativa de uma história real dos sujeitos, da mais simples expressão real do ser humano.

Por que as ciências sociais têm esse medo? Ou seria uma barreira? Por que apagamos do nosso raciocínio o seu curso completo e deixamos de lado, em regra, a narrativa histórica que nos permite chegar até ele? A experiência histórica vista como a narrativa do que de fato

aconteceu até ontem, não é o que temos de mais real, de mais indicativo da força (ou não) das nossas ideias? Qual o objetivo de todo e qualquer trabalho jurídico? Produzir conhecimento, e com isso, ferramentas capazes de apresentar uma resposta eficaz para resolver um problema. Mas como saberemos o que pretendemos solucionar sem o dado real, concreto e narrado? Como propor uma solução sem falar da realidade? Como a sociedade se articula de fato, e quais as questões de direito que surgem a partir daí? Esse é o ponto de partida essencial de qualquer pesquisa.

Duas intuições investigativas e duas ideias serviram de inspiração para o presente capítulo. A primeira delas nasce de um poderoso *insight* registrado por Alexis de Tocqueville, na sua obra-prima *O antigo regime e a revolução*[81]. Temos por hábito apresentar a história em compartimentos estanques, como uma sequência de eventos encadeados. A observância mais detida dos fatos demonstra, contudo, que determinadas práticas sociais não se encerram por completo. Ao contrário, elas avançam para além tempo, convivendo lado a lado com outras instituições em um mosaico híbrido e complexo. Será que de fato é possível falar de "um fim", um evento resoluto, acabado, tal como pretendera o movimento revolucionário francês no histórico decreto de 11 de agosto de 1789? "*A Assembleia Nacional destruiu completamente o regime feudal*"[82], sentenciou-se.

Alexis de Tocqueville notou que a vida em sociedade desenrola-se por um intrincado roteiro, à margem das pretensões filosóficas e/ou estadistas daqueles que assinam documentos oficiais:

> Nos países em que a administração pública já é forte, nascem poucas ideias, desejos, dores, encontram-se poucos interesses e paixões que cedo ou tarde não venham desnudar-se diante dela. (...) Passei longo tempo estudando o que nos resta dela, tanto em Paris como em várias províncias. Nesses arquivos como já esperava, encontrei o Antigo Regime plenamente vivo, suas ideias, paixões, preconceitos, práticas. (...) Consegui assim adquirir sobre a antiga sociedade muitas noções que os contemporâneos não possuíam, pois estava olhando para o que nunca lhes foi dado olhar. **À medida que ia avançando nesse estudo, surpreendia-me por, a cada passo, rever na França daquele tempo muitas características da França de nossos dias**. **Reencontrava uma infinidade de sentimentos que julgara nascidos da Revolução, uma infinidade de ideias que até então pensava que provinham apenas dela, mil hábitos que supostamente ela foi a única a nos dar; reencontrava em toda parte das raízes da sociedade atual profundamente implantadas naquele velho solo**. Quanto mais me aproximava de 1789, mais percebia distintamente o espírito que fez a Revolução formar-se, nascer e crescer. Pouco a pouco via desvelar-se a meus olhos toda a fisionomia daquela Revolução. (...) Pois, a Revolução teve duas fases bem distintas: a primeira durante a qual os franceses parecem querer abolir tudo do passado; **a segunda, em que vão retomar nele uma parte do que haviam deixado. Um grande número de leis e hábitos políticos do Antigo Regime que assim desaparecem subitamente em 1789 e**

[81] TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Prefácio.
[82] BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. São Paulo: Lugar da história. Edições 70. Introdução. p. 13.

> **ressurgem alguns anos depois, como alguns rios se afundam na terra para reaparecerem um pouco adiante, mostrando as mesmas águas para novas margens**[83]. (Grifou-se).

Conquanto muitos autores façam a devida referência ao século XIII como o período equivalente ao fim da era feudal, o que percebemos é que a *lógica do domínio,* como principal móvel social atrelado a um sistema produtivo de servidão (ou semelhante), na verdade perpetuou-se durante muitos séculos, sobrevivendo aos subsequentes pontos de inflexão históricos centrais subsequentes. Isto é, a transformação da sociedade nos séculos seguintes acrescentou uma série de novas realidades à vida humana, mas isso não significa que essas novas ideias, por si só, tiveram o condão de abolir o sistema feudal do macrossistema sociocultural. Assim, a sociedade seguiu a sua história costurada sob um modelo de *pacthwork*, com texturas e cores capazes de exprimir diferentes micro e macrorrealidades sociais.

Nossa intuição é de que o microssistema familiar também é um produto híbrido e complexo, que reflete uma composição de ideias sedimentada ao longo dos séculos. A estrutura familiar tradicional forjada pelo casamento entre o homem e a mulher, e o início de uma nova associação, em um determinado cenário (a casa) e subsequente procriação, e formatação do poder parental – como uma prerrogativa de governabilidade local sobre a descendência – revela uma justaposição de conceitos e institutos que atravessam o tempo sob a forma da tradição sociocultural. O conceito atual de família corresponde, pois, a uma estrutura geológica sedimentar, marcada pela justaposição de vestígios de outras eras.

Como compatibilizar, pois, a organização da sociedade pós-moderna, pautada em um ideário de justiça liberal-igualitário com essa estrutura? Como ampliar a nossa visão sobre a realidade do poder microfamiliar, a fim de adequá-la ao nosso tempo, permitindo que seus atores construam uma lógica associativa mais liberal e mais humana? Nossa intuição, em suma: precisamos escavar tal como um arqueólogo, buscando nas camadas mais antigas a origem desses vestígios. Essa missão – de volta a um passado remoto – poderá revelar informações importantes para a construção de soluções para os imbróglios familiares do presente.

A segunda intuição parte da observação insistente, marcada por certo inconformismo, e por que não dizer, um traço de rebeldia: a lógica civilista não é capaz de solucionar os casos sócio-jurídicos que envolvem a dinâmica interna e intrassistêmica das famílias, das crianças, e do Estado. Por que as famílias e as crianças estão presas ao direito civil, e, com efeito, ao

[83] TOCQUEVILLE, Alexis de. *Op. Cit*. Prefácio. p. XLIV-XLV.

direito privado? Por que tudo que envolve família é imediatamente reconduzido a esse ramo do direito? O mesmo problema é percebido quando o tema dos direitos das crianças surge na vida acadêmica. As crianças são vistas como um satélite das famílias. E nessa esteira, impõe-se a máxima civilista de que todo o bem acessório segue a sorte de seu principal. Falar de crianças é necessariamente falar de direito de família ou de ECA, supostamente ramos do direito civil, e, com efeito, do direito privado.

Quando muito, os direitos fundamentais das crianças reconduzem-nos aos direitos sociais face ao Estado, ante a lógica de promoção de políticas públicas abrangentes – educação, saúde, saneamento básico, moradia, entre outros. Mas poucos avançam no estudo das crianças como sujeitos duplamente governados, sob a lógica da autoridade, do poder e da associação. A criança é sujeito de direitos em face de dois agentes – o primeiro: a família; e o segundo: o Estado. A taxonomia jurídica está desalinhada. Trata-se de um problema de organização do discurso jurídico?

Percebemos de alguma forma que esses vestígios de outra era nos mantêm presos a também outra lógica espaço-temporal. A regulação das relações familiares e o correspectivo discurso jurídico impedem a construção de soluções justas para imbróglios forjados a partir de uma realidade contemporânea pós-moderna. Mas como desatar esse nó? Como seria possível compreender a sua origem e revelar o que é pertinente, o que é anacrônico? Qual a influência do macro sobre o micro e vice-versa, bem como o poder do discurso jurídico nesse processo? Quais critérios de justiça foram utilizados na formatação da estrutura familiar? Esses critérios são os mesmos que adotamos hoje? Como a regulação interna e coordenada com o Estado pode ser justa, levando-se em conta a expectativa de justiça da sociedade contemporânea?

Duas ideias serviram, pois, de inspiração para a abordagem metodológica proposta para este capítulo. A primeira delas corresponde ao pensamento dos professores, e vanguardistas do Direito Constitucional Comparado, Vicky Jackson e Ran Hirshl, sobre a importância do contexto histórico, na metodologia comparativa. Na visão do professor Hirshl:

> Em tudo isso, uma visão simples, mas poderosa, é muitas vezes esquecida: constituições não se originam nem operam no vácuo. Seu sentido não pode ser significativamente descrito ou explicado em separado das forças sociais, políticas e econômicas, nacionais e internacionais, que formam determinado sistema constitucional. (...) Cultura, economia, estruturas institucionais, poder e estratégia são tão significativos para a compreensão do universo constitucional como as análises jurisprudenciais e perspectivas. Qualquer tentativa de retratar o domínio constitucional como predominantemente legal, em vez de influenciado pela arena social ou política, estará destinada a gerar uma explicitação fraca, a-histórica, excessivamente doutrinal ou formalista da origem, natureza e consequências do direito constitucional[84].

[84] HIRSCHL, Ran. Editorial *In International Journal of Constitutional Law* – April 2014 12 (2) –. p. 1-12.

Conquanto Hirshl esteja orientando o pesquisador sobre a importância do contexto histórico das constituições, e da sua utilização em qualquer projeto de direito constitucional comparado, é fato que seu raciocínio aplica-se a toda e qualquer metodologia de pesquisa. Para que possamos compreender um instituto e a sua decorrente projeção jurídica, é necessário que absorvamos a sua história, o seu processo evolutivo no espaço tempo, relacionando-o ao contexto no qual este está inserido. A leitura dos institutos sem a bagagem histórica é e sempre será incompleta, na medida em que desprovida do mais rico conhecimento produzido dia-a-dia pelo *sapiens*.

Vicky C. Jackson, por sua vez, apresenta os desafios do estudo comparado de direito constitucional:

> Um primeiro objetivo é simplesmente desenvolver uma melhor compreensão intelectual de outros sistemas, um ou mais. Para essa finalidade, os desafios incluem o tempo, a necessidade de desenvolver as barreiras linguísticas ao conhecimento, assim como a necessidade de compreender o contexto mais amplo – tanto legal como social – em que o direito opera. (...). Para compreender uma doutrina ou instituição de outro sistema jurídico é necessário ter pelo menos algum entendimento do quadro maior no qual ele se insere.
>
> (…)
>
> Uma segunda meta do estudo constitucional comparativo é aumentar a capacidade de autorreflexão para desenvolver uma melhor compreensão de seu próprio sistema. A esse respeito, há todos os desafios acima enunciados, mais os seguintes. Enquanto 'o que é despercebido em nossas práticas pode se tornar visível no contraste com outras práticas jurídicas culturais, que 'podem nos ajudar a entender quem somos', a simples comparação 'não pode... nos dizer se devemos continuar a ser o que somos. Distinguir necessidades 'verdadeiras' de 'falsas' é um desafio diferente.[85]

Tais desafios são apresentados, em princípio, considerando-se diferentes realidades histórico-constitucionais. Mas e as diferentes realidades temporais? Quais são os desafios de

se estudar um mesmo instituto, que atravessa o tempo, e em cada época e local assume diferentes contornos e significados? A busca pelo entendimento mais abrangente e completo do nosso sistema depende desse difícil voo, que não apenas pretende avançar para além de fronteiras espaciais, mas também para outras eras da vida humana.

Por fim, não posso deixar de registrar a importância da lição maior foucaultiana nessa proposta: os micropoderes, os microssistemas têm muito a revelar[86]. As narrativas de

---

[85] JACKSON, Vicky. Comparative constitutional Law: methodologies (pp. 54-73). *In* Rosenfeld, Michel; e SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional Law*. Oxford: University Press, 2012 (Ebook). p. 69.

[86] "Segunda precaução metodológica: não analisar o poder no plano da intenção ou da decisão, não tentar abordá−lo pelo lado interno, não formular a pergunta sem resposta: "quem tem o poder e o que pretende, ou o que procura aquele que tem o poder?"; **mas estudar o poder onde sua intenção − se é que há uma intenção − está completamente investida em práticas reais e efetivas**; **estudar o poder em sua face externa, onde ele se**

conteúdo quase literário, expressivas da realidade humana evidenciam uma subjetividade táctil. Como a dinâmica familiar desenrola-se no espaço-tempo? Quais são as histórias, as narrativas reais que nos permitem entender a estrutura do passado e a sua correlação com as situações-problemas do presente? Precisamos de alguma maneira bater de casa em casa. Existe um tesouro escondido no final dessas ramificações sociais: a história real das famílias comuns. Como a lógica da associação e da autoridade regia a realidade histórica de cada ecossistema? Quais as questões de justiça e direito, que percorrem a trajetória familiar no curso da história até os dias de hoje[87]?

1.2.2 A família governante

1.2.2.1 A História e as ideias

A ideia de voltar no tempo, e, sobretudo, de dirigir-me a um momento tão remoto, não poderia deixar de trazer consigo, alguns desafios metodológicos, como mencionado linhas acima. De modo geral, o acadêmico da área do Direito não possui a formação profissional adequada à pesquisa histórica. Trata-se, sempre de uma mistura de ousadia, ambição e faro investigativo. Outro limite evidente reside no recorte proposto para a pesquisa e o limite de tempo. A história é um material essencial e ao mesmo tempo acessório nessa bricolagem jurídica. Calcular a medida exata deste ingrediente é mais esforço que inspiração.

---

relaciona direta e imediatamente com aquilo que podemos chamar provisoriamente de seu objeto, seu alvo ou campo de aplicação, quer dizer, onde ele se implanta e produz efeitos reais. Portanto, não perguntar por que alguns querem dominar, o que procuram e qual é sua estratégia global, **mas como funcionam as coisas no nível do processo de sujeição ou dos processos contínuos e ininterruptos que sujeitam os corpos, dirigem os gestos, regem os comportamentos,** etc. (...) Portanto, em vez de formular o problema da alma central, creio que seria preciso procurar estudar os corpos periféricos e múltiplos, os corpos constituídos como sujeitos pelos efeitos de poder". FOUCAULT, Michel. *Op. cit*. p. 182

[87] Não podemos deixar de considerar aqui que, conquanto Rawls apresente uma teoria de justiça objetiva, ele reconheça na estrutura básica da sociedade o verdadeiro objeto de justiça. Como podemos pensar na criação de soluções justas, se desconhecemos o objeto sobre o qual ela incidirá? Parece que uma etapa primeira de qualquer trabalho jurídico é, portanto, situar-se, entender onde se encontra, conhecer a realidade e os seus respectivos imbróglios. A nosso ver, somente a perspectiva histórica é capaz de preencher essa lacuna. Nas palavras de Frank Lovett: "['E]strutura básica de uma sociedade' que é definida como o 'modo pelo qual as mais importantes instituições da sociedade distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios a partir da cooperação social'. (...) muito do que está em jogo depende do tipo de sociedade em que vivam. (...) A questão é que o modo pelo qual a sociedade está organizada terá um papel importante no processo. Isso é, aproximadamente, **o que Rawls chama de 'estrutura básica' da sociedade: a estrutura básica é o conjunto de instituições e práticas sociais que sistematicamente influenciam o modo como serão nossas vidas, independentemente do esforço individual**. (...) Assim, vemos que a ideia de estrutura básica da sociedade é extremamente ampla e abstrata: inclui todas aquelas instituições práticas - legais, econômicas e culturais - que juntas constituem as condições de pano de fundo ou o ambiente social no qual os membros individuais de uma sociedade vivem suas vidas do melhor modo que podem, de acordo com seus próprios projetos". (...) e se pensarmos a estrutura básica dessa sociedade como algo que estabelece os principais termos de cooperação, podemos então pensar em uma teoria de justiça social como uma teoria sobre qual estrutura básica melhor exemplificaria a virtude de ser justo. ***Nas palavras de Rawls, a estrutura básica é "o objeto de justiça".*** Grifou-se. LOVETT, Frank. *Uma teoria da justiça, de John Rawls*. São Paulo: Penso. 2013. p. 22-23.

Em particular, no que tange à sociedade feudal, o obstáculo comum a todo e qualquer pesquisador é a escassez de documentos. Como todos sabem, a civilização que habitava o mundo nesse momento da história (entre os séculos IX-XIII) não era, na sua maioria, alfabetizada. Tampouco existiam mecanismos capazes de replicar e disseminar textos e registros históricos, documentos e livros. A impressão escrita e o ensino universal são invenções sobremaneira modernas. Logo, tudo que sabemos sobre a sociedade feudal decorre basicamente de um esforço logístico. Juntamos os fragmentos, e sobre ele aplicamos uma lógica indutiva. O resultado disso é história[88].[89]

A nossa inquietação surge, pois, a partir de uma combinação de ideias aparentemente contraditórias: se por um lado somos capazes de identificar no poder parental e nas relações familiares elementos de um passado remoto, por outro, necessitamos tomar cuidado para não transpor estes conceitos inadvertidamente para um momento histórico, no qual estas expressões sequer existiam, ou existindo, possuíam outra conotação completamente distinta daquela hoje enraizada em nossas mentes[90].

---

[88] Georges Duby traz algumas considerações sobre os desafios da documentação histórica no período compreendido entre IX e XIII: "Pois os frutos de nossa busca arriscada são inteiramente dependentes da densidade, da qualidade dos vestígios, daquilo que informam os documentos, todos os documentos, os textos em primeiro lugar, por certo, as fontes escritas, mas também os objetos, e depois as imagens esculpidas ou pintadas que pretenderam representar um certo quadro de vida. E se a matéria da obra se encontra disposta de uma maneira que talvez surpreenda, isso se deve a que nossa informação permanece lacunar e ao fato de que está, além disso, muito desigualmente distribuída pelo espaço e pelos cinco séculos que escolhemos considerar". ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*. 2. São Paulo: Companhia das Letras. 2001. p. 10.

[89] A seguinte passagem de Marc Bloch, na sua clássica obra a Sociedade Feudal, permite a observação deste período sob outra ótica. Conquanto festejemos documentos históricos, tal como a Carta Magna (1215), no discurso contemporâneo acerca dos direitos fundamentais, o que se pondera aqui é, na verdade, a nossa total incompreensão acerca da sociedade a qual ele serve de referência. Tamanha eram as dificuldades deste período na história, que sequer podemos imaginar: "Ora, a imperfeição da medida horária era apenas um dos sintomas, entre muitos outros, de uma vasta indiferença perante o tempo. Nada teria sido mais fácil nem mais útil do que anotar, com precisão, datas importantes, à luz do direito, como as do nascimento dos príncipes; em 1284, no entanto, foi preciso fazer um inquérito para determinar, mal ou bem, a idade de uma das maiores herdeiras do reino dos Capetos, a jovem condessa de Champagne. Nos séculos X e XI, numerosos documentos ou notícias, cuja única razão de ser era preservar a lembrança de um facto, não apresentam qualquer menção cronológica". BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. São Paulo: Lugar da história. Edições 70, 2009 pp. 96-97.

[90] Trata-se de uma advertência elaborada por Georges Duby quanto à ideia de "*privacy*", mas que por óbvio alcança a pesquisa histórica de maneira geral: "Estas palavras colocam claramente a questão a que este livro não pretende responder, mas que espera ao melhor cingir: é legítimo – digo mesmo legítimo, e não apenas pertinente – falar da vida privada na Idade Média, transpor a um passado tão distante uma noção, a de privacy, que, como sabemos, formou-se no decorrer do século XIX no seio da sociedade anglo-saxã, então na vanguarda da elaboração de uma cultura 'burguesa'? Tudo bem avaliado, creio que se pode responder de modo afirmativo. Pois, de fato, não era mais legítimo aplicar à época feudal o conceito, por exemplo, de luta de classes. Ora, tal transferência revelou-se de utilidade incontestável, já que permitiu não apenas medir o quanto era necessário refinar esse conceito, mas também, e, sobretudo, melhor ressaltar as relações de poder no interior de uma sociedade muito antiga, em particular aquelas relações que nada tinham a ver com confrontos entre classes sociais. Não hesitamos então em usar do conceito, tão anacrônico senão mais, de vida privada, e procuramos discernir na sociedade medieval uma fronteira entre o que era considerado como privado e o que não era, isolar um campo de sociabilidade correspondente ao que hoje chamamos de vida privada". ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *Op. Cit.,* p. 9.

Assim sendo, nos indagamos: como a sociedade feudal estava estruturada? De que maneira o ecossistema social diferenciava-se daquele apresentado no primeiro capítulo – considerando-se a composição indivíduos (crianças e adultos), famílias, Estado-nação, e macrossistema sociocultural? Qual era a natureza da conexão social civil, isto é, o que ligava as pessoas umas às outras? E nessa esteira, o que exatamente significava a ideia de família, relações familiares e poder parental? De que forma a autoridade política se projetava no seio social? E como essa estrutura era capaz de se autorregular, se é que podemos usar essa expressão? E o que ela visava regular?

1.2.2.2 A lógica feudal

1.2.2.2.1 O microssistema feudal

A característica basilar dessa organização social reside no enfraquecimento da autoridade central, substituída por um amálgama de diversos núcleos de poder local. Estas estruturas, de certa forma, avocavam para si não só o que hoje percebemos como uma característica essencial estatal – o domínio público (uma regulação geral) – exercida sob a forma de uma associação central, mas também o que hoje chamamos de domínio privado. O feudo era a uma só vez uma mescla de Estado e de família. A lógica feudal revelou, pois, um movimento paradoxo de consolidação de autoridades locais com poderes de autoridade central.

Essa formação social sustentava-se em duas forças: o sentimento de apoio mútuo familiar e o sentimento de pertencimento a um ambiente sociocultural[91]. Se por um lado, as relações dos indivíduos com os seus parentes eram mais rarefeitas, sem um vínculo associativo profundo, por outro, o conceito de um Estado-central, uma autoridade geral também se perdera com a devastação promovida pelas invasões bárbaras. Os feudos aglutinaram em torno de si praticamente toda a realidade associativa do ser humano, um microssistema poderoso que acompanhava o indivíduo desde o seu nascimento até a sua morte.

Os servos, as mulheres e as crianças, conquanto de alguma forma mantivessem um vínculo de conexão pessoal em pequenos grupos, dependiam de um sistema administrativo promovido pelo senhor feudal. O *oikos*, a casa, era uma comuna, gerida no seu conjunto – por

[91] Nesse momento, a ideologia que perpassa toda a comunidade feudal funcionando como uma espécie de cola social é a religiosa. A matriz teológica da Igreja Católica é aquilo que de alguma forma sustentou-se no macrossistema, formando uma espécie de realidade sociocultural imaginada comum. Mas, com efeito, a sua penetração na vida humana desenrola-se de forma um tanto quanto diferente. Ela não é uma autoridade central sobreposta nos termos do que seria uma cidade-estado ou um Estado-nação.

apenas um núcleo senhorial. E ali, todos viviam em uma realidade demasiado imediata - um microssistema estatal concreto – e não meramente imaginário. O feudo era o microssistema central da vida humana. Senão, vejamos as lições de Georges Duby:

> De fato, os historiadores estão de acordo quanto a isso: a feudalização traduz uma privatização do poder. Em La France médiévale de J.-F. Lemarignier, pode-se ler, na página 119: 'os direitos do poder público acabam por acusar um caráter patrimonial, e os costumes, tomados nesse sentido, de direitos do poder público, são objeto de transações'. (...) No limite, poder-se-ia dizer que na sociedade que se torna feudal a área do público se embota, se encolhe, e que, ao termo do processo, tudo é privado, que a vida privada penetra tudo. No entanto, a feudalização deve ser vista também e, creio, sobretudo como uma fragmentação do poder público; é bem o que afirma na mesma obra J.-F. Lemarigner: 'A autoridade pública se desmembrou, por vezes mesmo se esfacelou'. Um esfacelamento que acaba por disseminar os direitos do poder público, de casa em casa, tornando-se cada grande casa como um pequeno Estado soberano onde se exerce um poder que, por estar contido em um quadro restrito, por se ter infiltrado no seio da morada, não deixa de conservar seu caráter original que é público. De modo que se poderia dizer, no limite, que tudo se tornou público na sociedade feudalizada[92].

Com efeito, a vida associativa era uma mescla de um Estado regulador que, a um só tempo, exercia uma espécie de função paterna e estatal – típica de um guardião, a saber, de zelo, cuidado e proteção. As práticas estadistas eram semelhantes as de um círculo de amizade e confiança. Em suma: eram intimistas[93]. Isso significava, ao fim e ao cabo, que a estrutura social mantinha o indivíduo numa teia de submissão bastante apertada. A autoridade política governante não apenas dava-lhe boa-noite, como também bom dia. George Duby capta com precisão o peso desse sistema sobre a vida humana: *"[p]oder privado, poder interno este, mas que não é menos exigente e que, assim como o outro, não tolera as insubmissões do individualismo*"[94].

Não havia um muro capaz de separar a vida "pública" de um senhor feudal/rei de sua vida privada, porque basicamente viver como uma autoridade local era viver ao redor de uma parentela ampliada. Nada obstante, o vínculo que marcava essa relação não era propriamente um sentimento de afeto, mas sim de devoção, de vassalagem e de serviço. A honra e a lealdade eram os sentimentos mais fortes desse ecossistema. O rei feudal era um protetor e a

---

[92] Ibidem p. 24-25.

[93] *"*A cada primavera, a assembleia que reunia em torno do rei carolíngio tudo o que contava no Estado era vivida, assim, como uma reunião de família, com troca de presentes e banquete, o que, observemo-lo, provocava a necessária ostentação do privado real. Pois, entre o privado e o público, tratava-se bem de interpenetração, de osmose: se o palácio tendia a parecer uma casa de particular, a casa de todo homem detinha uma parcela de poder de regalia devia tomar o aspecto de um palácio, portanto, abrir-se, revelar seu interior, e especialmente pela instituição de um cerimonial em torno da refeição do senhor*"*. Ibidem, pp. 31.

[94] Ibidem, p. 24.

relação que se nutria com seus vassalos era de natureza *pseudofilial*[95]. Nas palavras de Georges Duby:

> Traço fundamental: foi nas formas da vida privada que a feudalização 'esfacelou' o poder público. A vida privada esteve na origem da amizade, dos compromissos dos serviços mútuos, portanto, da devolução do direito de comandar, que passava por não poder ser legitimamente detido senão na atitude de um duplo devotamento, em relação a um protetor, em relação a protegidos[96].

A sociedade feudal sustenta-se no sentimento de vassalagem – isto é – na relação de subordinação que nasce como uma espécie de relação social *propter rem*. O senhor feudal possui o domínio da propriedade – porém com uma sutileza: praticamente não se fala em propriedade, mas basicamente em "posse". Dessa condição, ele tem por obrigação gerenciar todo o seu conjunto. Esse domínio, transvestido de posse, transborda a concepção do terreno ou da moradia. O feudo é um ecossistema que engloba todas as relações ali existentes – relações com outras pessoas e também com os bens. O direito real que nasce para esse senhor é sobre o conjunto da dinâmica social que se desenrola nesse microssistema social. A obrigação é, portanto, de sustentá-lo como um todo, porque ele equivale ao seu domínio. Mas da mesma forma sobre ele, o senhor dispõe de todas as prerrogativas de um titular de direito real, de dispor, de usufruir, de gozar e de se despojar. Tudo e todos fazem parte da relação de domínio.

Essa percepção sobre a relação de domínio existente entre o senhor feudal e o conjunto do ecossistema, nos induz ao raciocínio de que à época o que poderíamos pensar como poder parental não existia de uma forma diferenciada das demais relações sociais travadas nesse ambiente. O poder que o pai (senhor feudal) exercia sobre as suas crianças – como autoridade política local – não deveria ser diferente daquele exercido sobre todas as demais pessoas e objetos ao seu redor. Não havia uma diferença, um pensamento particular sobre a pessoa da

---

[95] "Outro sinal evidente: a natureza dos laços que unem o rei aos membros do seu círculo. (...) Papel simbólico eminente da refeição no centro dos ritos do poder. O devotamento, expresso pela palavra obsequium, isto é, a deferência, o serviço livremente consentido, colocava, por outro lado, todos esses homens sob o patronato do soberano. (...) A invasão das imagens mentais e de uso que se haviam fortalecido no privado da vida foi então tão brutal que se chegou muito rapidamente a pensar o Estado sob o aspecto de um organismo familiar. (...) Landolf, o velho, excelente historiador, descreveu meio século mais tarde, o que era o principado milanês logo após o ano mil; ele fala de Milão, da cidade, de suas cercanias rurais como de uma família, a de santo Ambrósio, já que o poder de regalia pertencia agora ao arcebispo, sucessor do santo. Uma família bem ordenada, com as diversas funções domésticas distribuídas no interior dessa corte imensa entre dez ofícios, dez 'ordens' – é a palavra que ele emprega – hierarquizadas, cada uma delas dirigida por um 'mestre', chefe de uma equipe. (...) Presume-se que todos o servem; todos invocam em troca o seu patronato, esperando ser defendidos por santo Ambrósio como por um pai, e ser também, ocasionalmente, sustentados por ele, e o arcebispo Aribert é mostrado efetivamente, em tempo de fome, distribuindo moedas, roupas, ordenando ao chefe da padaria que mande assar todos os dias 8 mil pães, ao da chefe da cozinha que mande ferver oito grandes medidas de favas para alimentar os esfaimados, sendo o conjunto do povo assim alimentado incorporado pelo imaginário à morada principesca, privatizado". Ibidem, pp. 31-34.

[96] Ibidem, Locit.

criança, que era vista como mais um elemento nesse cenário não subjetivizado. Tudo era uma coisa só. O domínio englobava um poder de agir sobre uma universalidade. A criança seria apenas mais um elemento objetivo deste entorno.

Como mencionado linhas acima, a precariedade de um acervo documental próprio ao registro das relações sociais dificulta bastante a análise dos historiadores, transformando a pesquisa em um desafio ainda maior, em se tratando de sociedade feudal. É justamente por isso que o estudo levado a cabo por Philippe Ariès na sua obra "A história social da criança e da família" revela um "*insight*" genial. Ante a precariedade de recursos, o historiador buscou na arte gráfica o que havia de mais expressivo da sociedade daquele tempo. Em uma época em que os recursos linguísticos eram escassos, a representação pela imagem era um mecanismo de registro histórico, capaz de revelar na banalidade do dia-a-dia, a essência de um mundo perdido.

Mas, afinal, o que captou Philippe Ariès no seu trabalho? Na sua percepção, a principal preocupação do *sapiens* na era feudal era o ofício e a propriedade: "*A importância dada ao ofício na iconografia medieval é sinal do* ***valor sentimental*** *que as pessoas lhe atribuíam. Era como se a vida privada de um homem fosse antes de mais nada seu ofício*"[97].

Essa associação pode ser bem compreendida pela representação constante na arte-calendário da Idade Média. Os meses do ano eram contrapostos às fases da colheita, do trabalho associado às estações do ano. Posteriormente, a fotografia da sociedade passou a demonstrar uma preocupação com o tempo. São inúmeros os quadros que vão retratar as "idades da vida". Em regra, um mesmo homem que se encontra em diversos degraus – associados à sua moldura temporal.

Nessa esteira, não havia um sentimento de proteção e afeto que circundasse o conjunto familiar. Esse tema que posteriormente vai inundar a arte e o registro histórico dos séculos seguintes – o retrato de família – não existia como conceito. Nem a criança era especial, nem a família era reconhecida como o centro da vida humana. Ser criança era apenas um estágio inicial da vida do próprio homem. A infância não estava segmentada – ela não compunha outra realidade. Quando registrada no famoso retrato das idades da vida, a criança era o próprio homem. Uma marcação do tempo e nada mais.

Outra coisa seria indagar-se: o que poderia significar o poder parental pensado como a relação entre genitores e suas respectivas crianças? Afinal, dentro desse microcosmo existiam outras relações para além daquelas do senhor feudal. O problema central desta indagação reside no fato de que toda a documentação histórica foca-se, por regra, nas relações sociais da

[97] ARIÉS, Phillip. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: LTC, 2015. p. 132.

figura central de poder. Qual seria a significância da prole para os demais sujeitos desse ecossistema? George Duby apresenta-nos uma possível resposta:

> A massa do povo foi ela também domesticada, mas de uma maneira muito diferente daquela pela qual o eram os cavaleiros. A seus cavaleiros, o 'juiz público' (é assim que os autos do Concílio de Anse designam ainda em 994 o detentor do poder de regalia) tratava como a seus filhos, seus sobrinhos ou seus genros; ao passo que entendia tratar todos os outros habitantes do território submetidos à sua vassalagem como membros de sua família – tomemos o termo em seu sentido primeiro: de sua domesticidade servil. O modelo privado invasor era aqui aquele não do parentesco, mas da servidão (...). Ela mostrava os pequenos cercados, os 'courtils' (courtiles), ocupados pelos camponeses sob o aspecto das cabanas de escravos em que a aristocracia carolíngia colocara seus dependentes inferiores. Ela escolhera, com efeito, instalar aos pares, em um pequeno pedaço de terra, os homens e as mulheres de seus galés servis a fim de que procriem e criem os filhos nascidos de sua união; era a melhor maneira de gerir parte de seu capital, de gado, constituída pelos mancipia, de assegurar a sua manutenção e renovação. **O único inconveniente era, colocando-os como casal, abandonar a esses objetos animados quer eram os escravos uma parcela da vida privada. (...) por outro lado, o senhor servia-se à vontade dos filhos desses casais, constituindo cada cabana um viveiro no qual mantinha ocupada em tempo integral as equipes de servidores**; ele podia, enfim, tudo apreender na casa de seus escravos, as moças para casá-las ao seu bel-prazer – se o pai queria reservar-se esse direito, precisava comprá-lo -, uma parte também da sucessão, o gado à morte do pai, as roupas à morte da mãe"[98]. (Grifou-se).

Acreditamos, portanto, que as crianças aqui também se mesclam no conjunto do cenário de domínio, sendo representadas como bens à disposição do coletivo. Isto não significa dizer que não havia afeto ou amor entre os sujeitos envolvidos em relações com as crianças, mas apenas dizer que este não era o laço, o vínculo que regia a relação entre pais e filhos, uma vez que tudo girava em função de uma relação mais complexa e mais penetrante – a de vassalagem. Logo, o que se percebe é que a condição de "criança" como um sujeito diferenciado não havia sido apropriada pelo sistema feudal. As crianças eram indistintas das demais pessoas e bens[99].

1.2.2.2.2 Relações de parentesco

Duas ideias centrais contemporâneas parecem simplesmente não existir na sociedade feudal. A primeira delas, a saber, a percepção do núcleo familiar como uma composição de adultos e crianças, o que em si denota o reconhecimento de cada um desses sujeitos, a partir

[98] ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *Op. Cit.,* pp. 36.

[99] Outro detalhe interessante indigitado por Marc Bloch parece ser relevante nesse cenário – de compreensão do papel da criança, e da sua relação com os demais sujeitos familiares: conquanto pensemos na sociedade feudal como uma sociedade antiga, a verdade é que ela era governada basicamente por pessoas bastante jovens. Desta forma, se pensarmos bem, a curta extensão da vida humana não propiciava uma divisão tão ampla entre a realidade da infância e a de um jovem camponês, ou mesmo senhor feudal. Os sujeitos assumiam a responsabilidade de sobreviver e sustentar-se novos, não havendo assim, portanto, um grande espaço de tempo entre um jovem de 10 e outro de 20 anos. As crianças e os jovens eram a bem da verdade a maioria da população.

da sua própria subjetividade. Na sociedade feudal, a percepção do sujeito-objeto é sempre apresentada sob a ótica relacional, como uma espécie de função. Isso é algo que se revela tanto para as mulheres como para as crianças. O discurso que representa essas relações apropria-se de termos como "esposa" e "filhos". Isto significa que o ponto de referência utilizado para a narrativa da vida associativa ou das relações parentais, é sempre o homem – o sujeito-possuidor. Como ele se encontra no centro da narrativa política, e consequentemente, histórica, a identificação dos demais sujeitos assume uma nota relacional. O senhor feudal apropria-se, pois, não só do seu ecossistema, mas com ele, da autoridade que o feudo em si representa. Não se trata de falar da pessoa da mulher, mas sim da esposa. Logo, não se trata de falar sobre crianças, mas sim sobre filhos.

Noutro giro, não existe ali a noção de família como uma associação afetiva pautada pelo convívio; coabitação; relações sexuais entre adultos; laços consanguíneos – parentesco; cuidado das crianças; relações afetivas; e cooperação econômico-financeira. Esse feixe relacional não existe como um conjunto associativo familiar. Vale dizer, conquanto tais relações possam estar associadas à consanguinidade, elas não formam um conjunto universal aos moldes do que projetamos na família contemporânea[100].

O parentesco, ao revés, desdobra-se em um complexo ambiente político. Surpreendentemente, a política estatal confunde-se com a vida em família. A consanguinidade estrutura-se, pois, em função da autoridade local, servindo como critério para o exercício do poder (e sua transferência) de geração em geração. Em suma, a linhagem serve à organização da estrutura política coletiva. Ela se torna a ossatura da engenharia política local. Nas palavras de Dominique Barthélemy:

> A linhagem assemelha-se a uma estrutura política elementar – sem o ser inteiramente. Ela realiza a unidade de seus membros face ao exterior, utilizando para esse fim as propriedades da função-parentesco. Mas também, e sobretudo, mantém e faz aceitar disparidades de vantagens entre eles: assimetrias na divisão da herança, rigor drástico dos papéis sociais – especialmente no entrave do casamento dos irmãos mais moços. Ocultando os confrontos internos (que no entanto são fatores de dinamismo) a genealogia legitima seu resultado; por outro lado, ela é posta a serviço do engajamento do grupo na competição pública[101].

Os eventos cotidianos hoje tão familiares e tão íntimos eram marcos da vida política comum, capazes de abalar todo o ecossistema local. Cada nascimento, casamento e morte de

---

[100] "O ensaio que se vai ler atém-se, em consequência, à metade norte do reino da França e refere-se apenas às famílias da aristocracia. Submetidos ao poder privado do chefe da casa, os membros dessas famílias **eram acolhidos em uma dupla rede de relações, umas de convívio, as outras de parentesco***"*. Ibidem*,* p. 49.

[101] BARTHÉLEMY, Dominique. Parentesco, In ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*. 2. São Paulo: Companhia das Letras. 2001*,* pp. 124.

um parente integrante da linhagem dominante, significava uma modificação na conjuntura política coletiva. Com efeito, as relações de parentesco exalavam muito mais sentimentos de competição, de rivalidade e desconfiança, que propriamente de afeto. A criança, nesse contexto, era mais um agente político. Com destaque, para a seguinte passagem de Dominique Barthélemy:

> Os juristas, em suma, querem assegurar a defesa da viúva futura. E essa preocupação atesta a tensão virtual entre esta e os consaguíneos de seu marido: problema central de uma história do parentesco. Marc Bloch se mostra atento a isso ao destacar, na gesta de Garin de Loheren, a apóstrofe cruel de um cunhado a uma viúva: seu luto é maior que o dela, pois sua perda é irreparável, ao passo que ela se casará de novo. A palavra não exprime apenas uma pura e brutal reação 'sentimental', incontrolada: a queixa pública significa, com efeito, reivindicação de herança, clamor no sentido pleno do termo[102].

Por sua vez, a sociedade conjugal girava em torno de um objetivo pontual – a produção de herdeiros (veja-se, não é ter somente filhos, ou trazer crianças ao mundo)[103]. Conquanto naturalmente fosse necessário o convívio e a coabitação, estes assumiam traços diferentes. Não havia um isolamento deste casal e de seus filhos. A vida era um contínuo embricamento de espaços e pessoas. Nas camadas mais populares, imaginamos que ter filhos era simplesmente um fato da vida. Não nasciam herdeiros, mas uma potencial força de trabalho. E no seu conjunto, a comuna (e não os parentes) uniam-se tal qual uma sociedade de cooperação econômico-financeira, tendo, no senhor feudal, o grande provedor.

As relações de afeto seguiam, nessa esteira, outra lógica. Elas não estavam centradas na família consanguínea ou na união conjugal. Estas relações conquanto relevantes não se situavam no epicentro da vida associativa. Como corolário lógico, não era uma função do casal, "da família", o ato de cuidar e tomar conta das crianças. Esse agir associativo tão próprio da nossa realidade não estava fundado em uma relação estruturalmente afetiva. Senão, vejamos:

> Quanto à disposição dos poderes que regiam essa sociedade complexa e em grande parte móvel, a identidade com as estruturas monásticas é, de início, uma vez mais, notável: um pai, um só, como no céu, que no entanto jamais devia agir sem

[102] BARTHÉLEMY, Dominique. Parentesco, In Ibidem. pp. 155.

[103] "[E]nquanto da família monástica, depurada, todo germe de fraqueza era banido, a feminilidade e a infância (os oblatos dos noviciados clunisianos eram vistos e tratados como adultos de tamanho menor), os chefes das famílias nobres eram obrigados a acasalar-se e a engendrar intimamente. A conjugalidade fecunda constituía desse lado o fundamento da ordem. Nenhuma casa sem casamento, nenhum casamento sem casa. Cada uma ordenava-se em torno de um casal procriador e de um só; os filhos, quando se casavam, eram dela expulsos, os velhos também, as viúvas repelidas para os arredores dos mosteiros e os pais demasiadamente idosos impelidos para o retiro religioso, seja para a viagem de Jerusalém, preparatória da morte" ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *Op. Cit.,* p. 69.

> conselho; um conselho masculino, hierarquizado, os jovens sob o jugo dos mais velhos (...). Sua função genital, primordial, obrigava-o a possuir uma mulher em seu leito. Um casal estava estabelecido no centro da rede de poderes. O feminino encontrava-se colocado, por certo, sob o inteiro domínio do masculino; contudo, porque essa mulher era a esposa, porque devia ser a mãe dos herdeiros, (...) uma parcela do poder de seu 'senhor', como ela dizia, projetava-se sobre ela: 'dama' (domina), ela também se mostrava dominante, e na medida mesma em que, em posição de parceira sexual legítima e por suas capacidades genéticas, contribuía de maneira decisiva para a extensão da casa. (...) Eis por que se descobre, no mais profundo do castelo de Ardres, uma cela de fecundação e, conjunta, a incubadeira onde amas-de-leite estavam estabelecidas para dispensar a esposa dos cuidados com sua progenitura a fim de que, sem tardar, fosse novamente engravidada. Eis por que as crianças, desde que atingem a idade da razão, eram divididas em dois compartimentos distintos: um cuidadosamente fechado, para ali conservar as meninas, futuras mães, até que fossem transportadas, uma após outra, em cortejo, para uma outra morada da qual se tornariam suas damas; o outro aberto, onde os meninos não viriam alojar-se senão de passagem, como hóspedes, pois eram soltos, lançados ao exterior para ali apossar-se de tudo o que pudessem, principalmente esposas[104].

Note-se: o casal está no centro do poder (entenda-se, político), mas não no centro da vida associativa comum, afetiva. A coabitação, a convivência, as relações sexuais e o cuidado das crianças não gravitavam em torno desses dois sujeitos, tal como hoje, vistos como uma unidade associativa. Isso, a bem da verdade, seria algo impossível, uma vez que dependeria que esses dois sujeitos – homem e mulher – assumissem uma condição mínima de iguais. Algo completamente impensável nesse momento da história.

Aqui, percebemos, ademais, a marca mais brutal, indelével e quiçá mais viva da sociedade feudal: toda a estrutura social é marcada por uma clivagem rígida e profunda em torno da distinção de gênero. A representação do feminino e do masculino projetava-se no seio social, inundando todas as relações pessoais, inclusive as relações de poder entre adultos e entre adultos e crianças. Nessa esteira, leciona Georges Duby: "*A sociedade doméstica era então atravessada por uma separação nítida entre o masculino e o feminino, institucional, e que repercutia sobre a maior parte dos comportamentos e atitudes mentais*"[105].

Assim, devemos considerar que o estudo das relações de poder entre adultos e crianças forma-se sob um duplo aspecto. A uma, como assinalado linhas acima, ele traduz uma função relacional, que tem no sujeito homem, adulto, o centro de influência, poder e dominação. Logo, tais relações não são reconhecidas pela clivagem etária, mas sim pela clivagem genealógica – são relações entre pais e filhos. Noutro giro, justapondo-se a esse critério, temos a clivagem de gênero. O adulto homem (centro), o adulto mulher (apêndice), por um lado, e o filho (descendente do gênero masculino), e a filha (descendente do gênero feminino), por outro.

---

[104]Ibidem, p. 80.
[105]Ibidem, p. 91.

Dito isso, esse conjunto de relações é marcado por uma diferença grotesca e absurda, variante de acordo com essa bifurcação social. Falar das relações entre pais e filhos é diferente de falar das relações entre mães e filhos, e de pais e filhas e mães e filhas. Cada uma delas comporta domínios e significados completamente diferenciados. Essa talvez seja a nota mais marcante da sociedade feudal, ao lado de um ecossistema de domínio *propter rem*, e de uma relação social calcada na vassalagem – uma formatação social que se forja sobre um abismo entre os gêneros masculino e feminino.

1.2.2.2.3 A regulação político-parental: do micro ao macro

A regulação das relações de parentesco e linhagem entre pais, esposas/viúvas e filhos/órfãos, emana de uma preocupação com a sucessão desse poder de domínio marcada pela clivagem de gênero e a sua cadeia de sujeição. Todas as regras visam legitimar o poder local do senhor feudal, afastando os demais sujeitos do centro de domínio e de tomada de decisão. Muito embora elas revelem semelhanças com o "direito de família", trata-se, na sua origem e na sua essência, de regras de governabilidade, exercício de poder e política. Ao fim e ao cabo, não é isso que a marginalização da esposa e dos filhos da condição de sujeitos dominantes evidencia? "*Toda a prática jurídica tende a dar plenos poderes ao marido no governo dos bens trazidos pela esposa e a deles afastá-la, colocando-a na incapacidade de frear as iniciativas perigosas para seus haveres, futura herança de seus filhos*"[106].

Nessa esteira, a regulação da filiação seguia a mesma lógica. Com efeito, não são as crianças que surgem como objeto da regulação parental, mas sim os filhos. Prova disso é que todos os filhos do senhor feudal permaneciam com restrições à sua capacidade dominial (não poderiam possuir quaisquer bens em seu nome) pelo tempo em que o pai fosse vivo, independentemente da sua idade[107]. Charles de la Roncière traz à tona esse registro:

> Em toda a tradição italiana, o poder pertence em primeiro lugar, incontestavelmente, ao pai de família. (...) Essa autoridade, a patria potestas, é exercida pelo pai sobre

[106] DE LA RONCIÈRE, Charles. Como viver junto, *In* In ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença*. 2. São Paulo: Companhia das Letras. 2001. p. 209.

[107] Charles de la Roncièriere mostra como tal prática social foi reproduzida pelas gerações seguintes, na Itália: "A legislação e os imperativos sociais refletem os costumes, e o que se sabe das famílias toscanas corresponde em parte ao programa cujas grandes linhas acabo de lembrar. O estatuto sobre a prisão de um filho é ainda aplicado em Florença em 1463 e, nas grandes famílias burguesas do século XV, os patriarcas são por vezes os testemunhos vivos dessa preeminência do pai. Vêem-se alguns deles conservar entre as mãos a totalidade da autoridade em matéria econômica. Em 1480, o velho Gino Ginori redige ele próprio, e só ele, sua declaração fiscal, acrescentanto a propósito de seus filhos adultos que vivem sob seu teto e trabalham com ele: 'Eles trabalham comigo em minha empresa de lã e dela ainda não sabem o suficiente para se separar. (...) Ao redor de Siena, por volta de 1400, as famílias de meeiros aparecem organizadas como pequenas sociedades onde tudo é gerido, controlado, dividido (trabalho, dívidas, colheitas, estoques) pelo pai". DE LA RONCIÈRE, Charles. Como viver junto, *In* Ibidem. p. 210-211.

> seus filhos, e ele é seu único depositário: como expõe o jurista Azzo, 'nem as mães nem os avós maternos têm poder (potestas) sobre os filhos'. Esse poder, o pai o exerce também sobre sua descendência, e em primeiro lugar sobre seus netos, e isso qualquer que seja a sua idade, ainda que tivesse sessenta anos (etiam sexagenarius), e qualquer que seja a idade de seus filhos. Essa máxima geral não permanece confinada nos manuais dos juristas. Elaborada como resposta a questões colocadas pela vida corrente, ela aí repercute, em primeiro lugar pelos estatutos e costumes de que se dotam as cidades nos séculos XIII-XIV (estatutos que regem, entre outras, a vida privada), e por isso impregna ainda mais a vida das famílias"[108].

As concepções de parentesco, consanguinidade e linhagem, portanto, projetam-se em uma normatização centralizadora, hierárquica e patriarcal, voltada para a preservação da unidade do domínio e relações correlatas (sociedade *propter rem*) reconhecida como o elemento central do poder deste microssistema civil. E conquanto elas tratem na sua superfície de posse, domínio, sucessão e herança, na sua essência elas evocam relações de poder e política locais. Trata-se de regras de exercício de domínio sobre todo um ecossistema.

O que percebemos, pois, é que em determinado momento da história, os senhores feudais buscaram consolidar em um patamar mais seguro normas capazes de legitimar relações políticas, de domínio e de poder. Trata-se de um movimento que visa a uma rota ascendente: partir do microssistema humano até o macrossistema. Vale dizer, toda a regulação consuetudinária, inclusive aquela que dispõe sobre a rede de parentesco, de direitos hereditários e sucessórios nasce da lógica do poder local. Ela cresce em um momento em que a autoridade central resta desorganizada e desnutrida. Com o passar do tempo, e o subsequente rearranjo do poder central, o poder local anseia pela manutenção do seu poder microssistêmico. Ele se organiza para fornecer-lhe algum tipo de legitimidade discursiva. Explique-se.

No microssistema feudal, a prática de "dizer o direito" – isto é – de dar a solução para um caso concreto derivava de uma cultura consuetudinária. As regras não existiam em um ambiente de normatividade clara, uniforme ou pautadas por um ideal de segurança jurídica. A busca por justiça envolvia, de certa forma, uma significância criada pela autoridade local, que basicamente regia esse microcoletivo, com os mecanismos que ali estavam à sua disposição. Em uma organização diminuta, com uma massa de analfabetos, e uma estrutura de poder baseada na servidão e na vassalagem, tendemos a crer que o direito era basicamente aquilo que o senhor feudal pretendesse que o fosse, salvo raras exceções. Logo, nesses microssistemas, o direito não era em si um sistema, mas uma manifestação de poder local não uniforme, e não escrito[109].

---

[108] DE LA RONCIÈRE, Charles. Como viver junto, *In* Ibidem, p. 209.

[109] "Se um juiz, na Europa pré-feudal, dos começos do século IX tinha que ditar o direito, o seu primeiro dever era consultar os textos; compilações romanas, se o processo ia ser segundo as leis de Roma; costumes do povo

O direito, como um sistema escrito, encontra seu tablado principal em regra nos exossistemas imaginários que conseguem, aos poucos, na condição de autoridade central, formatar um mínimo de uniformidade, conceitos e padrões, passíveis de darem origem a um sistema racional de normatividade. A pulverização do poder proporciona, por sua vez, uma pulverização de tudo mais: das moedas de trocas, dos idiomas, dos pesos e das medidas, e também das regras. O "direito" local é uma atividade, sobretudo, prática e pragmática, que não pretende ser uniforme ou justa. Trata-se, portanto, de uma atividade política na sua essência. A sociedade feudal pode ser retratada à imagem e semelhança de um arquipélago "jurídico": aglomerados pequenos que se distanciam uns dos outros e que propiciam aos seus respectivos governantes uma liberdade incomum: de criar o seu próprio direito. Com destaque para a seguinte passagem de Marc Bloch: "*O direito canônico fundamentava-se em velhos textos; o direito laico, nos precedentes*".

Nada obstante, o historiador registra um esforço de codificação, sobretudo, por parte dos anglo-saxões, a partir daquilo que ele chamou de uma "*coisa desconhecida*": "*uma literatura jurídica, a qual, latina na expressão, era anglo-saxônica pelo essencial das suas fontes*"[110]. Isto significa que aos poucos essas autoridades locais buscaram de alguma maneira consolidar e expandir o seu poder, transformando a autorregulação consuetudinária em norma jurídica oficial. Essa atitude traduz um movimento de transmissão de informação que parte do microssistema em direção ao macrossistema. O poder de influenciar a vida comum nasce de uma autoridade local e não central.

---

germânico, pouco a pouco, na sua quase totalidade, postos por escrito; éditos legislativos, finalmente emanados, em grande número, pelos soberanos dos reinos bárbaros. Quando estes monumentos se pronunciavam, restava apenas obedecer. Mas o problema não era sempre assim tão simples. Deixemos de lado até o caso, na prática sem dúvida muito frequente, em que o manuscrito, ou não existia, ou – como acontecia com as pesadas compilações romanas – era de difícil manuseio, e a disposição, ainda que tivessem origem no livro, de facto era apenas conhecida pelo uso. O mais grave era que nenhum livro chegava para abranger tudo. Fracções inteiras da vida social – as relações no interior do senhorio, os laços de homem para homem, nos quais se prefigurava já o feudalismo – eram apenas imperfeitamente comandadas pelos textos, ou até não o eram mesmo. Assim, ao lado do direito escrito, existia já uma zona de tradição puramente oral.(...) Durante o século X, as leis bárbaras, tal como as prescrições carolíngias, cessam pouco a pouco de ser transcritas ou mencionadas, a não ser por fugazes alusões.Se algum notário simula citar ainda as leis romanas, a referência, três quartas partes das vezes, não passa de banalidade ou contra-senso.E como poderiam ser de outro modo? Compreender o latim – a língua comum, no continente, a todos os antigos documentos jurídicos – era quase exclusivamente monopólio dos clérigos. Ora, a sociedade eclesiástica tinhas-se arrogado o seu direito próprio, cada vez mais exclusivo (...) este direito canônico era ensinado nas escolas, todas clericais.O direito profano, pelo contrário, não era matéria de instrução em parte nenhuma.Certamente que a familiaridade com as velhas compilações não se teria perdido completamente,apesar disso, se existisse uma profissão de homens de leis.Mas a organização jurídica não continha advogados e todos os chefes eram juízes. **O que equivale a dizer que a maioria dos juízes não sabia ler, sem dúvida uma má condição para a preservação do direito escrito**. BLOCH, Marc. *Op. Cit.*. p.111.

[110] Ibidem. *p.135.*

Por isso, o autor afirma estar diante de uma "coisa desconhecida", uma vez que os detentores de poder local buscam os exossistemas centrais (um poder mais abrangente) para consolidar práticas de dominação internas. A codificação pretendida visa fortalecer o poder local, as regras locais, e não o contrário. Por isso, diz-se que a ferramenta (a edição das leis) remete ao direito romano, mas o seu conteúdo revela o direito costumeiro (isto é, a autorregulação local forjada pelos senhores feudais).

Um documento histórico de peso que evidencia esse trajeto do poder local em direção ao macrossistema, como um mecanismo de legitimação de forças políticas, é nada mais nada menos que a Carta Magna de 1215. Em regra, citada pelos manuais de direito constitucional como o catálogo embrionário de direitos protetivos da liberdade humana perante o Estado, poucos se dão conta de que a sua elaboração remete-nos ao ocaso da era feudal, uma época em que os nossos ancestrais tinham dificuldade de marcar o tempo e a medida das coisas. Esse acordo elaborado, pois, pelas mãos e mentes de senhores feudais, descontentes com os rumos do governo do Rei João Sem Terra, possui uma mistura de anacronismo e contemporaneidade. Trata-se de um catálogo de direitos, de uma tentativa de composição entre senhores, e, nessa condição, de iguais? O que se pretendia regular?

Fato é que a Carta Magna comumente organizada em 63 (sessenta e três) parágrafos assumiu o status histórico de grande marco do constitucionalismo basicamente em razão do disposto no parágrafo 39 – o qual delineia a noção basilar do "devido processo legal". Segundo a sobredita declaração "*nenhum homem livre será detido ou preso, ou expropriado de seus direitos e possessões, condenado ou exilado, ou destituído de qualquer título ou posição; não praticaremos nenhum ato de força contra ele, nem mandaremos que outro assim o faça, a não ser por um juízo legal decorrente de seus pares, ou da lei de terra*" (tradução nossa).

Como todo marco histórico, parte de sua narrativa decorre de uma construção do imaginário coletivo. *Eduard Coke*, famoso jurista do final do século XVI, defendeu a existência de um espírito constitucional inglês, com base no que dispunha a Magna Carta de 1215 e sucessivas declarações firmadas entre nobres e governantes.[111] Desde então, a Magna Carta fortaleceu-se na *common law* e, posteriormente, renovada pela leitura iluminista, serviu de matéria-prima para a Revolução Americana, promovida pelos *founding fathers*. Em suma, o fluxo da história transformou este documento em um *mito do direito constitucional anglo-saxão.*

[111] V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 39-41.

Nada obstante, estamos diante de um documento com 63 (sessenta e três) artigos. E os outros dispositivos, eles tratam de quê? Surpreendentemente, como poucos devem imaginar, a Carta Magna de 1215 compreende regras de sucessão, transmissão de propriedade e casamento. Vejamos, pois, as cláusulas (6), (7), (8) e (26) deste documento histórico:

> (6) Herdeiros podem ser dados em casamento, mas não a alguém de posição social inferior. Antes que um casamento ocorra, deve ser 'informado aos parentes do herdeiro.
> (7) Após a morte do marido, a viúva pode receber sua fração do casamento e herança de uma só vez, sem problemas. Não pagará nada por sua fração matrimonial ou quaisquer heranças que ela e o marido possuíam conjunto no dia da morte dele. Ela pode permanecer na casa de seu marido por quarenta dias após a morte dele, e nesse período a fração lhe será atribuída.
> (8)Nenhuma viúva será obrigada a se casar contanto que deseje permanecer sem um marido. Mas ela deve dar garantia de que não se casará sem o consentimento real, caso esteja na posse de terras da Coroa, ou sem o consentimento de nenhum outro senhor que ela tivesse.
> (…)
> (11) Se um homem morre devendo dinheiro a judeus, a esposa pode manter sua fração e não pagar nada pelas dívidas do marido. Se ele deixar filhos menores de idade, as necessidades desses filhos também podem ser atendidas em uma escala apropriada à dimensão de seu dominio de terras. A dívida será paga com o resíduo, reservando-se o serviço devido a seus senhores feudais. Dívidas para com pessoas não judias serão tratadas da mesma forma.104
> (26) Se por ocasião do falecimento de um homem que detém uma `taxa' (fee) secular da Coroa, um chefe de polícia ou oficial do rei produz cartas patentes reais de intimação relativas à dívida com a Coroa, é lícito que eles apreendam e listem os bens móveis encontrados na `taxa' (fee) secular do falecido no valor da dívida, desde que avaliada por homens dignos. Nada deve ser retirado até que o total da dívida seja pago, quando o resíduo será entregue aos executores para realização da vontade do falecido. Se nenhuma dívida for devida à Coroa, todos os bens móveis serão considerados propriedade do falecido, exceto as frações razoáveis da esposa e filhos[112]. (tradução nossa).

Na parte final do parágrafo 26, registrou-se a seguinte norma: se não existirem dívidas perante a Coroa, todos os bens móveis devem ser considerados como de propriedade do *de cujus*, com exceção dos bens que razoavelmente forem considerados de propriedade de sua mulher e filhos. Todos os artigos em destaque reforçam a ideia de que o sujeito de direitos da Carta era inevitavelmente o senhor feudal. As esposas e os filhos eram sempre vistos como personagens coadjuvantes nessa trama, lembrados apenas no momento da morte do personagem principal. Assim, são mencionados na referida declaração na condição de viúvas ou herdeiros imaturos.

Este documento, pois, transborda um fenômeno de ascensão de uma dinâmica de poder e interesses locais, cuja pretensão final é de consolidação no macrossistema. Os senhores feudais que formularam essa espécie de acordo, fizeram-no sob uma ótica, uma

[112] O estudo valeu-se do documento editado pela *Universidade Fordham*, a Universidade Jesuíta de Nova Iorque, disponível em <http://legacy.fordham.edu/halsall/source/magnacarta.asp>, com acesso em 05/10/2015.

matriz contratual. Ele nasce de necessidades imediatas de seus subscritores, e de uma lógica de autoridade patriarcal. Muito embora eles alcancem a realidade de terceiros (as viúvas e os herdeiros), estes não são chamados a participar desse acordo. Logo, a sua formatação forja-se para aqueles, em uma espécie de exossistema, um ambiente frequentado única e exclusivamente pelo senhor feudal. É ele que representa os interesses do feudo na supra coletividade. E, nessa condição, ele busca alcançar dois intentos: o primeiro: proteger-se perante uma autoridade que lhe é externa; e o segundo: consolidar nesse ambiente externo a sua condição de autoridade política local, isto é, legitimando, em um patamar superior, regras de dominação próprias do microssistema.

1.2.2.3 A lógica de um novo tempo

1.2.2.3.1 A sociedade em movimento

Avançando no curso da história, percebemos que os séculos subsequentes ao século XIII nos apontam para uma reestruturação social, marcada por um processo paralelo de fortalecimento das autoridades centrais e de pulverização das autoridades locais. Desta forma, o microssistema feudal, o qual consolidava duas forças associativas de grande expressão, aquela imediata e concreta, típica de uma vida cotidiana, e aquela mais remota e abstrata, própria de uma autoridade reguladora central, foi aos poucos desaparecendo.

Podemos pensar em um movimento semelhante à deriva continental. O feudo – considerado como o aglomerado de relações sociais e políticas – foi se atrofiando, dando lugar a um sem número de pequenos núcleos familiares, forjados pela associação de homens, mulheres e seus filhos. Noutro giro, a tarefa de gestão e organização coletiva avançou um degrau, distanciando-se inclusive fisicamente da população, em um movimento de retorno a um poder central, mais abstrato e mais distante da vida cotidiana. Logo, houve aqui um início de uma bifurcação da estrutura de associação e autoridade que, ao longo de séculos, foi se acomodando em um amálgama de camadas sobrepostas.

Com efeito, não pretendemos aqui traçar uma clivagem retilínea histórica, como se o curso da vida humana pudesse de fato assim se apresentar. Não se trata de dizer que pertence à era medieval ou à era moderna. Nosso objetivo mais do que apresentar uma sequência de eventos históricos, é mostrar como esse processo de transformação social, que se iniciou aproximadamente nos séculos XIII e XIV na Europa Central, evoluiu moldando os conceitos de sociedade, família e criança, que fazem parte da nossa abstração coletiva, no mundo ocidental.

Noutro giro, pretendemos ainda demonstrar como esse processo segue uma lógica não linear, com avanços e retrocessos. Com efeito, percebemos o surgimento de estruturas híbridas. Isto é, conquanto elas surjam como algo novo, traduzindo outros arranjos sociais, ao mesmo tempo, elas trazem consigo vestígios de uma era remota. O ser humano continua se associando, unindo seus esforços a partir de sociedades de cooperação. Trata-se agora de uma nova roupagem, uma nova dimensão organizacional, mas que ao mesmo tempo, traz consigo ideias enraizadas no seio social, construídas em outro tempo, e próprias de outra lógica de relações de poder. Nosso objetivo é, pois, seguir esse rastro de uma maneira fluída. Como saímos de uma sociedade feudal para uma comunidade global de microfamílias humanas?

Phillipe Ariès destaca três pontos de inflexão relevantes. O primeiro deles seria "o novo papel do Estado", o qual teria adentrado em uma rota de ascensão até a sua consolidação como Estado-Nação. De fato, como aponta *Ariès, 'o Estado e sua justiça vão interferir com maior frequência* (...) *de fato cada vez maior ao longo do século XVIII, no espaço social que antes estava entregue às comunidades*"[113]. O segundo fato, segundo ele, seria o "*desenvolvimento da alfabetização e a difusão da leitura, sobretudo graças à imprensa*". Por fim, aponta a quebra do monopólio ideológico da Igreja Católica, e a consequente transmudação do fenômeno religioso cristão, o qual encontrará um novo fôlego nas novas religiões protestantes, no curso dos séculos XVI e XVII.

O que notamos em paralelo a esses fenômenos apontados por Philippe Ariès, foi o surgimento de um conceito de vida privada em oposição à vida pública como uma das mais marcantes transformações desse período. Na medida em que os grupos tornam-se menores, as pessoas de certa forma têm mais tempo para viverem experiências individuais. Surge um desejo crescente pelo isolamento, pela vivência por momentos de solidão. De repente o ser humano se reconhece como um sujeito, e passa a ter prazer em expressar-se, em ler, em mandar cartas, diários. Amplia-se o tempo que o homem destina à introspecção. E os ambientes vão projetar esse movimento de busca por momentos de *privacidade*, *isolamento*. As casas passam, aos poucos, de ambientes coletivos, para um ambiente duplamente murado. A casa se fecha para a rua e os indivíduos fecham-se em si mesmos, em seus cômodos privativos.

Se no calendário de Adelaïde de Savoie, a vida comum no século XV é retratada no mercado, com a proliferação de sujeitos e atividades, revelando o fio de continuidade entre a morada e a rua, nas obras do século XVI, a vida em comum passa a ser predominantemente e

[113] ARIÈS, Philippe. Por uma história da vida privada. In ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 11.

progressivamente reveladora de uma vida privada em família. O artista amplia, pois, as suas possibilidades de criação. Além do olhar direcionado para o mundo exterior, ele agora pode retratar a vida pulsante que brota no interior das residências.

> No calendário do livro de horas de Adelaïde de Savoie aparece o mercado (...) Outra cena do mesmo calendário representa a volta do mercado: uma comadre para falar com a sua vizinha, que está na janela; alguns homens descansam sentados em um banco, protegidos por um telheiro, e distraem-se vendo meninos jogar e lutar. Essa rua medieval, assim como a rua árabe de hoje, não se opunha à intimidade da vida privada; era um prolongamento dessa vida privada, o cenário familiar do trabalho e das relações sociais. Os artistas, em suas tentativas tardias de representação da vida privada, começariam por mostrá-la na rua, antes de segui-la até dentro de casa. Talvez essa vida privada se passasse tanto ou mais na rua do que em casa [114]. O aparecimento do tema da família na iconografia dos meses não foi um simples episódio. Uma evolução maciça arrastaria nessa mesma direção toda a iconografia dos séculos XVI e XVII. (...) Antes do século XV, portanto, as cenas de interior são muito raras. A partir de então, elas se tornam cada vez mais frequentes. O evangelista, antes situado em um meio atemporal, torna-se um escriba em sua escrivaninha, com a pena e a raspadeira na mão. (...) As cenas galantes e as conversações se passam agora no espaço fechado de uma sala. (...) A representação mais frequente do quarto e da sala corresponde a uma tendência nova do sentimento, que se volta então para a intimidade da vida privada. As cenas de exterior não desaparecem, é certo (...). A vida privada, rechaçada na Idade Média, invade a iconografia, particularmente a pintura e a gravura ocidentais no século XVI e sobretudo no XVII: a pintura holandesa e flamenga e a gravura francesa comprovam a extraordinária força desse sentimento, antes inconsistente ou menosprezado. **Sentimento já tão moderno, que para nós é difícil compreender o quanto era novo**.[115]

J. Habermas, na sua obra "A transformação estrutural da esfera pública", chama a atenção para uma nova ordem de costumes, a partir do século XVII, decorrente da consolidação da burguesia como um novo grupo social. Essa nova relação das famílias com a economia e a reprodução do capital, em um movimento liberalizante, repercute também sobre o indivíduo e a sua morada. Essa necessidade de compartimentalização evidencia, a seu ver, um reflexo de um desejo mais profundo e psicológico de emancipação[116].

Trata-se, com efeito, de um fenômeno plural, que aos poucos se projeta no conjunto da sociedade. Ele não se dá de forma imediata, nem de maneira uniforme. A ideia de uma separação estanque entre o universo público e o privado fortalece-se como uma realidade imaginada, na medida em que o próprio ser humano começa a agir em função dela. A historiadora Michelle Perrot nos aponta um movimento bastante significativo de consolidação dessa ideia nas relações familiares e sociais: as mudanças no fenômeno de produção econômica familiar no curso do Séc. XIX. Ela registra que, na primeira metade do século

---

[114] ARIÉS, Phillip, e DUBY, Georges (org.) *Op. Cit.*. p. 133.
[115] ARIÈS, Phillippe. *Op. Cit.*. p. 137-138.
[116] HABERMAS, Jürgen. *The structural transformation of the public sphere (Ebook)*. Cambridge: Polite Press. p. 46.

XIX, a estratégia de produção familiar protoindustrial era integrada. Os membros da família, inclusive as crianças participavam de alguma forma do projeto-econômico desta sociedade de cooperação[117]. Assim, leciona:

> **A proto-industrialização apostou fortemente na célula familiar, onde se entrelaçam a empresa e o domicílio**. (...) O próprio patrão dá o exemplo: ele mora perto, às vezes no fundo de sua fábrica; a esposa cuida da contabilidade, e os empregados comparecem às festas de família. O paternalismo foi o primeiro sistema de relações industriais (...). Como forma elementar da vida popular, a família também foi o modo predominante de acumulação originária e de gestão do capitalismo oitocentista. A história das empresas é, em primeiro lugar, uma 'história familiar'. (...) A genealogia das empresas, portanto, segue rigorosamente a genealogia das famílias[118].

A historiadora aponta para essa imbricada relação de amor, solidariedade, trabalho e cumplicidade, que se solidifica na família em torno da produção de bens e riquezas, e ainda, a transposição de sua significância para a atividade econômica em si. Se a família unida conseguia erguer uma empresa, por outro lado, uma empresa forte deveria se unir tal como uma família:

> Os fundadores das grandes magazines levaram o modelo da 'boa administração caseira' a seu ponto mais alto. O painel luminoso que, ainda hoje [1986], no último andar da loja de departamentos Samaritaine, relata a história edificante de Cognacq e Louise Jay exalta as virtudes e a união laboriosa desse casal ideal, que fazia sua contabilidade à noite, à luz de uma lâmpada. Enviuvando e sem descendentes capacitados, madade Bouciché, e seus sucessores cultivam o tema da fidelidade, fundamento de uma legitimidade reforçada pelos casamentos internos entre gerentes e acionistas. Mesmo as instituições visam a formar uma equipe de altos funcionários por promoção na carreira pretendem construir uma 'família, se não biológica, moral', realmente legatária através da associação entre o capital e o trabalho. Tudo isso vem acompanhado por um controle rigoroso da vida privada e por uma 'impiedosa domesticação'.[119]

Em dado momento, porém, a demanda pela crescente profissionalização e a tormentosa vida urbana e de trabalho geram o desejo no pai de família de separação desses ambientes. Logo, a segunda metade do século XIX vê um movimento de ruptura paulatina dos negócios familiares, com a devida compartimentalização. O chefe de família passa a administrar seus negócios sozinho, deixando à esposa apenas a administração do lar. A

---

[117] Ariès também identifica essa relação de solidariedade associativa no trabalho no campo, no século XVI: "Numerosas tapeçarias do século XVI descrevem essas cenas campestres em que os senhores e suas crianças colhem uvas e supervisionam a colheita do trigo. O homem não está mais sozinho. O casal não é apenas o casal imaginário do amor cortês. A mulher e a família participam do trabalho e vivem perto do homem, na sala ou nos campos. Não se trata propriamente de cenas de família: as crianças ainda estão ausentes no século XV. Mas o artista sente a necessidade de exprimir discretamente a colaboração da família, dos homens e das mulheres da casa, no trabalho quotidiano, com uma preocupação de intimidade outrora desconhecida". ARIÈS, Phillippe. *Op. Cit.* p. 133.

[118] PERROT, Michelle. Funções da família. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 95-99.

[119] Ibidem. p. 99-100.

família, que deve ser protegida desse ambiente, retira-se para o subúrbio ou para o interior, a fim de compor uma morada bucólica. A casa passa a ser vista pelo grupo como um necessário lugar de descanso, sem os incômodos e os desprazeres próprios de uma vida pública, comercial, e certamente conflituosa.

> Desse ponto de vista, o exemplo das burguesas do Norte, das quais Bonnie Smith nos deu um retrato agora clássico, é impressionante. Na primeira metade do século XIX, elas participavam na administração dos negócios, faziam a contabilidade da empresa, preferiam que o dinheiro fosse investido na indústria, e não na compra de vestidos de seda. Na segunda metade do século, apenas as viúvas prosseguem com essa tradição. Por volta dos anos 1850-1860, a maioria das mulheres se retira da esfera econômica para se isolar em casa. As modificações do habitat consolidam esse distanciamento, que marca uma guinada no sistema de relações industriais menos paternalistas; os patrões deixam de morar no perímetro ou na proximidade de suas fábricas; enriquecidos, fogem à fumaça, ao cheiro e à visão da miséria; (...)[120].

Outros fatores também são decisivos e relevantes para mudanças nas relações sociais. A primeira delas certamente é de ordem demográfica: o contínuo crescimento populacional somou-se ao fenômeno do aumento da expectativa de vida da população. Dominique Barthelemy, em seus comentários sobre a sociedade feudal, afirma que os estudos da linhagem capetíngia não apontaram nenhum encontro de netos com seus respectivos avós, antes de 1214[121].

Em contraposição, Anne Martin-Fugier nos presenteia com uma carinhosa narrativa de Victor Hugo sobre seus netos, datada de 1871. Passados mais de seiscentos anos, conhecer os parentes, e, sobretudo a descendência, é um si mesmo um fenômeno novo, que passa a receber um contorno sentimental para o ser humano. A chegada dos netos em um momento onde já se pode pausar e se propor à reflexão sobre a própria vida. Enfim, é possível enxergar outro sujeito, para além do "meu filho", do "meu herdeiro". A criança ressurge nesse novo quadro familiar como um catalisador do afeto e uma lembrança da marcação do tempo. O avô vê na criança o outro eu?

> Em 22 de fevereiro de 1871, Victor Hugo escreveu: 'Levo a passeio o pequeno Georges e a pequena Jeanne em todos os meus momentos livres. Poderiam me qualificar de 'Victor Hugo, representante do povo e babá de crianças'. Magnífico paralelo entre a vida pública e a vida privada. Longe de privilegiar a primeira, Hugo coloca seu papel de homem político e seu papel de avô no mesmo plano. Em 1877, oito anos antes de morrer, ele publica 'A arte de ser avô'. Ao longo de toda coletânea, ele se mostra 'Victor, sed victus, retomando o título de um poema: ele, que jamais se dobrou a tirano algum, foi 'vencido por uma pequena criança'. (...) Mas são as crianças que, acima de tudo, garantem a continuidade do tempo. E se 'os

[120] PERROT, Michelle. Figuras e papeis. *In* Ibidem. p. 129.
[121] Ibidem. p. 100.

> filhos de nossos filhos nos encantam', é porque através deles se tece o fio do tempo, retoma-se interminavelmente o ciclo da vida[122].

Algo que parece singelo, porém dotado de enorme significância. A marcação do tempo é hoje tão feroz e implacável nas nossas vidas. É possível que haja um aplicativo hoje calculando os minutos e segundos que faltam para o começo das Olimpíadas do Rio. Haveria na UERJ um marcador com os segundos que faltam para a entrega dos trabalhos e da dissertação? O tempo se consome no piscar dos nossos olhos. Temos incontáveis registros, aniversários, relógios, celulares, tudo para que possamos, de alguma forma, tentar controlá-lo. Mas essa não era a realidade dos nossos parentes mais distantes. O tempo era um ser maior que não admitia qualquer marcação, controle ou submissão. E quando o transformamos numa ciência exata, nós descobrimos algo muito importante. Todo o ser humano é feito de tempo. Somente com esse raciocínio, o ser humano parou para pensar nas crianças, não como sujeitos-objetos relacionais, mas como sujeitos de uma nova geração. Philippe Ariès nos prestigia com a seguinte passagem:

> Quando o humanista Thomas Platter, natural do Valais, conta a história de sua vida, diz com bastante precisão quando e onde nasceu, mas se considera obrigado a envolver o fato numa prudente paráfrase: 'E, para começar, não há nada que eu possa garantir menos que do que a época exata do meu nascimento, responderam-me que eu tinha vindo ao mundo em 1499, no domingo da Quinquagésima, no exato momento em que os sinos chamavam para a missa'. Curiosa mistura de incerteza e rigor. Na verdade, não se deve tomar essa reserva ao pé da letra: trata-se de uma reserva de praxe, lembrança de um tempo em que não se sabia jamais de uma data exata[123].

Noutro giro, marcante consequência dessa virada demográfica consistiu na migração da população das zonas rurais para as cidades. O excesso populacional fez com que se mudassem os costumes, evidentemente. Se antes, as famílias conseguiam manter-se unidas nas zonas rurais em estruturas de médio porte, com o passar do tempo, elas passaram a ver seus membros se diluírem, tomando o rumo de outras regiões. Essa expansão deu-se, inclusive, além mar, uma vez que, após as grandes navegações do século XVI, muitos europeus dirigiram-se às colônias britânicas, portuguesas, espanholas, holandesas e francesas. A população cresceu e também as possibilidades de novos destinos. O homem começa a migrar novamente e, de alguma forma, a se desprender da propriedade patriarcal.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar a influência crescente da religião católica, inicialmente, e na sequência, após o movimento da Reforma, das novas

---

[122] MARTIN-FUGIER, Anne. Os ritos da vida privada burguesa. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 244.
[123] ARIÈS, Phillippe. *Op. Cit.*. p. 4.

denominações protestantes. A religião sustentava-se como o fio condutor da sociedade desde o fim da Idade Média. A sua capacidade de penetrar nos microssistemas consistia numa consequência de seu poder ideológico. O monopólio do discurso teológico garantiu à Igreja Católica, durante muito tempo, manter intactas suas ideias em nível de macrossistema.

Conquanto o movimento reformista tenha logrado abrir uma brecha nessa estrutura, apontado problemas e incongruências, fato é que as religiões protestantes reformularam uma teologia ainda cristã, fundada agora no trabalho e na família. Esses dois modelos teológicos, cada qual com suas particularidades, tiveram o condão de moldar o comportamento social, e, sobretudo, das associações civis, formadas por homens, mulheres e crianças. Eles mantiveram intactas estruturas que remontavam à sociedade feudal, tais como o casamento e a divisão da sociedade em um modelo hierárquico e de submissão, pautado pela diferença de gênero. O discurso religioso apropriou-se de um conceito de mundo público e mundo privado, favorecendo o engessamento de papeis no seio familiar, com a marginalização das mulheres e das crianças da vida pública.

Estas são a nosso ver, as principais mudanças ocorridas na sociedade, de forma bastante resumida, que tiveram impacto na evolução da formatação das relações familiares e do poder parental, nos séculos seguintes.

1.2.2.3.2 A evolução da família

Segundo Philippe Ariès, "*toda a evolução de nossos costumes contemporâneos torna-se incompreensível se desprezamos esse prodigioso crescimento do sentimento da família. Não foi o individualismo que trinfou, foi a família*" [124]. Ariès também traz à tona uma ideia que permeia todo o seu trabalho. Em um determinado momento da história, os pais abriram os olhos, e pasmos, descobriram que aqueles seres pequenos e cambaleantes, frágeis e arredios, eram sujeitos para além de filhos e herdeiros. Quando os pais percebem a subjetividade intrínseca desse pequenino ser, a família nutre-se de um novo elemento – o afeto. As crianças evoluem, portanto, a seu ver, em paralelo à instituição familiar, influenciando o formato e a dinâmica do microssistema[125].

Ariès defende que uma das razões para a mudança de tratamento da criança no contexto familiar decorreria da diminuição das taxas de mortalidade infantil, o que teria propiciado aos pais (a bem da verdade, as mães) permitir-se amar seus filhos, sem uma

[124] Ibidem. p. 191.
[125] "A família transformou-se profundamente na medida em que modificou suas relações internas com a criança". Ibidem. p. 154.

barreira psicológica construída no intuito de evitar a dor constante da perda. Conquanto a tese de Ariès seja possível, acreditamos que haja algo mais. Tão importante quanto o decréscimo da mortalidade infantil, é a realidade imaginada que envolve uma sociedade, e com ela cria mitos, valores e cenários, que em conjunto moldam a realidade do ser humano.

O próprio Ariès traz à tona o poderoso arranjo de forças entre a família e a Igreja, quando menciona os retratos de família que emergiram ao longo do século XV, sempre situados em uma cena de matriz religiosa. Os doadores das Igrejas criaram, portanto, uma espécie de arte, de representação que, a um só tempo, destacava as famílias e as figuras religiosas e santas. Tratava-se de um retrato de família e de um ex-voto[126].

Igreja e família cresceram e se desenvolveram como sólidas instituições, em evidente relação de mutualismo. Isto é, juntas, montaram um mecanismo de retroalimentação e reciprocidade cooperativa, a qual as manteve vivas e prósperas como um só organismo. É difícil até mesmo determinar a sua origem. Mas é fato que a união civil, ou mesmo as associações da vida civil, foram aos poucos se moldando para adquirir as características representativas da família cristã tal qual apresentada pela Igreja – uma união entre um homem e uma mulher-mãe, santificada, e a sua prole, em torno de um sentimento de afeto.

A construção desta alegoria, dessa instituição ficcional – *a família de cristo-bebê* – fez-se representar e se reproduzir ao ponto de se tornar o modelo de família para o ser humano. Uma vez estruturada no plano real, a família humana também se tornou uma alegoria ficcional e a sua existência, por si só, um modelo de natureza ideológico. Assim, a concepção da família tradicional-cristã adentrou nas estruturas associativas do ecossistema humano. Uma vez alçada ao microssistema, a ideia de família tradicional-cristã protetora da prole consolida-se como regra jurídica, isto é, linguagem estruturada e discurso. Nesse ponto, ela adquire uma recarga de energia, na medida em que não se está mais diante de uma possibilidade, ou uma simples ideia, ou mesmo uma imposição coercitiva exercida a nível local[127]. A família torna-se, dia após dia, um dado concreto e tangível da realidade.

---

[126] "Essa etapa do retrato dos doadores com sua família pode ser ilustrada com numerosos exemplos do século XVI: os vitrais da família Montmorency em Monfort-L´Amaury, Montmorency e Ecouen; ou os numerosos quadros pendurados como ex-votos nos pilares e nas paredes das Igrejas alemãs, muitos dos quais ainda permanecem em seu lugar nas igrejas de Nurembergue. Muitas outras pinturas, às vezes ingênuas e malfeitas, chegaram aos museus regionais da Alemanha e da Suiça alemã. Os retratos de família de Holbein são fiéis a esse estilo. Tudo indica que os alemães se tenham apegado por mais tempo a essa forma de retrato religiosa da família, destinado às igrejas; ele seria uma forma mais barata do vitral dos doadores, mais antigo, e anunciaria os ex-votos mais anedóticos e pitorescos do século XVIII e XIX, que representam não mais a reunião dos vivos e dos mortos, mas o acontecimento miraculoso que salvou um indivíduo ou um membro da família de um naufrágio, um acidente ou uma doença. O retrato de família é também uma espécie de ex-voto". Ibidem. p. 138-139.

[127] "Para que uma instituição natural tão ligada à carne como a família se tornasse objeto de uma devoção, essa reabilitação da condição leiga era necessária. Os progressos do sentimento da família e os da promoção religiosa

A um só tempo, a Igreja Católica focou o seu discurso na concepção imaculada do menino Jesus, valorizando o papel materno da Virgem Maria e a estruturação familiar pautada na monogamia, na convivência, na solidariedade mútua, e na criação das crianças. A Igreja orientou-se para a construção de um messias que assumia na Terra a forma de um bebê, o menino Jesus. A força dessa ideia foi reproduzida dia após dia, através do discurso e das imagens, durante séculos. Ao ponto de que à época da Reforma, as críticas que pairavam sobre a Igreja não tenham sido capazes de atingir o seu discurso sobre a formatação da união conjugal e sua prole. A família que a Igreja criou para Jesus Cristo forjou a família do *sapiens*.

> A evolução em direção a uma representação mais realista e mais sentimental da criança começaria muito cedo na pintura: em uma miniatura da segunda metade do século XII, Jesus em pé veste uma camisa leve, quase transparente, tem os dois braços em torno do pescoço de mãe e se aninha em seu colo, com o rosto colado ao dela. Com a maternidade da Virgem, a tenra infância ingressou no mundo das representações. No Século XIII, ela inspirou outras cenas familiares. (...) o sentimento encantador da tenra infância permaneceu limitado ao Menino Jesus até o Século XIV, quando, como sabemos, a arte italiana contribuiu para desenvolvê-lo e expandi-lo[128].

A Igreja logrou, pois, construir um novo conceito capaz de unir em uma só instituição – a família - as relações de parentesco, de convivência e coabitação, o trabalho de cuidado das crianças, e as relações sexuais entre adultos. E para unir esse novo híbrido, investiu na construção de uma nova ideia - o sentimento de família e de amor pela criança – isto é – o afeto comum como marca registrada desse novo modelo associativo. Nas palavras de Ariès:

> O sentimento de família, que emerge assim nos séculos XVI-XVII, é inseparável do sentimento da infância. O interesse pela infância, que analisamos no início deste livro, não é senão uma forma, uma expressão particular desse sentimento mais geral, o sentimento da família. A análise iconográfica leva-nos a concluir que o sentimento de família era desconhecido da Idade Média e nasceu nos séculos XV e XVI, para se exprimir com um vigor definitivo no século XVII[129].

É importante frisar, contudo, que se trata de um fenômeno que repercute na realidade cotidiana de modo bastante lento, e que se soma aos outros eventos histórico-sociais descritos linhas acima. Trata-se de uma ideia que aos poucos vai adentrando no macrossistema, e cuja força apenas se constata após indeterminados ciclos convectivos ideológicos – o significado

---

do leigo seguiram caminhos paralelos. Pois o sentimento moderno da família – ao contrário do sentimento medieval de linhagem – penetrou na devoção comum. O sinal mais antigo dessa devoção, ainda muito discreto, aparece no hábito iniciado pelos doadores de quadros ou vitrais de igreja de agrupar seu redor toda a família, e, mais ainda, no costume posterior de associar a família ao culto do santo padroeiro. No século XVI, era frequente oferecer como ex-votos retratos dos santos padroeiros do marido e da mulher, cercados pelos próprios cônjuges e suas crianças. O culto dos santos padroeiros tornou-se um culto de família".Ibidem. p. 146-147.

[128] Ibidem. p. 19.

[129] Ibidem. p. 143.

da instituição familiar somente consegue fincar raízes, após uma trajetória cíclica e constante. Entre um polo e outro, isto é, entre a sociedade feudal e a família moderna tradicional de matriz religiosa ocidental, calcada no sentimento de afeto recíproco, podemos registrar, no entanto, a pluralidade como uma marca das práticas associativas domésticas e familiares.

Alguns exemplos evidenciam a inconsistência quanto ao suposto sentimento de afeto dos pais em relação aos filhos (sentimento de família), e consequentemente, a compreensão do papel das crianças no ambiente familiar. Inicialmente, Ariès nos informa sobre a prática comum na Inglaterra do século XV, de troca de crianças entre os grupos familiares. Segundo ele, por volta dos 07-09 anos, as crianças assumiam a responsabilidade de realizar os serviços pesados das casas para onde eram enviadas, permanecendo nessa condição por cerca de uns 08 anos, até completar 14-18 anos[130]. Nessa mesma linha, o autor destaca:

> O sentimento de que se faziam várias crianças para conservar apenas algumas era e durante muito tempo permaneceu forte. Ainda no século XVII, em Le Caquet de l´accouchée, vemos uma vizinha, mulher de um relator, tranquilizar assim uma mulher inquieta, mãe de cinco "pestes", e que acabara de dar à luz: 'Antes que eles possam te causar muitos problemas, tu terás perdido a metade, e quem sabe todos'. Estranho consolo! As pessoas não podiam se apegar muito a algo que era considerado uma perda eventual. Isso explica algumas palavras que chocam a nossa sensibilidade moderna (...) estas de Molière, a respeito da Louison de La Malade Imaginaire: 'A pequena não conta'.[131]

Lynn Hunt, em artigo que trata da Revolução Francesa e a vida privada, analisa a evolução do divórcio na primeira metade do século XIX, com dados reais extraídos de processos judiciais. Uma passagem referente aos filhos, contudo, nos chama a atenção:

> Os pedidos de divórcio raramente resultavam em conflitos pela guarda dos filhos, de um lado porque a maioria dos solicitantes já não tinha filhos pequenos (60% dos casais registrados em Lyon e Rouen não tinham filhos menores de idade), e de outro porque nem os tribunais nem os pais consideravam os filhos como parte integrante da célula familiar. Ademais são raras as referências aos filhos nos depoimentos dos casais ou nas discussões dos tribunais; (...)[132].

Michelle Perrot e Jacques Gélis confirmam como uma prática recorrente da sociedade francesa a entrega das crianças às amas-de-leite[133]. Além disso, suas respectivas análises evidenciam a contradição essencial que envolve o fenômeno da parentalidade. Conquanto as

---

[130] Ibidem. p. 154.
[131] Ibidem. p. 22.
[132] HUNT, Lynn. Revolução francesa e vida privada. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 35.
[133] "A evolução do sentimento da infância não se manifesta de maneira linear. (...) Entregar um filho à nutriz não constitui uma novidade no século XVI: em Florença tal prática é conhecida desde o final do século XIV, e difunde-se no decorrer do XV. Essa separação, que sempre se pretende temporária e, como sabemos, muitas vezes termina com a morte do bebê, é severamente condenada por um discurso médico erudito e moralizador, que tende a culpar os pais: os animais nutrem bem seus filhotes... Se os pais desprezam as críticas, é porque outros valores, diferentes daqueles do mundo rural em que as crianças vivem com suas amas, impõem-se ao mundo urbano". In ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *Op cit*. pp. 311-312.

crianças tenham assumido um papel central no discurso sobre a família ideal cristã – o elo de afeto que une o casal, e que rejuvenesce as antigas gerações, na prática, os cuidados a elas dispensados demandam dedicação exclusiva e uma carga pesada de trabalho.

Este fato alinhado aos diferentes papeis assumidos na família, variáveis em função do gênero, nos indica que a própria significância em torno da noção de sentimento de família era ambígua. Os pais eram figuras de comando, distantes das demandas mundanas das crianças, sempre necessitadas de comida, de limpeza e de atenção. As mães que, por sua vez, tinham condições financeiras mais privilegiadas também podiam se dar ao luxo de evitar o trabalho incomensurável dos primeiros anos de vida. Como esses sentimentos tão contraditórios, e por isso, tão humanos, se compatibilizam com uma verdade universal de que a família se une a partir de um novo sentimento de afeto? É uma luta ideológica que se trava entre o discurso e a realidade. As lições de Michelle Perrot são riquíssimas:

> O bebê, que até os anos 1860-1880 era chamado, à inglesa, de baby, emerge muito mais lentamente dos cueiros do Menino Jesus, mesmo tendo as classes dominantes descoberto o seio materno no século XVIII. Sob esse aspecto, aliás, o século XIX é paradoxal: o uso de amas-de-leite atinge o ápice e o abandono dos filhos quebra recordes. No entanto, no final do século surge uma nova ciência: a puericultura. (...) Jenny e Laura Marx, mães fecundas e, apesar de todos os seus cuidados, enlutadas, relatam a Karl todos os prodígios de seus filhotes. E a maioria das correspondências burguesas apresenta certo tom de nursery rhymes. Caroline Brame-Orville mantém um registro diário do despontar de sua pequena Marie, tanto e tão longamente desejada. Berthe Morisot oferece a tradução pictórica dessa contemplação do berço. Flaubert ri às gargalhadas ao ver um berço no palco de um teatro. Mesmo os pais mais atentos não dedicam mais que um olhar distraído aos seus bebês. Gustave de Beaumont passa a se interessar pelo filho quando este começa a andar; iniciação viril: 'Agora ele vai à caça comigo, com uma espingarda de madeira'.[134]

Noutro giro, convém aqui registrar que historiadores identificaram nesse período diversos modelos de associação civis/domésticas, que de certo já não mais podiam se enquadrar na dinâmica feudal, mas que tampouco se amoldam ao conceito moderno de família – de núcleos pulverizados em torno de um casal monogâmico e sua prole. Para Alain Collomp, as práticas associativas na França, no período do Antigo Regime, evidenciavam um verdadeiro mosaico cultural, variando de famílias simples até estruturas complexas de coabitação e convivência de uma sequência de gerações. Muito embora houvesse oficialmente duas linhas centrais de organização e costumes (simples/igualitária[135] e complexa/baseada na primogenitura), havia a bem da verdade, uma confusa rede de regras e práticas sociais consolidadas, que seguiam o direito consuetudinário regional. Para o autor:

> Na realidade, o mapa é infinitamente mais complicado, com áreas de transição nas províncias centrais e áreas inigualitárias em províncias ou 'regiões' do norte e do

[134] PERROT, Michelle. Figuras e papéis. *Op. Cit.* p. 139-140.
[135] Ressalve-se aqui que o termo "igualitário" leva em consideração apenas os filhos homens.

> leste do território francês. Impõe-se uma restrição na interpretação e no uso que possamos fazer de tal mapa: a geografia das heranças fundamenta-se numa análise de textos jurídicos consuetudinários das diferentes províncias francesas; apresenta apenas características diversas de direito familiar que nem sempre correspondem à realidade das práticas familiares das quais vão depender as estruturas do grupo residencial. Deparamos com a mesma complexidade nas diferentes províncias da Alemanha, Itália ou Espanha[136].

Um dos sistemas reconhecidos nesse período é denominado de "família-tronco". De acordo com esse sistema organizacional, um dos filhos permanece na residência dos pais, na condição de um futuro sucessor. Neste modelo o que se visa transmitir não é apenas a propriedade, mas o *posto* que o pai ocupa na sociedade. Logo, podemos pensar em outras coisas distintas da propriedade, como um determinado ofício, um comércio, uma posição na administração local, um cargo parlamentar. Trata-se basicamente de um filho escolhido para substituir o pai quando este vier a falecer. A existência de um grupo mais amplo gera uma potencialidade maior para a ocorrência de conflitos e desentendimentos[137]. Como consequência, trata-se de uma estrutura familiar sobremaneira hierarquizada, marcada pela divisão estanque de papeis e pela clivagem de gênero.[138]

Alain Collomp apresenta ainda uma variante da "família-tronco" encontrada no Leste da Europa, na Alemanha, na Áustria e na Irlanda. Nessas regiões, o casamento do herdeiro importava necessariamente no deslocamento dos pais para uma posição marginal. É resumidamente o reconhecimento de um fim de uma era e da mudança do papel de protagonismo familiar. Sob essa ótica, o novo casal assume a responsabilidade pelas atividades produtivas centrais, e passa a se responsabilizar pelos cuidados e pela subsistência dos mais velhos – agora "aposentados".[139]

O historiador registra outra forma associativa – as grandes comunidades familiares. Cada vez mais raras, é possível encontrar exemplares de propriedades comunitárias no curso dos séculos XVIII e XIX, sobretudo, nas áreas rurais. O autor menciona que além das lendárias *zadrugas* iugoslavas, tais comunidades populosas – compostas por avós, tios-avós, diversos casais, e netos – existiam na Europa central e oriental, na Hungria, na Romênia, na Rússia, e até mesmo na França[140]. Trata-se, como alguns chamam de *communs*, *communes*,

---

[136] COLLOMP, Alain. Famílias, habitações e coabitações. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 499.
[137] COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 500.
[138] "Como diz Lazare de La Salle de L´Hermine nas memórias de sua viagem pela Alsácia: 'Seja qual for o festim, a mãe de família nunca vem à mesa antes da sobremesa, que dizer que, quando se une ao grupo, acredita-se que não há nada mais a pedir ou trazer da cozinha'." COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 503.
[139] COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 506.
[140] "Parece provado que a célebre comunidade dos Quittard-Pinon, que segundo a tradição mítica do final do século XVIII remonta a 'tempos imemoriais' (cinco séculos, dizia-se), foi fundada de fato no final do século XVI por três irmãos, os filhos de Jean Quittard, agricultor do vilarejo de Pinon. No século XVI, ou

parsonniers ou *coparsonniers*, ou também "comunidades tácitas" ou "silenciosas", na medida em que eram constituídas sem qualquer registro civil. Não havia, pois, um contrato escrito que as definisse, bastando para o seu reconhecimento 'a residência e vida em comum durante um ano e dia', tal qual definido pelo direito consuetudinário local. Como nos ensina, Alain Collamp:

> Relatos de viagens do século XVI ao século XIX mencionam a existência da França dessas grandes comunidades de habitação rurais. Em 1575, escreve François de Belleforest, que em sua Cosmographie (Cosmografia) dedica algumas páginas ao Limousin: ' Os habitantes [...] são sadios e alegres, dispostos e fortes e ademais são bons chefes de família que temem a ruína de sua casa [assim] vereis nas aldeias famílias em que um ancião acompanhará até a quarta geração seus descendentes [...] que sem dispensa podem casar-se uns com os outros, sem nunca partilhar nenhum de seus bens: e vi famílias nas quais havia mais de cem pessoas, todos parentes, vivendo em comum como num colégio[141].

Nessa esteira, o autor nos revela que as "comunidades silenciosas" possuíam uma estrutura associativa semelhante a uma sociedade empresária. Os membros dessa populosa associação aparentemente detinham uma quantidade de cotas correspondente a sua participação ou representação. Outro dado interessante: o administrador dessa comunidade não assumia tal função em razão de sua linhagem ou de um critério hereditário, mas através de um processo eletivo[142]. Alain Collamp afirma que esta formação familiar foi de alguma maneira idealizada no séc. XVIII, após a sua descoberta por Joachim Faiget de Villeneuve, em 1755, servindo de inspiração para sonhos de transformação da sociedade francesa.

Não podemos nos olvidar, por fim que, nesse momento da história, a Europa havia, de certa forma, se estendido para além-mar. Com efeito, no continente americano também evoluíam estruturas associativas civis e familiares em paralelo, forjadas a partir de uma miscelânea cultural. Quais eram as suas principais características?

O caso brasileiro é emblemático, na medida em que revela o peso das relações de linhagem e ancestralidade na ocupação do território. Quem não se lembra das lições da 4ª

---

posteriormente, surgiram aldeias a partir de algumas comunidades familiares extintas. J. Chiffre fornece exemplos: 'Em Autunois, a dissolução da comunidade da Chèze, entre 1500 e 1514, suscita a formação de duas aldeias, a do 'Bas de la Chèze' e a do 'Haut de la Chèze', que alguns anos depois tomarão os nomes de Bonnard e dos Pelletier, conservados até a nossa época'." COLLOMP, Alain.. *In* Ibidem. p. 515.

[141] COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 512-513.

[142] "No entanto, contrariamente ao sistema da família-tronco, em que toda a organização depende da presença do herdeiro casado sob o teto familiar e da autoridade do pai, as comunidades familiares de tipo 'tácito' baseiam-se em sociedades de parsonniers e de parsonnières, nas quais cada membro dispõe de certo número de 'cotas' que trouxe ao entrar ou que herda de seus ascendentes. O ingresso de um novo membro através do casamento significa um acréscimo de 'cotas' e pouco altera o funcionamento geral da comunidade. Pelo menos nas formas, há a aparência de um sistema igualitário. Na realidade, as coisas são mais complicadas: no caso de ingresso através do casamento existem ao mesmo tempo um dote de comunidade e um dote pessoal. (...) Embora eleito em caráter vitalício, o 'senhor' é escolhido por outros membros da comunidade". COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 517.

série acerca das capitanias hereditárias? Não havia um aluno que não tivesse decorado aquela definição: "as capitanias hereditárias são lotes de terras doados a nobres portugueses, que passavam de pai para filho". Isto é, o início da nossa colonização pressupõe que uma determinada "linhagem-familiar" iria se responsabilizar pela administração de lotes de terra, que equivaliam ao espaço de Estados inteiros.

Com o fracasso desse modelo de gestão e a implantação dos governos gerais, as terras em sua maioria foram ocupadas sim por famílias, porém em lotes menores, que ali estabeleceram sistemas de *plantation*, mantendo uma estrutura de "casarão central", uma casa do "senhor" em conjunto com uma senzala de escravos. Este foi o modelo que predominou também no sul dos Estados Unidos, na Colômbia, e em tantos países da América Latina. As plantações de frutas, cana de açúcar, algodão e café, eram o móvel que alinhavava esse sistema produtivo de base familiar e escravocrata. Este modelo que reproduzia em parte a lógica feudal perpetuou-se no continente americano até o final do século XIX.

1.2.2.3.3 A regulação político-parental: do micro ao macro – a consolidação de uma aliança

A pluralidade que envolve os arranjos familiares projeta-se também para as estratégias de regulação interna. Os diferentes modelos de microssistema familiar vão buscar uma série de mecanismos para garantir o predomínio hierárquico da respectiva autoridade central sobre seus membros.

O primeiro e mais tradicional modelo de regulação forjado internamente consiste nas regras consuetudinárias de gestão de bens, de herança e sucessão, em momento anterior à era da codificação. Por meio deste mecanismo, as autoridades locais estabelecem um regime cerrado de concentração da riqueza familiar, indicando não só os membros que têm direito à titularidade de um bem ou direito, como o exato momento em que ocorre essa transmissão. A bem da verdade, o pai se apropria do trabalho de todos os demais membros da família, coletivizando-o. Na sequência, monopoliza a gestão das riquezas produzidas pelo grupo, e desenha previamente o processo de transmissão *post-mortem*.

Tais regras foram responsáveis por dividir os integrantes de uma mesma família em diferentes estratos de poder, levando-se em consideração critérios como gênero e ordem de nascimento. Dentro de um mesmo grupo, havia uma prática consuetudinária de segmentação de direitos e deveres. O pai precisa todo dia renovar a sua posição de autoridade central e de submissão dos demais. A realidade imaginada comum que se cria, a partir dessa demanda, é de concentração de toda a capacidade de dispor em apenas um único sujeito. Com o monopólio da atividade civil – de gestão e disposição de bens, direitos e riquezas – o pai

amarra os demais membros desta microssociedade em torno de si mesmo. É o que nos ensina Alain Collomp:

> As disposições legais no tocante à herança fornecem uma base sólida para a manutenção da autoridade paterna na Provença, no Languedoc, na Aquitânia. De posse do patrimônio familiar, o pai não só tem toda a liberdade de, através de testamento ou de doação entre vivos, beneficiar um de seus filhos em detrimento dos outros, como ainda pode conservar o usufruto dos bens cuja propriedade, conforme estipula o contrato de casamento, cabe ao filho que permanece com ele – com essa prática prudente e segura, preserva seu patrimônio, mantém a família em rédea curta e continua sendo respeitado. (...) O pai só consente em emancipar os filhos que deixaram sua casa e se estabeleceram alhures, separados da domus paterna. O fils de famille, como em geral se designa o herdeiro, mesmo que seja casado e tenha quarenta anos, ainda não possui a liberdade de decidir, negociar, testar. Deve submeter-se ao pai. A análise das práticas revela que, ainda no século XVIII, esses fils de famille suportavam a autoridade que o pai exercia sobre eles, sobre sua esposa e sobre seus filhos[143].

Um olhar atento à Revolução Francesa nos mostra que parte da frustração que alimentava o fervor revolucionário advinha de uma história familiar malresolvida. Por que um filho era erigido à posição de substituto do pai, e os outros eram simplesmente condenados ao ostracismo? A chama da igualdade nasce em um primeiro momento, na calada da noite, nas horas em que a raiva nutre a insônia. Em inspirada passagem, Alain Collomp desnuda os fios dessa trama:

> Lugares designados nos cômodos da casa, ritual de mesa, aprendizagem desde a mais tenra infância de atitudes, gestos e palavras no interior e fora (em muitas regiões as crianças tratam os pais por vós: assim se elaborava todo um sistema pedagógico que visava incutir nas jovens gerações o respeito aos mais velhos, a fazer os dominados – os filhos mais novos, nora – aceitarem as preferências com relação ao primogênito, as manifestações de deferência devida aos pais"[144].

A igualdade que os revolucionários são capazes de projetar na esfera pública nada tem a ver com uma igualdade universal do século XXI. O sentimento de inferioridade busca a igualdade. O desejo de autonomia move o homem. Uma igualdade egoísta e não altruísta. Michelle Perrot apresenta uma questão relevante da Revolução Francesa: algo que de longe pode parecer ridículo: a consagração do tratamento informal, com a substituição do pronome "vous" pelo pronome "tu" [145]. [146] Essa manifestação singela da troca do formalismo do "vous"

[143] COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 504.
[144] COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. pp. 503.
[145] "O simbolismo revolucionário não era unilateral. Os símbolos revolucionários invadiam o âmbito da vida privada, mas as marcas da vida privada, por seu lado, também invadiam o espaço público. O tratamento familiar por 'tu' se generalizou. Em outubro de 1793, um sans-culotte zeloso encaminhou à Convenção uma petição 'em nome de todos os seus comitentes' para que se votasse um decreto determinado que todos os republicanos 'tratem indistintamente por 'tu' todos aqueles ou aquelas com quem falem a sós, sob pena de se declararem suspeitos'." PERROT, Michelle. Revolução francesa e vida privada. *In* Op. Cit. p. 25.
[146] "A Revolução Francesa tentou subverter a fronteira entre o público e o privado, construir um novo homem, remodelar o cotidiano através de uma nova organização do espaço, do tempo e da memória. Mas esse projeto

francês pelo tratamento indiscriminado informal é mais um indício dessa revolta psicanalítica coletiva – é um sentimento de sufocamento ante ao excesso de modelos reverenciais e autoritários. Os filhos querem a alforria?

Alain Collamp afirma, noutro giro, que estruturas familiares mais igualitárias promoviam uma distribuição de certa forma equitativa dos bens e direitos, o que de certo, ocasionou com o tempo o fracionamento da grande propriedade em pequenos lotes. De toda forma, o autor esclarece que essa maior frouxidão nas relações de transmissão de bens era compensada por outras normas consuetudinárias, o que garantia uma proximidade desses parentes. Segundo Collamp: "*Nos países de campos abertos onde se exerce um modo de partilha igualitária, existe um conjunto de regras jurídicas e de práticas que atestam uma grande solidariedade de linhagem*"[147].

Logo, observamos que até o final do Século XVIII, sobretudo na França, há um processo de regulação espontânea destes microssistemas. A regionalidade aqui parece funcionar como uma espécie de macrossistema local, delineando as regras de conformação familiar, a partir de uma base territorial. Essas normas apresentam-se sob a forma dos costumes, isto é, elas não estão codificadas. Elas trazem uma nota de autorregulação. Vale dizer, as próprias comunidades regulam-se, sem a intervenção estatal. Todo o processo de regulação interna nasce da própria comunidade, situada em um determinado ecossistema. Se dentro de um mesmo país, por ex. a França, pudemos observar diversas práticas, e, com efeito, diversos modelos autorregulatórios, sem dúvida, podemos afirmar que o Estado não detinha o controle sobre os modelos de organização familiar. Essa relação entre as famílias e o Estado nesse momento da história é, digamos assim, menos engessada. Os limites que as famílias encontram nesse momento advêm muito mais da cultura e do fenômeno religioso, que propriamente do Estado.

Do outro lado do Atlântico, percebemos nas *plantations* um fenômeno híbrido – uma espécie de comunhão entre a novel organização familiar e o sistema feudal. De fato, nós podemos falar em "famílias brasileiras", "latino-americanas", ou "norte-americanas", detentoras de propriedades e de escravos. Não se trata aqui de meras relações de parentesco,

---

grandioso fracassou diante da insistência das pessoas. Os 'costumes' se mostraram mais fortes do que a lei. Essa experiência impressionou muito os pensadores da época. Para Benjamin Constant, George Sand ou Edgar Quinet, é um tema em constante reflexão. Em que aspectos a Revolução alterou - ou não – a vida deles e a de seus concidadãos? George Sand mostra como os camponeses de Berry resistiram ao tuteamento que os 'senhorezinhos da cidade' – essa burguesia tão orgulhosa de tratar a avó de George Sand, madame Dupin, por 'tu' – queriam impor". PERROT, Michelle. A família triunfante. *In Op. Cit.* p. 79.

[147] COLLOMP, Alain. *In* Ibidem. p. 507.

consanguinidade e política. Nada obstante, a forma de regulação interna, marcada por um sistema de escravidão, remonta à brutalidade da autoridade do sistema feudal.

Mark Dirk Dubber defende na sua obra *The police power: patriarchy and the foundations of american government* que práticas e atividades correntes nos Estados Unidos da América nos séculos XVIII e XIX são meras reproduções de costumes antigos. A seu ver, o poder de polícia segue a lógica de uma subordinação total e irrestrita de um senhor que arbitrariamente define o destino de todos aqueles que se encontram em posição hierarquicamente inferior. Conquanto Dubber busque com isso um paralelo entre a ação discricionária do senhor feudal, do *pater familias* e o poder de polícia estatal, suas referências às *plantations* norte-americanas revelam a estrutura social dessas associações civis/familiares.

Pela narrativa apresentada, parte da regulação interna do microssistema, o qual incluía a família imediata e escravos, era feita de forma arbitrária e autoritária pelo pai de família. Mais do que um processo de autorregulação, calcado em normas consuetudinárias, o que prevalecia nesse ambiente familiar era a regulação pela força, arbitrariedade, violência e opressão. A disciplina doméstica era aquela definida pelo senhor de terras, fossem os sujeitos passíveis de tal disciplina membros de sua família ou escravos. Nas palavras de Dubber:

> O castigo corporal era o fator disciplinador preferido utilizado por capatazes de plantação, como tem sido por chefes de família desde tempos imemoriais. (...) E na Virgínia colonial, assim como em plantações americanas de todos os lugares, '[o] poder de capatazes para chicotear seus escravos era, na prática, quase ilimitado. (...) O pai, como chefe de família, manteve o direito de 'castigar' sua esposa e filhos ao longo do século XIX. (...) Castigo corporal, e mais uma vez chicotadas em particular, eram considerados indispensáveis para impor disciplina em ambientes de governança doméstica para além da própria família"[148].

Outra questão interessante nesse cenário das *plantations* diz repeito à consolidação de um sistema de regulação interna complexo. A autoridade local projetava-se não somente sobre as relações de trabalho e produção, mas também, e, sobretudo, sobre toda a vida dos escravos, o que incluía obviamente as suas relações familiares. Logo, os senhores de terra podiam imiscuir-se em tudo, desde o casamento até a criação dos filhos. Trata-se, portanto, de um microssistema composto por duas camadas associativas. Em um primeiro plano, estamos diante de uma estrutura geral que comporta todos os indivíduos que formam uma grande associação hierarquizada. Nada obstante, dentro desse sistema, emergem pequenos outros núcleos associativos, microfamílias – compostas por membros de hierarquia inferior. Com efeito, estamos diante de famílias que se sujeitam à "autoridade externa".

---

[148] DUBBER, Markus Dirk. *The police power: patriarchy foundations of American government*. New York: Columbia University Press. 2005. pp. 31-32.

Paul Finkelman afirma que, na prática, muitos escravos viviam em pares, como um casal. Ocorre que oficialmente os escravos não podiam casar, uma vez que para tanto necessitariam demonstrar capacidade civil. Logo, a decisão sobre a celebração ou não do casamento era um ato discricionário do senhor de terras[149]. Nessa esteira, os senhores também eram livres para desmembrar famílias, para vender suas crianças. O autor acrescenta ainda que muito embora alguns Estados norte-americamos proibissem o leilão público de crianças em tenra idade, nada impedia que estas fossem objeto de negociação privada ou mesmo de doação. Esclarece que as crianças pequenas eram em regra dadas como presente de casamento, aniversário ou de confirmação. Como bem registra Finkelman, "*Nenhum escravo podia contar com a santidade do casamento ou da vida em família. Quando maridos escravos tentavam proteger suas esposas de punições, eles eram também punidos ou mesmo processados*"[150]. Segundo Jeff Forret, a regulação dos senhores sobre a vida familiar dos escravos incluía em regra a oposição/proibição de casamento *inter plantations*. Tratava-se de uma situação que poderia gerar alguma incerteza jurídica quanto ao domínio da prole. Melhor, portanto, evitá-la[151].

Jeff Forret analisa ainda a importância crescente da escrava e da sua prole para o senhor de terras a partir de 1808, ano em que os Estados Unidos oficialmente proíbem a comercialização internacional de escravos (*transatlantic slave trade*). Sem a possibilidade de ampliar a sua mão-de-obra, os senhores apostam na capacidade reprodutiva das escravas como forma de compensar essa derrota. O autor esclarece que muitos pais não gostavam de ver uma interferência da "casa grande" na criação de seus filhos. Entretanto a influência dos senhores de terra na organização familiar dos escravos era um dado real. Consequentemente, as crianças logo cedo aprendiam a lidar com essa dupla camada de autoridades. Os pais nesse contexto buscavam proteger seus filhos, ensinando-lhes regras de etiqueta, rituais de deferência e aprimorando a sua capacidade de trabalho[152].

Pois bem, voltando à Europa central, sobretudo à França, devemos nos atentar para um fenômeno que começa a despontar nesse período: a crescente formação de alianças regulatórias entre as autoridades local e central. Na medida em que o Estado ressurge com a pretensa soberania sobre todo o território e o povo, os pais de famílias passam a buscar apoio junto a essas estruturas, com o objetivo duplo de legitimação e consolidação do poder local.

---

[149] FINKELMAN, Paul. United States slave law. In PAQUETTE, Robert. e SMITH, Mark. (Org.). *The Oxford Handbook of Slavery in the Americas*. Oxford: Oxford University Press. 2016. p. 439.
[150] FINKELMAN, Paul. In Ibidem p. 439.
[151] FORRET, Jeff. Early republic and antebellum United States. In PAQUETTE, Robert. e SMITH, Mark. (Org.). *The Oxford Handbook of Slavery in the Americas*. Oxford: Oxford University Press. 2016. p. 239.
[152] FORRET, Jeff. *In* Ibidem. p. 237.

Com efeito, cria-se uma regulação interna de matriz híbrida (o início de uma corregulação da ordem social-familiar?). Vale dizer, uma parte das regras e do poder de disciplina consiste no imbricado somatório de forças dessas duas autoridades. Os membros das famílias – sobretudo – os pais, chefes – valem-se do poder do Estado, para legitimar seu poder interno. Basicamente, para auxiliá-los a manter o controle sobre os demais membros da família.

Por certo, não se trata de uma ideia nova. Este pacto entre autoridades era uma fórmula antiga que durante muito tempo uniu chefes de famílias e a Igreja (e também outras denominações religiosas). Juntos conseguiram impor seu domínio sobre os demais membros da família, e, com efeito, sobre toda a sociedade. As regras que engessavam a união civil passavam por conceitos e ideias, tais como o casamento, a monogamia, a inibição da sexualidade, entre outros. Regras que tinham como destinatários certos as esposas e os filhos/filhas. Repare que elas não eram vinculantes ao chefe da família. Se o pai de família cometesse algum desses "equívocos", o que predominava era a tolerância. Logo, a associação regulatória de autoridades locais e centrais sempre foi um modelo jurídico bem-sucedido. Na medida em que a mancha de autoridade desloca-se sorrateiramente da Igreja para o Estado, as autoridades locais a perseguem, buscando renovar esse pacto, agora como os novos donos do poder[153].

Trata-se de uma união não somente de forças, mas também de interesses. O Estado, afinal, visa à soberania total e irrestrita sobre o seu território e seu povo. A associação com os chefes de poder local é um passo fundamental para o tão sonhado controle da população – da preservação da ordem pública e da paz social. Mas de que forma essa aliança se inicia? Quais são os mecanismos empregados para garantir esse acordo?

A historiadora Arlette Farge nos revela que a partir de 1738, em França, o rei nomeia **48 comissários**, representantes do tenente-geral de polícia, para assumirem postos de controle em nível local. Nas cidades, assumem uma gama complexa de atribuições civis, como por

[153] "Desde o século XVII, o cura de aldeia acumula duas funções de igual importância. Além de seu ministério – que exerce com sua nova competência cultural e que se estende cada vez mais com o controle da 'escolinha'–, tem a incumbência de representar a monarquia. A partir de 1667, ele registra os batismos, casamentos e enterros, e o regulamento que em 1737 o obriga a ter cópias desses registros consolida a prática. Nas regiões protestantes, ele é solicitado a enumerar os novos convertidos, aos quais vigia e às vezes denuncia. Substituindo-se aos cônsules, que na região ocitana em geral são analfabetos, estabelece a tributação e ao término da missa lê no púlpito os decretos e regulamentos que recebe do governador da província. Essa dupla missão – política e religiosa – permite-lhe velar por uma ordem familiar cuja norma exprime denunciando o adultério, o concubinato, a gravidez ilegítima; declarando de todo modo sua opinião sobre cada casamento. Seu julgamento pode cobrir alguém de infâmia (...). Como pretende tornar-se o diretor espiritual da metade feminina do vilarejo – sobretudo a que pertence às famílias abastadas –, às vezes perscruta no mais profundo, no mais íntimo, informando-se, por exemplo, sobre a prática dos 'funestos segredos' que permitem escapar à concepção; (...)". FABRE, Daniel. Famílias. O privado contra o costume. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 552-553.

exemplo, a condução de inquéritos para a realização de partilhas de bens e notificações de parentes. ***Esse sujeito é a ponte entre o domínio privado e o domínio público***[154]. Registrem-se as seguintes passagens, nas quais a autora dá vida a esse personagem e a sua respectiva função:

> Obrigatoriamente ´próximo´ do povo, depositário de suas esperanças, suas preocupações e suas vinditas, seus pedidos de proteção e suas indignações, o comissário desempenha no bairro um papel específico (...). Ao mesmo tempo possui (e utiliza) uma imagem de pai ora repreensivo, ora complacente; é uma figura amada e odiada, objeto de repulsa e fascínio ao mesmo tempo. Os autores de tratados ou dicionários policiais alimentam tais imagens e divagam sobre essa função real e simbólica: 'Vejo a casa de um comissário como uma espécie de templo civil[155], onde se vai buscar socorro contra a desgraça. A brandura do vocabulário (casa-socorro) se coaduna com a socialização da função (templo civil). Malgrado o caráter público de sua autoridade, percebemos que se trata também de uma figura intermediária na qual o privado e o público facilmente se conjugam e que absolve as atitudes dos que procuram pedir conselho ou garantia"[156].

O comissário assume o papel de um mediador das famílias, resolvendo os conflitos internos, comuns a toda e qualquer associação. Trata das questões que envolvem a transmissão de bens do *de cujus*, crimes contra a honra e/ou contra a instituição do casamento. De fato, a realidade é um tanto quanto mais criativa do que os projetos das autoridades constituídas. Uma vez instalado e consolidado como um *longa manus* real, o comissário amplia seus poderes, passando a receber não só queixas próprias de uma regulação tradicional, mas também uma série de novas demandas. Esposas queixosas de seus maridos, com o apoio de vizinhos, buscam o comissário, pedindo a prisão do cônjuge varão. Toda a sorte de conflitos familiares passa a mirar nesse sujeito como uma espécie de autoridade externa, supostamente capaz de restaurar a paz das famílias.

Nessa toada, não podemos deixar de mencionar outro mecanismo que exemplifica o requinte e a precisão dessa aliança familiar e régia: **as *lettres de cachet***. *Trata-se de uma prática que não encontra regulamentação, e cuja legitimidade reside basicamente no poder de fato que decorre da autoridade real*. O rei soberano poderia avocar, a pedido, e a qualquer

---

[154] "Geralmente o comissário trabalha e mora na mesma casa, local bem conhecido, identificado de longe: suas paredes são forradas de avisos impressos, determinações policiais, éditos reais, sentenças, anúncios de punições públicas, e também notícias, comunicações de objetos perdidos. Às vezes, aparece ali uma denúncia anônima, canhestra, escrita às pressas. A casa do comissário é o local de notícias, informações, encontro, refúgio desejado quando ocorre um incidente, ou palco de fúria, conforme o caso". FARGE, Arlette. Famílias. A honra e o sigilo. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 572.

[155] Essa expressão é de uma significância ímpar. A conjugação das duas principais autoridades centrais – a Igreja – e o Estado – ambos com missões aparentemente distintas – a propagação da fé e o culto ao senhor – e a organização política do conjunto da sociedade, ao final, rendem-se à mesma função comezinha – vigiar todo e qualquer ser humano.

[156] FARGE, Arlette. Famílias. A honra e o sigilo. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *Op. Cit.* p. 572-573.

momento, o poder disciplinar do chefe de família. Na prática, as famílias pediam que o rei interviesse em algum conflito familiar, mandando prender, de forma sigilosa, o suposto malfeitor, em regra a esposa ou os filhos. Esse mecanismo que existia em paralelo ao processo judicial e à ação dos comissários ou quaisquer outros *longa manus* do rei, tinha por objetivo, sobretudo, a proteção da honra.

Assim, as *lettres de cachet* permitiam uma intervenção cirúrgica e clandestina da autoridade central - pontual e reservada. O resultado, os membros familiares, tal qual na metáfora kafkiana, basicamente eram "sequestrados" de suas residências e levados presos a mando do rei, da noite para o dia. Era, a bem da verdade, uma súplica do pai ou da família: - Nós já fizemos de tudo. Agora só resta a expurgação. ***Esse "trabalho sujo" e coercitivo era entregue à autoridade central que, pautada por sua soberania, de forma simples e arbitrária, retirava a célula apodrecida do puro ambiente familiar***[157]. Arlette Farge destrincha esse instituto de forma brilhante:

> Em pleno coração do século XVIII, uma forma arbitrária da autoridade real vai se constituir em uma bênção para famílias que, às voltas com a libertinagem desonrosa de um de seus membros, deseja evitar qualquer ação da justiça ordinária considerada infamante. O pedido de prisão através da *lettre de cachet* torna-se o meio de conciliar a reparação da honra com a privacidade da família. (...) **As famílias interiorizam totalmente esse processo: longe delas a ideia de que tal forma institucional e real possa ser exorbitante em face do irrisório de sua honra perdida ou ameaçada**. Encontramos, aliás, muitos exemplos de parentes que não têm pressa nenhuma de ver seus prisioneiros recuperarem a liberdade, com medo que, retomando as estroinices, eles destruam de novo a imagem de sua honra. **Quanto a isso dossiês de presos são reveladores: as súplicas dirigidas à família suscitam severas respostas de parentes que lhe recusam todo tipo de liberdade**[158].

As famílias e o Estado absolutista francês basicamente deram corpo, vida e legitimidade jurídica ao "bicho papão", aquele famoso monstro invocado pelas mães e pelos pais no momento de desespero ante a rebeldia da prole. Parece piada, mas não é. Era exatamente esse o pacto entre as autoridades locais e a autoridade central. As famílias não se dão conta de que a aliança com o "Estado-bicho papão" é um caminho sem volta. ***O poder que legitima a ação do Estado é arbitrário e desconhece quaisquer freios e restrições***. Ele

[157] "Nesse aspecto, as cartas do governador da ilha de La Désiderade são instrutivas. Entre 1763 e 1789, ele remete listas de 'súditos que considera estarem em situação de reingressar na sociedade. Praticamente todas as vezes, ele anota que a família não quer isso e que não obstante o jovem está disposto a acatar todas as decisões familiares. Um declara aceitar o casamento que o pai desejava; outro acrescenta que, tendo 'horrenda figura', não mais se recusa, não mais se recusa a tornar-se monge, conforme o desejo da família. Estranhas listas de nomes, trágico destino de prisioneiros debilitados pela doença, pela miséria, pelo cansaço. Uma carte de 1765 é particularmente pungente; dirigindo-se ao pai, Alliot escreve: 'Dignai-vos pelo menos a abrandar minha sorte; já não fui suficientemente punido pela dor em minha perna, por estar separado de minha mulher e de meu filho, por me encontrar a duas mil léguas da pátria, mais miserável que os negros que habitam essa terra'?". FARGE, Arlette. Famílias. A honra e o sigilo. In *Op.Cit.* p. 577.

[158] FARGE, Arlette. Famílias. A honra e o sigilo. *In* Ibidem p. 576-577.

cresce sem limites à medida que continua sendo alimentado pelos aplausos da população[159]. Com as chaves das residências nas mãos, o Estado se tornou um novo membro da família. Um novo ator, contudo, com interesses diversos.

Nesse pacto, as famílias pretendiam consolidar a sua autoridade sobre os seus associados, por certo. Mas e o Estado, o que esse híbrido ecossistema real e imaginário pretendia com esse apoio? Por que investir tanta energia na mediação e solução de problemas familiares? Arlette Farge traz à tona os conceitos de "felicidade", "tranquilidade", "ordem pública" e "interesse público". Para promover esses objetivos oficiais do Código de Polícia, de 1757, o Estado precisa garantir o bem-estar das famílias. São interesses coincidentes. A porta de entrada da ordem é a casa da família. De alguma maneira, o poder absolutista do século XVIII quer voltar à roda de convivas, à cerimônia real com a mesa farta. Aqui a lógica feudal ressurge de forma avassaladora: o rei quer sentar à mesa com o povo.

> Permitindo que o rei e povo se unam para sempre através dessas formas pessoais de autoridade e intervenção. Conhecer o povo, interfirir na rede de suas relações habituais e familiares, explorar esse universo para dominá-lo e incitá-lo a comportamentos ordenados. A organização policial calcada nas formas pessoais do poder real torna-se tanto um meio de ver como um meio de ordenar. A intromissão nas famílias e o consentimento destas fazem parte da mesma utopia: a fusão do povo com seu rei. (...) Rei e pai se associam para que a família estabeleça sua harmonia com os outros e para que reine a tranquilidade pública[160].

---

[159] Arlette Farge narra o que chama de um 'espinhoso caso' de uma arbritária *lettre de cachet,* executada por autoridade supostamente sem a devida competência – o primeiro presidente do Parlamento. "Um curioso apelo à ordem por parte do chanceler Philipeaux, conde de Pontchartrain, no começo do século XVIII, esclarece-nos sobre o princípio, o funcionamento e a finalidade das *lettres de cachet* em seu conjunto. Em 1709, um caso espinhoso vai contrapor seriamente Pontchartrain a monsieur de Brilhac, primeiro presidente do Parlamento de Rennes. Por ordem do primeiro presidente, a jovem demoiselle du Colombier é raptada por arqueiros em pleno meio-dia, ao sair da missa, e conduzida a um convento que abriga mulheres de má fama. O único motivo de tal gesto é a sua ligação com o presidente de Martiny. O rapto ocorreu sem nenhum procedimento judiciário, à maneira de uma prisão por *lettre de cachet*. Ao tomar conhecimento do fato, Pontchartrain escreve duas cartas severas: ao presidente geral do Parlamento, monsieur de La Bédoyère, e ao autor da ordem, primeiro presidente do Parlamento, monsieur de Brilhac. Nessas cartas expressa-se sobre as formas das ordens de prisão e sobre a maneira como o rei delas se serve. Pontchartrain insurge-se em primeiro lugar contra a iniciativa de Brilhac: 'Não podeis dar nenhuma ordem apenas com vossa autoridade, pois assim a justiça se tornaria arbitrária e residiria por inteiro em vossa pessoa, ao passo que compete unicamente ao rei utilizá-la de tal forma e ele só o faz com muita circunspecção em ocasiões extraordinárias e por meio das *lettres de cachet*. Nenhuma outra pessoa que não o rei pode arrogar-se esse direito de justiça direta, nem mesmo um presidente de Parlamento. Sequer se cogita que os altos executores da justiça passem por cima dos procedimentos jurídicos normais: se demoiselle du Colombier provoca desordem, é preciso uma requisição do procurador do rei, e o presidente do Parlamento só pode considerar o caso quando se recorre do julgamento formulado por juízes de primeira instância. A situação é exposta claramente: ninguém pode adulterar o funcionamento da *lettre de cachet*, nem mesmo os que detêm amplos poderes – o que obviamente é o caso do primeiro presidente do Parlamento. (...) Ora, no caso específico dessa jovem raptada tudo ocorreu com tamanho alarde (em pleno meio-dia, à saída da missa, com uma tropa de arqueiros) que toda a cidade de Rennes e a Bretanha inteira têm conhecimento dos fatos (...)". FARGE, Arlette. In *Ibidem*. p. 574-575. Em suma, o autor da queixa queria que fossem reconhecidos limites jurídicos às arbitrárias *lettres de cachet*. Para tanto, ele defende o monopólio de arbítrio do rei. Fora este, ninguém mais poderia arvorar-se a prender pessoas a mando de sua famílias. Essa falta de controle, e sobretudo, de sigilo, é a seu ver, a desgraça do instituto.

[160] FARGE, Arlette. *In* Ibidem p. 580-582.

O que fazer, contudo, quando o Estado se desvirtua do pacto original, transformando o híbrido mecanismo de subordinação parental em um mecanismo de controle geral e irrestrito? Como controlar o "Estado-bicho papão" para que ele atue nos limites de sua delegação? Um sonho impossível. De outro lado, como garantir que as famílias estejam elaborando requisições de boa-fé? Quais as provas requeridas pelo Estado para o cumprimento das *lettres de cachet*? O que efetivamente está por detrás de requerimentos de pedidos de prisão, efetuados pela própria família? O que percebemos, a partir da investigação de Arlette Farge, é que a natureza arbitrária dessas ações logo permite o seu desvio e toda sorte de conflitos. As *lettres de cachet* não entregaram o prometido. As famílias e o Estado continuaram envoltos em problemas e reclamações[161].

A aliança estatal e familiar voltada ao mesmo tempo à ordem associativa interna e à ordem pública gera outro monstro. A regulação da vida familiar aos poucos é entregue ao Estado, que se vê diante de uma demanda crescente e sem fim. São tantas desavenças, tantos problemas, um sem-número de exigências de recomposição de justiça. A autoridade parental suga toda a energia da autoridade central. Essas ações estatais todas voltadas à regulação familiar tomam todo o tempo dos comissários[162]. O Estado de repente está em todas as casas, em todas as camas, refastelando-se em todas as mesas. E quanto instado a reorganizar esse

[161] "Entretanto, às vezes o povo tenta impor limites a essas formas de poder exorbitante. Habituados a aceitar os pedidos de prisão resultantes de sua própria iniciativa, às vezes as famílias se revoltam quando lhes parece que tais pedidos não respeitam a troca de favores que devem obedecer. Um único exemplo: a sangrenta revolta ocorrida em Paris em maio de 1750 contra a prisão de filhos de artesãos em plena rua. Por ordem do tenente-general de polícia, espiões e inspetores – às vezes disfarçados – detêm em plena luz do dia meninos entretidos no jogo (ditos libertinos) e os transportam em carros sem uma única janela. A comoção atinge o auge: a população se reúne e se amotina, persegue os arqueiros e os policiais, massacra vários deles e, tão logo descobre onde os meninos estão encarcerados, tira-os da prisão. O Parlamento se preocupa: abre-se um inquérito com numerosos acusados e testemunhas. (...) [E]les se surpreendem por sofrer a vindita popular e a vergonha da acusação. Pois não recebem diariamente queixas de pais incapazes de lidar com seus filhos e que vêm atravancar suas salas com pedidos de confinamento? Por que de repente seria escandaloso prender pequenos patifes, jogadores e desordeiros? E por que os pais, que antes pediam, agora se revoltam? Tais fatos são significativos: os pedidos de confinamento por parte da família constituem atos privados que permitem a repressão privada. Somente a intervenção real, a pedido dos pais, pode assegurar a ausência de publicidade e manter o fato no âmbito privado. A partir do momento em que o Estado toma a iniciativa por intermédio do tenente-general de polícia, tudo cai por terra: o ato se torna público, a concessão do aprisionamento não é mais um favor real, e sim um castigo público e solene; a *lettre de cachet* e a ordem de prisão tornam-se arbitrárias e despóticas. (...) Enfim, as *lettres de cachet* de família constituem a consagração da autoridade paterna pelo poder real [...] aqui o poder real aparece apenas como o contraponto da autoridade doméstica". FARGE, Arlette. *In* Ibidem pp. 581-582.

[162] "O trabalho dos comissários é tão intenso em todos os setores (vias públicas, circulação, abastecimento, criminalidade e outros) que, a partir da década de 1760, a resolução dos litígios familiares torna-se uma carga pesada e cada vez menos aceita (...) Paralelamente, uma tendência liberal combate as ordens reais. Critica-se o rei por tornar-se cúmplice de tiranias parentais e colocar um poder sagrado a serviço de conflitos irrisórios; discute-se a necessidade das leis e o atentado contra a liberdade; reivindica-se a restituição de poder dos juízes, totalmente apartados dessas formas de poder autoritário". FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 583. Alguns comissários chegam a questionar os seus superiores sobre como proceder com a prisão das crianças, uma vez que em contato com os mais velhos, estas apenas iriam aumentar seus vícios.

processo, o rei dá as suas costas: "*Quanto a isso o rei é advertido com frequência, mas, como Luís XV em 1759, alega a adequação entre tranquilidade familiar e tranquilidade pública*"[163].

Tamanho descontrole dessa regulação familiar público-privada, as *lettres de cachet* tornam-se sinônimos de uma dupla arbitrariedade: familiar e estatal. ***Ambas as autoridades extrapolam os seus limites, esticando até o último ponto o laço que as une***. Logo, as *lettres de cachet* adentram na agenda do processo revolucionário em 1790. A pergunta que nasce no coração de muitos pensadores da época[164] é, sem que o saibam, ao mesmo tempo simples e de uma profundidade filosófica sem fim: "*Ademais, isso é realmente um assunto de Estado*?[165]" São da mesma ordem as indagações dos comissários – testemunhas vivas desse maremoto ininterrupto: "*Essas desavenças conjugais ou filiais realmente são de sua competência*"[166]?

Ao que tudo indica, estes questionamentos chegam tarde. Conquanto os revolucionários tenham logrado abolir as *lettres de cachet* em março de 1790, em menos de seis meses, em agosto de 1790, a lei reaviva os ***tribunais de família***. A obsessiva luta dos revolucionários pela separação entre a vida pública e a privada é em vão. A força dos interesses convergentes das famílias e do Estado é muito maior do que eles imaginam. O poder local já não consegue imaginar como pode exercer a autoridade sobre o leito conjugal e sobre sua prole sem o apoio e a legitimidade do Estado. Noutro giro, o Estado necessita mais do que nunca, e urgentemente, da aliança com os núcleos de poder locais. Somente através deles, o Estado logrará a regulação da ordem pública. Nas palavras de Arlette Farget: "*Cabe retomar os debates e refletir sobre essa impossibilidade civil de deixar as famílias administrarem privadamente sua própria honra*"[167].

---

[163] Arlette Farge destaca o embate travado entre o rei e o Parlamento acerca da legitimidade e do propósito das *lettres de cachet*: "Através das *remontrances*, o Parlamento de Paris reitera suas críticas à autoridade do rei. Luís XVI resiste: a seu ver a adequação entre a ordem familiar e a ordem pública continua intacta. Em 21 de novembro de 1787, ele responde: 'Não tolerarei que meu Parlamento se levante contra o exercício de um poder que o interesse das famílias e a tranquilidade do Estado frequentemente reclamam. Em 11 de março de 1788, o Parlamento redobra o ataque às lettres de cachet, 'erros funestos'. No círculo do rei, as opiniões variam; Maupeau, por exemplo, garante que é preciso manter as ordens de Estado cuidando de moderar os abusos das cartas domésticas. Em contrapartida, os *cahiers de doléances* são unânimes: a *lettre de cachet* constitui o símbolo da tirania". FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 583.

[164] "É o argumento de Mirabeau em seu texto de 1782, *Des lettres de cachet e des prisions d´État* [Das *lettres de cachet* e das prisões do Estado]. As *lettres de cachet* são uma prática constante, cotidiana, cuja aplicação ultrapassa de longe os assuntos de família; cada vez mais numerosas são suas vítimas, do ladrão ao padre, do libertino à prostituta. E já não se sabe muito bem o que compete à justiça ordinária: ao folhear os registros de prisões feitos pelos inspetores de polícia, percebe-se que muitas delas – um número extraordinário – foram realizadas por ordem e sem julgamento. (...) A *lettre de cachet* é atingida por uma saraivada de protestos: representa o poder real no que tem de odioso e insuportável. Contesta-se a justiça privada do rei, exige-se que se revista cada vez mais de um caráter público e que a vida das famílias não se confunda com a do Estado". FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 585.

[165] FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 585.

[166] FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 583.

[167] FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 586.

Certamente, a igualdade que os revolucionários pretendiam implementar em França era de matriz egocêntrica e não altruísta. Como mencionado linhas acima, uma luta contra arbitrariedades provindas de autoridades hierarquicamente superiores: o pai e o rei. A Revolução Francesa insurge-se contra os dois ao mesmo tempo. Ocorre que tais pretensões se chocam com um muro intransponível: a realidade e a força dessas estruturas familiares consolidadas. Como em uma guerra de trincheiras, vitórias transmudam-se em derrotas, e vice-versa. Caminhos tortuosos de mudança levam os revolucionários para o mesmo lugar. As discussões continuam a girar em torno da honra e dos tribunais de família. É preciso substituir as *lettres de cachet* por algum mecanismo semelhante. Os pais não sabem como fazer valer a sua autoridade sobre seus filhos:

> [A] sessão de 5 de agosto de 1790 da Assembleia Nacional é clara: 'O tribunal de família tem por objetivo corrigir, por vias legais, os jovens que, ainda sob a autoridade dos pais ou tutores, ignoram tal autoridade e fornecem as mais justas causas de apreensão quanto aos abusos de liberdade a que podem chegar. É necessário, portanto, abafar sem alarido as desavenças dos cônjuges ou dos parentes próximos, que, sem isso, depois de escandalizar a sociedade, às vezes acabam por operar a ruína de uma família inteira'[168].

O ponto que parece, contudo, inabalado, e que atinge conservadores e revolucionários por igual, é a certeza de que a bandeira de igualdade não deve ser entregue às mulheres, esposas e filhas. A prova disso está em toda parte: nos debates travados[169] e, sobretudo, no Código Civil de 1804. Logo, o processo revolucionário visa romper com o poder parental absoluto sobre os demais homens, garantindo-lhes uma posição de igualdade no seio social. Uma igualdade que propõe o fim dos privilégios. E as diferenças de tratamento entre as esposas e as filhas, isso seria direito natural? Vida privada? Muitos políticos e pensadores debruçaram-se, pois, sobre esse tema, e todos chegaram a mesma conclusão: era melhor não

[168] FARGE, Arlette. *In* Ibidem. p. 590.

[169] Lynn Hunt apresenta evidências contundentes sobre o maior e mais importante paradoxo da Revolução Francesa: se por um lado os revolucionários pretendiam a total separação da vida pública da vida privada, por outro, defendiam a exclusão das mulheres da arena política, com base nas lições do poder patriarcal familiar. A razão pela qual basicamente as mulheres não podem participar da política é que elas são mães, irmãs, filhas e esposas, personagens com um papel definido na arena associativa familiar. Essas mulheres não poderiam abrir mão ou deixar de lado suas responsabilidades em prol da discussão pública. As demais mulheres – da vida – tampouco tinham o que acrescentar ao universo político. Vejamos o seguinte trecho do artigo Revolução Francesa e Vida Privada: "Aos olhos dos deputados, nesse auge de radicalidade revolucionária – o momento da descristianização -, a politização da indumentária ameaçava subverter a própria definição da ordem dos sexos. O Comitê de Segurança Geral temia que os debates sobre o vestuário fossem resultantes da masculinização das mulheres: 'Hoje se exige o barrete vermelho: não vão parar por aí; logo exigirão o cinto com pistolas'. Mulheres armadas na longa fila do pão seriam bem mais perigosas; e o pior era que fundavam associações. Fabre d´Églantine observou que 'essas sociedades não são absolutamente compostas de mães de família, de moças de família, de irmãs que cuidam de seus irmãozinhos menores, e sim de uma espécie de aventureiras, de cavaleiras andantes, de jovens emancipadas, de mocetonas de modos livres e soltos. Os aplausos que o interromperam mostram que ele havia tocado na corda sensível dos deputados; **todas as associações femininas foram suprimidas, pois iam contra a 'ordem natural', na medida em que 'emancipavam' as mulheres de sua identidade exclusivamente familiar (privada)**". HUNT, Lynn. *In Op. Cit.* p. 22.

mexer com isso[170]. A passagem de Arlette Farget não poderia ilustrar melhor o sentimento à época do revolucionário francês sobre direitos, igualdade e família:

> Já que se institui um tribunal de família, a reflexão naturalmente recai no pátrio poder, outro aspecto da questão familiar. Como diz o deputado Gossin: 'Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, convém fazer, por assim dizer, a declaração dos direitos dos esposos, dos pais, dos filhos, dos parentes. Em 16 de agosto de 1790, vota-se a lei que institui os tribunais de família (...). O debate sobre os tribunais de família não termina: em 1796, o Conselho dos Quinhentos trava uma discussão animada sobre esse assunto na sessão da 29 pluviôse[171].

E o que nasce desse potencial revolucionário? Qual o grande produto que a Revolução Francesa entrega ao mundo moderno? Não se trata da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Eu também um dia acreditei nisso. O que a Revolução Francesa produz de mais impactante – o resultado de toda uma sangrenta e conturbada luta pela reestruturação do Estado e do direito público é, a bem da verdade, o Código Civil de 1804. Nele, foi possível organizar de alguma maneira, e, sobretudo – unificar a legislação das gentes. Se em Nancy, Nice e Paris, as famílias seguiam seus costumes, e buscavam na autoridade real um mecanismo de consolidação da disciplina com idas e vindas, nesse processo de avocação e delegação, agora, com o Código Civil de 1804, tudo se transforma, e o poder de regulamentação interno torna-se mais do que nunca uma questão de Estado.

Não há mais volta, não é possível reformas ou revoltas. A codificação deu ao Estado o controle total e irrestrito sobre a regulação familiar. O que era um processo equilibrado entre autoridades locais e central transforma-se em um bloco estanque de poder – o Código Civil. Se a Revolução Francesa tinha por objetivo expurgar a arbitrariedade e racionalizar o processo de produção normativa, podemos dizer que de certa forma ela conseguiu. Para tanto, as famílias precisaram abrir mão de uma grande parcela de sua liberdade, entregando o poder regulatório interno na sua totalidade ao Estado.

O Código Civil nasceu como um marco regulatório híbrido. Parte significativa da fórmula patriarcal manteve-se intacta. A autoridade local logrou, enfim, consolidar seu poder numa estrutura normativa de grande peso e relevância social. Não se tratava mais da palavra do pai ou do esposo que garantia a legitimidade do poder marital sobre os filhos e sobre a

[170] Ainda sobre o tema, que poderia render uma dissertação à parte: "Como dizia Chaumette: 'Onde já se viu que a mulher abandone os cuidados do lar, o berço dos filhos, para ir à praça pública, discursar na tribuna?'. As mulheres eram tidas como a representação do privado, e a sua participação ativa como mulheres em praça pública era rejeitada por praticamente todos os homens". HUNT, Lynn. *In* Ibidem p. 22-23. Note-se que em outubro de 1793, após aproximadamente quatro anos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, os deputados acharam razoável proibir e suprimir as associações femininas, com fundamento na "ordem natural das coisas", isto é, com base na fórmula patriarcal de divisão de papeis sociais, lastrado na clivagem de gênero. Lembrem-se, contudo, que esse foi o movimento revolucionário que por meio de um decreto determinou na abertura de seus trabalhos "o fim da era feudal".

[171] FARGE, Arlette. *In* Op. Cit. p. 591.

esposa, era a maior regulação que a França já vira: o Código Civil francês, outorgado por ninguém menos que Napoleão Bonaparte. Enfim, o pai de família poderia descansar em paz. Mas para isso, ele precisou abrir mão de uma parcela do seu poder. Ele precisou reconhecer a igualdade entre os herdeiros, e sepultar a lei da primogenitura. Ele precisou aceitar por algum tempo a possibilidade de divórcio.

A partir de agora, todas as famílias francesas (e em pouco tempo, portuguesas, espanholas, brasileiras, e outras tantas) tinham um manual de sobrevivência familiar. Tudo o que se podia pensar de relevante sobre a regulação "interna" deste microssistema estava ali. O ser humano não precisava mais se preocupar: o Estado lhe presenteou com uma casa pré-fabricada – um projeto pronto de família. E, veja, o mesmo vinha com um roteiro e tudo, todas as falas e papeis já alinhados e organizados. O modelo de união, a fórmula do casamento, regras para a subordinação da prole, regras de transmissão de bens e sucessão. Enfim, tudo o que a sua família precisava para ser feliz (?!). Destaquem-se os artigos do Código Civil francês que tratam do poder patriarcal exercido sobre a esposa e os filhos:

> 213. O marido tem o dever de proteger a sua esposa; **a esposa deve obediência ao seu marido.** 214. A esposa é obrigada a viver com o seu marido, e segui-lo em todo e qualquer lugar que ele considere conveniente para se residir; (...) 215. A esposa não pode pleitear em nome próprio, sem o consentimento de seu marido (...); 224. Se o marido é menor de idade, será necessária autorização judicial para que a esposa possa ou apresentar-se à corte ou contratar".
> (...)
> 371. A criança, de qualquer idade, deve honrar e respeitar o seu pai e a sua mãe. 372. Ele permanece sujeito ao seu controle até a sua maioridade ou emancipação. 373. **O pai sozinho exerce este controle durante o casamento.** 374. A criança não pode abandonar a residência paterna sem a permissão de seu pai, a não ser em razão de alistamento voluntário depois de alcançados 18 anos completos. 375. (...) 376. **Se a criança não tivesse alcançado dezesseis anos, o pai poderia determinar o seu confinamento pelo prazo máximo de um mês;** (...); 377. **A partir de dezesseis anos até a maioridade e/ou emancipação, o pai somente tinha poderes para determinar o confinamento da criança pelo prazo máximo de seis meses (...)**[172]. Grifou-se.

Como nos revela Lynn Hunt, o decreto de 1792 que pela primeira vez possibilitou o divórcio, apresentava regras muito mais liberais que aquelas aprovadas à época do Código Civil de 1804. Como esclarece: "*A lei de 1792 era notavelmente liberal. Sete motivos justificavam o divórcio.* (...) *No capítulo VI do Código Civil, os motivos foram reduzidos a três*"[173]. O Código de 1804, e a consequente proibição do divórcio em 1816, são marcos do

[172] Informação disponível em: <http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html>, com acesso em 29/09/2015.
[173] HUNT, Lynn. *In Op. Cit.* p. 32-33.

recrudescimento da Revolução Francesa[174]. Com efeito, percebemos com clareza a diferença no tratamento dos diferentes membros da associação familiar na França pós-revolucionária. Nessa esteira, acrescenta a autora:

> O marido podia pedir o divórcio alegando adultério da mulher, mas ela, por sua vez, só poderia pedi-lo caso seu marido mantivesse 'sua concubina na casa em comum (artigo 230). Ademais se fosse reconhecida sua culpa no adultério, a mulher estaria sujeita a dois anos de prisão, ao passo que o homem não receberia nenhuma punição. O divórcio por acordo mútuo foi mantido, mas com muitas restrições[175].

Em suma, vemos aqui como a aliança entre as autoridades local e central criou uma zona cinzenta, uma fronteira de difícil marcação entre o que seria uma normatização interna ou externa da família. Navegando nessas brumas, entre o mar e o nevoeiro, a regulação transforma-se, e ao chegar ao porto não é mais a mesma. A partir de um determinado momento, o que era inicialmente um movimento de influência e consolidação de poder de origem microssistêmica, e de fluxo vertical, torna-se ambíguo, e uma vez na corrente de convecção, não sabemos mais se a sua regulação é de interesse original das famílias, ou de interesse do Estado (ou da Igreja). É como se o jogo virasse, e tais regras de legitimação interna fossem apropriadas pelo Estado que, na condição de produtor de conteúdo macrossistêmico, passa a regular as famílias por um movimento externo. ***E a família se transforma em um objeto de regulação como qualquer outro***. O que era um movimento original de forças e afluências crescentes – que partiam do micro para o macro, retornam como uma força veloz, em sentido contrário. O macro apropria-se dessa ideia e toma o controle desse modelo regulatório. E o que era um apoio, uma legitimação transmuda-se em controle externo.

1.2.3 O Estado regulador: a família governada

[174] "Os próprios revolucionários sentiram a necessidade de marcar um limite intransponível, de mostrar claramente que as mulheres estavam do lado privado e os homens do lado público. A partir de 1794, em 1803, e em 1816 e ao longo de todo o século XIX, essa demarcação entre o público e o privado, o homem e a mulher, a política e a família, acentuou-se de forma constante. Mesmo os revolucionários mais encarniçados não conseguiram suportar a tensão criada pela invasão do público no privado, e de distanciaram progressivamente de sua criação, bem antes do Termidor. Mas as ondas de choque que criaram não deixaram de se fazer sentir até a década de 1970, quando as leis francesas sobre a família finalmente retomaram alguns princípios de 1792: a lei sobre o divórcio de 11 de julho de 1975 tornou o procedimento tão fácil quanto em 1792; a lei de 4 de junho de 1970 livrou o casal dos resquícios da supremacia conjugal do marido, tal como nos primeiros anos da Revolução; a lei de 3 de janeiro de 1972 assegurou aos filhos naturais direitos que já haviam sido concedidos a eles no ano II". HUNT, Lynn. *In* Ibidem. p. 46. Da mesma forma que em 1789, tais decisões influenciaram o mundo. Não é à toa que no Brasil, somente a partir da década de 70 inicia-se um movimento a favor do divórcio e de reforma do Código Civil de 1916.

[175] HUNT, Lynn. *In* Ibidem. p. 33.

06h:40min. Lúcia entra na sala de aula. Para a sua surpresa, depara-se com o professor. - Bom dia! - Bom dia, responde automaticamente. Sem disfarçar, Lúcia olha novamente o relógio, girando levemente a sua cabeça. Sim, são 06h:40min., franze a sobrancelha. Aos poucos a turma vai tomando corpo e o quadro negro vai sendo pincelado por uma mão metódica e precisa. 06h:50min. Inicia-se a chamada. Alunos adentram a sala esbaforidos. Todos repetem o mesmo movimento, como um balé ensaiado: giram a cabeça, e franzem a sobrancelha. 07h:00min. Primeira aula de direito civil: inicia-se o monólogo.

O direito civil é o principal ramo do direito privado. O Código Civil francês elaborado por Napoleão Bonaparte, em 1804, abre o caminho para a era de codificação e o renascimento deste ramo do direito no mundo moderno. Enfim, todos os fatos de relevância jurídica que dizem respeito à vida privada passaram a ser sistematicamente elencados, em resposta a uma demanda de racionalização do Direito. No Brasil, o primeiro Código Civil foi elaborado em 1916, e foi reeditado em 2002, à luz das transformações sociais e jurídicas em curso no século XX. Nesse ínterim, sobretudo na década de 90, podemos destacar um movimento no direito civil complementar calcado no avanço de microssistemas civis. Diante da necessidade crescente de abarcar novas áreas da vida civil, que não cabem propriamente no formato oitocentista do Código Civil, o legislador optou por elaborar leis temáticas. Temos como principais exemplos o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mas é no Código Civil que pulsa o coração do direito civil, e sem dúvida, do direito privado. É com ele e através dele que as relações travadas entre os particulares na vida comum tomam corpo jurídico. Aqui encontramos as regras sobre capacidade civil, obrigações, contratos, posse e propriedade, responsabilidade civil, família, sucessões, entre outros. O principal evento que desencadeia a programação do Código Civil é o nascimento. Kant não poderia ter sido mais feliz: o registro civil e a atribuição do sobrenome são na verdade o verdadeiro nascimento do homem. Somente com esse marco jurídico, a criança adentra de fato a família e a sociedade.[176]

Autores mais tradicionais, como Santiago Dantas, preocupar-se-ão com a origem mais remota do direito civil: "A compilação de Justiniano". Vejamos como ele apresenta o direito civil na sua consagrada obra "Programa de Direito Civil":

> Todas as relações entre particulares estão regidas por um conjunto de normas que não apresentam no seu seio diferenciação ou especialização" (...) "É o ius civile só para os romanos e o ius gentium só para os estrangeiros ou para as relações entre

[176] PERROT, Michelle. Figuras e papeis. *In Op. Cit*. p. 139.

> romanos e estrangeiros. Este sentido, que é o sentido clássico da palavra, mesmo no mundo romano, **vai alterando-se no dia em que a cidadania romana é estendida a todos os que habitam no império e não há mais razão para esta distinção, pois se todos são cidadãos romanos, todo direito que se aplica no império é ius civile**". "De maneira que, nesta época a que corresponde a compilação de Justiniano, direito civil é aquele que está em vigor em todo o Império, direito das gentes é aquele que se forma naturalmente em qualquer agregado humano, que se acha fora da ação do Império e direito natural é o que a natureza inspira aos animais. (...) A expressão direito civil passa a indicar todo aquele direito privado que tinha sido elaborado pelos romanos e que estava consubstanciado nos seus grandes monumentos legislativos (...).**Tudo, portanto, que diz respeito aos particulares às relações entre os homens, constitui objeto do direito civil**. Tem-se em primeiro lugar relações puramente pessoais em que um particular coloca-se na dependência de outro..[177] Grifou-se.

Autores contemporâneos buscam novos ares. Pretendem compreender de que maneira o tradicional direito civil conseguirá amoldar-se a tantas mudanças sociais e jurídicas. Surge uma nova escola: o direito civil-constitucional. Qual o papel do direito civil após a revolução jurídica promovida pela Constituição de 1988? Por todos, vejamos as lições do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin[178]:

> Para captar transformações pelas quais perpassa o Direito Civil contemporâneo, há lugar para uma nova introdução que se proponha a reconhecer a travessia em curso e que se destine a um olhar diferenciado sobre as matérias que compõem o objeto de análise. Clara premissa que instiga a possibilidade de reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir. Trata-se de captar os sons dessa primavera em curso".
> (...)
> Três pilares fundamentais, em cujos vértices se assenta a estrutura do direito privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas e sobre as coisas". (...) "Privar, possuir, pertencer".
> (...)
> Com a Constituição de 88, supera-se no art. 226, o parágrafo 5o, o cunho patriarcal pela isonomia entre os cônjuges, sem que, obviamente, tenha sido extinto o casamento, ainda que a união estável deva ser convertida em casamento como quer o legislador constitucional. Os filhos passam a ter iguais direitos e desaparecem as discriminações ou desigualdades, como havia originalmente no Código Civil. (...) Essa dicotomia vai gradativamente cedendo espaço. O conjunto das alterações começa a ser operado a partir da Constituição; daí o que se entende por 'constitucionalização', que significa o processo pelo qual a Constituição vai gerar mudança que irá repercutir no Direito Civil.

Mais algumas palavras, passa-se o tempo. A hora voa. E 08h:40min. Por hoje, é isso, turma. E, na sequência, outra matéria se inicia. Lúcia, porém, ficou com algumas dúvidas. Encerrada a jornada matutina, ela segue para o ponto de ônibus. No caminho de volta para casa, ela reflete sobre as suas primeiras lições de Direito Civil, enquanto aprecia pela janela a

[177] DANTAS, Santiago. Programa de direito civil. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945]. 2a tiragem. Parte Geral. Editora Rio, 1979. p. 21-24.
[178] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil.* São Paulo: Renovar. 2000. pp. 1-11 e 73.

vida "comum" que se desenrola à sua frente. - O direito civil do Código de Justiniano é o direito em vigor em todo o império. O direito das gentes, o direito que brota espontaneamente na sociedade. Mas com o passar do tempo, o direito civil passa a indicar todo o direito privado elaborado pelos romanos, consubstanciado em grandes monumentos legislativos. E assim, *tudo que diz respeito aos particulares constitui objeto do direito civil*...

Mas algumas coisas ainda não estão claras... Se o Estado obriga que eu use um cinto de segurança, ele está determinando o que eu devo fazer na minha vida privada quando eu entro no carro. Ele afirma que eu sou livre para dirigir, desde que use o cinto de segurança. Por alguma razão, que não sabemos ao certo, isso é direito administrativo. Por outro lado, o Estado me obriga a registrar as minhas relações civis. Relações de afeto: apenas entre um homem e uma mulher. Eu sou livre para me unir a outros seres humanos, mas desde que siga o que está disposto na lei. Ninguém tem dúvidas, isso é direito civil.

Qual a diferença entre uma situação e outra? Nos dois casos, não estamos igualmente sujeitos à regulação estatal? Parece, contudo, que existe uma diferença. No primeiro caso, a lei define um comportamento individual – usar o cinto de segurança; ao passo que, no segundo, ele define como duas ou mais pessoas devem se relacionar. Fora essa diferença, quais outras existiriam entre o Código Civil e qualquer outra ação regulatória restritiva des liberdades e direitos fundamentais? Quando o Estado tipifica condutas criminosas, não está ele também pela legislação criminal, ordenando a vida social e econômica, indicando quais as ações individuais e relacionais avalizadas pela sociedade? Por que o Estado está preocupado como eu vou me relacionar com outras pessoas, na minha vida privada? E se o Estado está dizendo como eu devo me portar no seio social – como poderíamos sustentar a ideia de direito privado? Ora, o que é em essência o "privado"?

Trata-se de uma indagação por certo bastante difícil. Georges Duby, também se aventura nessa missão. E para tanto, retorna ao século XIX. A pesquisa leva o autor à seguinte constatação:

> Nos dicionários da língua francesa compostos no século XIX, ou seja, no momento em que a noção de vida privada adquiria em seu pleno vigor, descubro de início um verbo 'privar', significando domar, domesticar, e o exemplo dado por Littré,' um pássaro privado', revela o sentido: extrair do domínio selvagem e transportar para o espaço familiar da casa. Descubro em seguida que o adjetivo privado, considerado de maneira mais geral, também conduz à ideia de familiaridade, agrega-se a um conjunto constituído em torno da ideia de família, de casa, de interior. (...) 'a vida privada deve ser murada' (...) 'Não é permitido procurar e dar a conhecer o que se passa na casa de um particular'[179].

[179] ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) ARIÉS, Phillip, e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada. Da Europa Feudal à Renascença*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 19.

A primeira interpretação nos remete à ideia de privação, de supressão de liberdade: "é o pássaro domesticado". A segunda ideia propõe que o "privado" seria o espaço de autonomia – supostamente um ambiente onde o Estado não pode adentrar. A vida privada estaria oculta, escondida e protegida. A vida pública, ao revés, seria um campo aberto e à vista de todos. E o que seria o direito privado? Como podemos compatibilizar a ideia de privacidade com um processo de regulação heterônomo que determina aos sujeitos como eles devem se portar uns com os outros na sua vida privada? Isso faz algum sentido? É possível pensar, com efeito em leis de direito privado? Isso não seria um contrassenso? Direito de família e direito das crianças são ramos do direito privado?

O desafio deste debate reside no fato de que todo ele parte de uma falsa premissa, a de que a vida privada está murada, resguardada contra a intervenção estatal. Esta ideia difundida aos quatros ventos, a bem da verdade, está fora de seu tempo. Ela segue ainda uma lógica feudal, próprias de *millets*. Nessas ilhas de poder local, onde o senhor feudal era o somatório de toda a autoridade, de fato, a vida privada do feudo era resguardada de toda e qualquer ingerência externa. Sob essa ótica, o que se passava no seu interior estava cercado, de fato, protegido. Isso porque a autoridade central estava em retração. Ela não conseguia adentrar esse espaço, que seguia uma rota de autonomia própria.

Com o avanço dos séculos e a transformação dos ecossistemas associativos, a repartição de poderes entre autoridades locais e autoridade central, a vida privada procurou isolar-se, murar-se, cercar-se. Mas todo esse movimento, ao fim, foi em vão. Como visto linhas acima, a vida privada das famílias continuou sendo objeto contínuo de regulações híbridas e externas. Ora a Igreja, ora a comunidade, ora o Estado – todos de alguma maneira encontraram passagens secretas que os levaram ao interior de cada residência em seu território.

As leis sobre a vida em sociedade representam, pois, o ápice desse movimento de controle e regulação do ser humano, seja na sua projeção individual, seja na sua projeção associativa. *O que o Estado chama de direito privado – o Código Civil – por exemplo, é apenas mais um* ***marco regulatório da vida humana***. Trata-se de uma regulação que mira no indivíduo, desde o nascimento até a sua morte, levando em consideração as relações negociais e familiares que se desenrolam nesse ínterim. ***Por sua vez, o que o Estado chama de direito de família é um projeto externo de vida associativa forjado em quatro paredes por renomados políticos e filósofos que pretendem dizer a você como estruturar a sua vida***.

O direito privado, entendido como um direito lastreado na autonomia da vontade, existe única e exclusivamente no processo de autorregulação. As normas são de natureza

privada somente quando elas nascem da subjetividade do indivíduo – e se voltam para o seu autor – ou para reger as relações entre duas ou mais pessoas. Um contrato elaborado entre dois ou mais sujeitos – que respeitem apenas e tão somente apenas a vontade e a manifestação das partes envolvidas. Isso é uma norma de natureza privada. Muito embora a autorregulação seja um tema recorrente do direito administrativo, estamos, a bem da verdade, diante de uma técnica de normatização individual/coletiva autorreferente aplicável a qualquer aspecto da vida sócio-econômica.

Quando as pessoas conseguem formular regras para a convivência em comum, familiar – divisão de tarefas em razão de uma negociação interna familiar – o que temos é a produção de uma regulação de natureza privada. Aquela que é próprio aos contratos e costumes locais, cuja autoria reconduz às próprias partes. Esse é o direito privado puro em essência, aquele produzido pelo indivíduo, e suas respectivas associações, sem qualquer intervenção do Estado.

Por outro lado, a regulação produzida pelo Estado, fruto de uma associação – um ecossistema híbrido – conquanto forjado pela lógica da representatividade – é e sempre será uma regulação heterônoma ou predominantemente heterônoma (corregulação e suas infinitas fórmulas de gradação). Isto porque parte de um agente externo, com o fim de regular a vida comum de todo e qualquer cidadão. Muitas vezes, o Estado deseja regular ações pontuais do indivíduo – como o uso do cinto de segurança; em outros casos, ele deseja regular as associações humanas – como no caso das famílias, das sociedades empresárias e anônimas. Em um ou outro caso, o Estado está regulando a vida em "comum".

Sob esse aspecto, qual seria a diferença entre normas de direito civil, de direito penal, de direito empresarial e do recém-criado direito administrativo regulatório? Não são todos mecanismos normativos utilizados por um mesmo poder ordenador da vida social e econômica (Estado), que em última instância cria restrições normativas a liberdades e direitos fundamentais?

Você pode chamá-lo de direito civil, de direito das empresas, até mesmo de direito das gentes, assim como você pode dar ao seu cão o nome de urso. O nome dado a um fenômeno jurídico não muda a sua essência. Toda e qualquer norma estatal que pretenda regular a vida sócio-econômica é materialmente uma regulação heterônoma, seja ela oriunda do poder legislativo, seja ela oriunda do poder executivo. Os caminhos percorridos pela norma, no processo de produção estatal, conquanto possam ser objeto de acalorados debates acadêmicos, reverberam para o cidadão uma mesma realidade: são restrições às liberdades e direitos fundamentais. Se essas normas nascem do poder legislativo e são concretizadas e/ou

organizados pelo poder executivo, e/ou implementadas em última instância pelo poder judiciário, fato é que de modo simples e objetivo, elas são na sua origem e natureza restrições do Estado às liberdades e garantias a direitos fundamentais.

Repise-e: a regulação da vida comum não tem natureza privada. Ela é na essência fruto de uma decisão coletiva, caracterizada pela heteronomia. Um direito cuja natureza é pública, na medida em que representa a imposição da vontade do Estado sobre o comportamento humano. Ele é o poder de polícia dos administrativistas. Ele é o poder estatal de restrição de direitos fundamentais problematizado pelos constitucionalistas. Ele é a pena privativa de liberdade do direito penal, a burocracia estatal da atividade empresarial. Nada disso é direito privado, na medida em que tudo é fruto de um processo público e coletivo de tomada de decisão, o qual transcende à autonomia da vontade do cidadão, sob uma perspectiva pragmática. Toda norma que visa regular o comportamento humano individual e/ou associativo é um marco regulatório, e, portanto, uma ação heterônoma de restrição da liberdade.

As críticas apresentadas refletem a matriz teórica que conduz o presente estudo: a superação de dicotomias modernistas. A obsessão na categorização dogmática classificatória de institutos jurídicos tem dificultado a compreensão do edifício estruturante do sistema normativo do Estado democrático de Direito. Um modelo de governo comunitário que necessita de ferramentas normativas para organizar a vida sócio-econômica, que paradoxalmente utiliza de restrições a direitos e liberdades fundamentais para promovê-los como fundamento e limite do próprio sistema.

Redirecionando a nau do nosso barco para o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, veremos que essas reflexões já estão postas na mesa, de modo difuso[180]. As considerações pinceladas linhas acima nos remetem ao debate trazido à baila por Gustavo Binenbojm, na sua recente obra "Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador". Quando Binenbojm reconhece no poder de polícia o poder absoluto do príncipe, questionando o seu lócus no direito administrativo[181], em comparação à dogmática e prática do direito

[180] Agradeço imensamente à Professora Letícia de Campos V. Martel pelos questionamentos feitos na banca examinadora. Este trecho do trabalho foi incluído após algum tempo de reflexão em torno de uma simples provocação "– e o direito administrativo? O que você tem a dizer sobre ele?".

[181] BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016. pp. 29-32.

estadunidense, ele está apontando para uma possível (ou provável?!) incongruência da taxonomia jurídica[182]?

A atividade de regulação estatal na sua completude (lei, atos do poder executivo, fiscalização e sanções) não é essencialmente o exercício do poder de coerção do Estado, hoje limitado pelo arcabouço axiológico do direito constitucional? Em que medida isso é direito administrativo? Não seria esse o núcleo duro do debate sobre proteção de direitos e garantias fundamentais em face do Estado, dos limites às restrições liberdades individuais e associativas, tema central da obra da constitucionalista Jane Reis "Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais"[183]? Isso não seria direito constitucional? A resposta encontramos nas lições de Bruno Latour: a camada de ozônio é um problema de ordem política, ecológica e científica, quiçá filosófica.

Quando Gustavo Binenbojm escreve sobre as transformações do poder de polícia, o faz sobre o *standpoint* de um administrativista – volta-se para as engrenagens e mecanismos da Administração Pública, na sua função ordenadora. Quando Jane Reis disserta sobre as restrições razoáveis aos direitos fundamentais e os limites dos limites, trazendo à tona o debate sobre as teorias implícita e explícita, ela se orienta pela perspectiva do cidadão-administrado – ótica constitucional de limitação do poder estatal. Há aqui sem dúvidas um encontro das águas. Os dois estão de pé na fronteira de seus territórios de domínio e olham para o mesmo ponto, sob diferentes *standpoints* - essencialmente complementares. Se entreolham? Em poucos momentos. A razão: o histórico e bem sucedido esforço modernista na construção de longas pontes e robustos muros, destinados a separar e enclausurar as intermediações, os canais de diálogo e de complementariedade[184].

As reflexões em torno do poder de polícia como um instituto em transformação comportam mais provocações, na medida em que o próprio espírito do direito administrativo revela-se em ebulição. Como sustentar o estudo da autorregulação sob a batuta do direito administrativo, considerando a perspectiva acima sobre a regulação de natureza privada – projeção exemplar do princípio da autonomia da vontade individual e/ou associativa? Para

---

[182] "Não é à toa que o tema é tradicionalmente tratado nos Estados Unidos no âmbito do direito constitucional; de forma mais específica, no estudo dos limites do poder do Congresso para regular direitos e liberdades, em especial à luz do devido processo legal substantivo. Assim, embora se mantenha, na tradição continental, como um assunto do direito administrativo, parece evidente a necessidade da constitucionalização do poder de polícia em algum grau; ao menos para sua inserção na intrincada sistemática dos direitos fundamentais, seus limites recíprocos e sua relação dinâmica com a democracia, de onde, afinal, extrairá o seu lastro de legitimidade". BINENBOJM, Gustavo. *Ibidem*. p. 32.

[183] GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

[184] BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit*. pp. 122 e 130-132.

responder a essa pergunta, necessitamos retroceder a uma indagação filosófica elementar. Qual o objeto de estudo do direito administrativo?

Se a resposta for simplesmente a presença do ente público em relações sócio-jurídicas – da Administração Pública em seu papel ordenador – adentraremos em um caminho circular, pois teremos dificuldade de distingui-lo do direito constitucional. Afinal, não seria o direito constitucional a projeção jurídica basilar do Estado democrático de Direito? De que forma o direito administrativo se encaixaria nessa divisão[185]?

Parece-nos que o direito administrativo pós-Constituição de 1988, situado no cenário de um Estado democrático de Direito que se estrutura sob os pilares de uma democracia constitucional, nos reconduziria a uma terceira espécie de regulação, de *natureza metalinguística*. O direito administrativo teria no seu núcelo duro um marco regulatório autorreferente da gestão administrativa, da ordenação da máquina pública, voltado para a regulamentação das suas estruturas internas: servidores públicos, bens públicos, contratos administrativos e licitações – isto é, a autorregulação do Estado sujeita às limitações impostas pela Constituição.

No que tange ao poder de polícia, direito administrativo ordenador e as chamadas heterorregulações de toda sorte – direito regulatório econômico-social – estar-se-ia diante de um instituto híbrido – uma fronteira entre o direito administrativo e o direito constitucional (que poderia ser simplesmente intitulada de direito administrativo-constitucional), posto que fundado no poder de coerção/ordenação estatal sobre o particular, na sua perspectiva individual e/ou associativa. Há um deslocamento do mencionado instituto, que abandona o núcleo duro do direito administrativo, na direção da sua fronteira com o direito constitucional, um espaço de interseção entre esses dois ramos do direito.

Seguindo o marco teórico proposto para o presente estudo, sequer se poderia reconhecer aqui uma divisão estanque entre a regulação social e a regulação econômica. Quando o Estado ordena, ele atinge a um só tempo esferas sociais e econômicas – que nada mais são que faces de uma mesma moeda. ***Nada obstante, vale registrar aqui a crítica a doutrina administrativista na sua preferência pela pesquisa e promoção de estudos sob a perspectiva econômica em detrimento da ordem social***. Os exemplos trazidos pelos autores de direito administrativo dirigem o raciocínio jurídico para celeumas empresariais, sob o

[185] A busca pela diferenciação reflete uma preocupação de ordem pragmática (e não modernista) com a coerência do sistema, e o seu efeito na solução de problema de ordem prática. Diferencia-se para compreender, conectar e, com isso, **simplificar o estudo do direito**.

ponto de vista do mercado e da aplicação da análise econômica ao direito[186]. Há uma preocupação excessiva com a regulação das atividades empresariais em detrimento da regulação da vida comum – do cidadão como sujeito governado.

De forma nenhuma se trata aqui de demonizar os mercados, os banqueiros ou a iniciativa privada. Diferente de alguns, acredito que a análise econômica do direito é uma área de estudo profícua e que tratá muitos resultados positivos para a solução de problemas sócio-econômicos deste país. Trata-se apenas de apontar uma lacuna dogmática. O foco preponderante na regulação dos mercados, das atividades setoriais da economia, a saber, mercado financeiro, mídia, setor de telecomunicações, elétrico, entre outros, afastou o administrativista da origem histórica do poder de polícia – do direito estatal ordenador da vida comum.

O poder de polícia na sua origem é nada mais nada menos que o exercício pelo Estado de um poder de ordenação social. Esqueçam as estatais e as agências reguladoras. Ele é as *lettres de cachet*. Ele é o comissário de polícia, os tribunais de família e a sua imediata regulação das famílias e das microestruturas. Com o passar dos anos, e a evolução tecnológica do direito, as ferramentas utilizadas na concretização desse poder foram se especializando. A ideia de contenção do poder punitivo estatal aliada a uma tendência histórico-cultural de especialização foi aos poucos transformando o poder de polícia no seu estado bruto em direito administrativo (poder de polícia stricto sensu), direito penal (um imbricamento de atividades administrativas, polícia judiciária e processo), direito civil (Códigos Civis), direito empresarial (Códigos Comerciais) e assim por diante. Mas não se iludam e não se esqueçam, na essência tudo é regulação socioeconômica. O poder de polícia corresponde à regulação da vida comum, e isso inclui o poder de restringir direitos fundamentais. A colher não existe.

As divisões criadas em torno do poder de polícia refletem uma cultura de especialização modernista que se organiza em torno de classificações e diferenciações. A proposta deste trabalho é em sentido oposto. A certeza dos manuais de direito administrativo quanto às ramificações do poder de regulação socioeconômico, com a sua divisão entre a polícia administrativa, a polícia ostensiva e a polícia judiciária nos passa ao largo. As dúvidas florescem. Os policiamentos ostensivo e judiciário (polícias militar e civil), não compõem a estrutura essencial da atividade de segurança pública, parte integrante da Administração Pública, na sua perspectiva de órgão do Poder Executivo? O mesmo não ocorre com o sistema prisional, nos casos de condenação à pena privativa de liberdade? Ao fim e ao cabo, não são

[186] V. Capítulo 4 – Aspectos econômicos da transformação: a recepção da lógica da **regulação econômica** pelo poder de polícia BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit*. p. 153.

outros senão os órgãos integrantes da Administração Pública - vale dizer, poder executivo - os responsáveis pela gestão das penas corporais, da restrição da liberdade. Essas estruturas não estão inseridas na lógica regulatória do poder de polícia administrativo? Existe aqui uma ancestralidade comum. O policiamento ostensivo, a polícia judiciária e o sistema prisional nos direcionam a um elo perdido. A reminiscência de um poder de polícia originário, de matizes históricas. Aportamos, pois, em mais uma fronteira do direito administrativo. Um território inóspito, com atividades incômodas. Um local onde um poder administrativo estruturado em prerrogativas de persecução e de encarceramento mantém-se vivo, a despeito das mudanças de tempo, espaço e discurso.

Dito isso, concluímos que o direito de família não é, portanto, um ramo do direito privado. O que existe, a bem da verdade, é um conjunto de leis (marco regulatório) que busca regular a vida em família – um exercício de *poder de polícia*. A família é, portanto, um objeto de regulação como qualquer outro[187]. Trata-se de normas que sob ângulos distintos pretendem conformar as relações familiares à vontade estatal. Sob esse aspecto, o direito de família é um híbrido. Ele está presente na Convenção de Direitos das Crianças (direito internacional público) e na Constituição Federal (direito constitucional). O Código Civil dispõe sobre todo o projeto associativo da vida em família, sob o marco do casamento; sobre o processo de transmissão de bens *causa mortis* (herança e sucessão), sobre o poder parental, sobre a tutela dos incapazes. As leis que dispõem sobre alimentos determinam regras sobre a responsabilidade parental. O Estatuto da Criança e do Adolescente regula a suspensão e eventual destituição do poder familiar, define ilícitos civis familiares, estabelece direitos das crianças em face da família, entre outros.

Noutro giro, o Código Penal define no art. 13 a responsabilidade penal dos responsáveis, bem como os crimes de maus tratos, o aborto e o infanticídio, por ex. A Lei Maria da Penha estabelece ritos civis e penais para o combate à violência doméstica e familiar. Até mesmo os programas sociais mais conhecidos hoje do Estado visam-na. O projeto de assistência social mais famoso no Brasil denomina-se "Bolsa Família", e o novo modelo de gestão da saúde, o qual pretende a racionalização dos seus serviços, através de uma base territorial, foi batizado de "Clínica da Família". Até mesmo as relações de trabalho que

[187] "Ambos *laissez faire* e não-intervenção na família são ideais falsos. Enquanto o Estado existir e elaborar leis, ele estará fazendo escolhas políticas. O Estado não pode ser neutro ou permanecer imparcial, isto não é o que as pessoas querem do Estado. [...] O Estado é responsável pelas regras de fundo que afetam os comportamentos domésticos das pessoas. Porque o Estado é profundamente responsável pela formação e funcionamento das famílias, é desprovido de qualquer sentido indagar se o Estado intervém ou não na família". OLSEN, Francis E. The myth of the state intervention in the family. *In Michigan Journal Law Reform* n. 835, 1984-1985. pp. 836-837.

se conformam nesse sistema estão reguladas. O direito do trabalho determina as regras de contratação do "empregado doméstico". Enfim, toda a vida privada é regida pelo Estado. Praticamente nada escapou ao seu apurado olhar.

Com efeito, se o Estado diz como a família deve se estruturar, como ela deve repartir seus bens, quais as uniões que são efetivamente reconhecidas juridicamente, e quais não são, como os pais devem criar seus filhos, quais os deveres que uns familiares têm para com os outros, nós estamos diante de um setor social que é quase todo regulado pelo Estado.

O problema de mantermos a classificação hermética do direito de família como um ramo do direito privado é semelhante aquele apontado por Isaiah Berlin, na Inglaterra, na segunda metade do século XX, quando diante de um novo conceito da filosofia política: a chamada liberdade positiva. Alguns juristas inauguraram uma corrente de pensamento, que defendia que a regulação estatal não se conformava em uma restrição da liberdade das pessoas, conformando a bem da verdade uma liberdade positiva. De acordo com estes estudiosos, não deveríamos abordar a regulação como uma restrição, mas sim como um projeto de concessão de mais liberdades[188].

Isaiah Berlin, contudo, não se convenceu. E a sua sagacidade está em simplesmente romper o silêncio, e dizer em tom incendiário o que é inaceitável: Um momento, por favor... – Isso não... Se o Estado quer criar uma lei restringindo algum direito, vá lá, vamos pensar sobre isso, vamos ponderar acerca da legitimidade, dos objetivos e dos seus limites, mas não chame isso de liberdade, que assim você me ofende. ***Uma lei que regula o comportamento do indivíduo é sempre uma restrição, uma limitação do agir humano, e, portanto, uma norma que suprime liberdade.*** Trata-se, enfim, de reconhecer aqui nas entrelinhas não só a prevalência da teoria externa no processo de interpretação das restrições de direitos fundamentais, mas também o seu valor intrínseco potencial – a de construção de um discurso estatal que se compreende como um agente limitador de liberdades[189].

---

[188] BERLIN, Isaiah. *Op. Cit.. 1998.*

[189] O problema da interpretação das restrições aos direitos fundamentais foi exposto com precisão pela Profª. Jane Reis Gonçalves Pereira, na obra "Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios". Nesta oportunidade, a autora esclarece as principais diferenças entre as teorias interna e externa. Senão, vejamos: "[R]esulta que, para a teoria externa, a tutela jurídica do direito é decomposta em duas dimensões: sua esfera de proteção constitucional *prima facie* e sua esfera de proteção definitiva. Já para a teoria interna, há apenas um conteúdo constitucionalmente protegido, de modo definitivo e previamente estatuído, não havendo que distinguir-se a esfera de proteção inicial, de sua esfera de proteção final. De outro lado, as duas concepções assentam-se em pressupostos político-filosóficos distintos, sendo o ponto nodal dessa discrepância a *compreensão do valor 'liberdade'*. A teoria interna prestigia a perspectiva comunitária do fenômeno jurídico, entendendo que os direitos fundamentais devem ser entendidos como faculdades conferidas a pessoas socialmente situadas. A teoria externa, diversamente, tem acentuado matiz liberal, na medida em que pressupõe que a liberdade é a regra, entendendo que as exigências postas pela vida em comunidade e pelos direitos de outras pessoas podem,

O mesmo raciocínio pode ser aplicado aqui. A regulação da vida familiar, incluindo-se aí, as relações entre crianças e adultos, no seio de um microssistema familiar, é uma restrição do Estado à liberdade associativa, à liberdade que todo ser humano tem de se associar, e de formar grupos civis, com regras próprias, e de manter-se como bem quiser e entender. Ocorre que quando a academia classifica isso em um ramo, em um título que se denomina "direito privado", e na sequência conceituamos o privado, como o espaço "murado", o espaço de não intervenção do Estado, o espaço de privacidade e recolhimento, estamos também aqui permitindo que o Estado regule de forma incisiva uma parte importante das nossas vidas, e deixando que ele, ao mesmo tempo, diga que isso não é regulação, intervenção do Estado na vida civil não. Isso é direito privado, *ius civile*, Roma, Código Justiniano.

Estamos falando de nada mais, nada menos, das regras que regulam a vida entre os civis. Elas podem até ter nascido como um "direito privado" – um contrato que formalizou o costume dessas pessoas como um processo de autorregulação – um processo de produção de normas autônomas. Mas essas regras que regulamentam a vida civil são as regras do Estado – elas são leis para as famílias contemporâneas. Elas nascem como direito consuetudinário ou como autorregulação, e na medida em que elas se perpetuam no tempo, alcançando outras gerações, e efetivamente se transformam em leis, elas transmudam-se. O que era direito privado transforma-se em direito público[190], mais ainda, no caso de países como o Brasil, em que a regulação não advém de um processo de construção social, mas de importação, de migração de ideias jurídicas.

O que há de privado no Código Civil de 2002, uma lei que pretende regular a vida humana desde o seu nascimento até a sua morte? E o direito de família, e até mesmo o direito das crianças, incutido em um estatuto próprio, com diversas categorias epistemológicas, pode ser classificado como direito civil, um ramo do direito "privado"? É uma contradição em termos. Nós não estamos diante de um domínio privado. Ao revés. É um dos maiores exemplos da ação pública, do domínio público e da força do Estado sobre todos os indivíduos,

---

eventualmente, legitimar a imposição de restrições à autonomia individual". GONÇALVES PEREIRA. Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 63.

[190] Trata-se de uma discussão interessante, e que transborda os contornos deste trabalho. Mas se pararmos para refletir é algo semelhante ao debate sobre o poder de vinculação das constituições no tempo. As constituições em muitos casos nascem como direito privado, porque traduzem acordos de conformação social – um direito produzido pelas partes interessadas, como um processo de negociação social. Na medida em que o tempo passa, o que era um "contrato social" transmuda-se em lei, em regras heterônomas para as gerações seguintes. É uma ironia do destino: o direito constitucional nasce na microrrealidade como um processo de autorregulação – direito privado autônomo, e com o passar do tempo, ele invariavelmente se transforma em direito público – em normas de natureza heterônoma. O mesmo acontece com o direito consuetudinário. No momento em que ele é compilado, organizado, racionalizado, ele se reinventa, e o Estado se apropria do seu arsenal regulatório, transformando a regulação interna em regulação externa.

sejam eles considerados individualmente, sejam eles considerados como associações-microssistêmicas.

Outro problema: o novel discurso construído em torno do Código Civil voltado para a sua suposta "pessoalização" ou para a "proteção do afeto" inaugurado pela escola do direito civil-constitucional. O discurso de amor, afeição e felicidade traz consigo uma armadilha: ele de certa forma ameniza o papel regulatório, invasivo e autoritário do Estado. Nós entendemos que o Estado, como autoridade central, em algum momento irá, em nome de uma paz social ou ordem pública, ou qualquer coisa que o valha, organizar-se para restringir a liberdade dos cidadãos. Mas o que vemos é que o Estado faz mais, ele se organiza com toda a força para regular a vida das famílias, invadindo não só o seu ecossistema, mas moldando a sua mente, de geração em geração, domesticando os pares, em seus respectivos viveiros, apoiado em um discurso camaleônico de "promoção da felicidade".

O discurso que transforma o direito de família e o direito das crianças em "direito do afeto" consiste em mais uma etapa desse processo de disfarce camaleônico. Não pensem, contudo, que se trata de uma conduta dolosa. Os juristas não fazem parte de nenhum complô. Não se está aqui diante de uma teoria conspiratória. Este é um movimento de acomodação do discurso jurídico corrente, algo bastante natural. A academia está simplesmente ligada em um piloto automático. O direito civil não consegue enfrentar a sua natureza regulatória. Para isso ele precisaria de um processo intenso e doloroso de psicanálise. Logo, ele continua rodando em torno de conceitos mais superficiais, que supostamente geram algum grau de adequação e de conforto momentâneo.

Não é que o afeto não importe. Ele é bastante relevante. Afinal, ele é o móvel que junto com a criança redefine o conceito de família na era moderna. Mas o discurso de um direito civil fundado no afeto, ao fim e ao cabo, encobre a realidade mais dura: o Estado continua criando leis e práticas regulatórias concretas que têm como objeto central as relações familiares, isto é, as relações supostamente privadas que são objeto do dia-a-dia, das pequenas associações civis. O Estado, dia após dia, cria regras para domesticar tais associações, e seus membros, mantendo-os num limite de previsibilidade. A melhor forma de se controlar alguém é através de um discurso de amor e afeição. Ele esconde um processo de dominação de forma brilhante. Em suma, Estado e família reproduzem uma mesma lógica abusiva – eles transformam as relações pessoais de dominação e de restrição da liberdade em um discurso sobre afeto, amor e proteção.

Somente a partir do momento em que aceitamos a regulação estatal sobre a família como um processo heterônomo de restrição da liberdade associativa, conseguimos migrar

para indagações jusfilosóficas de relevo. Partindo dessa premissa, aí sim voltaremos às perguntas esquecidas no tempo dos comissários do Antigo Regime: "O Estado deve adentrar as questões familiares"? O que justifica a ação regulatória estatal da família? O que o Estado pretende com isso? Quando uma regulação estatal será legítima e justa? E quando ela é apenas um vestígio de outra era, um conjunto de regras fundado apenas na tradição, algo completamente sem sentido, e sem propósito para a realidade contemporânea? As regras promovem a liberdade dos membros dessa associação ou representam um esforço de legitimação de um desequilíbrio de forças na estrutura familiar? Quando o Estado deve dar um passo à frente e quando ele deve dar um passo atrás em se tratando de relações familiares, em especial, no que tange às crianças?

Acreditamos, pois, que aqui, mais do que nunca, a ideia central de John Rawls, pautada numa justiça carregada de significado de liberalismo igualitário, é o caminho que deve orientar a problemática jurídica em torno das famílias. A regra é a liberdade, sempre. A ação estatal, em um paralelo ao direito econômico, deve servir como um agente de correção de falhas sociais estruturantes – falhas de desigualdade – de injustiças crônicas. O direito não deve servir para legitimar privilégios, hierarquias, mas para responder a uma demanda de justiça, de remodelar aquilo que a tradição de outras vidas transformou em injustiça, protegendo os sujeitos mais vulneráveis, entendidos não só como aqueles desfavorecidos em termos econômicos, mas também em termos associativos, em regra as mulheres e as crianças.

Nós pretendemos pensar na família e nas crianças como um tema e objeto de debates filosóficos e jurídicos. Mas como? Podemos pensar nas famílias como um projeto humano de associação entre pessoas livres e iguais, dentre elas as crianças? Se por um lado a família existe como um sujeito híbrido – autoridade governante e governada, por sua vez, mulheres e crianças são os sujeitos históricos duplamente governados. Como essa condição real deve impactar a filosofia política e a construção de uma teoria de justiça voltada a resolver os problemas reais de sujeitos contextualizados em um panorama marcado de significância histórica?

Ao fim, destaque-se a brilhante passagem de Michelle Perrot. Não poderíamos concluir de melhor maneira. Com invejável poder de concisão, ela arremata o imbróglio das famílias ora governantes, ora governadas:

> Principal teatro da vida privada, a família no século XIX fornece-lhes seus personagens e papéis principais, suas práticas e rituais, suas intrigas e conflitos. Mão invisível da sociedade civil, ela é ao mesmo tempo ninho e núcleo.
> Triunfante nas doutrinas e nos discursos em que todos, dos conservadores aos liberais e até aos libertários, a louvam como a célula da ordem viva, a família, na

> verdade, é muito mais caótica e heterogênea. A família nuclear emerge penosamente de sistemas de parentescos mais amplos e persistentes, que apresentam múltiplas formas de acordo com as cidades e as áreas rurais, as tradições, os meios sociais e culturais.
> Totalitária, ela pretende impor suas finalidades a seus membros. Mas estes frequentemente, e cada vez mais se rebelam. Daí que, entre gerações, entre os sexos, entre indivíduos dispostos a escolher seus destinos, surjam tensões que alimentam seus segredos, conflitos que levam à sua eclosão. O que se acentua tanto mais na medida em que ela recorre com maior frequência à justiça como árbitro de suas divergências, assim se submetendo insidiosamente ao controle externo.
> A família, sobretudo a família pobre, também vê sua autonomia ameaçada pela crescente intervenção do Estado, o qual, não podendo agir constantemente em nome dela, vem a ocupar o seu lugar, em especial na gestão da criança, o ser social e o capital mais precioso[191].

[191] PERROT, Michelle. *In Op Cit*.. p. 78.

2 PRECISAMOS FALAR SOBRE UMA TEORIA

2.1 Uma teoria sem família?

> *"Qual é o parasita mais resistente? Bactérias? Vírus? Germes intestinais? Uma ideia. Resilientes... altamente contagiosos. Depois que uma ideia se apodera do cérebro é quase impossível erradicá-la. Uma ideia completamente formada – totalmente compreendida – fixa-se; diretamente lá, em algum lugar".*
>
> Christopher Nolan, roteirista (Diálogo criado para o personagem *Dom Coob* no filme a Origem/2010)

2.1.1 Considerações Gerais

No direito público e na filosofia política existem poucas linhas de estudo destinadas à família e às crianças. Poucos trabalhos, portanto, ousaram atravessar a tradicional fronteira que divide o direito público e o direito privado, e, mais ainda, buscar a origem filosófica e política das demandas de adultos e crianças, decorrentes dos conflitos familiares, como etapa necessária à construção de regras e decisões judiciais (soluções) não somente justas, mas também coerentes e reflexivas da realidade contemporânea.

Dessa forma, este capítulo visa preencher em parte essa lacuna, a partir da seguinte proposta: uma análise mais aprofundada das relações de poder nas famílias, levando-se em consideração a sua dinâmica interna. Estamos diante do que poderíamos chamar de "vida política familiar". Pretendemos, para tanto, entender melhor as relações, a origem e a natureza dos conflitos por elas vivenciados, bem como os obstáculos que dificultam a sua superação.

Dito isso, em conjunto com o trabalho até agora exposto, não restam dúvidas de que para alcançar essa proposta, nossas energias nesse momento devem se voltar ao estudo da família por outro ângulo. Isto significa compreender a natureza dessa instituição na realidade social e historicamente situada. Os direitos não nascem em árvores. Tampouco as crianças. Elas nascem no seio de uma família.

2.1.2 As críticas feministas à teoria de justiça rawlsiana: um diálogo intergeracional

Os acadêmicos que melhor visualizaram a complexidade dessas questões, e que trouxeram considerações relevantes para uma linha de estudo da família e da criança de matriz política, foram aqueles que se debruçaram sobre as ideias desenvolvidas por John Rawls acerca da justiça na sociedade. A partir de seu marco teórico, conhecido como "justiça como equidade", diversos filósofos, sobretudo, mulheres, se propuseram a pensar se e como a teoria de justiça desenvolvida por Rawls alcançaria a família.

Duas autoras destacaram-se nessa trajetória: Jane English (doravante, English) e Susan Moller Okin (doravante, Okin). Em 1977, seis anos após o lançamento da obra prima de Rawls, English publicou na Revista *Philosophical Studies*, o artigo intitulado *Justice between generations*. Na sequência, no ano de 1989, Okin elabora o trabalho seminal *Reason and feeling in thinking about Justice*, e lança o livro *Justice, Gender and the Family*. Em 1994, Okin escreve o artigo também consagrado *Political Liberalism, Justice and Gender*, publicado na Revista *Ethics*. Elas propõem em seus trabalhos uma reflexão simples e desafiadora: *por que a família não é mencionada na matriz forjada por Rawls? Os princípios de justiça não se aplicam a ela?*

O fato de que tais reflexões tenham sido elaboradas sob a ótica geracional e/ou feminista mostra que a inteligência de sua indagação é pertinente a todos os seus integrantes. Trata-se de um questionamento que atinge a instituição da família como um todo. Afinal, pensar uma teoria de justiça aplicada à família abre as portas para a discussão das relações de poder existentes nesse microssistema e que englobam todos os seus atores. Sob outro ângulo, são questões que desvendam outras possíveis tensões que não somente aquelas entre marido e esposa.

Como sabemos, o contexto histórico é responsável por moldar gerações. É aquilo que em sua obra Rawls chama de "estrutura básica da sociedade". São "*as instituições práticas que conformam a sociedade*". "*Muito embora não determinem com exatidão e rigidez todos os caminhos de uma pessoa, são certamente significativos para o seu plano de vida*"[192]. A compreensão da trama histórica e dos seus respectivos arranjos sociais nos auxiliará a entender os limites de Rawls, bem como o olhar crítico de Okin e de seus contemporâneos. Noutro giro, a análise destes estudos em contraposição às mais recentes teorias sociológicas abre espaço para novas reflexões: a sociedade está em movimento. E o Direito?

John Rawls, nascido em 1921, foi um filósofo político americano que se dedicou a pensar um novo marco teórico para a ideia de justiça. Os autores que avaliam suas obras, afirmam que sua motivação nasceu de um inconformismo com os caminhos percorridos pela filosofia política à época, guiados por modelos utilitaristas, e/ou intuicionistas[193]. Muito embora a primeira publicação de sua obra prima, *Uma Teoria de Justiça*, tenha ocorrido em 1971, ela reúne a evolução de um pensamento que se originou ainda na década de 50.

---

[192] LOVETT, Frank. "*Uma teoria da justiça, de John Rawls*". Porto Alegre: Penso, 2013.

[193] Ibidem e GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls, um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Isso significa que Rawls iniciou suas reflexões alguns anos após o fim da II Guerra Mundial, no mesmo momento em que era lançada a televisão colorida. Enquanto Rawls redigia em sua máquina de escrever, o DNA fora descoberto, a Disneylândia foi inaugurada, e pela primeira vez foi apresentado relatório sobre os possíveis efeitos cancerígenos dos cigarros. Destaque-se também a criação da Comunidade Econômica Europeia e a fundação da NASA. Nesse mesmo período, em 1954, a Suprema Corte americana julgou Brown *v.* Board of Education. Pouco tempo depois, foi criada a pílula anticoncepcional. Nos anos seguintes, Lyndon B. Johnson e John Kennedy propuseram políticas públicas destinadas a eliminar as desigualdades sociais e da pobreza. Esses foram os anos de fortalecimento dos movimentos sociais pelos direitos civis, e da Guerra do Vietnã, seguidos de uma escalada da Guerra Fria, da descolonização de países africanos, e de movimentos de contracultura.

Trata-se, portanto, de um projeto acadêmico que foi forjado no auge da modernidade, e que de certa forma, visa para além da superação do utilitarismo, responder às preocupações centrais da política americana daquele período – a luta pela igualdade e a preocupação com a situação real dos cidadãos menos favorecidos.

Na biografia de Rawls, escrita por Thomas Pogge[194], a sua família de origem é retratada como financeiramente bem-sucedida, e com ares liberais, com destaque para a participação de sua mãe na luta pelo direito a voto das mulheres na Liga das Eleitoras, e para a vida profissional paterna: seu pai foi um advogado autodidata que exerceu suas atividades no famoso escritório de advocacia de Marbury. A relação de seu pai com as crianças era, no entanto, de distanciamento. Sua esposa, Margaret (Mardie) Warfield Fox, conquanto portadora de um diploma de nível superior, dedicou-se a assessorar o trabalho de seu esposo, com leituras de prova, edição, entre outros. Também se dedicava à arte. Em determinado trecho, o autor destaca como Mardie teria trazido através de sua história pessoal a importância da igualdade de oportunidade para as mulheres. Logo, o casal teria acordado em garantir a todos os seus filhos, meninos e meninas oportunidades iguais de educação[195].

Muito embora tal narrativa nos leve a crer que Rawls estivesse aberto para a luta das mulheres por igualdade, algo que também pode ser concluído ante a eclosão dos movimentos feministas, empoderados pelas obras de Simone de Beauvoir, *The second sex* (1949), e de Betty Friedan, *The feminine mystique* (1962), suas reflexões não foram considerados relevantes para a sua teoria. Noutro giro, tampouco creio que sua estrutura familiar fosse distinta do casamento típico das décadas de 50 e 60 nos Estados Unidos. Esposo, pai de

[194] POGGE, Thomas. *John Rawls: his life and Theory of Justice*. New York: Oxford University Press. 2007.
[195] Ibidem. p. 15.

quatro filhos, professor e filósofo político. Quais não foram os acordos (ainda que implícitos) forjados em âmbito familiar para a consecução de seu ambicioso projeto profissional?

Por sua vez, Susan Moller Okin e Jane English[196], nascidas em 1946 e 1947, foram filósofas políticas que vivenciaram as décadas de 50 e 60 sob outro ângulo. Ainda jovens deparam-se com o forte movimento de contracultura do final da década de 60, e da década de 70. Mais do que isso nasceram e viveram como mulheres. Suas respectivas experiências pessoais neste momento histórico particular permitiram-nas fazer uma leitura diferente de justiça e sociedade daquela feita por Rawls. De onde estavam, a família surgia sob uma perspectiva diversa[197].

Não é se espantar que do ponto de vista de Rawls – o homem, pai e marido, as críticas quanto à ideia de justiça na família tenham lhe parecido sem sentido. Talvez, as críticas quanto à sua visão neutra tenham até mesmo lhe causado surpresa. Afinal, Rawls via em si mesmo um defensor da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

A percepção sobre uma lacuna no raciocínio de Rawls, e o inquietante sentimento de que algo muito importante havia sido revelado atiçou tais filósofas. E a ideia de English e Okin floresceu na comunidade acadêmica. Desde então, diversos autores vêm seguindo a trilha deste *insight*. E um diálogo está acontecendo, uma espécie de jogo de xadrez coletivo e intergeracional.

2.1.2.1 A vida em família: as críticas de Jane English

Jane English leu Rawls, fechou o livro e foi tomar um café. Mas a ideia de representatividade da família forjada no parágrafo 44 não lhe saía da cabeça. Por que afinal, Rawls depois de tanto esforço para construir uma sociedade justa e menos desigual, veio falar em "chefes de família" ao pensar na justiça intergeracional? Sua inquietação transformou-se no primeiro parágrafo de seu texto:

> *"*Onde tradicionais teorias de contrato em ética usaram um contrato inicial entre indivíduos para responder a perguntas sobre justiça, John Rawls faz com que as

[196] A filósofa Jane Elizabeth English faleceu pouco tempo depois de escrever este ensaio, no ano de 1978.

[197] "Uma série de fatores simultâneos me estimulou a escrever o livro, e escrever do modo como fiz. (...) Eu, como muitos outros que acorreram ao feminismo nas décadas de 1960 e 1970, tenho me preocupado com qual deve ser o nosso foco principal e que direções devemos tomar agora. Ao mesmo tempo, minhas próprias experiências marcaram em mim a importância de assumir novamente a tarefa iniciada em Mulheres no Pensamento Político Ocidental (Women in Western Political Thought), publicado há dez anos. Minha experiência direta das dificuldades de ser uma mãe totalmente participante, enquanto membro de um local de trabalho conforme estruturado atualmente, reforçou a conclusão a que cheguei naquela ocasião: reformas consideráveis são essenciais para que as mulheres sejam tratadas de maneira justa e tenham, em qualquer lugar em que se encontrem, sua fração justa de influência na política e na sociedade". (tradução nossa). OKIN, Susan Moller. *Justice, Gender and the Family*. Basic Books. 1989b, Prefácio. p. vii.

> partes contratadas sejam famílias ou chefes de família em lugar de indivíduos. Rawls volta-se para essa construção a fim de superar problemas em encontrar um princípio de poupança justa que se mantenha entre gerações. **Contudo, o resultado dessa construção é que surge um grave problema com o postulado de justiça no seio da família, de Rawls**" [198]. (tradução nossa). Grifou-se.

Conquanto o foco de Rawls aqui tenha sido apresentar uma solução para os problemas de justiça intergeracional, sobretudo aqueles relacionados à poupança (e que hoje, se confundem de certa forma com a ideia de um desenvolvimento e/ou economia sustentável), o que causou certo desconforto em English foi a sugestão de Rawls sobre o papel dos "chefes de família" na posição original. Para ele, quando as famílias estivessem como uma unidade frente à sociedade, elas deveriam enviar, como representante, o seu chefe. Para ela, isso era um retrocesso, que poderia levar à injustiça na estrutura familiar.

Esta ideia transforma-se em um raciocínio de longo alcance, e segue um fluxo de coerência e lógica exitoso. English afirma que Rawls usa diversas expressões para descrever esses representantes da família na sociedade, o que abriria espaço para muitas interpretações. A seu ver, eles não poderiam ser necessariamente os chefes da família porque isso faria com que estes escolhessem princípios que viessem a lhes favorecer como subgrupo. Eles poderiam, por exemplo, e aqui qualquer paralelo com a realidade não é mera coincidência, decidir que apenas eles teriam direito a voto. Eles representariam efetivamente os interesses dos outros membros? *O que seria feito quando diferentes interesses dos membros das famílias entrassem em rota de colisão*?

E então ela enxerga um ponto-chave nesse debate: os conflitos não só existem na dinâmica da sociedade, mas também na dinâmica da vida familiar. Do contrário, por que estaríamos tão preocupados com um princípio de poupança justa? Essa ideia surge em Rawls a partir da percepção de que o "dinheiro da sociedade" ou "da família" pode ter destinos diversos. Existe um dever da sociedade de poupar para as próximas gerações? Existe um dever da família de juntar reservas para as crianças?[199]. Destas ideias, surgem outras indagações: Quem definirá o quanto se gasta hoje? Quem vive hoje? Quem tem as chaves do cofre? E os integrantes da sociedade que não têm capacidade de produzir riquezas, o que cabe a eles?

Então, English afirma que uma forma utilitarista de enxergar a questão seria por meio de uma divisão de funções familiares, a qual propiciaria um maior benefício para a família em seu conjunto. Regras simples voltadas para a eficiência poderiam surgir para organizar os

---

[198] ENGLISH, Jane. Justice between generations. *Philosophical Studies 31* (1977) p. 91-104.
[199] Ibidem. p. 93.

interesses do grupo, solucionando os possíveis conflitos. Note-se: seriam regras que não teriam necessariamente a pretensão de projetarem relações de igualdade aos seus membros.

English cita um exemplo que nos revela como as relações políticas intrafamiliares moldaram e continuam moldando a sociedade em todas as suas dimensões. A regra de transmissão de bens *causa mortis* lastreada na primogenitura. O filho mais velho alçado à condição de herdeiro absoluto. Não por acaso essa lógica permaneceu durante tantos anos. Qualquer operador do direito que tenha se deparado com um inventário em algum momento da sua carreira irá entender bem do que estamos falando. Pensemos aqui, pois, nos diferentes graus de complexidade da regra do herdeiro absoluto, e da regra atual, divisão equitativa dos bens entre diversos herdeiros – cônjuge e/ou companheiro, todos os filhos de todas as uniões afetivas, e os filhos de simples encontros casuais. A primeira solução, sem dúvida, é mais eficiente, conquanto assimétrica. A segunda solução é menos eficiente, porém mais simétrica.

Essa menção de English em seu estudo sobre a primogenitura como critério para a definição de normas sobre direito sucessório nos ajuda a entender como a filosofia política e o direito são duas faces de uma mesma moeda. A concepção de justiça por detrás de uma regra irá variar de acordo com a trajetória histórico-social, e a construção abstrata sobre as prioridades de uma sociedade. É possível que em uma sociedade feudal, a regra da primogenitura tenha surgido com o propósito de reduzir os conflitos de linhagem em torno do domínio da propriedade. Talvez as disputas por terras gerassem tanta instabilidade social que a regra tenha proporcionado uma "justiça social" no caso concreto – uma pacificação dos conflitos. Foi a solução possível para aquele momento da história. Para uma sociedade que esteja vivendo outro arranjo social, e que tenha como prioridade garantir a igualdade, a justiça será construída em torno dessa nova concepção. Para essa sociedade, a segunda regra seria, portanto, mais justa.

English, por fim, nos mostra que a natureza social da família é bifronte. "Um véu dentro do véu" é a expressão utilizada. Quando ela analisa a coerência da teoria de justiça de Rawls com sua proposta de trazer à posição original os chefes de família, ela imagina a família se apresentando como uma unidade perante a sociedade. Ao mesmo tempo, ela propõe a replicação da posição original na estrutura interna da família. Assim, se por um lado existem relações de poder entre os membros de uma família, por outro, podemos pensar na família como um microcoletivo, que, diante da sociedade/Estado, pode se apresentar como uma dimensão "unitária" – uma família coesa – com interesses coesos, e, sob esse aspecto, forjando relações de parceria e de conflitos em face da sociedade/Estado.

Muito embora na sequência, English aponte falhas na construção do princípio da poupança justa que prejudicam um resultado justo, seja na hipótese da posição original com o indivíduo, seja na hipótese da posição originária com a família e sua dupla etapa de véus, ela lança com esse exercício mental uma ideia que passou ao largo do raciocínio dos principais pensadores, dentre eles Hegel e o próprio Rawls. *A família é uma organização política, seja na sua face doméstica, seja na sua face pública*.

Nessa esteira, Okin chama a atenção para um pequeno detalhe do momento de formação tradicional das famílias: seu início se dá por meio de um contrato[200]. Este ponto de partida abre espaço para uma série de considerações: se o casamento *lato sensu* é um contrato, e ele inaugura uma nova unidade familiar, o que é a família então?

Afinal, o contrato é o típico instrumento negocial de relações obrigacionais, que visa garantir de forma proporcional e oficial – as características de uma relação de prestação/contraprestação. O contrato serve, pois, para antecipar problemas futuros de uma relação de transação, garantindo estabilidade e segurança para uma troca de bens, riquezas, produtos, serviços. Uma das características essenciais do contrato é que ele visa reger a relação de pessoas com interesses opostos. Em geral, está pautado pela ideia de autonomia da vontade. É fruto de uma livre negociação.

O contrato de casamento, contudo, não é nem fruto de uma intensa negociação das partes, na medida em que consiste em uma estrutura pré-fixada que amarra características essenciais dessa união, tampouco é uma transação comercial. Além de interesses contrapostos, as famílias são marcadas por diversos objetivos em comum.

Se a família é voltada à consecução de fins comuns, ainda que marcado por eventuais conflitos, a família é, a bem da verdade, uma associação, e como tal deve ser forjada por meio de um estatuto, e não de um contrato. A formatação dessa nova unidade de poder familiar por um contrato é algo que não faz muito sentido nos dias de hoje. A verdade é que a ideia de se

---

[200] Okin inicia essas considerações a partir de um diálogo travado com o pensamento de Roberto Mangabeira Unger. Ao passo que este questiona o excessivo liberalismo e o caráter contratual do espaço público, Okin faz o caminho inverso, mostrando como um liberalismo real – em que as partes pudessem firmar livremente os termos desse acordo inaugural – seria muito mais justo para as mulheres e seus participantes, que a estrutura rígida ora imposta para a vida familiar. Aponta para a evidente necessidade de se pensar a família sob aspectos contratuais. "Primeiramente, é essencial observar com franqueza a instituição do casamento na sociedade liberal, e destruir a noção mítica dessa instituição como um domínio para o qual o pensamento contratual é inadequado. Embora a lei tenha sido, de fato, relutante ao fazer cumprir contratos entre pessoas casadas, o casamento em si é considerado contrato, ainda que muito peculiar: trata-se de um contrato que não está em conformidade com os princípios (e muito menos os contraprincípios) da doutrina do contrato liberal. É um contrato com status de pré-formado, que restringe a liberdade das partes de escolher seus parceiros (por exemplo, deve haver apenas um parceiro, e do sexo oposto), e as partes não são livres para escolher os termos". (tradução nossa). OKIN, Susan Moller. Reason and feeling in thinking about justice. *Ethics. Vol. 99, n. 02 (January 1989)* p. 122.

firmar um "contrato" revela muito sobre a origem patrimonial da união familiar: uma negociação de domínio.

Ocorre que se de fato estamos hoje diante de uma nova formação social – pautada pela ideia associativa, o que nos impede de estudarmos a família tal qualquer outra associação? O que nos impede de pensar a família sob a ótica de Rousseau, Locke e Hobbes? O que nos impede de lermos a "Democracia e seus críticos", de Robert Dahl, e pensarmos nas ideias de igual consideração, autonomia moral e pessoal, participação efetiva, controle de agenda, igual oportunidade para os membros integrantes dessa associação?

O que vemos é que a catalogação que o direito fez e tem feito sobre os institutos da família, vinculados a noções típicas da sociedade feudal – família-domínio -, e noutro giro, de uma sociedade moderna – a família pautada no sentimento de afeto – criaram amarras tão grandes no nosso raciocínio, isto é, enraizaram de forma tão profunda a nossa percepção sobre a sociedade que perdemos a capacidade de contrapô-los à realidade contemporânea[201]. Existem indícios de que algumas coisas estão fora do lugar. Mas o que é exatamente?

A vida em família é uma vida política associativa, formada inicialmente pela união de dois (ou mais) membros, que eventualmente, pode receber crianças (membros aderentes) ou outros adultos (membros aderentes ou novacionais - considerando a possibilidade famílias poliafetivas). Pelo simples fato de pensarmos na família como uma associação, e as diferentes modelagens associativas que podem ser criadas, é que enxergamos o óbvio: o direito está amarrado, parado no tempo. E nesse caso, para que ele serve? Para amarrar as famílias em uma estrutura que não mais corresponde à realidade? Ou para solucionar os problemas e garantir paz social? As famílias como associação que são, não devem, pois, ser objeto de alguma teoria de justiça?

2.1.2.2 A família não é justa, Jack: as críticas de Susan Okin

Susan Okin leu e releu a obra de Rawls. Por diversas vezes. Em uma época em que não existia *Ebook* ou *Kindle*, teve que meticulosamente escanear com a sua mente, seus dedos e seu lápis os pontos que Rawls mencionou em sua teoria a palavra "família". Organizou suas anotações. E assim as listou: família menciona-a (i) como "família monogâmica" como uma

[201] Muito embora, a percepção da vida familiar como "política" tenha emergido a partir das décadas de 60 e 70, ideia esta sintetizada pelo título dado ao trabalho panfletário e histórico da feminista Carol Hanish: *o que é pessoal é político*(1969), o seu desenrolar esteve voltado para as conexões, isto é, a transposição das relações de poder entre o público e o privado. Okin consegue, de forma, distinta, apresentar uma proposta de se pensar a justiça *within the family*. Isto é, pensar na ideia da família como uma associação política, independentemente de outras considerações que possam e devam ser feitas sobre a sociedade como um contínuo entre público e privado. Este tópico será analisado linhas abaixo. Informação obtida em <http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>, com acesso em 05/02/16. Ver também Ibidem. p. 125.

instituição de peso na estrutura básica; (ii) ao discutir o *princípio da poupança justa;* (iii) como um obstáculo à igualdade de oportunidades justa; e (iv) ***como a primeira escola de desenvolvimento moral***. Susan destaca, então, essa última parte. Este é o ponto da teoria de justiça de Rawls que tira o seu sono.

Trata-se de uma ideia que percorre todo o capítulo VIII denominado O *senso de justiça*[202]: a família como uma escola da moral. Nesta etapa de sua obra, o discurso de Rawls sobre a família gira em torno de um pretenso ambiente saudável, onde o amor floresce como um sentimento natural de todos os seus membros. A família tem, pois, a missão de ensinar valores morais às crianças, através do cuidado. Enfim, Rawls cria uma concepção de que está diante de uma instituição justa. Rawls, sem sombra de dúvidas, faz uma leitura romântica da família[203].

Okin não questiona, contudo, a visão mais sensível de Rawls, e sim a premissa de que as famílias são justas: *"Neste contexto, Rawls assume que as famílias são justas, embora ele não tenha fornecido nenhuma razão para que aceitemos essa suposição (TOJ, p. 490)*"[204]. Assim, ela indaga: mas e se as instituições familiares baseadas na desigualdade de gênero não forem justas, mas sim representarem uma espécie de atavismo da sociedade feudal, período em que os papeis e responsabilidades eram distribuídos não de acordo com os dois princípios de justiça, mas de acordo com diferenças inatas com uma enorme significância social?[205] [206] E

---

[202] Segundo o professor Frank Lovett, algumas ideias de Rawls, sobretudo aquelas propostas na terceira parte de *Uma teoria da justiça* foram reformuladas e de certa forma superadas pela obra *Liberalismo Político*, livro publicado em 1993. Nada obstante, elas ainda são extremamente relevantes para o estudo da ideia de justiça aplicada à família. Comentaremos mais à frente sobre as considerações feitas por Rawls sobre esse tema no ensaio "A ideia de razão pública revista". Por ora, fica o registro da pertinência de seus estudos, considerando que a omissão de uma concepção mais realista da "família" representa um elo perdido em seu raciocínio filosófico. LOVETT, Frank. *Op. Cit.* p. 26.

[203] Neste momento, Rawls também faz diversas considerações de natureza psicológica e sociológica das crianças. Este é um ponto que também gera alguma inquietação. No entanto, ele será devidamente abordado no capítulo seguinte.

[204] OKIN, Susan Moller. *Op Cit*. 1989. p. 229-249. p. 236.

[205] *Ibidem* p. 237.

[206] Okin faz referência à sociedade feudal, mas a bem da verdade, poderíamos pensar numa combinação de vestígios da Idade Média e da Idade Moderna. Isso porque nas sociedades feudais, como visto no primeiro capítulo, a estrutura básica não diferenciava o público e o privado da forma com que está consolidada em nossa mente. O espaço destinado às mulheres e às crianças conquanto fosse de fato de separação seguia outra lógica. A conformação da família como uma sociedade de cooperação e divisão de tarefas, fundada no afeto, e que eleva o íntimo e o privado à condição de um bem sagrado surge no inicio da Idade Moderna. Phillippe Ariés, na sua obra seminal "História social da criança e da família" aponta para essa mudança na conformação social, através da iconografia: "O aparecimento do tema da família na iconografia dos meses não foi um simples episódio. Uma evolução maciça arrastaria nessa mesma direção toda a iconografia dos séculos XVI e XVII. (...) Nas ilustrações do texto de Terêncio do palácio dos Doges, as mulheres trabalham e fiam em seus aposentos, com suas criadas, ou aparecem deitadas na cama, nem sempre sozinhas. Veem-se cozinhas e salas de albergues (...). (...) Humbelot não reuniu a família em torno da mesa, mas no gabinete do pai, um rico negociante em cuja casa se amontoam fardos de mercadorias e se alinham pastas de processos. O pai faz suas contas, com a pena na mão, ajudado pelo filho que se mantém atrás; a seu lado, a mulher cuida da filha pequena; um jovem criado entra com uma cesta cheia de provisões, sem dúvida voltando da casa de campo. (...)". ARIÈS, Phillippe. *Op. Cit*. pp. 140-141.

nessa esteira, inicia um raciocínio poderoso, por meio do qual aponta para a injustiça das desigualdades camufladas no típico retrato de família[207]:

> A menos que as famílias em que as crianças são inicialmente criadas e veem os primeiros exemplos de interação humana, sejam baseadas em igualdade e reciprocidade, em vez de dependência e dominação, como é demasiado frequente, de fato, como pode qualquer amor que recebam de seus pais compensar a injustiça com a qual se deparam na relação entre esses mesmos pais? A menos que tenham pais adultos de ambos os sexos, como é que crianças de ambos os sexos virão a desenvolver uma psicologia moral suficientemente similar e equilibrada, que lhes permita engajarem-se no tipo de deliberação sobre justiça que é exemplificado na posição original?[208] [209]

Se a ideia de justiça com equidade de Rawls fundamenta-se na ideia de favorecer os mais prejudicados da sociedade (*worst-off*), reconhecendo de forma verdadeira pessoas que essencialmente são diferentes, como iguais[210], por que continuamos designando papeis distintos às mulheres e aos homens no espaço familiar, ignorando a sua condição de iguais? Por que podemos falar na filosofia política de uma justiça social, mas não de uma justiça familiar?

A resposta para essa indagação, a nosso ver, foi dada pela própria autora, ao destacar a seguinte narrativa de Rawls: "*Os beneficiários de instituições claramente injustas (aquelas fundadas em princípios sem pretensões à aceitação) podem considerar difícil reconciliarem-se com as mudanças que terão de ser feitas (TOJ, p. 176)*"[211].

Será que Rawls, sem se dar conta, teria realizado um exercício de epifania? Seria possível que, após anos escrevendo sobre a promoção de uma sociedade justa, se adentrasse nessa autoanálise, e fosse capaz de enxergar em si mesmo um agente de injustiças? Por que ao acordar sobre um plano de igual oportunidade de gênero em família, Rawls focou-se em seus filhos, e não em Mardie, sua esposa? Por que esta se dedicou a assessorar Rawls, e não deu seus voos na profissão que pretendia exercer (considerando que era uma universitária)?

Embora Okin não desenvolva em seu primeiro artigo a ironia por detrás de tal afirmação, essa percepção sobre a frágil neutralidade dos discursos elaborados no universo da filosofia política masculina reaparece de forma brilhante no livro *Justice, Gender and Family*,

---

[207] Okin retorna a essa ideia da família como uma "escola da justiça", em sua obra-prima: *Justice, Gender and the Family.*
[208] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b*. p. 237.
[209] As considerações de Rawls e Okin, contudo, sobre o efeito das relações de amor e submissão vivenciadas pelas crianças no seu lar, na formação e na construção da sua personalidade infantil não devem ser tidas como conclusivas. Elas servem aqui de pano de fundo para o debate sobre a existência de relações de poder na família, na qualidade de grupo político. Uma análise mais profunda e mais contemporânea sobre as relações da família e das crianças será objeto de análise do capítulo seguinte.
[210] Ibidem p. 245.
[211] Ibidem p. 246.

sobretudo, quando da interessante narrativa do pensamento de John Stuart Mill sobre a igualdade de gênero[212].

A passagem de uma postura de negação de subjetividade para uma postura de um reconhecimento disfarçado é um dos pontos mais reveladores do discurso de Okin. No primeiro grupo, da negação, Hegel e Kant. No segundo, do disfarce, John Stuart Mill, e agora John Rawls. Este, portanto, incorreu no mesmo erro de Mill: se por um lado reconheceu a igualdade das mulheres no plano político externo, por outro resistiu ao reequilíbrio de poder no plano político interno, ao manter intactos os papeis designados pela Providência aos homens e às mulheres. De forma coerente, produziu uma teoria de justiça que se foca no domínio público, isto é, uma ideia de justiça que visa moldar a "política externa"[213].

O brilhantismo do raciocínio de Okin reside na sua simplicidade, na capacidade de expor algo que está ao alcance de todos: a injustiça da família reside na cartilha monolítica e monótona que determina uma repartição estanque de responsabilidades aos membros da associação familiar[214]. Como mencionado linhas acima, essa amarração de papeis alcança não

---

[212] "A posição de que a justiça no seio da família é irrelevante para o desenvolvimento de cidadãos justos não era plausível mesmo quando apenas os homens eram cidadãos. John Stuart Mill, em A Sujeição das Mulheres, assume uma posição apaixonada contra isso. Argumenta que a desigualdade das mulheres no seio da família é profundamente subversiva da justiça em geral no mundo social mais amplo, uma vez que subverte o potencial moral dos homens. (...) Tornar o casamento uma relação de iguais, argumenta ele, transformaria essa parte central da vida diária de uma 'escola de despotismo' em uma 'escola de cultivo moral'. Mill passa a discutir, no mais forte dos termos, o efeito nocivo de crescer em uma família não regulada pela justiça. Considere, ele diz, 'a auto-adoração, autopreferência injusta' alimentada em um menino que cresce em uma família em que 'pelo simples fato de ter nascido homem lhe é dado o direito de superioridade sobre todos e cada um de toda a metade da raça humana'. (...) A família justamente constituída seria a verdadeira escola das virtudes da liberdade'. (...) Apesar da força e do fervor de sua defesa dos direitos das mulheres, no entanto, a ideia de Mill de uma estrutura familiar justa permanece muito aquém daquela de muitas feministas até mesmo de seu próprio tempo, inclusive de sua esposa, Harriet Tayor. Apesar do fato de Mill ter reconhecido tanto o efeito do empoderamento em termos de ganhos de posição na família, como o efeito limitador da responsabilidade doméstica nas oportunidades das mulheres, ele recusou-se a questionar a tradicional divisão do trabalho entre os sexos. Para ele, a escolha do casamento pela mulher era paralela à escolha do homem pela profissão: a menos e até que a mulher tivesse cumprido todas as suas obrigações para com o marido e os filhos, ela não deveria realizar nenhuma outra coisa. (…) Sua aceitação da divisão tradicional do trabalho, sem nenhuma provisão para as esposas que se tornavam economicamente dependentes de seus maridos, descontrói grandemente sua insistência na justiça familiar como base necessária à justiça social". OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989a*. p. 20-21.

[213] Entenda-se a política externa a partir do paradigma familiar.

[214] No artigo *Reason and feeling in thinking about justice*, de 1989, Okin, de certa forma, aprova o discurso de Rawls, no que tange à preocupação com o cuidado na família como um mecanismo de construção da moral humana. Ela entende que para o cuidado exercer um papel significativo na promoção da moralidade das pessoas, ele deve ser desenvolvido em um lar justo, onde os pais reconheçam-se como iguais. Esta é uma questão, contudo, que merece alguma reflexão, na medida em que a ideia de "cuidado" pode trazer de forma implícita (ou por meio de um disfarce) mecanismos de validação de relações de poder e dominação, tal como veremos linhas abaixo. Na obra *Justice, gender and the family*, assim como no texto em referência, Okin também desenvolve uma linha de raciocínio sobre o papel da família na construção de um senso de justiça. É a partir da ideia de Rawls, e desse fio condutor, que ela indaga: mas se as famílias são injustas, como as pessoas *se tornariam* justas? Novamente, aqui, entendemos que a segunda parte dessa ideia pode nos levar a um caminho tortuoso, uma vez que se pode interpretar que existe uma relação gravitacional entre a vida política externa e a interna. Sob essa ótica, a família não deveria ser justa por si mesma, e sim servir como meio para se atingir um fim social e comum de justiça. Ademais, reforça-se com esse pensamento, a ideia que será mais a frente detalhada sobre a

só a relação entre marido e esposa, mas também a relação destes com sua prole. Esse formato fordista da família, visto por outro ângulo, possui efeitos negativos, na medida em que cerceia a liberdade de novos estilos e projetos de vida de todos os seus integrantes.

A família é, pois, injusta, porque se conforma em uma instituição política centrada em um único sujeito, o homem, pai de família, o qual inibe o crescimento do papel ativo dos demais – leia-se aqui não só a esposa, mas também as crianças. A primeira cisão existe em função do gênero, e a segunda, em função das gerações. As ações de seus membros não serão regidas pelo seu *self* e/ou por um consenso associativo, mas sim por um roteiro pré-fabricado, que as divide de acordo com as diversas categorias: homem/pai, mulher/mãe e criança/filho. ***Assim, a família contemporânea é de fato uma associação política marcada por uma injustiça sistêmica, na medida em que determina a seus membros papéis engessados. Ela reproduz uma característica pré-moderna, típica das sociedades feudais – a imobilidade.***

Outro ponto interessante da análise de Okin situa-se na percepção quanto a uma diferença essencial de abordagem de Rawls e de outros filósofos políticos. Conquanto Rawls não tenha conseguido lidar em um primeiro momento com esse tema por meio da argumentação, tendo pressuposto a família como justa[215], de certa forma, não afastou a possibilidade de se discutir uma ideia de justiça que abarcasse a família e as mulheres (novamente, e como todos, esqueceu as crianças). Outros autores, como veremos a seguir, sequer admitem que usemos a palavra justiça e família em uma mesma frase.

2.1.2.3 O problema que "não" tem nome: o amor-conflito

"Eu amo a minha família". Esse foi o adesivo que Hume escolheu para o seu carro. Hegel[216] optou por uma frase de impacto um pouco mais sofisticada: "a família é a esfera do amor". Sandel ficou na dúvida: "família é afeto" ou "a família é generosidade". Em um

---

criança como um ser em desenvolvimento, um *become*, quando na verdade, ela não precisa aprender em casa sobre justiça (*a potencial school of justice*), na medida em que ela já é um ator social desta micro estrutura política hoje e agora. Não é uma questão de "treinamento", de "futuro", é uma questão de "vivência", de "presente". A família é uma associação política, e ponto. Sem aspas.

[215] Rawls irá dedicar-se a essa discussão no ensaio *A ideia de razão pública revista* publicado em 1997. Trata-se de uma etapa seguinte do diálogo de Rawls e Okin e outras críticas feministas, como nos revela Roberto Garagarella: "Essa 'falta' atribuível a sua obra original é reconhecida pelo próprio Rawls: 'Admito – salienta Rawls – que a ´teoria da justiça' deveria ter sido mais explícita [quanto à implicação de uma justiça igual para homens e mulheres], mas isso teve a ver com uma falta atribuível a mim, e não ao liberalismo político por si mesmo'.". Na nota de rodapé n. 53 de seu livro, Garagarella indica que uma série de autoras ajudaram-no a reconhecer essa dificuldade: Susan M. Okin, Linda McClain, Martha Nussbaum e Sharon Lloyd". GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls, um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. pp. 95-95.

[216] "Nesse aspecto a teoria de Rawls é reminiscência de Hegel. Sua teoria do direito foi considerada inaplicável ao seio da família, uma vez que esta é uma esfera de amor em vez de direito". ENGLISH, Jane. *Op. cit*. 95. E V. HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do Direito*. Sâo Paulo: Martins Fontes, 1997.

ímpeto consumista, decretou: vou levar os dois. Uma pausa para a foto. #famíliafeliz, #famíliaéamor, #amominhafamília[217].

Vamos fazer um vídeo. E como trilha sonora: Bryan Adams. "*I swear to you, I will always be there for you – there-s nothin´ I won´t do. I promise you – all my life I will live for you – we will make it through. Forever we will be. Together you and me… together a family…"* E voi là.

O que vemos, pois, é que a história da família moderna seguiu o caminho do amor romântico[218], construído de forma paralela e em associação a dogmas religiosos[219]. Se antes, na sociedade feudal, as associações e relações pessoais giravam em torno da ideia de domínio, algo bastante concreto, com a passagem para uma sociedade moderna, a família passou a gravitar em torno de uma ideia mais abstrata – a saber, *o afeto*. É o que Phillip Ariès chama de "sentimento de família", o que por sua vez, a seu ver, está intimamente conectado com o sentimento de infância:

---

[217] "Em sua crítica de Rawls, Sandel assume explicitamente e colabora com a visão de Hume sobre a vida familiar, de modo a defender a tese de que há importantes esferas sociais em que a justiça é uma virtude inadequada. (...) Sandel, por outro lado, sustenta a reivindicação de Rawls de que o primado da justiça é manchado pela existência de numerosos grupos sociais nos quais as circunstâncias da justiça não predominam. Entre esses grupos, caracterizados por suas 'identidades comuns e propósitos compartilhados mais ou menos claramente definidos', a família 'pode representar um caso extremo'. (...) Primeiramente, ele concorda com Hume em que, nessas associações íntimas ou solidárias… os valores e objetivos dos participantes coincidem intimamente o suficiente para que as circunstâncias de justiça prevaleçam a um grau relativamente baixo'. Em 'uma situação mais ou menos ideal de família', a afeição espontânea e a generosidade prevalecerão". (…) Podemos aprender mais sobre por que a justiça é uma virtude necessária às famílias, examinando a segunda falha no argumento de Sandel, que é: ele se baseia em uma explicação ainda idealizada, mítica, da família". OKIN, Susan M. *Op. Cit. 1989b*, pp. 28-29.

[218] "O amor romântico é o maior sistema enérgico dentro da psique ocidental. Na nossa cultura é – mais ainda que a própria religião – a arena em que homens e mulheres tentam conseguir a transcendência, plenitude, êxtase e sentido para a vida. (...) O amor romântico não é apenas uma forma de 'amor', mas é todo um conjunto psicológico – uma combinação de ideias, crenças, atitudes e expectativas. Essas ideias, frequentemente contraditórias, coexistem no nosso inconsciente e, sem que percebamos, dominam nossos comportamentos e reações". JOHNSON, Robert A. *We:* a chave da psicologia do amor romântico. São Paulo: Mercuryo. 1997. pp. 12-14.

[219] Muito embora a família tenha se dissociado paulatinamente do domínio religioso, como bem destacado por Philip Ariès, na sua análise sobre a iconografia da Idade Moderna, de certo se trata de um movimento não linear. Podemos constatar a força da religião na concepção da família através de um exemplo recente. Em 1994, o Papa João Paulo II lança a "Carta às famílias", com destaque para os seguintes trechos: *"(...)* 2. Dentre essas numerosas estradas, a primeira e a mais importante é a família: uma via comum, mesmo se permanece particular, única e irrepetível, como irrepetível é cada homem; uma via da qual o ser humano não pode separar-se. Com efeito, normalmente ele vem ao mundo no seio de uma família, podendo-se dizer que a ela deve o próprio facto de existir como homem. (...)2. Dentre essas numerosas estradas, a primeira e a mais importante é a família: uma via comum, mesmo se permanece particular, única e irrepetível, como irrepetível é cada homem; uma via da qual o ser humano não pode separar-se. Com efeito, normalmente ele vem ao mundo no seio de uma família, podendo-se dizer que a ela deve o próprio facto de existir como homem. Quando falta a família logo à chegada da pessoa ao mundo, acaba por criar-se uma inquietante e dolorosa carência que pesará depois sobre toda a vida. **A família tem a sua origem naquele mesmo amor com que o Criador abraça o mundo criado, como se afirma já «ao princípio», no livro do Génesis (1, 1).** (...) **O mistério divino da Encarnação do Verbo está, pois, em estreita relação com a família humana".** *Grifou-se.* Texto obtido em https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/1994/documents/hf_jp-ii_let_02021994_families.html**, *com acesso em 08/02/16.***

> De modo geral, a cena de gênero moderna nasceu da ilustração das alegorias tradicionais da Idade Média. Mas a distância entre o tema antigo e sua nova expressão é enorme. Esquecemo-nos da alegoria das estações e do inverno quando contemplamos um quadro de Stella, representando uma noite ao pé do fogo: de um lado da grande sala, os homens ceiam, enquanto do outro, em volta da lareira, as mulheres fiam ou trançam junco e as crianças brincam ou são lavadas. Não é mais o inverno, é o serão. Não é mais a virilidade ou a terceira idade, é a reunião de família. Nasce uma iconografia original, estranha aos velhos temas desgastados que no princípio ela havia ilustrado. O sentimento da família constitui sua inspiração essencial, uma inspiração muito diferente da das antigas alegorias. Seria fácil elaborarmos um catálogo de temas repetidos *ad nauseam*: a mãe vigiando a criança no berço, a mãe amamentando a criança, a mulher fazendo a toalete da criança, a mãe catando o piolho na cabeça da criança (operação corriqueira e que aliás não se limitava às crianças, pois Samuel Pepys se submetia a ela), o irmão ou a irmã tentando ver o berço na ponta dos pés, a criança na cozinha ou no celeiro com um criado ou uma criada, a criança fazendo compras em um armazém[220].

Rawls também conhece essa melodia. Afinal, ao avaliar a família como um celeiro da formação moral, adentra na questão da moralidade da autoridade, passa a fazer uma análise da relação existente entre pais e filhos, isto é, entre os adultos e as crianças da família com base no amor. Inicia sua análise com a ideia de que as crianças são seres desprovidos de conhecimento necessário para avaliar os preceitos e as ordens daqueles em posição de autoridade. Na sequência, avalia que esses preceitos estariam de "*acordo com uma interpretação razoável dos deveres familiares, conforme definidos pelos princípios de justiça*".[221] Reconhecido, pois, esse pequeno e praticamente desnecessário tópico, adentra naquilo que de fato importa: "o amor". Nos dois parágrafos seguintes, Rawls menciona os termos "amar", "amor" e "afeto", nada menos que dezesseis vezes[222].

Afinal, dizem os filósofos políticos, se estamos diante de uma "esfera de amor", de interesses iguais, e de sentimento, de afeto, de união, e devoção mútua, estamos falando de algo que não se mistura com a ideia de justiça, algo que maravilhosamente pertence ao mundo sagrado, do divino, e não dos homens. Porque, vejam bem, a ideia de justiça pressupõe escassez e conflitos, relações de poder, redimensionamento de recursos e direitos. Temos que lidar com um pressuposto de liberdade entre iguais e ainda pensar no princípio da diferença, na igualdade de oportunidade justas. Já nos deparamos com muitos conflitos nas ruas. Isso é

---

[220] ARIÈS, Phillippe. *Op. Cit.*. p. 142.

[221] RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 571-573.

[222] Veja-se o seguinte trecho: "Os pais podemos supor amam o filho e, com o tempo, o filho passa a amar os pais e confiar neles. Como ocorre essa mudança na criança? Para responder a essa pergunta, presumo o seguinte princípio psicológico: a criança só passa a amar os pais se primeiro eles a amam de forma manifesta. Assim, os atos da criança são motivados, inicialmente, por certos instintos e desejos, e seus objetivos são regidos (quando o são) por interesse próprio racional (em um sentido apropriadamente restrito). Embora a criança tenha potencialidade para amar, seu amor pelos pais é um novo desejo que surge em razão do reconhecimento do evidente amor que eles lhe têm e de se beneficiar dos atos em que o amor deles se expressa". Ibidem. p. 572.

um problema que apenas existe da porta para fora. A casa é o lugar da paz, do amor das mulheres e da inocência infantil[223]. Deus nos proíba de pensar em tamanho sacrilégio[224].

Em suma, o raciocínio, portanto, que predomina como linha geral da filosofia política, e também, em particular, da teoria da justiça, nos leva à seguinte conclusão: a promoção da justiça e o amor não podem conviver lado a lado. São conceitos que pertencem a dimensões diferentes. Não há sentido em discutir qualquer aspecto de justiça em uma relação que já é justa, porque onde há amor, há justiça. Resumidamente, onde o amor entra, a justiça, ou melhor, a injustiça saí, e vice-versa. Não existe uma situação-problema a ser estudada, ou um objeto para a filosofia política aqui.

Mas, por amor ao debate, digamos que, hipoteticamente, as famílias tenham problemas. Digamos que, num exercício apenas teórico, existam famílias em que o amor conviva com outras coisas, a saber, com conflitos, por exemplo. Será possível que o amor recíproco que une as pessoas em torno dessa associação, conviva lado a lado, com o poder? Isso seria possível?

Em 1963, Betty Friedan lançou a sua obra-prima *The feminine mystique*. O primeiro capítulo recebeu o seguinte título *The problem that has no name*. Após realizar um questionário com mais de duzentas mulheres, em 1957, Betty lançou-se como ela mesma diz, numa investigação jornalística a fim de entender o que estava acontecendo com as mulheres da sociedade americana[225].

Duas narrativas lhe chamaram a atenção[226]. De um lado um crítico americano avaliava a obra de Simone de Beauvoir, *O segundo sexo*, e sentenciava: 'obviamente ela não entendia o que era viver'. Ademais, ela estaria analisando a mulher francesa. O "problema da mulher" na sociedade americana não existia mais, esbravejou o crítico. De outro lado,

> [...] uma mulher americana, mãe de quatro filhos dizia para outras mulheres, também mães, em uma pausa para um café, em um subúrbio de Nova York, de forma um tanto quanto desesperada: 'o problema'. E, as outras sabiam, sem palavras, que ela não estava falando de um problema com o seu marido, ou com suas crianças, da sua casa. De repente, elas se deram conta que todas

[223] "*Até tu, Brutus*?" Como nos revela Okin, nem mesmo Mangabeira Unger conseguiu fugir dessa concepção da família romântica: "Valendo-se do Mercador de Veneza para explicar por analogia o que chama de visão 'grosseira' das relações sociais, ele compara as segunda e terceira dessas esferas, a família e o mercado, a Belmont – em que as pessoas se associam por afeição mútua – e a Veneza – em que as pessoas são motivadas por interesse próprio e reguladas por contratos. Ao encanto de Belmont, segundo o qual 'os cidadãos podem fugir ocasionalmente', Unger acrescenta: serve para tornar as engenhosas relações de Veneza parecerem toleráveis. Ele olha na direção da eliminação, tanto quanto possível, das rígidas divisões da vida social que são justificadas pela mitologia Belmont/Veneza".OKIN. *Op. Cit. 1989b*., p. 120.

[224] Diferentemente dos filósofos políticos, a Igreja Católica não abriu mão em nenhum momento de pensar uma doutrina de fé que abrangesse a família.

[225] FRIEDAN, Betty. *The feminine mystique*. New York: W.W. Norton & Company. 2007.

[226] Ibidem. p. 6.

> compartilhavam o mesmo problema, o problema que não tem nome. Elas começaram, de forma hesitante, a falar sobre ele[227].

Em 2014, o Papa Francisco escreveu outra *Carta às Famílias*[228], dessa vez um tanto diferente daquela escrita por João Paulo II. Nesse novo documento, Francisco se preocupa mais em explicar qual seria o objetivo da Assembleia Geral Extraordinária do Sínodo dos Bispos: a discussão do tema "Os desafios pastorais sobre a família no contexto da evangelização". Na sequência, esclarece que existem urgências pastorais que dizem respeito à família. Ele, contudo, fala de "problemas do matrimônio, da vida familiar, da educação dos filhos". Bom, o que isso tudo significa, então? A família é amor ou é problema?

Na verdade, a família é uma associação política que se sustenta na *ideia* de amor recíproco, uma espécie de *affectio societatis*. Contudo, se a família moderna visava ao formato romântico, a família pós-moderna caminha, a passos largos na direção do realismo. Não estamos mais buscando o amor ideal, ou fingindo amar os que não amamos, ou escondendo dos demais o verdadeiro sujeito de nossa admiração. O amor, que uniu a família inicialmente como um mito celeste, pousa seus pés no chão e molda as relações familiares em direção às possibilidades do mundo real. Em alguns casos, há amor na família, em outros, não. Em certas histórias, houve amor e não há mais. Ele desprendeu-se do céu e da terra, e iniciou uma trajetória de fluidez nas nossas vidas.

Mas paralelamente ao amor existe ainda outra coisa. Algo que está nos livros, nas músicas, na nossa rotina, mas por alguma razão mística ausente da filosofia política. Ao lado do amor recíproco (ou do não amor, ou do que já foi amor) estão as relações de poder dessa associação, os conflitos, as demandas, a negociação, as brigas, e os acordos, os consensos, o debate, a deliberação, e novos ciclos de harmonia e desarmonia. A associação possui membros que querem fazer valer as suas respectivas vontades, e por uma motivação racional, tendem a otimizar a sua participação nesse microssistema, ampliando o seu espaço de poder – o que pode significar – mais/menos trabalho, mais/menos tempo, mais/menos recursos financeiros, mais/menos oportunidades, e tudo mais que se possa imaginar.

---

[227] As passagens mais marcantes do livro de Betty Friedan são os depoimentos das mulheres entrevistadas. A narrativa de uma mulher de 19 anos que deixou a universidade para se casar é reveladora: *"*Tentei tudo o que as mulheres devem fazer: passatempos, jardinagem, picles, conservas, ser muito sociável para com os vizinhos, trabalhar em comitês, organizar chás de pais e professores. Posso fazer tudo isso, e aprecio, mas essas atividades não deixam nada em que pensar – nenhum sentimento de quem você é. Nunca tive nenhuma ambição de carreira. Tudo que eu desejava era me casar e ter quatro filhos. Eu amo as crianças, o Bob e a minha casa. Não há problema algum que se possa nomear. Mas estou desesperada. Começo a perceber que não tenho personalidade. Sou uma serviçal de alimentos; alguém que põe calças e faz camas; alguém a ser chamado quando se quer algo. Mas, quem sou eu?*"* FRIEDAN, Betty. *Op. cit*. p. 9.

[228] Informação obtida em: https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/letters/2014/documents/papa-francesco_20140202_lettera-alle-famiglie.html, com acesso em 08/02/16.

É muito comum, ainda, que os conflitos surjam também por desrespeito ao estatuto moral da associação: a infidelidade conjugal, a violência física e psicológica. Uma série de "problemas" e conflitos pode e vai surgir nesse ambiente, em que diferentes seres humanos precisam conviver, ora de acordo com a sua vontade mais íntima, ora reprimindo desejos e projetos, em prol da manutenção e da preservação da vida comunitária. É um jogo, uma negociação, é vida política, na sua essência. Há cálculos e negociações em Veneza, há cálculos e negociações também em Belmont.

2.1.2.4 As relações de dominação reais: as críticas de Iris M. Young

Mas essa vida política não seria essencialmente privada, decorrente da autonomia e das escolhas que os indivíduos fazem para si próprios? Será que essa vida política demanda de alguma forma, um projeto filosófico social de justiça? Será que a ideia de uma justiça com equidade fundada na redistribuição equitativa de recursos deve alcançar a família? Como isso seria possível?

A filósofa política Iris M. Young elaborou em 1984 um ensaio crítico sobre *Uma teoria de justiça* que pode auxiliar em muito a nossa compreensão sobre as possíveis relações existentes entre a filosofia política, teorias de justiça e a família. No artigo intitulado *Toward a critical theory of justice*, Young expressa a sua apreensão quanto à leitura equivocada do trabalho de John Rawls como uma simples teoria de justiça redistributiva[229].

Ela foca a sua análise nas relações de dominação e na necessária leitura histórica de uma concepção de justiça. O desafio seria a construção de uma teoria que para além de descrever a sociedade fosse vinculada a uma matriz histórica. Vale dizer, não adianta vislumbrar uma teoria tão abstrata, tão desconexa dos problemas reais, que ao fim e ao cabo não consiga dar soluções factíveis. Para Young, a teoria de Rawls pode ser vista pela ótica da desigualdade das relações de dominação existentes em uma sociedade.

Ela, então, esclarece que arranjos democráticos sociais são definidos por relações simétricas de poder, ao passo que arranjos hierárquicos são definidos por uma distribuição desigual de poder. A injustiça, pois, está na existência de relações de poder assimétricas ilegítimas. Quando Rawls pensa em uma teoria de justiça cujo objeto seja a *estrutura básica da sociedade*, isto é, quando ele afirma que sua teoria de justiça deverá incidir sobre as instituições existentes culturais e sociais, *nós temos minimamente que entender no que elas consistem.*

[229] YOUNG, Iris M. Toward a critical theory of Justice. In *Social Theory and Practice*, Volume 7, Issue 3, Fall 1981.

Se na estrutura básica contemporânea existem regras sociais/jurídicas que legitimam e reforçam assimetrias nas relações de poder, impedindo que os agentes ajam de forma livre, então, o primeiro passo de toda e qualquer teoria de justiça é criar mecanismos que venham a reequilibrar essas forças. Como visto linhas acima, as questões que afligiam as mulheres da classe média norte-americana nas décadas de 50 e de 60 nada tinham que ver com a necessidade de distribuição de recursos financeiros. As mulheres sentiam-se oprimidas, submissas a um modelo perigoso de dominação, que se transvestia e se apresentava como "amor".

Essa obsessão com a perfeição e felicidade do lar procurava ocultar a relação política inerente à associação familiar. Talvez se nós evitarmos falar em brigas, poder, conflitos e políticas, e focarmos nosso discurso somente no "amor", no "afeto", na alegria de ser uma família, nas gracinhas das crianças, todos se esqueçam, ou sequer percebam que a dinâmica familiar também é política.

Não é à toa que Betty Friedan denomina um de seus capítulos de *Progressive dehumanization: the comfortable concentration camp*. Neste capítulo, a autora chama a atenção para um fato que a bem da verdade não é nada surpreendente: a supressão da voz ativa das mulheres tem criado outro fenômeno – crianças passivas, entediadas e infantilizadas. Ela chama de crianças "zumbis", sem propósito, sem motivação, sem interesse em perseguir sonhos ou desafios[230]. O amor que buscamos é aquele que sabe conviver com o conflito. Eles devem se retroalimentar, servindo de sustentação para limitações recíprocas. ***O amor que oculta e silencia o conflito não é efetivamente amor, mas sim dominação***[231].

As relações de dominação revelam, por sua vez, assimetrias no fluxo de poder. As soluções não são encontradas por meio do exercício da vida política, com espaço para negociação, diálogo ou consenso, mas por mecanismos hierarquizados ou autoritários de

[230] FRIEDAN, Betty. Op. Cit. p. 337.

[231] Nossa ressalva quanto à defesa de Okin de uma ética de justiça próxima a uma ética do cuidado reside justamente na percepção de que a ideia de "amor" migra facilmente para a noção de "cuidado", que na sequência, é substituída por "proteção". As relações de cuidado e proteção em geral funcionam a partir de figuras protetoras, auto referenciadas como sujeitos ativos, ao passo que as figuras "protegidas" seriam sujeitos passivos, frágeis, e carentes de segurança. Essa é uma das formas que a dominação assume na relação familiar: mulheres e crianças são os sujeitos frágeis a serem protegidos pelos mais fortes – em geral, o homem chefe de família. As mulheres também usualmente focam sua ação de criar na concepção de cuidar e proteger, vendo nas crianças sujeitos passivos de suas ações. Em todo e qualquer caso, mesmo naqueles que fujam dessas relações estereotipadas, a lógica do cuidado e da proteção pode aos poucos minar a construção da autonomia do outro indivíduo – que não consegue adquirir ferramentas para cuidar de si mesmo, ou se autoproteger. Esse é o germe da crítica, já apresentada linhas acima, e que será mais bem desenvolvida no capítulo seguinte, que visa repensar o significado do intangível e incensurável (até o momento) princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes. "Tenho argumentado que a teoria de Rawls, da justiça, é mais coerentemente interpretada como uma estrutura moral fundada na equanimidade das pessoas para com os outros e consigo mesmas, uma teoria em que a empatia e o cuidado com outros, assim como a consciência de suas diferenças, são componentes essenciais". OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b.* p. 248.

solução de conflitos. É possível que existam na sociedade várias situações que reflitam relações assimétricas de poder, decorrentes dos diferentes planos de vida. Nada obstante, existem assimetrias que perpassam transversalmente toda a sociedade, em todas as esferas e dimensões, Estado, família, empresas, etc. Trata-se de relações de poder disfuncionais e sistêmicas que atingem a todos os envolvidos independentemente dos planos de vida, do quanto se esforcem, trabalhem ou inovem. Se tais arranjos fazem parte das instituições sociais, moldando a estrutura familiar tal qual a conhecemos, como poderia uma teoria de justiça simplesmente ignorá-la?

A escravidão é uma dessas instituições caracterizadas pela assimetria de poder. Pessoas são impedidas de seguir seus planos de vida, em função de demandas externas, que exigem delas uma produtividade, não em benefício próprio, mas em benefício de um terceiro. Todos consideram que a escravidão é uma instituição abominável. Ninguém considerará justa uma sociedade que se valha do trabalho escravo. E se a escravidão existisse, contudo, na lógica de uma família? Ela passaria ao largo da noção de justiça, por se tratar de uma associação familiar? *Existem limites mínimos para o funcionamento dessas associações?* Se a resposta for sim, então, nós estamos concluindo que a família e tudo mais que constitui a sociedade será, de uma forma, ou de outra, objeto de uma teoria de justiça.

2.1.2.5 De volta à posição original: a proposta de "troca de lugares" de Susan Okin

Podemos ver a família então sob diversas óticas – a primeira delas leva em consideração a dinâmica intrafamiliar. Os membros das famílias fazem parte de uma comunidade política. Okin destaca essa ideia quando questiona sobre a possibilidade de uma teoria de justiça *within the family*. Quais serão as regras que regerão essa sociedade familiar? Os participantes dessa associação são reconhecidos como iguais?

Noutro giro, essas famílias formam associações que, aos olhos do Estado, representam pequenos núcleos familiares. Essa associação como um todo pode contrapor-se ao Estado como uma unidade. Existem vários tipos de famílias na sociedade e elas devem se apresentar como um coletivo unitário – e aqui também nós vamos propor outro exercício ainda sob a perspectiva rawlsiana – se eu não sei que tipo de família eu sou – precisarei estipular regras que sejam justas para todos os tipos de famílias – monogâmicas, poliafetivas, homoafetivas, não-afetivas, monoparentais – porque do contrário – estarei privilegiando certos coletivos em detrimento de outros – sem qualquer justificativa razoável. Este seria um espaço de deliberação formado por pequenos coletivos familiares, que pretendem ser reconhecidos com igualdade perante a sociedade.

Dito isso, indagamos: as relações familiares, pois, devem ser objeto de uma teoria da justiça? Esta teria sido a ideia de Rawls quando este identificou em seu discurso sobre o princípio da poupança justa – a representação das famílias no Estado? Essa é uma discussão que chama a atenção primeiro para a construção do significado da família como associação política, e em um segundo momento, para a existência não de uma sociedade de cooperação, mas de diversas sociedades de cooperação que, ligadas por conexões transparentes e infinitas, perpetuam uma linhagem no tempo. Entre o indivíduo atomizado e o Estado existem infinitos microssistemas, que formam um ecossistema complexo. Esses microssistemas são, por sua vez, reconhecidos em condições de igualdade?

Essas diferentes relações demandam, pois, a reconstrução da ideia de posição original, na medida em que os participantes de uma sociedade não apenas se ligam ao Estado, mas também aos microssistemas familiares, exossistemas e macrossistemas, fazendo parte de um ecossistema social complexo. Estamos pensando em indivíduos, membros de associações com escalas diversas, e de certa forma, conectados por uma lógica histórica. Existem relações de poder a serem redimensionadas e bens primários a serem distribuídos. Tudo isso em um determinado momento da história. É preciso pensar no tempo em si como um bem primário. É uma lógica que existirá nas variadas escalas. E para onde esse raciocínio nos leva? De volta à *posição original* de Rawls. Agora, com os acréscimos propostos por English, Okin e Young.

A busca pela simetria de poder nas relações pessoais será alcançada se, e somente se, a etapa da posição original for realizada com sucesso, em todas as relações associativas, tendo como partícipes todos os seus integrantes. Assim, podemos pensar que a família como associação política deverá construir uma posição original – e nesse exercício político – promover o que Okin chama de troca de lugares ("shifting places"), permitindo aos agentes compreender o *standpoint* de todos os membros do microssistema familiar. Trata-se de transformar o *nobody rawlsiano* no *everybody okiniano*.

Muito embora Jane English traga à tona a ideia de um "véu dentro do véu", seria mais apropriado falar em "uma posição original dentro de uma posição original" – se pensarmos na sociedade como um ecossistema composto por associações em camadas/escalas, e que reconhece o outro como um sujeito contextualizado-histórico. Mantemos, pois, a ideia de uma arena dialógica, porém substituindo o "véu" pela prática denominada por Okin por *shifting places*. Todos os seus integrantes – homens e mulheres, adultos e crianças – devem ser considerados ***como efetivamente são***. Porque criando uma ideia de posição original para a associação familiar, permitimo-nos criar princípios de justiça na família que promovam um resultado final com equidade. Seria um exercício de reequilíbrio das relações de poder –

levando-se em consideração todos os *standpoints* existentes nessa arena política. Senão, vejamos:

> No meu ponto de vista, a posição original e o que aconteceu lá foram descritos de forma muito melhor em outras palavras. Como Rawls mesmo diz, a combinação de condições que ele impõe neles 'obriga a cada pessoa na posição original a considerar o bom dos outros'. As partes podem ser apresentadas como agentes 'racionais, mútuos e desinteressados' característicos da teoria de escolha racional somente porque eles não sabem em qual self eles se transformarão. O véu da ignorância é uma condição tão exigente que ela transforma o que seria sem ela um auto interesse em interesse igual para outros, inclusive de outros que são ***muito diferentes*** de nós mesmos. Aqueles da posição original não podem pensar a partir da posição de ninguém, como sugerido por aqueles críticos que então concluem que a teoria de Rawl depende de um conceito de self 'disembodied'. Eles precisam pensar a partir da perspectiva de todos, no sentido de cada um por sua vez. ***Para fazer isso, no mínimo, é preciso tanto uma intensa empatia quanto um preparo para ouvir atentamente os diversos pontos de vista dos outros***. Como sugeri, essas capacidades parecem ser mais prováveis de serem amplamente distribuídas em uma sociedade de famílias justas, sem expectativas sobre ou reforços de cultura de gênero[232].[1] (Grifou-se). (tradução nossa).

Com efeito, Okin[233] vislumbra uma mudança estrutural na formatação "da posição original". Ela constrói um marco teórico preliminar pautado em um movimento exatamente inverso à matriz kantiana. A seu ver, não se trata de fechar os olhos, mas sim de nos abrirmos por completo, ampliando não só a visão, mas também os demais sentidos, de modo a promover um movimento real de *alteridade*. Logo, deveríamos substituir "o véu da ignorância" por uma "troca consciente de papeis". É nisso o que consiste sua ideia intitulada *shifting places*.

2.1.3 Público e privado: uma oposição modernista?

2.1.3.1 Vida pública, obra privada

Segundo Thomas Pogge, aluno de Rawls, a excelência de seu trabalho devia-se ao foco intelectual e a uma disciplina militar. Assim, Rawls dedicava-se aos temas que eram para ele, *pessoal e moralmente*, de grande importância[234]. Quando criança, John Rawls passou pela experiência traumática da perda de dois irmãos, Tommy e Bobby, em situações muito parecidas. Ambos ficaram doentes e faleceram em razão de doenças que haviam sido contraídas primeiramente por ele. Acredita-se que ele tenha desenvolvido a gagueira em função disso.

---

[232] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b*. 100-101.
[233] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b*.
[234] POGGE, Thomas. *Op. Cit.*. Prefácio, viii.

Ainda criança, e talvez mais ainda por isso, percebia a diferença de tratamento entre as pessoas brancas e negras, na sua cidade. Lembrava-se de forma vívida do descontentamento de sua mãe, em razão de formar laços de amizade com outra criança negra. No Brooklin, percebeu que mesmo outras crianças brancas, porém pobres, não tinham acesso às mesmas oportunidades de educação. Seu biógrafo, então, afirma a certa altura: "*Essas experiências da sua infância marcaram para sempre Jack, despertando nele seu senso de injustiça*"[235].

Assim, Rawls considerava-se uma pessoa de muita sorte. Até mesmo a guerra conseguira superar sem nenhum arranhão. Seria uma sorte, então, carregada de culpas? Seria a necessidade de reparar esses danos que construíram no seu inconsciente a necessidade de criar uma teoria de justiça, uma justiça com equidade?

Frank Lovett[236], ao apresentar o trabalho de Rawls, na obra "Uma Teoria da Justiça", de John Rawls, indica que o móvel de Rawls seria a superação do utilitarismo e do intuicionismo, teorias que à época dominavam a filosofia política. Trata-se de uma apresentação que apenas oferece aos leitores e estudantes as "razões públicas" de seus estudos. Mas será que um trabalho desse porte sustenta-se apenas com base em "razões públicas"? Será que não estamos apenas diante de uma criança tentando reparar as injustiças que marcaram os seus primeiros anos de vida?

A narrativa da vida de Rawls, contraposta com as "razões públicas" de seu pensamento filosófico, pois, abre uma brecha para outras perguntas incômodas: será que a forma com que construímos o conhecimento, seja na filosofia política, seja no direito, é fundada apenas e tão somente a partir de uma motivação pública? Será que uma narrativa encapsulada em si mesma não está fechando as portas para uma compreensão mais profunda e real do que estamos de fato construindo? Estamos estudando de fato ciências humanas ou ciências cibernéticas, criadas por pensadores racionais, semideuses do Olimpo, que ao adentrar em seus gabinetes/escritórios vestem suas respectivas capas de justiça blindando a sua vida privada de seu pensamento sobre como viver em harmonia na polis?

Na cozinha, panelas estão voando, crianças estão digladiando-se por um copo de coca-cola[237], e contas sendo feitas: vamos comprar um quilo de *filet mignon* ou dois quilos de

---

[235] Ibidem. p. 7.
[236] LOVETT, Frank. *Op. Cit.*.
[237] O exemplo da coca-cola não surgiu do nada. Ele vem de uma história de família. Reza a lenda na família do meu marido que uma das maiores brigas no momento das refeições ocorria em razão da divisão do copo de coca-cola, que deveria ser simetricamente dividido entre o casal de irmãos. Cansado daquela constante desarmonia, e em busca da paz social, meu sogro teve a brilhante ideia de pegar um conta-gotas, e distribuir a coca-cola de forma exata. Aquela quantificação, imagino, deve ter demorado tanto, que as crianças desistiram ao fim de brigar. Não valeria a pena perder tanto tempo, por tão pouca diferença. Sem perceber, meu sogro definiu um critério de divisão que atingia outro bem escasso: o tempo. Essa nova regra era tão custosa às partes, que elas

patinho? Quem vai comer o peito de frango, e as asas e as coxas? E os miolos? Mas isso é não é com eles. Como distribuir os recursos da administração doméstica não é justiça distributiva. Lidar com desavenças familiares ou definir como será dividida a coca-cola também não é política. Vamos deixar isso quieto e focar no que realmente interessa: como devemos repartir um bolo entre todas as pessoas da sociedade.

Dada à repercussão de sua teoria *Justiça como Equidade*, Rawls viu-se obrigado a repensar algumas de suas reflexões e conclusões. Logo, algumas modificações foram feitas ao longo dos anos seguintes, culminando com uma segunda versão de sua obra, publicada no ano de 1999. Nesse ínterim, Rawls manteve-se atento às críticas, e aos possíveis desdobramentos de suas ideias, tendo lançado trabalhos esparsos, bem como uma segunda obra complementar denominada "Liberalismo Político" (1993).

Os incessantes e provocativos questionamentos oriundos de diversas autoras de uma linha crítica feminista impulsionaram Rawls a enfrentar a questão da justiça na família. Okin esclarece na NR. 53 do capítulo 5 de seu livro (1989), que Rawls havia sustentado em alguns trabalhos uma dicotomia entre as esferas do público e do privado. Logo, inicialmente teria afirmado que sua teoria se aplicaria somente ao espaço público, não alcançando a família, instituição típica da vida privada:

> Rawls indica mais explicitamente que a família pertence à esfera 'privada', em que os princípios de justiça não devem se aplicar, em 'Justiça como equidade: política, não metafísica', p. 245 n. 27, d em in "The Priority of Right and Ideas of the Good'. Philosophy and Public Affairs 17, n. 04 (1988): esp. 263. [238]

Nada obstante, no ensaio de 1997, intitulado *A ideia de razão pública revista*[239], Rawls apresenta outra explicação para essa lacuna na sua teoria de justiça, tentando de alguma forma remediá-la[240]. Inicialmente, afirma:

> Pensei que o marco de J. S. Mill., The Subjection of Women (1869), em Collected Works of John Stuart Mill, vol. 21, tornara claro que uma concepção liberal decente

---

preferiram abrir mão de discutir sobre aquela pequena diferença. Algo parecido com a noção de custo-benefício da proporcionalidade. O famoso exemplo da pesagem do botijão de gás. Receber uma gota a mais ou a menos de repente deixou de ser uma questão de justiça, na medida em que não compensava em si mesma, em razão de outro bem tão mais importante para as crianças: ***o tempo***. De certa forma, ele "colocou um bode na sala". Depois, que ele tirou esse bode, todos perceberam o quanto eram felizes. Se ele tivesse estudado Rawls, talvez tivesse proposto que um colocasse a coca-cola nos dois copos, e desse para o outro escolher o que bem quisesse. Mas não tenham dúvidas, não foi o meu sogro que criou a ideia de um "bode na sala". No direito ainda temos muitos bodes. O tempo é um bem primário escasso, Jack? O bode está sentado no tempo?

[238] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b*. p. 198.

[239] RAWLS, John. A ideia de razão pública revista. In *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

[240] Não podemos deixar de registrar que o ensaio "A ideia de razão pública revista", de 1997, não teve como objetivo principal discutir a ideia de justiça na família, como o próprio título nos mostra. A discussão sobre essa temática foi inserida por meio de um parágrafo intitulado "Da família como estrutura básica", o qual foi desenvolvido em não mais que dez páginas.

> de justiça (incluindo o que chamei de justiça com equidade) implicava justiça igual para mulheres e homens. Com certeza, Uma teoria da justiça devia ter sido mais explícita a esse respeito, mas isso é uma falha minha, não do liberalismo político. Fui encorajado a pensar que uma descrição liberal de justiça igual para as mulheres é viável, por Susan Moller Okin, Justice Gender and the Family (Nova York, Basic Books, 1989); Linda McClain, 'Atomistic Man' Revisited: Liberalism, Connection, and Feminine Jusrisprudence', Southern Law Review, 65 (1992), 1171; Martha Nussbaum, Sex and Social Justice (Oxford, Oxford University Press, 1998), uma coletânea dos seus ensaios de 1990 a 1996, incluindo: 'The Feminist Critique of Liberalism', palestra da Oxford Amnesty para 1996; e Sharon A. Lloyd, 'Situating a Feminist Criticism of John Rawl´s Political Liberalism', Loyola LA Law Review, 28 (1995), 1319. Aproveitei muito de seus escritos.[241] [242]

Na sequência, ele volta sua atenção para a ideia da família como ***uma instituição***, e propõe:

> Considere agora a família. Aqui, a ideia é a mesma: os **princípios políticos não se aplicam diretamente à sua vida interna**, mas realmente impõem restrições essenciais à família como instituição, e assim garantem os direitos e liberdades básicos, a liberdade e as oportunidades de todos os seus membros. (...) **Os membros adultos de famílias e de outras associações, em primeiro lugar, são cidadãos iguais: essa é a sua posição básica. Nenhuma instituição ou associação na qual estejam envolvidos pode violar seus direitos como cidadãos**". Grifou-se.

Pois bem. Rawls soluciona esse imbróglio dizendo que os integrantes ***adultos***[243] das famílias e de outras associações (sim, ele equipara a família às demais associações privadas) são cidadãos iguais. Logo, o reconhecimento de direitos na esfera pública serviria como uma espécie de seguro para a vida privada, limitando determinadas ações ou relações de sujeições tidas como violadoras de direitos (fundamentais!?). Em suma, o que Rawls propõe é que a estrutura não está alheia aos princípios de justiça, uma vez que ela é permeável: isto é, os princípios de justiça passam por ela e atingem os seus membros.

É sem dúvida uma construção poderosa porque, de forma sucinta e concisa, Rawls definiu sua adesão a uma teoria que é praticamente impensável para a filosofia e o direito norte-americano, qual seja, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas[244].

---

[241] Ibidem. p. 206.

[242] Conquanto se trate de uma longa citação, e confesso que pensei por algum momento se era necessário colocá-la na íntegra, entendi por fim, sobre a sua incontestável pertinência acadêmica. Estamos acostumados a estudar a filosofia política e direito sob um véu masculino e a citar por inúmeras vezes autores e mais autores. Rawls, de forma ética, deu o devido crédito às **autoras** que o fizeram sair de sua zona de conforto para repensar uma teoria de justiça de outra maneira. Se alcançou ou não tal intento é o que pretendemos estudar. Mas é uma citação de peso. É o reconhecimento de que estamos juntos, e que de fato tinha razão quando pensou sua teoria de justiça sob a ótica de uma sociedade de cooperação.

[243] Como se pode imaginar, a essa altura do trabalho, entendemos que a insistência dos filósofos políticos em desconsiderar as crianças como sujeitos do presente, e, portanto, sujeitos ativos, detentores de direitos fundamentais hoje beira à patologia. Mas esse será um tópico avaliado no próximo capítulo.

[244] Sobre o tema GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. São Paulo: Renovar, 2006. E SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Em suma, ele defendeu nesse ensaio que os direitos fundamentais incidem de forma significativa sobre a vida privada. As famílias, poranto, não são *millets*.

Noutro giro, reconheceu ainda que as esferas do público e do privado não são separadas, unidades estanques da sociedade, mas espaços onde o fluxo e contrafluxo de ideias e pessoas transitam (livremente!?)[245]. De fato, Rawls debruçou-se sobre as críticas que lhe foram apresentadas pelo movimento feminista, sendo capaz de admitir a inconsistência de uma filosofia separatista entre o público e o privado.

Trata-se de um grande avanço. Mas... Será que as críticas de Okin se limitavam a esta lacuna na sua teoria? O que faltou nessa análise? Chegamos ao fim de uma geração?

2.1.3.2 A família nossa de cada dia: a resposta de Rawls

O ensaio de Rawls não solucionou todos os desafios propostos por Okin e demais críticas, porque apresentou conceitos e ideias um pouco truncadas. Embora Rawls afirme que se volta para a análise da família como instituição, ele não consegue deixar isso claro, na medida em que ele contrapõe essa ideia a de uma vedação à aplicação dos princípios de justiça à "organização interna" da família. Relembremos a sua afirmação, destacada linhas acima. Ele assevera que os "*princípios políticos não se aplicam diretamente à sua vida interna*". Ora, mas isso é justamente o oposto do que defende Okin. Todo o trabalho das críticas feministas é voltado para a ideia de que a vida interna da família é uma vida política, marcada por conflitos e relações de poder. Se os princípios de justiça não vierem a incidir sobre a sua organização interna, eles incidirão sobre o quê? O que ele quer dizer com isso?

Lovett também destaca essa passagem do ensaio de Rawls: "*o autor esclarece que os princípios da justiça como equidade não devem ser aplicados diretamente à organização interna das famílias*"[246]. Essa afirmação de Rawls pode dar margem a duas interpretações. A primeira delas indica que Rawls não enxerga na família uma associação de natureza política. Assim, ele afasta a incidência desses princípios na sua formatação interna, admitindo apenas a

[245] Roberto Gargarella analisa da seguinte forma a reformulação de Rawls: "Examinando a distância sua proposta original, o próprio Rawls optou por uma revisão diferente daquela preparada por Okin em relação ao alcance de sua teoria da justiça. De acordo com ele – e apesar da margem de dúvidas que poderia ter deixado sua teoria original -, é errada a interpretação segundo a qual os princípios de justiça defendidos por ele não têm nenhuma aplicação sobre a vida interna da estrutura familiar (do mesmo modo que não teriam aplicação sobre nenhuma das diferentes associações que compõem a sociedade). Se essa acusação fosse certa, ela permitiria que disséssemos que os princípios de justiça não garantem uma justiça igual entre maridos e esposas. No entanto, Rawls oferece outra interpretação de sua postura inicial: no esquema defendido em 'a teoria da justiça', a família como qualquer associação, goza de uma margem de liberdade muito significativa, mas sujeita a certas 'limitações essenciais'. Essas limitações são as destinadas a garantir ´os direitos e as liberdades básicas, e a liberdade e as oportunidades de todos os seus membros'. GARGARELLA, Roberto. *Op. cit*. p. 92-96.

[246] LOVETT, Frank. *Op. Cit*. p. 128.

incidência transversal dos direitos fundamentais sob a ótica dos membros como cidadãos. Rawls não enxerga os membros como partes iguais de uma subassociação – uma subsociedade de cooperação. Ele afirma, pois, "*eles não podem assegurar justiça igual para as esposas e os maridos*".[247]

Noutro giro, a afirmação de Rawls acerca da impossibilidade de que princípios de justiça adentrem na "organização interna" da família pode significar que ele admite a formatação de uma teoria de justiça para a conformação associativa das *famílias como instituição*, mas que não cabe ao Estado fazer uma valoração da justiça como equidade no dia a dia das famílias, nas escolhas concretas e, digamos assim, que projetem as diferentes concepções de vida de cada uma das famílias reais. Nesse caso, ele estaria usando a expressão "organização interna" para designar ***as famílias concretas***, em contraposição à ideia de **família como "instituição"**.

Se nos voltarmos para a primeira interpretação, encontraremos de fato um choque de entendimentos entre Rawls e Okin, uma verdadeira encruzilhada. Nada obstante, se pensarmos nessa segunda proposição, poderemos encontrar um caminho de alinhamento entre estes autores e a teoria de justiça como equidade.

Lovett entende que o paralelo traçado por Rawls entre as igrejas e a família ampliou essa confusão. Para Lovett, a família mais se pareceria com um tribunal penal do que com uma igreja, na medida em que organizado de forma não democrática[248], e sem qualquer obrigatoriedade de aplicar princípios de justiça nas suas decisões diárias, mas criado (ou existente) com o propósito de exercer uma missão específica dentro de uma sociedade justa, a saber: "*um sistema para se ter e se criar filhos*"[249]. Lovett refere-se à família e ao tribunal

[247] RAWLS, John. A ideia de razão pública revista. *In Op. Cit*. p. 208.

[248] Lovett afirma que: "*Do ponto de vista das crianças, as famílias não são associações voluntárias*". Daí porque infere que as famílias não seriam democráticas. Muito embora o raciocínio de Lovett no seu conjunto facilite a compreensão de uma teoria de justiça aplicada à família como instituição, não concordamos com as suas premissas. O Estado também não é uma associação propriamente dita voluntária, e isso não significa que ele não possa ser democrático. Se as crianças não se associam voluntariamente às famílias, que dirá aos Estados. A aderência das crianças às associações previamente formadas por adultos não determina uma ausência de democracia, sobretudo, se pensarmos que o debate atual sobre o real significado e sentido da ideia de democracia é bastante complexo. Há muito tempo já sabemos que democracia não é sinônimo de maioria ou de eleição direta pelo povo. A nosso ver a construção de um espaço democrático na família pode ser ao revés resultado justamente da aplicação de uma teoria de justiça com equidade à sua concepção institucional. LOVETT, Frank. *Op. Cit.* p. 128.

[249] Muito embora discordemos da ideia de família como uma instituição não democrática, gostaríamos de chamar a atenção para este *insight*, sob outra ótica. A visão de que ***as crianças são aderentes não voluntários às associações familiares*** é uma percepção de certa forma nova, porque parte da premissa de que a criança é um sujeito em condições de igualdade com os demais membros da associação familiar. Como visto linhas acima, já é uma visão bastante distinta daquela apresentada por Rawls, quem restringiu aos adultos a categoria de cidadão. Okin também tropeça nesse ponto, ao pensar na família como um espaço de construção da moralidade de uma criança que "se tornará" (a ideia de "become") um cidadão. Essa análise da criança como um partícipe aderente das associações familiares, e a nova concepção deste sujeito como sujeito feito de diferentes momentos

penal como institutos que "*não são organizados democraticamente, nem empregam o princípio da diferença ao julgar*"[250].

Entendo que esse foi o paralelo que Lovett quis traçar entre os institutos da família e de um tribunal. Essa analogia da família com o tribunal penal, contudo, é passível de duras críticas, dado que a família é de fato uma *associação íntima*, e não um órgão do Estado[251]. Rawls e Lovett repetem aqui um mesmo cacoete, também identificado em Okin – ao reforçar a ideia de que as famílias como instituição existem para realizar um papel social – dar continuidade à espécie – isto é, que existe uma função social, uma missão estatal. Para Lovett, é por isso que tal instituição faria parte da estrutura básica da sociedade:

> Embora a organização interna de cada família não precise refletir os dois princípios de justiça como equidade, como parte de um complexo esquema institucional, **a instituição da família como um todo deve realizar o seu papel distinto nesse esquema, de maneira a efetivamente realizar os dois princípios de justiça**. Grifou-se.

Lovett, assim como Rawls, não conseguiu expor de forma clara o raciocínio mais simples que existe por detrás dessa preocupação com a incidência dos princípios de justiça "na organização interna". O receio de Rawls, imagina-se, e com razão, seria o de evitar uma incursão do Estado desmedida nos planos de vida de cada uma dessas associações[252]. Mas para que possamos entender isso melhor, devemos continuar olhando para as famílias, e não para as igrejas ou tribunais penais, instituições com histórias e características muito distintas[253].

A resposta para esse problema reside na nossa concepção do que seja família. Temos que ter em mente que existe uma diferença conceitual entre *famílias concretas* e a *família* como uma *instituição abstrata*. Trata-se de uma etapa essencial para a compreensão deste trabalho. Depois de ser decodificada, ela parece um tanto óbvia, mas, de fato, alcançar esse raciocínio exige que transitemos de forma livre, e entre diversos níveis de concretude e de

---

temporais – "ser" e "tornar-se-á" – being and become –, contudo, será mais bem detalhada no capítulo seguinte deste trabalho. Ibidem. p. 129.

[250] Ibidem. p. 128.

[251] Ibidem. p. 129.

[252] O pesadelo de todo e qualquer liberal.

[253] Essa comparação de Rawls das igrejas e das famílias evidencia a dificuldade de se separar a ideia de "famílias concretas" da família como instituição. A Igreja Católica, por ex., não admite que mulheres e/ou crianças assumam a função de padres, bispos, etc., o que de fato evidencia uma *desigualdade gênero-geracional* na sua estruturação. Se os princípios de justiça estão para a família assim como estão para a Igreja Católica, isso significa que eventuais papeis destinados às mulheres e às crianças na conformação familiar também não poderão ser questionados por nenhuma teoria de justiça, porque próprios de uma liberdade associativa. Essa analogia cria um dilema porque as igrejas são instituições civis em regra não associativas. Elas surgiram no mundo de forma parecida a fundações – alguns fundadores que designaram uma destinação especial a seu patrimônio. As famílias existem como associações, com membros que juntos estabelecem a sua vida política.

abstração, o que em geral não é uma tarefa fácil. Ao que tudo indica, a vida em família tão real e presente no nosso dia-a-dia tem gerado em nós a dificuldade de projetá-la em planos mais abstratos.

Esta ideia, conectada com a razão de ser do princípio da diferença, nos revela que não existe nada a bem da verdade que seja capaz de afastar a teoria de justiça como equidade do conceito de *família como instituição*: "*De acordo com Rawls, o princípio da diferença é projetado para nos dizer quais seriam as melhores regras, isto é, a melhor configuração da estrutura básica*"[254].

O que Okin, English e Young, entre outras e outros, revelaram em seus respectivos trabalhos foi uma ideia simples: existe uma vida política interna na família (*justice within the family*) – e parte dessas relações está marcada por uma dinâmica de poder sistêmica. Vamos estudar isso a partir de um marco teórico de justiça. Vamos pensar melhor sobre alguns institutos que podem ter alguma relação com a política interna. Se a filosofia política estuda as relações de poder, as quais podem vir a inspirar regras jurídicas, precisamos entender a dinâmica por detrás dos conflitos, e quais regras são produzidas, se elas fazem algum sentido, se afinal, são justas.

Se essas associações são regidas por contratos (ou seriam estatutos?), em um paradigma liberal, por que as partes não podem ser livres para contratar? Se estamos diante de uma associação, com membros que tomam decisões, não seria interessante pensar em modelos de deliberação tal como pensamos em uma arena pública? As crianças devem participar desse espaço de discussão? Será que devemos pensar no ensino (da moral ou de qualquer outra matéria) para as crianças como um processo hierárquico – na modelagem de um "sermão" – ou em um processo de "aprender por meio da prática", por meio da participação e do debate? Quais são os talentos que devemos promover no ambiente familiar para a promoção de uma sociedade cooperativa saudável?

Ou podemos criticar essa ideia – da família como uma escola da moralidade[255]. A família não necessita ter um propósito específico. Basta que ela simplesmente exista como um

---

[254] Ibidem. p. 59.

[255] Rawls afirma neste ensaio que: "A família é parte da estrutura básica, visto que um dos seus papeis principais é ser a base da produção e reprodução ordenadas da sociedade e da sua cultura de uma geração para outra. (...) Assim, o trabalho reprodutor é trabalho socialmente necessário. Aceito isso, um papel central da família é providenciar de maneira razoável e eficaz a criação e o cuidado dos filhos, assegurando o seu desenvolvimento moral e educação para a cultura mais ampla". RAWLS, John (1997). *Op. Cit*. pp. 206-208. Esta é uma discussão que deve ser abordada com muita cautela. Uma coisa é pensar em possíveis modelos democráticos para a educação das crianças, na família e na escola. Outra coisa distinta é associar a formação da família com um papel, uma missão específica, a saber, ser o celeiro da construção da moral das crianças, ou mesmo, a organização destinada a cuidar das crianças. Muito embora o cuidado e a educação das crianças sejam tarefas hercúleas, "*time consuming*" como diz Okin, uma tarefa para uma tribo inteira, na percepção de Y. N. Harari

fim em si mesma. Ela não necessita de uma missão coletiva. Não seria, pois, um espaço de livre atuação de seus membros? E se um dia o amor acabar? A família deixará de ser uma família? E se pessoas quiserem se unir sem nunca sentirem esse amor paradigma? O Estado terá como impedir? Ele irá bater de porta em porta com um questionário do BuzzFeed – "Como anda o seu relacionamento"? Isso é pensar na família como objeto da teoria de justiça. É pensar que são relações políticas e que seus desdobramentos precisam ser estudados pela filosofia política e pelo direito.

Dito isso, podemos concluir que a aplicação da teoria de justiça pensada por Okin, e outros críticos, não visa adentrar na *sua* casa ou em qualquer outra casa como uma Gestapo. Não se está aqui defendendo uma teoria orwelliana de justiça que tenha como missão regular a vida privada de cada família. Visa-se sim construir regras, que fundadas nos princípios de justiça, dentre eles o princípio da diferença, componham uma estrutura associativa básica justa. Uma teoria de justiça que pense na família como ***instituição***, isto é, ***em um nível abstrato***.

Certamente, tais regras gerais, "contratuais" ou "legais" poderão alcançar em algum momento a família concreta – a "organização interna da família" (pensando como Rawls). Eventualmente, a polícia poderá até bater na sua porta, se ações violentas e repulsivas, que configurem crimes – como violência doméstica e o abuso sexual – forem cometidos contra um dos membros da *família concreta*. Mas isso acontecerá depois da formação de um consenso democrático sobre regras jurídicas apropriadas para esse tipo de associação[256].

Trata-se de construir escalas na aplicação do direito. Na primeira delas, pensamos em regras gerais justas para esse modelo associativo, uma espécie de "esqueleto contratual" básico, e no mais, abrimos as partes para deliberarem como desejarem. Por ex. o Estado afirma que a cláusula de divórcio é obrigatória (cláusula de retirada instantânea), mas limita o número de associados.

Noutro giro, o Estado amplia um degrau e cria regras que para inibir a violência doméstica – criminaliza lesões corporais praticadas decorrentes de uma relação doméstica/familiar. Este agir do Estado – criação da lei em si – visa inibir tal conduta. Veja,

---

(Uma breve história da Humanidade - Sapiens), e que em parte das desigualdades percebidas na associação familiar digam respeito a esse tópico, seria equivocado pensar a família com esse papel. Ele reduz a autonomia individual e a ideia de livre associação. As pessoas não precisam pensar em ter filhos para constituir uma família. Alguns trechos de Rawls e de Okin fazem esse tipo de associação. É algo perigoso, se pensarmos que uma família que não segue a missão ou papel "pré-determinado" pode não ser reconhecida como tal. Ou abre as portas para uma concepção coletivista de planejamento familiar não adequado ao modelo liberal.

[256] No direito penal brasileiro, os crimes praticados contra o patrimônio em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou de ascendente ou descendente, são isentos de pena, isto é caracterizam uma imunidade penal absoluta. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que pais/responsáveis poderão ser processados civilmente por atos que violem os direitos de seus filhos.

cidadão, a família não é um feudo, um *millet*, onde um agente manda e desmanda, sem consequências. Veja bem os seus atos, pois você poderá responder de alguma forma por eles mais à frente.

Em alguns casos, essa escalada não é suficiente, e um "árbitro" então é chamado para intervir no caso concreto – vamos nos deparar então com os procedimentos em trâmite nas varas criminais e juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher. O equívoco da vida comum é pensar nos tribunais como "justiça". Mas a verdade é que a ideia de justiça (ou de injustiça) começou lá atrás, quando sentamos para pensar os possíveis modelos contratuais (ou seriam estatutários) para o casamento. É justo afinal que o Estado impeça que nós pensemos em modelos livres de associação civil – uniões estáveis e/ escolhas de convivência?

Se formuladas a partir da teoria da justiça com equidade, essas regras irão privilegiar o equilíbrio entre as partes, ao invés de legitimar modelos de opressão e subordinação. Elas vão projetar regras associativas que combinem a preservação da liberdade com a promoção de igualdade.

Qual é a matriz filosófica de uma regra que permite relações sexuais não consentidas no casamento? E de que maneira migramos para a construção de regras – de um direito penal – que passou a considerar como crime de estupro todas as relações sexuais não consentidas – dentro e fora do casamento? É sobre isso que estamos debatendo. São relações de poder e de dominação, conflitos que atravessam de forma vertical, e sistêmica, todas as famílias. Em alguns casos, poderão surgir conflitos associativos cuja resolução não esteja prevista em lei. Nesses casos, as decisões judiciais serão elaboradas com base em que, senão em critérios de justiça?

Pensar numa teoria de justiça como base para a construção de regras associativas ou contratuais é afinal o que fazemos todos os dias. Não é essência da ideia do liberalismo igualitário, a existência de diferenças – diferenças que venham a resgatar os mais desfavorecidos, diferenças que garantam um espaço razoável de liberdade para a consecução de projetos de vida abrangentes? Se essa é a concepção para a sociedade como um todo, por que não pode ser a concepção para a família como instituição? Okin e demais críticos não propuseram que as relações familiares e sociais fossem imutáveis e amarradas a uma concepção engessada de igualdade. Pensar na justiça para a família não significa dizer que amanhã o Estado irá obrigar os homens e mulheres a ficar, cada qual, 12 horas em casa cuidando de seus filhos, ou qualquer proposta do gênero[257].

[257] Isso não seria uma proposta típica de uma filosofia liberal igualitária, mas sim de uma filosofia marxista.

Voltando ao pensamento de Rawls. Referindo-se aos princípios de justiça, ele assevera: "*eles não podem assegurar justiça igual para as esposas e os maridos*". Em suma, o que ele está dizendo é que os princípios de justiça não podem garantir um lar feliz, que o marido e a mulher sejam pessoas bacanas. Sempre haverá espaço para "pequenas injustiças" – vale dizer, é impossível garantir que os membros da família não ajam em alguma medida egoisticamente. Mas esse argumento tem o condão de confundir a nossa cabeça, porque não é justamente por isso que precisamos de princípios de justiça: para garantir que esse egoísmo mantenha-se no nível da "picuinha", e não transborde em conflitos sistemáticos prejudiciais a determinado grupo ou determinadas situações?

Não podemos garantir a "justiça entre maridos e esposas", da mesma maneira que não podemos garantir a " justiça entre um comprador e um vendedor". Da mesma forma que não podemos garantir a justiça ente sócios de uma mesma empresa. Não podemos garantir que todas as relações de trabalho sejam justas. Nada obstante, em todo o caso, podemos pensar numa engenharia contratual ou estatutária, a nível de justiça procedimental, que antecipe problemas, e em si proponha mecanismos de incentivos ou desincentivos, ou mecanismos de bloqueio para o abuso e a opressão. O que é o divórcio senão uma cláusula de retirada sem penalidades? Será que a existência do divórcio em si, pura e simplesmente, não é um desincentivo para a opressão na família? A independência financeira dos cônjuges não seria também um mecanismo de desincentivo à opressão associada à existência de uma cláusula de divórcio? Se eu sei que o meu cônjuge pode a qualquer momento sair porta afora com os meus filhos, seja porque a lei prevê esse instituto, ou porque a sociedade reconhece-o como um ato legítimo, seja porque ele tem recursos para tanto, talvez seja melhor eu abaixar o meu tom de voz[258]. Por que não podemos buscar uma justiça procedimental pura por meio de um acordo associativo de casamento? Para que serve então um contrato de casamento?

[258] Trata-se aqui de pensar o divórcio como uma categoria de *exit rights*. Segundo Susan M. Okin: Muitos argumentos recentes de direitos ou isenções de grupos culturais, religiosos ou outros que não são propriamente liberais baseiam-se em premissas liberais – se o valor liberal central for autonomia individual ou tolerância pela diversidade de formas de vida. Qualquer defesa consistente de direitos de grupo ou isenções, baseada em premissas liberais, tem de assegurar que pelo menos um direito individual – o direito de sair de seu grupo de origem – supera qualquer direito de grupo. As implicações disso serão exploradas mais tarde, porém, por diversos motivos, a alegação em si parece incontestável *prima facie*. Não ser capaz de deixar o grupo em que se foi criado para um modo de vida alternativo é uma violação grave do tipo de liberdade que é fundamental ao liberalismo. Na verdade, os defensores dos direitos de grupos que não adotam nem praticam os princípios liberais no que diz respeito a seus próprios membros justificam frequentemente esses direitos de modo provisório: todo grupo ao qual tais direitos são conferidos deve (pelo menos) conceder a seus membros o direito de saída. Parece, além disso, que qualquer defensor liberal dos direitos de grupos deve reconhecer que os indivíduos precisam ser não apenas formalmente livres, mas de forma consistente e mais ou menos livres de modo equânime para deixar suas religiões ou culturas de origem: **precisam ter direitos realistas de saída**. (Grifou-se) (tradução nossa). OKIN, Susan Moller. "Mistress of their own destiny": group rights, gender, and

Em outros casos, determinados conflitos serão sim resolvidos de um modo mais pessoal – por meio de um caso judicial. Um árbitro independente será chamado para resolvê-lo. E aí abrimos espaço para dois cenários distintos. No primeiro deles, residem os casos mais fáceis. São questões que envolvem a distribuição proporcional de alimentos às crianças, ou cláusulas de visitação, em caso de divórcio. As partes são livres para dispor como bem entenderem, mas se não chegarem a um acordo, um árbitro (juiz) irá definir as suas condições – em regra sem nenhum ou quase nenhum esforço, na medida em que a justiça para esses casos é praticamente a mesma. Não se está efetivamente "julgando" nada, apenas fazendo valer o que a lei já determina – ou uma jurisprudência consolidada, como no caso do percentual dos alimentos devidos aos filhos/filhas (30% para cada filho).

Nesses casos, a figura do árbitro exerce um papel simbólico na comunidade. O conflito familiar decidido por um terceiro agente acalma o ânimo das partes. Afinal, não prevaleceu a vontade de "A" ou "B", mas sim a do árbitro. Essa pequena abstração coletiva em si também funciona como um mecanismo de pacificação de conflitos, e não deve ser menosprezada. Ainda que o árbitro não engendre um raciocínio complexo sobre os fatos em cotejo com as regras de justiça, a presença dele na frente dos cidadãos para "concretizar" a lei e resolver o conflito é em si mesmo um mecanismo de justiça. É uma ficção coletiva que funciona muito bem para o *sapiens*[259].

No segundo cenário, estaremos diante de um caso difícil, que envolve conflitos não previamente imaginados. São casos complexos que envolvem discussões filosóficas e essenciais sobre as partes integrantes da associação, e/ou mesmo o seu objeto social – o móvel essencial daquele microssistema. É um salto no patamar da abstração. Nesses casos, estaremos buscando uma justiça procedimental imperfeita. Um árbitro avaliará por um determinado critério – independente – qual a solução justa. Podemos pensar em analogia a um tribunal penal – vamos verificar se o réu seria culpado ou inocente. Mas essa lógica existe não somente para o direito penal – ela é válida, sobretudo, para o direito constitucional. Basta que façamos uma substituição de autor/réu – pelas partes – demandante e demandado. Ao fim e ao cabo, no direito penal ou no direito constitucional, o árbitro avaliará os fatos postos à sua frente, e fará um cotejo com os critérios de justiça previamente estipulados.

---

realistic rights of exit. In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007.

[259] HARARI, Yuval Noah. *Op. Cit.* 2015.

Um exemplo de um caso difícil seria saber se "as crianças" podem "se divorciar" de seus pais – afinal não é isso que estamos discutindo em *Yoder*? Ou não, havia me esquecido, *Yoder* é um marco da liberdade de religião[260].

A dificuldade de pensar nesses termos justifica-se pelo recorte limitado da filosofia política, a qual esteve desde a sua origem preocupada em estudar a política sob a perspectiva da polis. Vale dizer, associou-se política à ideia de Estado, de associação de cidadãos, de pessoas que necessitavam se reunir em praça pública para a tomada de decisões em conjunto. Essa ideia sobre a organização política das cidades, dos Estados, inspirou grandes filósofos iluministas a criarem teorias e conceitos voltados à lógica dessa macroassociação. Nós éramos livres, e depois firmamos um contrato, agora temos direitos e obrigações. Nós éramos maus e agora somos bons? Nós éramos bons, e agora somos maus? Essa é uma vontade divina, uma vontade humana? O poder tem que ser desmembrado para não ser desvirtuado. E assim foi.

Nada obstante, o foco excessivo no domínio público fez com que deixássemos de enxergar algo que era óbvio, e está essencialmente na lógica do nosso dia-a-dia. A vida política não é monopólio do Estado – ela existe em toda e qualquer associação. Vale dizer, em qualquer lugar que duas ou mais pessoas tenham que conviver uma com a outra, e decidir sobre provisões, trabalho, lazer, interesses que oram coincidem e ora se chocam, existirão política e relações de poder.

Dito isso, a inquietação com relação à dinâmica contratual de Veneza não é muito distinta daquela de Belmont. Viver em Belmont não seria o mesmo que viver em Veneza? O que isso nos diz sobre a nossa concepção sobre "o público" e "o privado"? São afinal esferas separadas e tão distintas assim? Ou é apenas uma questão de escalas?

2.1.3.3 Conclusão parcial: o direito, o tempo e a inovação disruptiva[261]

Jack olhava fixamente a janela por alguns minutos. Mardie então lhe perguntou: – Está tudo bem? E ele lhe respondeu: – Sim, querida. Sabe, é um quebra cabeça coletivo... Mas ele é dividido em rodadas. Algumas peças só aparecem com o tempo, nas rodadas seguintes. E outras peças estavam lá o tempo todo. Quanto tempo eu tenho, Mardie? – Jack, você é o grande senhor do seu tempo. Não se preocupe mais. Venha... o almoço está na mesa.

Rawls, como vimos, mudou de opinião, após as insistentes críticas e indagações de correntes filosóficas feministas, passando a repensar a dicotomia do público *v.* privado. Okin,

[260] A nosso ver, o caso Wisconsin *v.*Yoder também traz à tona o debate sobre as possibilidades de se reconhecer no direito à educação uma categoria de direitos de saída, tema que será oportunamente abordado no capítulo 3.1.
[261] A expressão origina-se do artigo de *Clayton M. Christensen* e *Joseph Bower*, intitulado "Disruptive Technologies: Catching the Wave" publicado na Revista Harvard Business Review (jan-fev/1995).

McClain, Nussbaum e Lloyd conseguiram, pois, abrir uma janela no raciocínio de Rawls. Mas alguns pontos ficaram inconclusos. Existiu, pois, uma falha na comunição? O debate público não foi suficiente? Teriam elas recebido uma missão impossível: "transplantar" suas ideias para a mente de Rawls? Vida privada e pública, realidade e ficção? Estamos diante de dicotomias?

> Cobb: O que você deseja?
> Saito: Inserção. É possível?
> Arthur: Claro que não.
> Saito: se você pode roubar uma ideia, por que não planta uma, em vez disso?
> Arthur: Está bem, isso sou eu plantando uma ideia em sua mente. Eu digo: não pense em elefantes. Em que você está pensando?
> Saito: Elefantes?
> Arthur: Certo, mas não se trata da sua ideia. O sonhador pode sempre recordar a gênese da ideia. É impossível falsificar a verdadeira inspiração.
> Cobb: Não, não é" (…)
> Cobb: "Vou dividir o império de meu pai". Essa é, obviamente, uma ideia que o próprio Robert preferiria rejeitar. Por isso precisamos plantá-la no fundo de seu subconsciente? O subconsciente é motivado pela emoção, certo? Não pela razão. Precisamos encontrar uma forma de traduzir isso em conceito emocional".[262] (tradução nossa).

Isso acontece porque as ideias nascem das nossas experiências, da nossa confrontação diária com a realidade. O primeiro ensaio de Okin sobre esse específico tema intitula-se: ***Reason and feeling in thinking about Justice***. Por que a maioria das críticas feministas é feita por mulheres? Porque é uma vivência com lógica e contradições dessa realidade – nascer e viver como mulher, e essa complexidade gera novas indagações. Por que talvez nós não tenhamos alcançado o núcleo dos direitos das crianças? Porque o tempo passou, e as crianças estão no passado. O tempo as apaga todo dia de nossas mentes? Ou não, elas resistem no nosso subconsciente? Se toda a discussão sobre "a esfera pública" nasce na mente de uma pessoa que pensa sobre essas coisas com base nos sentimentos, na emoção, e na sua confrontação com a razão, estamos ao fim e ao cabo reproduzindo "em uma esfera pública" as nossas percepções infantis? Se tudo que produzimos no escritório da nossa casa é próprio da vida privada, nossas ideias sobre o mundo que ali nascem são nada mais do que uma projeção do nosso *self*? O que é público? O que é privado?

Precisamos, voltar, pois, para um ponto de extrema relevância, que pode estar passando por nós despercebido. A dicotomia "público *v*. privado' sustenta-se em dois pilares: nas ideias *de separação* e *de diferença*. Okin identificou essa bifurcação em sua obra:

> Feministas de diferentes tendências políticas e em uma série de disciplinas acadêmicas revelaram e analisaram as múltiplas interligações entre os papeis

[262] Diálogo criado por Christopher Nolan, roteirista, para o filme a Origem, de 2010.

> domésticos da mulher e sua desigualdade e segregação no local de trabalho, e entre sua socialização em famílias de gênero e os aspectos psicológicos de sua opressão. Vimos desafiando de maneira vigorosa e persistente os pressupostos subjacentes em longa data a quase todas as teorias políticas: de que a esfera da vida familiar e pessoal é tão **separada** e **distinta** do resto da vida social, que essas teorias podem justificadamente assumi-la, menos ignorá-la[263]. Grifou-se. (tradução nossa).

Mas apenas identificar uma questão não é o mesmo que mergulhar seu pensamento sobre ela. É um primeiro passo, mas a projeção das ideias é algo caótico, seja na mente das pessoas, seja no *self* coletivo. A primeira crítica conseguiu de alguma maneira penetrar melhor na mente dos acadêmicos. As esferas do "público" e do "privado" são mesmo separadas?

Rawls compreendeu bem ***a primeira*** das críticas do movimento feminista: a saber, as esferas da vida pública e da vida privada ***não estão ilhadas***. Logo, ele admitiu que questões de justiça pudessem migrar da esfera pública para a esfera privada, conectando tais sistemas. As relações existentes entre o domínio público e o privado são tão intensas que não podem ser desconsideradas. O público invade a casa, e a vida doméstica modela o espaço público. Belmont e Veneza estão ligados por infinitas conexões, por diversas e incontáveis pontes. Se olhássemos pelos olhos de um piloto, sobrevoando tais cidades, poderíamos até mesmo dizer que se trata de uma teia.

Nada obstante, Rawls deixou escapar pelos dedos ***a segunda*** crítica, um pouco mais sutil, a saber: as esferas da vida pública e da vida privada não são assim tão ***distintas***. Os mesmos problemas que existem na vida em uma supercoletividade existem na vida da microcoletividade – vale dizer – a família. A divisão do público e do privado como espaços, coisas, essencialmente diferentes é uma falácia, uma ficção jurídica. Os conflitos e os problemas podem apresentar formas, vestes, e linguajar particulares. Nós podemos criar muros, condomínios, prédios, e até quartos, para não vermos mais ninguém na nossa frente, e fugir deles. Mas fechar a porta do quarto não acaba com os problemas. Nem faz com que mudem de natureza. São pequenos conflitos, conflitos medianos e grandes conflitos. Isto é, tudo é interação política: eu tenho uma ideia, você tem outra, e nós precisamos achar um entendimento sobre o "meu", o "seu", e eventualmente um resultado ideal - o "nosso".

Duas crianças brincam no quarto. Elas estão animadas, acabaram de se deparar com uma novidade, um brinquedo chamado "Escolinha da Moda". Trata-se de uma plataforma com vários moldes de plástico que permitem a formação de diferentes modelos. Estão divididos em dois blocos, o que permite que a criança forme conjuntos. Escolhido o conjunto

---

[263] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit.. 1989b*. p. 125-126.

– papel e lápis transportam-no para um desenho. Horas a fio de diversão e felicidade. Ledo engano.

O pai de uma das crianças, bastante detalhista, notou que na parte de trás dos moldes de plástico havia moldes de estampas. Uma inovação àquela altura. Além de brincar com a mistura de modelos, era possível fazer um *mix* de estampas. A primeira criança usa o brinquedo, e cria um modelo de calça estampada. A segunda criança, porém, utiliza-se do molde para estampar "a pele" da modelo. A primeira criança não compreende aquela ideia – e decreta – você não pode fazer isso porque não faz parte das regras. A segunda criança indaga: que regras? – A outra rebate de pronto: – As pessoas não são "estampadas". Logo, as modelos não podem ser "estampadas" (uma espécie de lógica dedutiva normativa). Mas a segunda criança avisa: eu não estou limitada a essa regra. São *suas regras*. A primeira criança rebate: – não são *minhas* regras, são regras de todos nós, da vida. – Você não pode infringi-las.

Uma manhã de diversão se transformou em briga, em caos. Fim de jogo. Os pais separaram as crianças. Mais infelicidade. A regra de resolução de conflitos foi "cada um para um canto". Esse exemplo mostra como as pessoas enxergam um mesmo fato, e em geral – inovações, ideias novas, de forma distinta. A lógica normativa da primeira criança impedia-a de ver a inovação como uma abertura para novas possibilidades. A lógica inovativa da segunda criança não permitia que alcançasse a conclusão dedutiva da primeira. O que é mais importante – seguir as regras sociais ou inovar? É possível estabelecer um plano de debate para alcançarmos um meio termo? É um conflito privado? É um conflito pequeno?

Pensemos noutro exemplo. Durante muitos anos, talvez séculos, a sociedade ocidental tenha se estabelecido sobre a seguinte premissa: o casamento *lato sensu* – isto é, o ato inaugural da formação de uma família – é realizado entre duas pessoas – um homem e uma mulher. O que é a tradição, senão a prática reiterada de um costume – um movimento mecânico ritmado – uma contagem do tempo através de práticas sociais? A tradição era e continua sendo, mesmo depois do relógio, um mecanismo de segurança. A vida e o tempo passam a fazer sentido na mente do *sapiens*[264] dessa forma. Vivemos uma paz social.

Um dia, porém, alguém surge com uma inovação. E dizem: - no mundo oriental, as famílias não são compostas por duas pessoas, mas por um homem e infinitas mulheres. Todos se entreolham chocados – nossa que absurdo! Mas isso não é o pior. Em Nova York, existem famílias formadas por pessoas do mesmo sexo. Ah... Mas isso não é família. Isso é bagunça. – Não... não... são famílias, com filhos e tudo mais. Algumas bochechas ficam coradas. Alguns

[264] HARARI, Yuval Noah. *Op. Cit.*

perdem o temperamento. Já tivemos que aceitar as mães solteiras. – Agora, isso, isso... é um ultraje! É o fim da família, da sociedade, do mundo. É o apocalipse!

Qual a diferença entre os dois conflitos? No primeiro, duas crianças. No segundo – microssistemas são formados a partir de uma nova ideia. Um primeiro grupo segue o seguinte raciocínio: a liderança das famílias é formada por duas pessoas – um homem e uma mulher. Se as pessoas escolhem outro modelo de convivência – duas ou mais pessoas – ou viver com pessoas do mesmo gênero – isso não é família. Do outro lado, outro grupo de pessoas, aponta: a família nasce do amor recíproco, do afeto. Isso é a base da formação familiar. Se eu amo uma, duas, três pessoas, independentemente do sexo, e desejo construir uma família – estamos inovando, a partir das próprias regras sociais que vocês aí da mesa de jantar criaram.

Esse conflito está, pois, na ordem do dia. Simplesmente porque pessoas e unidades familiares com formações distintas não conseguem chegar a um ponto comum nesse debate. É um debate que mobiliza o Estado, a mídia, e os tribunais de mais alto escalão. Mas, em natureza, de que maneira ele se diferencia do conflito entre duas crianças?

Vamos subir um degrau, então. Durante muito tempo, o *sapiens*[265] entendeu que era possível comercializar... pessoas. Bastava que se dominasse uma nova região, para dela se apropriar de todos os seus frutos, inclusive da sua gente. Muitas coletividades conviveram com isso durante muitos anos e séculos a fio. Nós estamos falando de coletividades não muito distantes da nossa linhagem, formadas por nossos bisavós e tataravós. Uma parte dessas pessoas que entendiam que era possível comercializar pessoas, e obter os frutos do trabalho dessas pessoas-bens começaram, contudo, a se sentir oprimidos. Veja bem, não estamos falando das pessoas-bens, estamos falando das pessoas-pessoas. Eles queriam ***mais liberdade***. Eles queriam viver em um mundo onde pudessem exprimir suas opiniões e ideias, como bem quisessem. Eles queriam que o governo não se intrometesse em seus negócios. Eles queriam viver sem amarras. Aos poucos, eles foram alimentando, pois, um sentimento de ***liberdade***. E essa ideia tomou conta da rede neural individual e coletiva – e passou a mobilizar diversas pessoas, a ponto de elas terem embarcado em grandes navios, cruzando o mundo, em busca da tão sonhada liberdade.

Nesse novo mundo, mais distante do núcleo de poder central, as pessoas conseguiram fortalecer esse sentimento coletivo, a ponto de transformarem o que era uma ideia em realidade concreta e palpável aos olhos de todos. A independência das 13 colônias foi o auge – o sucesso da ideia de liberdade. E quando esses coletivos se organizaram em uma estrutura que hoje corresponde aos Estados Unidos – eles elaboraram uma Constituição – um acordo

[265] Ibidem.

coletivo inaugural que estabelecia o que realmente importava. Logo, um ponto de chegada, após muitas lutas.

Nada obstante, os autores desses documentos tiveram uma nova ideia: "Todos os homens são criados iguais". Pronto. Uma simples ideia transformou-se em tinta e papel. Mas não em um livro qualquer – na nova bíblia da sociedade americana: a Constituição. Então, aquilo que era o motriz da sociedade, a tão prestigiada ideia de "liberdade" passou a ter que conviver com outra ideia emergente: a "igualdade". Só que a transposição dessas ideias para a sociedade americana não foi linear – não é uma onda que passa e toma o controle de tudo. São sequências de ondas, uma erosão mental que molda dia após dia ideias antigas, ou mesmo que se junta a elas, transformando a mente e o *self* coletivo.

Algumas pessoas estão mais suscetíveis a essa inovação, outras menos. E de repente, nos deparamos com uma sociedade dividida. Um primeiro grupo que diz: – ser igual? – nós, brancos fazendeiros – já somos iguais. Temos que nos preocupar com a nossa liberdade. Essa foi a promessa, por isso que viemos para cá. *Pacta sund servanda*. Então outro grupo coça a cabeça, e diz: - É, mas sabe o que é, tem algumas pessoas que não gostam ou não convivem bem com situações contraditórias, e elas estão apontando para uma coisa que faz sentido, sabe uma lógica dedutivo-normativa... Se todas as pessoas são iguais, as pessoas-bens não são bens, elas são pessoas. Tem um grupo que está meio confuso com tudo isso. E também, sabe, tem aqueles religiosos que estão fazendo uma interpretação literal da bíblia – Deus criou todos como iguais. E como vamos superar essa contradição? E o outro grupo diz: - Nossa, vocês vão mexer em tudo isso, por causa de uma simples contradição? Ah, não, mas agora, que estamos indo tão bem. E quem vai fazer isso? O Estado, aquele Estado que ontem estava no meu cangote? De novo?

E qual foi o critério para a resolução desse conflito? Uma guerra que arrasou com a sociedade americana, e que moldou uma nova geração. Ela foi uma guerra pública motivada por interesses privados, ou ela foi uma guerra de interesses privados que assumiu uma feição pública? As pessoas se mataram por conta dessa incapacidade de solucionar conflitos. E hoje: nós não estamos muito longe. Muito embora tenhamos conseguido, em parte, conter nosso ânimo beligerante – transformando essa dança de interesses cruzados em política e diplomacia, estamos ainda discutindo essa dicotomia liberdade x igualdade, e agora outra: indivíduo x comunidade.

Essas falsas dualidades na verdade indicam que uma mesma situação-problema está sendo observada pelos indivíduos por ângulos diferentes, e se apresentam em diversas escalas. Não é isso que acontece todos os dias nas nossas casas e no mundo: brigas, desentendimentos,

lesões corporais, homicídios, genocídios, feminicídio, tudo o mais? No quarto ou no planeta, a gente está a todo dia, toda hora, com uma mão se abraçando e com a outra apontando o dedo em riste.

Mas isso não acontece em um plano unidimensional. Estamos vivendo em redes, teias, formadas por molas e cordas infinitas, que se estendem no *tempo*. Como o direito irá lidar com o fato de que tudo isso que estudamos por si só compõe um infinito universo quadridimensional? Isso porque ainda nem começamos a falar sobre o tempo... Quando Marx e Young dizem que temos que levar em consideração a matriz histórica, o que nós entendemos sobre isso? Por que Rawls não considerou o *tempo* na sua teoria de justiça? Ou foi sobre isso que ele começou a pensar quando escreveu sobre justiça intergeracional? Mas ele teve tempo para desenvolver essa ideia?

Como a justiça, as famílias e as crianças se relacionam com tudo isso? As idades da vida são as marcações do *sapiens*[266] no tempo? Alan Prout propôs uma nova ideia para a sociologia e para o estudo da infância: e se nós pensarmos de outra forma? É possível superar a dicotomia biologia x social? Por que não usarmos outros conceitos – outras ideias que se apresentam mais coerentes com a realidade? E foi buscar em Law e em Latour[267] uma ideia – a teoria ator-rede. Prout destaca a seguinte passagem de Law:

> Para entender a mecânica do poder e da organização, é importante não começar a assumir tudo o que queremos explicar… Ao fazer isso, bloqueamos a maior parte das dúvidas interessantes sobre as origens do poder e da organização… [em vez disso] poderíamos questionar como alguns tipos de interações são bem-sucedidos em se estabilizar e se reproduzir: como superam a resistência e parecem tornar-se 'macrossociais'; como é que parecem gerar efeitos, como poder, fama, tamanho, escopo ou organização, com os quais estamos todos familiarizados[268]. (tradução nossa)

Essa é uma ideia estruturante de toda a realidade, não só do público e do privado, das famílias e das crianças. Mas isso não é um problema, é um caminho de solução. Afinal, se estamos em uma de suas pontas – a família e as crianças – precisamos de todo modo fazer conexões sequenciais entre diversos planos que, por certo, não estão isolados, e não têm naturezas distintas. As famílias e as crianças estão presas em uma ideia abstrata do que é privado... Mas e se esse conceito de dicotomia entre o privado e público se desmantelar na nossa frente? Como vamos reconstruir esses institutos?

---

[266] Ibidem.
[267] LATOUR, Bruno. *Op. Cit*.
[268] LAW, J. "Notes on the Theory of the Actor-Network: Ordering Strategy and Heterogeneity". Systems Practice. 5 (4): 379-93. p. 80; In PROUT, Alan. *The future of childhood*. London: RoutledgeFalmer, 2005. p. 70.

Se o direito visa solucionar conflitos reais que se reproduzem em escalas distintas, com características híbridas, por que estamos tão preocupados em dividir – em separar e categorizar? Essa categorização está aprisionando a família e a infância, impedindo, ao fim e ao cabo, não só o seu objetivo basilar como a sua reconstrução em uma ordem 4.0 – se evoluímos para a ideia de resolver os conflitos com critérios de justiça reais, por que estamos por outro lado nos aprisionando?

> Em segundo lugar, significa que os atores surgem em todos os tamanhos, de pequenos como o indivíduo-criança até grandes como o Estado ou uma empresa de mídia. Isso ocorre porque todos os atores são percebidos como redes, embora possam aparecer e atuar como pontos. Por trás de cada ator, tanto uma criança, como o Estado, ou uma empresa de mídia, encontram-se em uma complexa rede de pessoas e coisas mais ou menos unidas. 'Atores-redes' estabilizados aparecem como objetos sólidos que a sociologia modernista gostava de chamar de 'estrutura' ou 'sistema'. Contudo, essas redes podem tornar-se frágeis e são sempre parciais e anuláveis. Novas redes podem surgir e cair no esquecimento, mas também podem se estabilizar e crescer em escala[269]. (tradução nossa).

Viver em Belmont é o mesmo que viver em Veneza. O piloto quando olhar lá do alto, não encontrará nenhuma grande distinção, são teias sobrepostas, uma projeção simétrica. É apenas uma questão de escala.

Nada obstante, essa ideia de que existe um "domínio público e um domínio privado" precisa de alguma forma ser desparafusada. É um *earworm* como tantos outros – aquela música que fica tocando repetidamente no fundo da nossa mente, sem que saibamos ao certo como ela chegou até lá. É o lado ruim das ideias, uma espécie de vírus contagioso, um *bug*. É uma contradição em si mesma. Muito embora ela seja de difícil absorção, uma vez que ela adere à rede de conexões humanas, quando alcança a inteireza da teia social, toda a abstração coletiva cria raízes tão profundas que qualquer mudança parece simplesmente impossível.

Estamos construindo uma nova cidade sobre as ruínas do passado. É por isso que nos deparamos com tantas contradições. Fato é que o tempo está passando, e enquanto estamos batendo cabeças, pessoas estão nos mostrando problemas reais, e o que estamos dando a elas: essas leis? Leis que falam de uma família feudal construída em um direito raiz, de uma família moderna, fundada em um pseudo amor-dominação? E as crianças sem voz e sem presença nas famílias? Estamos esperando a maioridade para que nesse dia, enfim elas se deparem com a sociedade por meio de uma prova de vestibular? Primeira pergunta: o que é justiça? Vestígios de um passado remoto que insiste em sobreviver no nosso subconsciente. Teremos coragem de abrir as mentes? E teremos coragem de fazê-lo de forma rápida? Se as ideias estão circulando no mundo em uma velocidade como antes nunca vista – ante o

[269] PROUT, Alan. *The future of childhood*. London: RoutledgeFalmer, 2005. p. 71.

aprimoramento da tecnologia das conexões informacionais – como vamos transplantar essa dinâmica para o direito?

2.2 Uma teoria sem crianças?

> Direito das crianças, por óbvio, geralmente significa direitos que os adultos acreditam que elas tenham[270]. *(John Holt)*
>
> Família é como varíola: a gente tem quando criança e fica marcado para o resto da vida.
> (Jean-Paul Sartre)

2.2.1 Críticas infanto-geracionais

2.2.1.1 A fantástica fábrica de adultos

As críticas feministas à teoria de justiça *rawlsiana* fundamentam-se, como visto linhas acima, na necessidade de acomodação de alguns conceitos, sobretudo, os de "estrutura básica da sociedade" e da "posição original sob o véu da ignorância".

Para Young, nenhum movimento em prol da construção de uma sociedade justa será completo desconsiderando-se a matriz histórica[271]. Trata-se de estudar com afinco a estrutura básica da sociedade, observando-a e descrevendo-a. Sua proposta é retirar a teoria de justiça *rawlsiana* de um vazio desencarnado, mergulhando-a na realidade que, de fato, costura a estrutura básica da sociedade. Okin[272] sugere uma mudança estrutural na teoria de justiça no que diz respeito à "posição original". Seu marco teórico busca um movimento real de alteridade. Propõe, com efeito, a substituição do "véu da ignorância" pela "troca consciente de papeis". Vejamos novamente as suas considerações sobre a ideia de *shifting places*:

> Em minha visão, a posição original e o que acontece lá são muito mais bem descritos em outros termos. Como o próprio Rawls diz, a combinação de condições que ele lhes impõe 'força cada pessoa na posição original a levar o bem-estar dos outros em conta'. As partes podem ser apresentadas como agentes 'racionais, mutuamente desinteressados', característicos da teoria da escolha racional, apenas porque não sabem que tipo de *self* virão a ter. O véu da ignorância é uma demanda tão exigente que converte o que, sem ele, seria autointeresse, em preocupação equivalente para com os outros, inclusive outros que são muito diferentes de nós mesmos. Os que se encontram na posição original não conseguem pensar o *standpoint* de *nodody*, como é sugerido por aqueles críticos que logo concluem que a teoria de Rawls depende de um conceito de *self* 'desencarnado do corpo'. Eles devem, de preferência, pensar do *standpoint* de *everybody* e no sentido de cada um, em contrapartida. Fazer isso requer, no mínimo, tanto uma forte empatia como uma disponibilidade para ouvir atentamente os diversos *standpoints* dos outros. Como sugeri, é mais provável que essas capacidades estejam amplamente presentes em uma sociedade só de famílias justas, sem expectativas ou reforços de gênero.[273] (tradução nossa).

---

[270] HOLT, John. *Escape from childhood: the needs and rights of children*. Oregon: GWS LLC, 2013.
[271] YOUNG, Iris M. *Op. Cit*.
[272] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b*.
[273] Ibidem. p. 100-101.

Sua ideia tem origem em um raciocínio lógico: quando eu coloco o véu, eu me torno um sujeito desencarnado. O máximo que consigo projetar em minha mente, dessa posição, são as minhas dificuldades e os meus problemas, e mesmo assim de maneira superficial, porque desencarnado eu não tenho mais como compreender de forma clara nem a mim mesmo nem o contexto histórico no qual estou inserido. No limbo entre mim mesmo e o outro, o que posso fazer? O que posso projetar, senão uma proposta de justiça também desencarnada, que não atende a mim, nem a mais ninguém?

Quando o exercício de alteridade, por sua vez, é feito por um modelo de *shifting places*, eu reconheço o outro e faço um exercício de alteridade, de estudar a sua história, de compreender o seu papel na sociedade, as suas dificuldades, e os seus desejos. Eu olho para o outro, e mais, eu o observo, eu o ouço. Eu busco conhecê-la, aprender com ela. Nós investimos em intimidade e não em distanciamento. Em seguida, Okin conclui que somente a partir dessa outra posição, Rawls poderia tentar compreender o que é ser uma mulher na vida familiar e na vida pública e, com efeito, perceber que as duas ideias, a bem da verdade, não seriam dissociadas nem diferentes, e que, portanto, não poderíamos falar de uma família justa, *a priori*.

O que notamos, no entanto, é que muito embora as suas críticas sejam sobremaneira pertinentes e complementares à teoria de justiça *rawlsiana*, elas apenas percorrem uma parte do território familiar, marcado pelo *standpoint* da mulher adulta (esposa e mãe). Nada obstante, existem pontos ainda não explorados nesse terreno, na medida em que as relações familiares não se limitam àquelas travadas entre homens e mulheres (cônjuges). A vida familiar é também marcada por outra tensão latente, que envolve a relação entre adultos e crianças. Se as crianças ultrapassassem a sua condição de *enfants*, o que elas teriam a dizer a Rawls e à Okin? Criariam elas uma linha crítica infanto-geracional à teoria de justiça *rawlsiana* e à teoria crítica feminista?

É bem provável que sim. E certamente o ponto que lhes chamaria a atenção seria o seu papel coadjuvante na família e no discurso jusfilosófico. Conquanto ambos os autores tratem em algum momento das crianças no bojo das relações familiares, sua análise é sempre voltada à criança como um "terceiro". Rawls e Okin assumem, portanto, os *standpoints* dos adultos, e, sem que percebam, fecham-se para a possibilidade de que *nobody* e *everybody,* na verdade, possa englobar não somente diferenças econômicas e de gênero, mas também de idade. Para Rawls:

> [A] ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original. São eles os princípios que **pessoas**

> **livres e racionais**, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação. Esses princípios devem reger todos os acordos subsequentes; especificam os tipos de cooperação social que se podem realizar e as formas de governo que se podem instituir. Chamarei de justiça como equidade essa maneira de encarar os princípios de justiça. **Assim, devemos imaginar que, aqueles que entram em cooperação social, escolhem juntos, em um único ato conjunto, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres fundamentais e determinar a divisão dos benefícios sociais** (...) **A escolha que seres racionais** fariam nessa situação hipotética de igual liberdade, presumindo-se, por ora, que esse problema de escolha tem solução, define os princípios de justiça[274]. (Grifou-se.)

Já na terceira parte de sua obra, quando reflete sobre uma *sociedade bem ordenada*, Rawls lança ideias, a seu ver, capazes de sustentar os sentimentos morais na estrutura básica, tidos por ele como necessários para garantir a sua estabilidade. Volta-se, aqui, às doutrinas empiristas, mais propriamente a "teoria do aprendizado social" e na sequência à teoria freudiana. Discorre, pois, sobre a necessidade de diferenciação moral entre as condutas corretas e condutas erradas. É aqui que Rawls evidencia a sua própria incapacidade de se desprender da posição de um pai de família, e deixa revelar de forma indubitável o *standpoint* de uma pessoa adulta.

> A sociedade deve, de algum modo, corrigir esses defeitos. Isso acontece por meio da aprovação e desaprovação de pais e de outras autoridades que, quando necessário, recorrem a recompensas e castigos, que vão do ato de dar ou deixar de dar afeto à administração de prazeres e sofrimento[275].
> (...)
> O aprendizado moral não é tanto uma questão de adquirir novas motivações, pois estas surgirão por si mesmas quando ocorrer o devido desenvolvimento de nossas capacidades intelectuais e emocionais. **Disso decorre que uma apreensão completa de concepções morais deve aguardar a maturidade; o entendimento das crianças é sempre primitivo e os traços característicos de sua moralidade desaparecem em estágios posteriores**[276].Grifou-se.

Trata-se de uma construção teórica marcada pela dicotomia clássica entre adulto e criança, tendente a superestimar as habilidades racionais e morais do primeiro em detrimento do segundo. Como se a capacidade de distinguir o certo e o errado fosse monopólio do adulto, apresentado aqui como um sujeito cujo amadurecimento restaria completo. Estamos diante, no entanto, de um argumento que apresenta um vício inaugural: se a sociedade é formada por seres racionais e maduros, que já possuem sentimentos de moralidade consolidados, por que a reiterada preocupação com este tópico? Imagina-se que tal preocupação decorre do fato de que parte da sociedade ainda se depara com sujeitos adultos com sentimentos morais falhos (talvez infantis?). Se se trata de um problema existente no universo também adulto, como

[274] RAWLS, John. *Op. Cit*. p. 13-14.
[275] Ibidem. p. 565-566.
[276] Ibidem. p. 568-569.

garantir que esses sujeitos irão de fato "capacitar" seus filhos sobre "sentimentos de moralidade"?

Rawls insiste, ao falar sobre a *moralidade da autoridade*, em supostas diferenças fundamentais entre os adultos e as crianças:

> Seja como for, é característica da situação da criança o fato de não estar em posição de avaliar a validade dos preceitos e ordens a ela dirigidas por aqueles em posição de autoridade; nesse caso, os pais. À criança faltam os conhecimentos e o entendimento com base nos quais a orientação dos pais poderia ser refutada. Na verdade, falta completamente à criança o conceito de justificação, sendo este adquirido muito mais tarde. Por conseguinte, ela não pode duvidar com razão da propriedade das ordens dos pais"[277].
> (...)
> Existe, em geral, uma autoridade que é amada e em quem se confia, ou pelo menos que é aceita na condição de digna desse papel, e cujos preceitos é dever da criança obedecer implicitamente. Não cabe a nós analisar as consequências, ficando isso a cargo dos que ocupam esses cargos de autoridade. As virtudes valorizadas são a obediência, a humildade e a fidelidade para com as autoridades; os principais vícios são a desobediência, a voluntariosidade e a temeridade. Devemos fazer o que se espera que façamos, sem questionar, pois não fazê-lo expressa dúvida e desconfiança, bem como certa arrogância e tendência à suspeição"[278].

Trata-se de raciocínio que reaparece mais à frente quando Rawls discorre sobre a *moralidade da associação*, e também quando se propõe a responder as críticas feministas sobre "justiça" e "família". Veja-se que, mesmo instado a repensar a sua teoria pela perspectiva de outros sujeitos, limitou-se a reconhecer o *standpoint* das mulheres, pessoas adultas. Comparem-se os trechos extraídos de uma *Uma teoria da justiça*, e de *A ideia de razão pública revista*, respectivamente:

> Em primeiro lugar, devemos reconhecer que esses diversos pontos de vista existem e que as perspectivas dos outros não são iguais às nossas. (...) Porém, tendo por fim entendido a situação da outra pessoa, ainda precisamos regular nossa própria conduta da maneira apropriada em relação a ela. Fazer isso pelo menor em certo grau mínimo é fácil para os adultos, mas é difícil para as crianças. (...) A criança ainda não domina a arte de perceber a pessoa de outros, ou seja, a arte de discernir suas convicções, suas intenções e seus sentimentos, de forma que uma percepção dessas coisas não pode informar sua interpretação do comportamento alheio. Ademais, sua capacidade de se pôr no lugar das outras pessoas ainda não está formada e é capaz de desorientá-la[279].
> Considere agora a família. Aqui, a ideia é a mesma: os princípios políticos não se aplicam diretamente à sua vida interna, mas realmente impõem restrições essenciais à família como instituição, **e assim garantem os direitos e liberdades básicos, a liberdade e as oportunidades de todos os seus membros.** Isso elas fazem, como eu disse, especificando os direitos básicos dos cidadãos iguais que são membros das famílias. A família como parte da estrutura básica não pode violar essas liberdades. Como as esposas são cidadãs em situação de igualdade com os seus maridos, todas têm os mesmos direitos, liberdades e oportunidades básicas que os seus maridos; (...)

[277] Ibidem. p. 571.
[278] Ibidem. p. 576.
[279] Ibidem. p. 579.

> **Os membros adultos de famílias e outras associações, em primeiro lugar, são cidadãos iguais: essa é a sua posição básica**"[280]. (Grifou-se).

Veja-se que Rawls constrói sua teoria sobre a formação de um senso de justiça, valendo-se de premissas confusas sobre o processo de aprendizado e o amadurecimento humano. Ao propor uma associação entre Hume, Freud e Piaget, Rawls adentrou, de modo sobremaneira superficial, em um terreno bastante complexo que é o desenvolvimento infantil.

Muito embora Freud e Piaget tenham contribuído imensamente para a psicologia e a epistemologia/educação, respectivamente, muitas de suas ideias nesta área foram superadas e/ou complementadas, em um movimento tipicamente científico de superação de paradigmas, e construção de novos diálogos, a partir do trabalho de outros pensadores como D.W. Winnicott, Montessori, Lev Vigotsky, e Urie Bronfenbrenner, entre outros. O complexo edipiano é apenas uma pequena parte do processo paulatino e fértil de construção do mundo pela criança. E conquanto Rawls tenha logrado reconhecer a importância do afeto para o desenvolvimento infantil, reconhece-o novamente a partir da sua posição como sujeito adulto. São os pais, portanto, a seu ver, os sujeitos capazes de influenciar a criança.

Rawls não conseguiu conceber a possibilidade do movimento inverso: de que as crianças possam ensinar os adultos, surgindo como móvel central do seu processo de amadurecimento e de construção de novos patamares para o sentimento da moral. Tampouco, conseguiu abrir-se para a possibilidade de que as relações entre adultos e crianças sejam um movimento marcado pela influência moral recíproca.

Okin, sem dúvidas, avançou algumas casas em relação a Rawls, na medida em que demonstrou, com bastante propriedade, como o sujeito desenhado pelas mãos dos grandes filósofos e acadêmicos trazia algo de um autorretrato. O sujeito racional, capaz e com aptidão para a política traduzia um sentimento subjetivo e autorreferente. Os homens, quando escrevem sobre o domínio político, escrevem sobre eles mesmos – os homens adultos – pais de família. E o que ela fez, apesar de brilhante, foi algo de todo simples: revelar o disfarce, apontar para o incômodo costurado nas entrelinhas de quem sabe que precisa esconder algo.

A autora diferentemente não se propôs a ocultar o móvel que lhe direcionava ao seu objeto de seu estudo. Falar sobre direitos das mulheres e sobre o feminismo era algo natural à sua condição de mulher e mãe. As suas críticas foram construídas por uma justaposição de elementos – teoria, observação e experiência pessoal. Okin, portanto, assume de forma clara que a sua obra decorre de outro patamar de análise, o que chama de *standpoint of women*: "*A*

[280] RAWLS, John. *O direito dos povos.* São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 209-211.

*noção de **standpoint das mulheres**, embora tenha seus próprios problemas, sugere que uma teoria moral ou política plenamente humana só pode ser desenvolvida com a participação total de ambos os sexos"*[281]. Em outro trecho, indaga*: "Qual efeito a consideração do **standpoint das mulheres** pode ter, na sociedade de gênero, sobre a teoria de justiça de Rawls?"*[282] (tradução nossa).

O seu trabalho está focado na clivagem de gênero – este abismo que separa todo o ecossistema desde a era feudal, e que insiste em marcar o modo como tratamos as mulheres em todas as camadas associativas – família, empresas, universidades, Estado, entre outros. Senão, vejamos:

> O feminismo não é claramente uma tradição no sentido original. A maioria das feministas não têm textos de peso. Nós não presumimos a necessidade de nos referirmos a algum cânone em particular, como faziam os escolásticos medievais ao citarem Aristóteles. As teóricas feministas discordam entre si em muitos aspectos, debatendo tanto com as antecessoras como com as contemporâneas, em tudo, menos na questão mais básica – nossa convicção de que as mulheres são seres humanos em nada inferiores aos homens, que merecem consideração igual à que se tem com os homens em todas as teorias políticas ou morais"[283] (tradução nossa).

Quando Okin revela sua preocupação com as crianças e uma família que seja justa – ou que ao menos se reconheça como injusta, na medida em que tecida pela mesma costura patriarcal que amarra o domínio público – ela traz ao debate a necessidade de se construir uma visão ampliada de mundo capaz de romper a engessada lógica da divisão de papeis sociais em função do gênero:

> A influência formadora da parentalidade feminina em crianças pequenas, em especial, parece sugerir que a diferença entre sexos é ainda mais suscetível de afetar o pensamento de alguém sobre a justiça em uma sociedade de gênero do que, por exemplo, a diferença racial em uma sociedade de classes. (...) Rawls diz que o autorrespeito ou a autoestima 'talvez seja o bem primário mais importante' (…). Boa nutrição física e especialmente boa nutrição psicológica inicial em um ambiente favorável são essenciais para que a criança desenvolva autorrespeito ou autoestima. Contudo, não há discussões sobre isso na consideração de Rawls sobre os bens primários. Como a base do autorrespeito é formada na mais tenra infância, as estruturas e práticas de famílias justas, nas quais o autorrespeito é encorajado, e nas quais a parentalidade em si é valorizada, além de instalações de cuidados infantis de alta qualidade e subsidiadas para complementá-las, seriam com certeza requisitos fundamentais suficientes a uma sociedade justa[284]. (tradução nossa).

Por fim, destaque-se que Okin revela um olhar realista sobre os possíveis problemas enfrentados pelas crianças no seio familiar. Ela não se limita como Rawls a ver as crianças como páginas em branco, prontas para assimilar o conteúdo moral da vida em sociedade. Ela

---

[281] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit.1989b*. p. 107.
[282] Ibidem, *Loc. Cit.*
[283] Ibidem. p. 61.
[284] Ibidem. p. 107-108.

amplia a sua capacidade de argumentação, levando em consideração as famílias reais e os conflitos que brotam nessas associações. Senão, vejamos:

> Tanto o abuso da esposa como o abuso da criança são claramente exacerbados pela dependência econômica das mulheres de seus maridos ou companheiros do sexo masculino. Muitas mulheres, em especial as donas de casa em tempo integral com filhos dependentes, não têm nenhuma maneira de se sustentar adequadamente, sendo, muitas vezes, na prática, incapazes de sair de uma situação na qual elas e/ou seus filhos estejam sendo seriamente abusados[285]. (tradução nossa).

Contudo, como se trata de um trabalho de matriz feminista, estamos diante de um olhar sempre conjugado com a experiência da mulher adulta. A vulnerabilidade das crianças aparece no seu trabalho como um corolário lógico das limitações e dificuldades das mulheres.

Com efeito, a primeira crítica infanto-geracional à *justiça com equidade* e à correspectiva crítica feminista sustenta-se, portanto, na ideia de que ambas foram construídas para o mundo adulto, desconsiderando-se que a sociedade é composta por seres humanos de todas as idades, com diferentes modelos de racionalidade. Não se trata, contudo, de uma falha particular de Rawls ou de Okin, mas sim de uma lacuna no pensamento científico, um ponto cego do direito e da filosofia política. Os escritos de Rawls e Okin *são adultocêntricos,* assim como tudo mais que se produz no direito e na filosofia política. Mesmo quando falamos de direitos das crianças, estamos falando de um *standpoint* de pessoas adultas. Logo, o pensamento nessas disciplinas revela categorias típicas de uma pessoa adulta, o que acaba por desconsiderar o *standpoint* dos mais jovens, indivíduos sujeitos a uma dupla camada de autoridade – local e central.

Vemos isso no próprio movimento de proteção dos direitos das crianças, inaugurado no final do século XIX, e efetivamente consolidado no curso do século XX. Muito embora o reconhecimento das crianças como titulares de direitos tenha sido o início de uma grande conquista, permitindo-se um novo olhar sobre esse sujeito e a redesignação da sua importância no tecido social, verificamos que, na sua origem, ele reflete abertamente um sentimento de superioridade do adulto para com a criança. Os adultos investem na construção de categorias jurídicas que permitam a devida adequação da criança ao universo das pessoas maduras e racionais. As crianças que aparecem para o sistema são as "crianças-problema", isto é, aquelas que rompem a serenidade e o bom andamento da ordem social. Logo, criam-se leis e tribunais voltados para a "normalização" de situações de abandono ou delinquência. Os adultos estão, portanto, preocupados em reagrupar aquelas crianças que por alguma razão conseguiram fugir de suas fileiras.

---

[285] OKIN, Susan Moller. *Op. Cit. 1989b*. p. 152.

No Brasil, podemos citar dois exemplos desse modelo regulador: (i) o Regulamento de Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes (Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923), o qual buscava estabelecer normas para os casos de menores abandonados pelas suas respectivas famílias e daqueles que praticam atos delituosos; e também (ii) o primeiro Tribunal de Menores, criado em 02 de fevereiro de 1924, na cidade do Rio de Janeiro, à época capital do país. O primeiro juiz de menores, José Cândido de Albuquerque Mello Mattos, assumiu a responsabilidade política pelo cuidado das crianças, que nessa condição desviante passaram a ser reconhecidas por outra nomenclatura: "menores". O juiz tornou-se, pois, "o apóstolo da infância abandonada", atuando tanto na prestação jurisdicional quanto na promoção de políticas públicas, sobretudo, na criação de estabelecimentos de assistência e proteção à infância delinquente e abandonada.

O magistrado, pois, assumiu a condução dos casos dessas crianças desviantes e desviadas do circuito social. Sua figura era um híbrido de um comissário francês e de um senhor feudal, na medida em que por um lado representava em nível local a autoridade central, e por outro, detinha em suas mãos todo o poder regulatório sobre a problemática da infância. Com amplos poderes políticos, que se manifestavam na elaboração de normas, na promoção de políticas públicas e na prestação jurisdicional, o juiz Mello Matos tornou-se a personificação de todo e qualquer projeto destinado a compor as mazelas de uma paternalidade/parentalidade deficitária[286].

Trata-se de percepção registrada também por Saraiva: "*a nova ordem acabava por distinguir as crianças bem nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância totalmente desvalida e a infância 'delinquente*', *criando uma nova categoria jurídica: os menores.*"[287] Martha Toledo Machado também chama a atenção para o surgimento de duas categorias dentro da concepção da infância: *os menores* e as *boas crianças*:

> Esta nova categoria expressa no binômio carência/delinquência, aliada à distinção que se fez entre a infância ali inserida e as boas crianças, vai conformar todo o direito material da Infância e da juventude e as instâncias judiciais criadas para aplicação desse direito especial, que, ele sim, já nasceu menor.[288]

---

[286] Em 12 de outubro de 1927, foi criado o primeiro código de menores brasileiro (Decreto nº 17.943) de iniciativa do próprio magistrado. Sendo assim, a codificação ficou conhecida, portanto, como Código Mello Mattos. Lastreada na *Doutrina do Direito do Menor*, o Código Mello Mattos abrangia as categorias do "menor abandonado" e do "menor". Em ambos os casos o discurso construído em torno desta normativa era a de oferecer a ambas as categorias "assistência" e "proteção".

[287] SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 34.
, 2013. p. 43.

[288] MACHADO apud SARAIVA, loc. cit.

Este modelo, contudo, não foi uma novidade brasileira. Não estamos diante de uma jabuticaba. Quando as crianças surgem na agenda jurídica internacional, elas aparecem sempre em função de um objetivo maior, qual seja, a ordenação social, a necessidade de enquadrar no sistema todo e qualquer comportamento de desvio, de quebra da paz social das famílias e do Estado. Consoante a narrativa de Harry Hendrick, nem mesmo o bastião do liberalismo europeu fugiu desse enredo. O autor revela que as crianças não eram de fato o foco das políticas públicas durante as décadas de 20 e 30 do século XX, na Inglaterra. As autoridades estavam sim preocupadas com a ***delinquência infantil***. Na visão de Hendrick:

> [Os] funcionários do governo estavam entusiasmados com o combate à delinquência juvenil. Sem dúvida, é fato marcante que grande parte da legislação que trata do 'bem-estar' dos jovens naquele momento era um estatuto baseado em recomendações de um comitê governamental cuja principal preocupação residia em delinquentes juvenis [59; 145]. O Estatuto de Crianças e Jovens, de 1933, foi uma medida de consolidação cujas cláusulas principais incluíam o desenvolvimento de uma ligação mais estreita entre o cuidado com delinquentes e crianças abandonadas e a agência educacional local (LEA, Local Educational Agency) (…)[289](tradução nossa).

O autor destaca, ainda, a visão de Frost e Stein, para quem o mencionado estatuto seria uma medida reacionária, sem qualquer pretensão de garantir um processo de reintegração familiar. Evoca as lições de Humphries, que via no projeto uma clara clivagem econômica: as crianças errantes de famílias estruturadas não recebiam o mesmo tratamento que as crianças de famílias supostamente degeneradas. A prisão das crianças que estavam inseridas em um contexto social mais favorável era vista como contraproducente. Por fim, Hendrick assinala que o bem-estar psicológico das crianças havia há muito cedido espaço para o móvel central da lei – o controle da delinquência infanto-juvenil.

Clínicas foram criadas para a internação de crianças de 08 a 14 anos em razão de atos que, na sua maioria, denotavam algum tipo de subversão a figuras de autoridade. Tais clínicas criadas no início do século XX tinham por objetivo identificar os "problemas" das crianças, e ajustá-los. Como leciona Hendrick: *"Em seus âmbitos, os problemas da infância seriam diagnosticados; normas de ajuste e desajuste seriam produzidas e refinadas, e a normatização seria empreendida"*[290]. (tradução nossa).

Conquanto a *doutrina do direito do menor* tenha sido superada no Brasil pela *doutrina da proteção integral da criança e do adolescente*, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, isto não significa que a posição central do adulto tenha sido de fato afastada. Ainda que por outros caminhos, a criança continua sendo reverenciada pelo discurso

[289] HENDRICK, Harry. *Chidren, childhood and English society 1880-1990*. Cambridge University Press. 1997. p. 51.
[290] Ibidem. p. 53.

normativo como um *sujeito que é, ao mesmo tempo, objeto de proteção*. Conforme mencionado no capítulo anterior, a categoria da "proteção" denota um movimento que parte do adulto em direção da criança – o ato de proteger é visto essencialmente como uma ação madura de um sujeito adulto. É uma atividade que, muito embora reconheça a criança na sua condição de sujeito, mantém-na em uma postura passiva. A proteção requer um sujeito adulto – em uma posição central e ativa – que, da sua superioridade intelectual, emocional e moral se mostra capaz de entregar às crianças bens primários necessários à sua sobrevivência.

Não há dúvidas de que a *doutrina da proteção integral* denota um considerável avanço na seara dos direitos da criança, na medida em que supera a ideia da criança como um mero objeto ou protossujeito, para reconhecê-la de fato como sujeito titular de direitos fundamentais. Nada obstante, a dita formulação teórica não enfrenta o problema aqui exposto – a construção do conhecimento jurídico a partir de um *standpoint* da criança. Fato é que a criança continua para o direito como um receptáculo de doutrinas, lições, generosidades e ações dos adultos. Mesmo quando falamos de direitos das crianças, elas continuam sendo os personagens coadjuvantes da narrativa jurídica, enquanto os papeis principais são sempre entregues aos adultos – pais, responsáveis, conselheiros tutelares, psicólogos, assistentes sociais, juízes e promotores de justiça.

Alan Prout esclarece que a incapacidade de reconhecer a criança como um sujeito capaz para a vida em sociedade teve como corolário lógico a sua marginalização na cultura científica, que percebia na criança um objeto "menor" de estudo. Logo, estamos diante de um fenômeno muito mais abrangente, que engloba todas as ciências sociais, e não só o direito. Mesmo áreas que na sua essência sempre estiveram naturalmente imbricadas com o fenômeno da infância, como a psicologia, por exemplo, evidenciavam lacunas relevantes na construção de um saber que superasse a visão de mundo *adultocêntrica.*

Narra Prout que acadêmicos e profissionais começaram a sentir certo desconforto, a partir da década de 80, com a forma como diferentes disciplinas lidavam com as crianças. Estudiosos de diversas áreas perceberam que a produção acadêmica até aquele momento não conseguia dar conta do complexo filosófico e epistemológico existente em torno da infância. Esse movimento ficou conhecido, pois, como *new social studies of childhood* (doravante NSSC), e tinha como objetivo repensar a infância.

Como salienta o autor, a psicologia focou seus questionamentos na fragilidade do conceito de "desenvolvimento infantil", o qual não seria capaz de abarcar os inúmeros contextos sociais e históricos que diferenciavam as crianças em todo o mundo. Tal construção, ao propor uma *infância universal,* negligenciava a importância das instituições

culturais e sociais no processo de crescimento da criança. Aqui a energia dos estudiosos procurou romper com a ideia de que o iter percorrido pela criança, no seu diário descobrimento do mundo, não decorria de uma simples programação biológica ou "natural"[291].

Na sociologia e na antropologia, a crítica focou-se na ideia de "socialização". Para um grupo de pesquisadores, tratava-se menos de indagar a importância do contexto histórico-social e mais de reconhecer a realidade dinâmica da interação entre adultos e crianças, algo que até aquele momento restava completamente negligenciado. O discurso partia do pressuposto de que a "socialização" consistia em um movimento unidirecional, iniciado na ação do adulto dirigida à criança. Não se concebia a criança como um ator social ativo e participativo, nem que pudesse agir como agente de ação e transformação em direção dos adultos e da sociedade[292].

Com efeito, Prout avançou na sua análise sobre os NSSC, e concebeu, como um dos principais limites intelectuais deste movimento: a insistência na construção de categorias epistemológicas dicotômicas. Veja-se que Prout está na vanguarda dos estudos sociais sobre a infância, na medida em que apresenta o conceito de "crianças como atores sociais" como uma ideia já sedimentada pelos seus pares. Assim, suas ideias avançam para um conceito híbrido de infância: sua leitura é a de que estamos diante de um fenômeno complexo, heterogêneo e emergente, que prima pela construção epistemológica interdisciplinar.

Em suma, notamos que há algum tempo os estudos direcionados à infância já reconheceram nas ciências sociais e humanas um padrão adultocêntrico, tema que vem sendo objeto de intenso debate em muitas outras áreas desde a década de 80, no cenário internacional. Ao que tudo indica, contudo, a percepção das "crianças como atores sociais" ainda não é clara até o presente momento no ambiente acadêmico jurídico, sobretudo, considerando as realidades brasileira e norte-americana.

No primeiro caso, a academia permanece envolta em um discurso reduzido pelo direito civil, e centrado no Estatuto da Criança e do Adolescente, e no seu correspondente pilar, a saber, *a doutrina da proteção integral*. No segundo, verificamos a construção de uma teoria de justiça que, até os dias de hoje, não logrou encampar uma corrente crítica que tenha por fundamento central a consagração da criança na posição original em condições de igualdade com todos os demais membros adultos da família[293].

---

[291] PROUT, Alan. *Op. Cit*. p.1.
[292] Ibidem. *Loc. Cit.*
[293] Alguns autores destacam-se no curso da década de 70, por terem iniciado um debate amplo sobre o significado real dos direitos das crianças, no bojo de um debate mais amplo sobre movimentos sociais e

2.2.1.2 Uma crise identitária

A segunda crítica corresponde a um corolário lógico da primeira, e cuja dimensão revela-se essencial para o universo jus filosófico. O não reconhecimento de um patamar de igualdade para as crianças na etapa inicial da construção de uma teoria de justiça – a posição original –, em razão de uma percepção de mundo reflexiva da fase adulta do indivíduo, gera um círculo vicioso dialógico. Reproduz-se aqui uma realidade bem conhecida por outros grupos vulneráveis, dentre eles as próprias mulheres - *a crise de representação descritiva ou identitária*[294]. Uma vez que a criança encontra-se marginalizada das arenas de debate e da articulação social, elas continuam sem voz, e, portanto, incapazes de romper o paradigma adultocêntrico. Toda e qualquer crítica que se poderia construir sobre esse mundo adulto encontra um obstáculo inicial – a desqualificação da criança, vista como *incapaz*.

Assim, como seria possível fazer-se escutar, pontuar diferenças e demandas, e questionar os modelos de justiça e a criação do direito enraizados no sistema? Se ao falar sobre as crianças, reputamo-nas sem o discernimento necessário para a vida em sociedade, como será possível que sejam formuladas quaisquer críticas sobre uma justiça com equidade? As crianças precisam, antes de tudo, ser reconhecidas como sujeitos efetivos e reais de uma sociedade plural. E o efeito que isso produzirá será inexoravelmente o de repensar e reconstruir o conceito que temos sobre a infância e a vida adulta. Reconsiderar o espaço de participação social destinado às crianças revela-se um processo de redescoberta do indivíduo adulto. E estaremos prontos para esse desafio?

---

emancipação. David Archard identifica os principais expoentes e suas respectivas obras: (i) *John Holt – Escape from childhood* (1974); e (ii) *Richard Farson – Birth rights*. Estes autores situar-se-iam em um espectro extremo, defendendo a total liberação das crianças de todo e qualquer modelo opressivo – familiar ou educacional. No outro extremo, estariam adeptos da tese do cuidado, como por ex. Laura Proudy, que defendiam a impossibilidade de crianças serem titulares de direitos de autodeterminação, na medida em que isso seria inconsistente com o seu grau de amadurecimento. Essas críticas, contudo, jamais foram direcionadas à construção de um patamar teórico mais abrangente para a teoria de justiça liberal-igualitária. V. ACHARD, David. *Children: rights and childhood*. New York: Routledge, 3ª Edição, 2015. p. 64-75.

[294] Em artigo intitulado "Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão", a professora Jane Reis traça um roteiro sobre as diferentes categorias de representação propostas por Hanna Pitkin, na sua obra *The concept of representation*. Muito embora esta análise em primeiro plano refira-se ao processo representativo democrático, é possível valer-se da ideia central para refletir sobre o efeito da ausência de um determinado sujeito, na arena de debate em sentido lato – pensada não somente como o espaço político público estatal, mas também como o *loci* informais de debate, dentre eles o ambiente científico e/ou a mídia, por exemplo. Trata-se de um modelo representativo que reconhece o valor da subjetividade. Os traços identitários assumem relevância para a composição de um consenso que tenha levado em consideração os *standpoins* de *everybody*. No caso em análise, estamos levando em consideração que o reconhecimento *a priori* da incapacidade de um determinado sujeito evidencia uma série crise de identidade que repercute negativamente para o conjunto da vida acadêmica. GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. "Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão". *In Revista Juris Poiesis*, n. 17, 2014.

Veja-se que o sucesso de Okin, como pontuado linhas acima, na releitura da posição original *rawlsiana*, provém de uma inquietude pessoal. Ninguém é melhor para pleitear um determinado direito que não o próprio sujeito[295]. Essa é uma máxima que não podemos perder de vista. Isso significa que, quando Okin expõe as suas críticas, elas partem de uma autorreferência. Ela propõe a partir da sua própria experiência como mulher/mãe/esposa que o diálogo social – próprio de uma arena pública de debates – seja marcado pela alteridade. O mesmo acontece com Jane English e com Iris M. Young. Muito embora estivessem ainda diante de uma forte barreira de gênero, elas conquistaram de alguma forma espaço no debate público. Uma vez presentes no embate dialógico social, elas puderam apontar as falhas de uma teoria de justiça forjada à semelhança do homem. Logo, elas haviam superado de alguma maneira uma primeira etapa fundamental: *elas transitavam com suficiente liberdade na arena pública*.

As crianças não estão nesse patamar. Em regra, quando surgem nos ecossistemas centrais (em regra, exossistemas – Estado, Igreja e Mídia), elas continuam sem voz. Elas não estão ali para elaborar a sua narrativa, para apresentar a sua percepção sobre um fato e/ou eventuais críticas, mas para figurar como propaganda para programas de ajuda humanitária. Elas aparecem na sua frente pela voz de um adulto que solicita a sua salvação. São programas como "criança esperança", "saving the children", "children aid", "*action* for children – we make the life better for children", entre outros. São missões de resgate, que têm na sua base um perfil de natureza clientelista. São os adultos que se unem para retirar essas crianças das mazelas inerentes a todo e qualquer bolsão de pobreza[296].

As poucas exceções a esse perfil surgem de indivíduos que, a partir de resistência e insistência sobre-humanas, romperam com os próprios punhos as portas da arena social. São exemplos de força e determinação, que contradizem tudo o que pensamos e sabemos sobre a infância e a vida adulta. Podemos apresentar dois exemplos. Malala Yousafzai[297], paquistanesa, foi a pessoa mais jovem do mundo a ser laureada com o Prêmio Nobel da Paz. Ela tornou-se mundialmente conhecida após ter sobrevivido a um ataque promovido por talibãs paquistaneses, que não aceitavam a sua postura proativa em prol da educação, sobretudo das mulheres. Malala tornou-se um ícone mundial de perseverança. Enfim, a força

[295] V. MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: John W. Parker and Son, 1859.
[296] Veja-se não estamos aqui criticando a existência de tais programas, os quais exercem um papel relevante dentro daquilo que se propõem. Antes de uma criança poder se expressar, de fato ela precisa estar minimamente bem nutrida. O mínimo existencial é, afinal, uma categoria de relevo dentro da pauta dos direitos fundamentais. A questão é que este é o principal, e o praticamente o único nicho de representação que os adultos conseguem, no geral, formular para as crianças. Quando pensamos em direito constitucional e crianças, essa é a única imagem que nos vem à mente.
[297] V. YOUSAFZI, Malala; e LAMB, Cristina. *Eu sou Malala*. São Paulo: Companhia das Letras. 2013.

de sua história permitiu que sua condição "infantil" fosse posta de lado, e seu discurso pudesse ser reconhecido como uma narrativa de valor público.

Mais perto de nós, podemos relembrar a história de Isadora Faber, a aluna de uma escola pública de Florianópolis, de 13 anos de idade, que criou no ano de 2012, uma página no *Facebook* denominada "Diário de Classe" expondo os problemas enfrentados pela sua escola. A sua ação gerou tamanha controvérsia que Isabela tornou-se nacionalmente conhecida, e é hoje reconhecida como uma voz ativa na área da educação[298].

Trata-se, contudo, de casos pontuais. Em regra, as crianças não conseguem, nesta condição, sequer romper o projeto silenciador da estrutura familiar. Sem essa primeira etapa redesenhada, as crianças continuam dependentes de um esforço acadêmico mais profundo e complexo que o proposto para os demais atores sociais, no reconhecimento de direitos fundamentais. Se a criança é o sujeito que está ausente, todo movimento nesse sentido depende de indivíduos adultos, de representantes que, de alguma forma, consigam transvestir-se de criança, em uma etapa preliminar, e revelar as inquietações que marcam a sua vida no microssistema familiar, e com efeito, nos demais ecossistemas a ele correlacionados.

Logo, estamos aqui diante de uma tarefa bastante desafiadora: como projetar as demandas de direitos fundamentais e de justiça sob a ótica da criança? Como transpormo-nos para esse outro ser cujo projeto de vida passa por vivências racionais e emocionais supostamente tão distintas do adulto? Toda e qualquer proposta seria maculada por esse vício original? Estaríamos, portanto, sempre diante de um processo imperfeito? Talvez. Mas considerando que todo e qualquer trabalho é um reflexo da nossa subjetividade, e, portanto, e de todas as nossas idiossincrasias, não se trata de um obstáculo intransponível. Imagino que cada acadêmico terá que buscar o seu próprio caminho.

Para mim, o reconhecimento das minhas limitações é o primeiro passo para a construção de uma rota mais ampla de justiça com equidade para as crianças. Se nós, adultos, temos limites para entender o processo de amadurecimento racional, afetivo e emocional em curso nas crianças, de que maneira podemos tachá-las de incapazes? Se elas não entendem o nosso mundo e nós não entendemos o delas – por que nos qualificamos como pessoas maduras, e as crianças como sujeitos em processo de desenvolvimento? Se todos somos marcados por espaços de incompreensão e limites racionais e afetivos, qual seria a grande e marcante diferença entre nós e as crianças?

Ainda há outro caminho possível no curso desse processo epistêmico. Talvez aqui mais do que um esforço de alteridade pura, precisemos propor um movimento híbrido, uma

[298] V. FABER, Isadora. *Diário de classe: a verdade*. Florianópolis: Gutemberg, 2014.

espécie de alteridade-introspectiva. A proposta de estudar as crianças requer um novo desafio para o acadêmico – estar aberto a uma renovação subjetiva: reconhecendo-se como um sujeito também em desenvolvimento, incompleto, em vias de transformação. Se escrevo esse trabalho sob a perspectiva de uma pessoa *apenas* adulta, deixo escapar pelos dedos a emoção subjetiva e autorreferente necessária à superação dos obstáculos epistemológicos. Como ultrapassar tais barreiras sem a força do desafio pessoal?

Mas se penso que, ao invés de uma pessoa adulta, sou também e na verdade uma criança, composta por camadas de tempo e experiência[299], e que na verdade tudo isso reflete uma demanda escondida, uma tentativa de dar cabo a um projeto antigo, perdido nos arquivos da memória, o que penso e escrevo assume um significado emocional, e o processo de pesquisar, estudar e escrever transmuda-se em uma experiência real, capaz de afetar a mim mesma e o meu amadurecimento. Quando entro nessa corrente, retomo o processo cognitivo que permeia a experiência diária do universo infantil. Todo dia, estou descobrindo e preenchendo a minha vida com as informações necessárias para compreender melhor o mundo que me cerca. Trata-se menos de um movimento horizontal de ligação do passado, presente e futuro, mas de um movimento vertical - saber que somos os mesmos que um dia fomos.

Outra possibilidade consiste no reconhecimento efetivo e real da academia acerca da importância científica do processo da *observação*. Se pretendemos entender as demandas reais das crianças, e elaborar uma leitura coerente e conjugada da pauta de direitos fundamentais sob o seu *standpoint*, precisamos fazer um esforço cognitivo de observação prévio aquele de julgamento. No direito, estamos habituados à construção de ideias e argumentos, e pouco familiarizados, portanto, com a prática mais comum das ciências tidas como "exatas" ou "biológicas", que se valem da observação como um ponto essencial do processo científico. Observar nesse caso engloba um significado plural: conviver, estar com

[299] Um caminho que aos poucos foi se desdobrando com a leitura insistente de Philip Ariès, Georges Duby, Alan Prout e, para essa etapa, D.W. Winnicott. Tais autores traçaram diferentes roteiros na tentativa de compreender o ser humano. Todos, porém, chegaram a uma mesma ideia: falar sobre idade, história, crianças... Enfim, estamos falando sobre o ser humano e o tempo. Como o tempo age sobre nós? Elsa Oliveira Dias apresenta-nos ao pensamento de D.W Winnicott: *"*Segundo Winnicott, todo ser humano é dotado de uma tendência inata ao amadurecimento. Esta concepção baseia-se em outra, a de que o homem é um ser essencialmente temporal. Um ser humano, diz o autor, 'é uma amostra-no-tempo [time-sample] da natureza humana' (1998/1990, p. 29). Todos os fenômenos humanos são um desdobramento temporal da natureza humana, de tal modo que eles não podem ser descritos, em nenhum nível, como algo substancial, sob pena de se desvirtuar a natureza fundamental do homem: a de ser um modo de temporalização. A teoria winnicottiana do amadurecimento pessoal é a explicitação temporal, na forma de estágios ou etapas, de várias tarefas que a tendência inata ao amadurecimento impõe ao indivíduo ao longo da vida*"*. DIAS, Elsa Oliveira. *A teoria do amadurecimento D. W. Winnicott*. São Paulo: DWW, 3ª Edição, 2011.

as crianças, ouvi-las, conversar, e abrir-se para a experiência da compreensão de um sujeito que passa por uma racionalidade distinta, e não menor.

Isto, contudo, não significa que todo estudo de direitos das crianças deva ser empírico, construído com base na observação estatística ou experimental, mas que devemos ao menos, como etapa inicial, nos valer dos trabalhos daqueles que assim o fizeram. Se os juristas se propõem a resolver questões complexas de direitos fundamentais envolvendo esse sujeito, no mínimo, o que devemos buscar nesse processo é entender o debate atual em curso em outras áreas do conhecimento, sobretudo, a sociologia, a antropologia, a pedagogia e a psicologia, antes de partir para a etapa seguinte da argumentação. Muitos dedicaram suas vidas observando as crianças e pensando sobre elas. Nós temos que ouvir o que eles disseram e dizem, a fim de compreender como o seu discurso se relaciona com o direito. Trata-se de um exercício de humildade que muito nos enriquecerá. Se estamos buscando soluções jurídicas justas para estes sujeitos, nós precisamos ter a certeza de que ao menos estamos tentando conhecê-los melhor.

Talvez poucos saibam, mas os primeiros registros sobre a infância encontrados nas bibliotecas do Reino Unido consistem em anotações de mães sobre os próprios filhos. Prout afirma que, conquanto muitos autores tenham escrito sobre crianças, Darwin é reconhecido como o representante oficial do início da história dos estudos modernos sobre a infância. Darwin, um típico acadêmico das ciências biológicas, propôs-se a observar seus filhos, e registrar fatos e especulações sobre a sua interação com a família e o mundo. Consoante lição de Alan Prout, Darwin teria usado suas observações em dois livros: (i) *The expression of emotions in man and animals* (1872); e (ii) *Biographical Sketch of an Infant* (1877). Segundo Prout:

> Um de seus principais argumentos nesses textos é que as crianças humanas adquirem rapidamente a capacidade de compreender seus cuidadores. Isso ocorre antes mesmo de elas terem capacidade de entender o idioma. A aptidão das crianças para extrair significado do que está sendo comunicado por seus cuidadores parece ser obtida mediante a leitura da expressão de seus rostos e da entonação dada às palavras[300]. (tradução nossa).

Muito embora suas anotações tenham sido rudimentares, sem levar em consideração processos mentais mais complexos, seus estudos, afirma Prout, consistiram no gatilho de um movimento científico de estudos das crianças. Suas primeiras ideias foram suficientemente bem articuladas, fazendo nascer na academia o interesse pelo estudo do desenvolvimento

[300] PROUT, Alan. *Op. Cit.*. p. 44.

infantil, uma primeira etapa que data de 1880 à década de 20 do século XX.[301] Logo foi o trabalho de observação que permitiu que os estudos sobre as crianças, ainda que embrionários, adquirissem o *status* de ciência formal. A observação foi aqui a nota fundamental – a preocupação, ainda que incipiente, em observar o outro – compreendê-lo.

Maria Montessori também se valeu da observação para criar um projeto educacional que levasse em consideração as necessidades prementes das crianças. Especializada em pediatria, ela foi a primeira mulher na Itália a formar-se em medicina, no ano de 1896[302]. A professora de educação infantil, Carol Garhart Mooney, narra o início da carreira de Montessori, e seu trabalho com crianças especiais:

> O primeiro trabalho de Montessori foi visitar hospícios e selecionar pacientes para tratamento. Esse foi o lugar onde seu interesse em crianças pequenas e as suas necessidades se desenvolveu. Maria observou que as crianças diagnosticadas como 'incapazes de aprender ' respondiam a seus métodos. Por ter sido treinada como cientista, utilizou a observação para determinar as necessidades das crianças. Tratava-se de uma mulher brilhante e astuciosa observadora. Logo determinou que o problema não residia nas crianças, mas sim nos adultos, em suas abordagens e nos ambientes por eles oferecidos. A esta altura, Montessori vinha angariando respeito por seus dons com as crianças e a educação. Era chamada de 'a Professora'. Muitos se esqueceram de que sua formação era em medicina[303]. (tradução nossa).

Consoante lição de Mooney, Montessori criou em 1907 uma instituição voltada para a educação de crianças de zonas mais carentes. Aproximadamente 60 anos antes de Rawls elaborar sua teoria de justiça com equidade, Montessori entendeu que, para as crianças poderem realizar seus trabalhos e, portanto, desenvolver suas habilidades, deveriam se criar ferramentas e utensílios que se ajustassem às suas mãos e corpos pequenos. A ideia, portanto, de que as crianças necessitavam de mobília apropriada às suas necessidades nasceu com Maria Montessori. Ela entendeu que o processo de aprendizado das crianças dependia da construção de um modelo que levasse em consideração a criança como ator central do processo educacional. Ela simplesmente deu às crianças a oportunidade que os adultos já tinham forjado para si próprios – de usarem instrumentos e móveis condizentes com a sua estrutura física. Um primeiro exercício de justiça com equidade que hoje vemos reproduzido em toda e qualquer creche e/ou escola.

Ela se abriu, pois, para a possibilidade de uma relação dinâmica com as crianças, aceitando que elas poderiam não só aprender, mas também ensinar. Além disso, Montessori não subestimava a sua capacidade, vendo nelas sujeitos com aptidão para se tornarem responsáveis pelos materiais de estudo e também pelo ambiente. As crianças não precisam ser

---

[301] Ibidem. Locit.
[302] MOONEY, Carol Garhart. *Theories of childhood*. Redleaf Press, 2013.
[303] Ibidem. p. 35.

"servidas" a todo momento[304]. Elas podem se responsabilizar por tarefas como limpar, cuidar e organizar. Elas podem usar ferramentas reais como tesouras e facas, com a devida instrução de segurança. Por fim, as crianças devem ter a oportunidade desde cedo de lidar de forma autônoma com o tempo. Deve ser dada a elas, em determinadas ocasiões, a oportunidade de se dedicar e se concentrar em atividades de interesse particular, que não sejam projetos coletivos cronometrados de forma metódica[305].

Piaget também está nesse grupo de observadores. Autor de seu primeiro trabalho científico, com 11 anos de idade, originalmente obteve o doutorado em biologia, e posteriormente dedicou-se ao estudo da epistemologia. Tudo começou no Laboratório-Escola Alfred Binet no ano de 1919. Ele havia recebido a missão de elaborar uma versão francesa de um teste de inteligência inglês. Nesse percurso Piaget observou similaridades nas respostas erradas de crianças de determinadas faixas etárias, e se interessou (para todo o sempre) por descobrir como se dava o pensamento das crianças. Piaget assim como Darwin buscou observar seus filhos para a criação de suas teorias[306].

Limitado ou não pela pequena amostragem, fato é que ele logrou avançar nesse caminho – ampliando o debate sobre a educação infantil e, sobretudo, jogando luzes sobre o processo de aprendizagem. Como nos ensina Mooney, Piaget interessou-se pelo trabalho de Montessori e, como ela, acreditava que as crianças necessitavam de reiteradas oportunidades para realizar ações, tarefas e projetos por conta própria[307]. Ele pensava, portanto, nos caminhos mentais que permitiam a criação do conhecimento. Piaget acreditava na curiosidade infantil como um móvel do aprendizado, e também em propostas pedagógicas voltadas para a solução de problemas, para além de um modelo de despejo de conteúdo informacional.

---

[304] "É evidente que Montessori tinha sentimentos fortes a respeito da tendência dos adultos de minarem a competência das crianças ao realizarem um excesso de atividades para elas. Maria usou a palavra *servente* em seus debates, e advertia os professores de que as crianças permanecem incompetentes se os adultos fazem por elas o que elas mesmas conseguem fazer. Hoje presenciamos um retorno assustador a esse tipo de pensamento. Os professores queixam-se com frequência para mim de que os pais carregam nos braços até mesmo filhos de cinco anos de idade, por eles próprios estarem com pressa. Muitas vezes vemos pais sobrecarregados e cansados, ao final do dia, tentando carregar não só a criança, como também a lancheira, a mochila e o urso de pelúcia até o carro, em vez de pedir à criança de cinco anos de idade que caminhe e carregue metade do material. Caminhar a pé é uma habilidade básica para a maioria de nós, porém trata-se de um bom exemplo de tendência do século 21: poupar as crianças (em geral de classe média) de qualquer esforço, inconveniência ou estresse. Polly Young-Eisendrath (...) descreve os pais que servem os filhos de forma prejudicial ao crescimento e ao desenvolvimento deles. Outra escritora contemporânea, Diana West, chega ao ponto de alertar que isso é uma ameaça à civilização ocidental. (...) Ela descreve as maneiras pelas quais muitas pessoas na faixa de trinta anos de idade nos Estados Unidos ainda são adolescentes funcionais". Ibidem. p. 48. (tradução nossa).

[305] Ibidem. p. 35 et seq.

[306] Alguns críticos afirmam que esse processo de observação caseiro desqualificaria o caráter científico de seu trabalho. Ibidem.

[307] Ibidem. p. 77-78.

Noutro giro, Piaget foi capaz de abrir a janela do pensamento infantil de forma brilhante. Ao observar as crianças, ele conseguiu de alguma maneira *crack the code*. Em estágios diferentes de amadurecimento, as crianças fazem generalizações de suas experiências, ou focam-se em determinadas características, e/ou fazem leituras literais de expressões que demandam o uso de referências e experiências consolidadas. O processo de aprendizado produtivo é aquele, a seu ver, que ensina a criança a pensar. Elas devem ser expostas a experiências reais e a perguntas abertas, capazes de motivar o raciocínio e o prazer da descoberta.

Não podemos deixar de registrar, por fim, o impacto do trabalho do psicólogo bielorrusso Lev Vygotsky. Suas ideias complementam os autores supracitados, na medida em que elas focam na importância da aquisição do conhecimento como um processo compartilhado. Parte desse processo envolve uma dedicação intensa dos professores, que devem efetivamente conhecer cada um de seus alunos. Para Vigotsky, o processo de aprendizagem não pode ser compartimentado como uma experiência puramente individual. Trata-se de uma experiência a um só tempo pessoal e social. As crianças estão em um ambiente plural e conectado – elas transitam entre os espaços familiares, educacionais, comunitários, culturais e econômicos. Esse ambiente está diretamente ligado ao processo de aprendizagem da criança. Elas aprendem não só com os adultos, mas também vivenciando experiências em conjunto com outras crianças[308]. Mooney traz à tona a seguinte consideração sobre o trabalho de Vigotsky:

> Sua compreensão de mundo advém, em parte, de valores e crenças de adultos e de outras crianças em suas vidas. As crianças aprendem umas com as outras a cada dia […] A principal contribuição de Vigotsky para com a nossa compreensão do desenvolvimento das crianças pequenas é seu entendimento da significação da interação entre professores e colegas para fazer avançar o conhecimento das crianças[309]. (tradução nossa).

Vigotsky é conhecido também pela criação de um importante conceito na área da educação: a "zona de desenvolvimento proximal". Trata-se de um intervalo imaginário entre as possibilidades de aprendizado de um aluno, considerando duas hipóteses, a saber, a construção de um saber por conta própria e a aquela em que será realizada com a ajuda de outras pessoas. E o mais interessante na sua visão reside no fato de que as outras pessoas podem ser não só os adultos, mas também as crianças. Com efeito, a observação dos alunos é um dos elementos centrais da sua teoria. Os professores devem a todo momento observar as

[308] Ibidem. p. 99-100.
[309] Ibidem. *Loc. Cit*.

crianças, mantendo-se atentos aos seus movimentos e às suas manifestações de modo a compreender os caminhos possíveis do aprendizado.

A autora ilustra o uso deste conceito a partir de dois casos reais. No primeiro deles, ela narra em detalhes como uma professora foi aos poucos familiarizando a criança Margareth com a possibilidade de que a mesma subisse as escadas para ajudar em um trabalho coletivo de construção de um parque no jardim, fazendo com que Margareth superasse o medo da altura. A professora, ao perceber o bloqueio da criança, dava-lhe diversas opções, estimulando-a na ideia de que subir no telhado da construção não era uma atividade perigosa. Para isso, ela valeu-se de reiterados exemplos de seus colegas, inclusive sugerindo que estes a ajudassem para que ela se sentisse mais segura:

> Eu me pergunto, Judy finalmente disse, 'se Ashanti segurasse sua mão por um momento para ajudá-la a se acostumar com a altura, talvez amanhã você também sinta vontade de martelar'. Ao ouvir esse comentário, Ashanti acrescentou: "Venha, Margaret. Vou segurar sua mão. Antes eu também estava com medo". Margaret levantou-se. Judy ofereceu-lhe ajuda e Margaret subiu no andaime. Ashanti segurou sua mão assim que ela se levantou. O semblante transformou-se de expressões tristes, de indecisão e desagrado, que ela mostrara por toda a manhã, em uma expressão de absoluto triunfo.[310] [311] (tradução nossa).

No segundo, a autora narra uma abordagem utilizada por ela própria no início de sua carreira como educadora, e depois, reconhecida como completamente equivocada. Na tentativa de ampliar as experiências de um determinado aluno, Mooney pecou pela observação deficitária e pela incompreensão dos limites da criança.

> Aqui está outro exemplo de como a ZDP pode afetar a vida na sala de aula. No início de minha carreira de professora, tive uma aluna de cinco anos de idade chamada Lynn que não queria pintar com os dedos. A mãe de Lynn não gostava de 'sujeira'. Eu queria 'libertar' os ânimos criativos de Lynn do rígido controle de sua mãe! Recusei-me a acreditar que ela não desejasse pintar com os dedos. Tenho certeza de ter pensado em "orientar" e não em "forçar" quando peguei suas pequenas mãos com as minhas e as pus na pintura com dedos. Quando Lynn vomitou em cima de toda a pintura e em nós duas, aprendi da maneira mais difícil que nem toda criança deve experimentar pintar com os dedos. Eu não havia escutado atentamente minha aluna. Não havia observado o bastante. Não fui respeitosa para com a abordagem de sua família. Desejei forçar uma experiência para ela por eu mesma ter decidido que isso expandiria seus horizontes. Por desconhecer suas necessidades individuais, meu plano fracassou. Pintar com os dedos não constava da

[310] Ibidem. p. 104.

[311] "É importante reconhecer que o uso da zona de desenvolvimento proximal (Zone of Proximal Development, ZDP), de Vygotsky, requer observação cuidadosa das crianças, e bom senso sobre como melhor apoiar a aprendizagem. Judy sabia que Margaret conseguiria subir no telhado. Sabia que Margaret tinha medo de altura. Sabia que Margaret não optaria por subir no andaime sem ajuda. Toda essa observação, além do conhecimento resultante disso, da criança como indivíduo, é crucial para a subida no andaime no caso. Sem conhecer bem cada criança e sem despender tempo em observar e refletir atentamente antes de incentivá-la a ir além, os professores podem cometer erros graves". Ibidem. p. 105. (tradução nossa).

> ZDP de Lynn para aquele dia, e minha tentativa com o andaime (scaffolding) falhou. [312] (tradução nossa).

A sua narrativa aqui deve servir como reflexão. Muito embora exista um sentimento em muitos de nós (e, sobretudo, nos professores) de tentar auxiliar crianças e alunos a superaram situações que enxergamos como opressivas ou limitadoras da sua liberdade, a construção da autonomia é um processo não linear, que atinge cada um de forma diferente. A autonomia é uma construção subjetiva que depende de um ciclo complexo de amadurecimento como veremos linhas abaixo. Ela não pode ser imposta.

Enfim, precisamos nos esforçar mais para produzir conhecimento e soluções jurídicas que reflitam os possíveis *standpoints* das crianças – um desafio que demanda em parte criatividade e em parte humildade. Pensar de maneira criativa, fora da nossa condição de pessoas adultas, e humildade para reconhecer que estivemos durante muito tempo no direito focados mais no exercício da expressão do que propriamente da observação – uma etapa essencial para a construção do saber em toda e qualquer ciência.

2.2.1.3 O depois já é agora?[313] As críticas de Alan Prout

Com efeito, um terceiro grupo de críticas infanto-geracionais ao conjunto do projeto jusfilosófico rawlsiano e de seus críticos consiste, a bem da verdade, em uma inquietude transversal que atinge não só uma teoria de justiça, mas a filosofia política, o direito, e também o conjunto das ciências sociais, como já mencionado. Trata-se da utilização indiscriminada de dicotomias modernistas tais como *adulthood* v. *childhood;* e *being v. becoming*; ideias que, respectivamente, separam o *self* do adulto e o *self* da criança em categorias estanques, e que engessam os seus projetos de vida em uma *matriz temporal adultocêntrica*. Amarrados na dicotomia modernista que divide o mundo em categorias de opostos, aos adultos *apenas* lhes resta render-se ao tempo presente, limitando-se a um *being*, ao passo que às crianças *apenas* lhes restam aguardar o tempo futuro, limitando-se a um *becoming*.

Como dito, tais críticas são fruto de uma nova frente de estudos que têm em Alan Prout um de seus principais expoentes. Para este trabalho, optamos por valer-nos das categorias apresentadas e trabalhadas por Prout na obra *The future of childhood*.

---

[312] Ibidem. *Loc. Cit.*

[313] Esse título é a recordação viva da minha infância. Em algum momento no passado fui atrás de meu pai para brincar. Envolvido em alguma atividade, ele disse que não poderia me dar atenção naquele momento, apenas *depois*. Passados poucos instantes, eu lhe indaguei: - o depois já é agora? Que adulto conseguirá refutar este raciocínio? Que adulto pensará tão rápida e filosoficamente, e com tão poucas palavras, a solução mais óbvia deste problema?

Tais ideias refletem o pensamento acadêmico mais inovador existente na atualidade sobre estudos interdisciplinares da infância. Conquanto ele parta das categorias já trabalhadas pelo NSSC, trata-se de uma obra indubitavelmente seminal, na medida em que rompe com uma sequência de pautas consolidadas, voltando-se para os limites desses estudos. Prout traz ao debate novas janelas de raciocínio, capazes de impulsionar o meio acadêmico para a próxima fronteira. Como esclarece Prout, os NSSC há muito tempo reconhecem as *crianças como atores sociais*, agentes capazes de influenciar a sociedade. Quais outros desafios estariam ali postos à sua frente, esperando o olhar atento do observador?

> No cerne desse argumento encontra-se a convicção de que a infância não pode mais ser estudada dentro uma estrutura construída a partir de/e/ou assumindo implicitamente um conjunto de dicotomias de oposição. Isso, eu argumento, caracteriza muitos dos novos estudos sociais da infância[314]. Na verdade, o período atual é aquele em que muitas das fronteiras entre categorias antes consideradas mutuamente excludentes estão enfraquecendo e se tornando indistintas[315] (tradução nossa).

Quando Prout aponta para o embotamento da linha que divide a vida adulta da infância, afirmando que se trata de construções modernistas marcadas pela oposição, ele não está de maneira nenhuma negando espaços de diferença e de particularidades em cada uma dessas conformações subjetivas. O que ele observa e sugere é que o ser humano adulto não é uma contraposição do ser humano criança. A criança não é o oposto do adulto, na medida em que ambos compartilham características humanas que não são exclusivas de nenhuma fase da vida.

A dicotomia criada em torno dessas duas categorias remonta para ideias de oposição que tendem a elevar a condição do adulto como um ser racional, competente, capaz e maduro, e a diminuir a condição da criança como um ser irracional, incompetente, incapaz e imaturo. Nessa esteira, os acadêmicos tendem a correlacionar as idades da vida a processos de amadurecimento e aprendizado completos, esquecendo-se que tais processos percorrem caminhos não lineares e inconsistentes. A "infantilidade" reconhecida como uma incapacidade de lidar com determinados problemas de forma madura é uma pecha associada à infância, mas que não se restringe à criança. Ao revés, todos, em algum momento do dia e da vida, podem agir de forma mais ou menos amadurecida, em razão de diferentes fatores.

A ideia criada por essa dicotomia tende à construção de um modelo de racionalidade adulto, o qual também inexiste na realidade. O ser humano é capaz de assimilar e desenvolver diversas capacidades cognitivas, as quais são muito mais abrangentes que a noção pura de "razão". A vida humana envolve o raciocínio, a capacidade motora, a empatia, a criatividade,

[314] PROUT, Alan. *Op. Cit.* p. 1.
[315] Ibidem. p. 4.

a comunicação, o domínio de tecnologias, a emoção, entre outros, isto é, uma coletânea de atividades pessoais e sociais, que se misturam nas ações humanas. As crianças e os adultos, expostos aos incentivos e experimentos reais, à informação e à convivência com seus pares, entre eles adultos e crianças, são capazes de desenvolver todas as características descritas linhas acima. A diferença entre os talentos pessoais e as relações travadas com os respectivos ecossistemas serão responsáveis por definir como cada ser humano irá agir no dia-a-dia. As idades da vida são, portanto, apenas gatilhos desses processos, que existem em uma linha de continuidade.

Nessa esteira, categorias modernistas criaram rótulos para cada uma dessas fases da vida, organizando os sujeitos em planos pré-moldados, como por ex., as crianças são o retrato da inocência perdida do sujeito adulto. Prout destaca nesse ponto o estudo de imagens, entre eles pinturas e fotografias, das crianças desde o século XVIII até os dias atuais desenvolvido por Higonnet (1998). Inicialmente sua análise volta-se para as pinturas de Reynolds e de Gainsborough. Para a autora, a criança retratada nessas telas é um espectro irreal da infância, abduzida da sua realidade social, para a sua acomodação em um limbo imaginário: *o jardim secreto da infância idealizada*[316].

Noutro giro, vemos, no final do século XX, o início dos primeiros sinais de mudança. Esse muro que separa rigorosamente a autossustentabilidade adulta e a vulnerabilidade infantil dá sinais de desgaste, um fenômeno captado pela cultura pop cinematográfica, como nota Christensen. Na obra conhecidíssima da década de 80 *Olha quem está falando*[317], a criança torna-se o personagem principal do filme, e os acontecimentos são apresentados sob a sua ótica. Como destaca o autor, conquanto alguns papéis reproduzam parte dessa dicotomia, noutro giro, a trama abre-se para reconhecer um enredo familiar complexo, onde crianças e adultos confrontam-se com suas habilidades e limites. O filme retrata como a lógica, o raciocínio, e a política do poder seguem uma dinâmica não linear, na medida em que todos são sujeitos ativos, capazes de se influenciar, e ao fim, de se reconhecerem como iguais. Senão, vejamos:

> A trama central de todas essas produções é o contraste constante criado entre o mundo das crianças (e jovens) e o mundo adulto. Posições/oposições tradicionais e conflitos comumente percebidos na vida familiar cotidiana destacam-se por girarem em torno do poder, do controle, da competência e da responsabilidade da `criança` e do 'adulto', e da exacerbação de elementos dessas relações dicotômicas. Tais representações muitas vezes retratam um adulto constrangedor, fraco e ridículo em relação à criança alegre, inteligente e esperta, ou demonstra as deficiências dos

[316] Ibidem. p. 11.
[317] Trata-se de filme dirigido por Amy Heckerling e estrelado por Kirstie Alley e John Travolta (1989). Disponível em: <https://www.imdb.com/title/tt0097778/fullcredits>. Acesso em: 30 set. 2018.

> adultos quando confrontados com o poder de manipulação das crianças e com suas visões de mundo alternativas. A representação ficcional de embates familiares e suas soluções arbitrárias tendem a favorecer mais as crianças do que os adultos, e permite qualidades tais como lógica e poder serem desalojados de seu local habitual no adulto.[318] (tradução nossa).

Prout acredita, portanto, que tanto a infância quanto a vida adulta são categorias híbridas compostas por traços tipicamente humanos que se manifestam em diferentes momentos da nossa história. Essas categorias podem apresentar espaços de diferença, o que não significa oposição. Trata-se de deixarmos para trás os traços modernistas que marcaram os séculos anteriores. Em suas palavras:

> A modernidade associou-se não ao surgimento da infância em si, mas a uma forma particular de infância que é marcada por uma separação intensificada da idade adulta. Estudos sobre a infância emergiram como parte desse conceito moderno de infância. A crença no estado de separação entre a infância e a idade adulta era tanto uma condição de possibilidade para, como um efeito da constituição da infância em uma esfera especial de estudo. O binômio adulto-criança constituía a infância como um estado distinto de ser, bastante separado da vida adulta, um processo de se tornar adulto que poderia ser descrito, explorado, mapeado e explicado.[319] (tradução nossa).

Vemos, pois, como as ideias modernistas conformaram o nosso entendimento sobre a vida da criança e do adulto até os dias de hoje, revelando-se uma força ainda atual no nosso macrossistema, com a capacidade de manter vivas categorias epistemológicas estanques. A segregação da infância é, a bem da verdade, um reflexo de um fenômeno social mais abrangente de categorização, organização, segmentação e especialização, como etapas prévias à compreensão e solução dos problemas. Nas palavras de Prout:

> Esse processo, que teve a maior parte do século 19 e parte do século 20 para se cumprir, era uma continuidade do curso de acontecimentos descritos por Aries. No final do século 19, os conceitos da criança como inocente, ignorante, dependente, vulnerável, geralmente incompetente e necessitada de proteção e disciplina eram generalizados. Em termos gerais, no início do século 20 essas ideias difundiam-se pela maioria das diferentes classes e grupos sociais da sociedade moderna. Essas classes e grupos apoiavam o esforço de transformar a escola e a família em 'lugares adequados' às crianças, sendo também fortalecidos por esse esforço. Isso surgiu como efeito intencional e acidental de diversas estratégias e práticas. (...) O efeito geral dessas práticas foi a criação da ideia de que as crianças não pertencem ao espaço público.[320] (tradução nossa).

A superação desta dicotomia é para Prout um passo essencial nos NSSC, permitindo que a infância seja reconhecida como um fenômeno híbrido e plural, catalisador de diversas realidades e projetos de vida. Os diferentes e possíveis sentidos para a infância estão se

---

[318] CHRISTENSEN, Pia Handrup "Towards an anthropology of childhood sickness: an ethnographic study of Danish school children". (Ph.D. thesis), University of Hull, 1999. In PROUT, Alan. *Op Cit*. p. 12.
[319] PROUT, Alan. *Op. cit*. p. 34.
[320] Ibidem. p. 35.

expandindo e tornando-se visíveis, segundo o autor, o que demanda uma movimentação acadêmica imediata capaz de romper com o dogma da infância como um fenômeno unitário.

O autor destaca ainda uma segunda categoria dicotômica em vias de releitura, a saber, a oposição entre *being* e *becoming*. Muito embora se trate de ideias comumente trabalhadas na área da sociologia, seus reflexos no mundo jurídico são inegáveis. Afinal, quem haveria de discordar que as crianças são o futuro do nosso país, ou que a educação é o único meio de formar os cidadãos do futuro? Ou quem haveria de duvidar de Whitney Houston quando com o seu talento associado a uma voz embargada de emoção cantava: "*I believe the children are our future, teach them well and let them led the way, show them all the beauty they possess inside, give them a sense of pride to make it easier, let the children's laughter remind us how we used to be*"?

Durante muito tempo, de forma automática, estivemos reproduzindo a ideia da criança como um sujeito incompleto, um sujeito destinado ao *futuro mais que perfeito*. Quando propomos, contudo, o redimensionamento de fronteiras entre a infância e a vida adulta, estamos na verdade, redefinindo o projeto executivo social que determina a maturidade como o ponto de partida da "vida real" humana. As crianças não são incubadoras de racionalidade. Elas não estão aguardando dezoito anos para *serem*. Elas são sujeitos com projetos de vida situados no tempo presente, projetos esses dotados de enorme significância pessoal, emocional e cognitiva. Sob essa ótica, a escola não é *apenas* uma preparação para a vida, um simulacro de arena pública. Ela é *também* a verdadeira arena dialógica e social das crianças. Da mesma forma, a família não é um celeiro de crianças para o mundo, mas o ambiente político mais imediato de suas vidas, o local onde elas têm de lidar com conflitos, escassez, distribuição de recursos, debates e negociações, derrotas, vitórias e frustrações.

Noutro giro, essa proposta permite a quebra de alguns paradigmas acerca da vida adulta. Por essa ótica, não precisamos desenhar os adultos como pessoas autossustentadas em uma maturidade cartesiana. Ao revés, os adultos também estão livres para construir novos planos de vida a todo momento. É mais uma etapa de uma história que segue uma continuidade no fluxo do tempo. Nós estamos, em ambas as fases, dispostos a realizar planos e sonhos que têm projeções imediatas e prospectivas. As crianças não são projetos de ser humano aguardando o milagre da maturidade para se tornarem alguém – seja na família ou no mundo. Tampouco são os adultos sujeitos engessados em um tempo que insiste em conjugar-se no presente. Crianças e adultos são *being* e *becoming,* e toda e qualquer solução jurídica que se pretenda construir deve levar essa ideia em consideração.

Prout vale-se das lições de Nick Lee para sustentar sua tese. O que este autor defende[321] é que muito embora tais diferenças fizessem sentido para uma lógica modernista, elas passaram a se tornar insustentáveis diante de uma realidade diária de constante mutação. O antigo roteiro – casamento, dois ou três filhos, e um emprego estável – sofreu muitas alterações nas últimas décadas. Ao invés, os adultos deparam-se, como afirma Prout, com famílias redesenhadas, projetos de educação continuada, e de aquisição de novas habilidades profissionais. Com efeito, não se trata de uma mudança apenas na concepção da infância, mas uma mudança sobre o curso da vida: *"Mais exatamente, crianças e adultos devem ser vistos por intermédio de uma multiplicidade de 'becomings' em que todos são incompletos e dependentes"*[322] (tradução nossa).

Essa visão sobre a continuidade do processo de construção do ser humano como um fluxo de experiências geracionais foi objeto de um estudo realizado por Mannion e I'Anson no ano de 2003, consoante trazido à tona por Prout. A proposta deste estudo era a de analisar um projeto de reconfiguração do espaço físico de um centro de artes feito com a colaboração de adultos e crianças. O trabalho foca nos mecanismos utilizados pelos participantes para dar cabo dessa proposta conjunta, na possibilidade de construção de entendimentos heterogêneos e na aproximação desses sujeitos, a fim de que compreendessem a si mesmos, adultos e crianças, como parte também em curso de um processo pessoal de transformação (*becoming*)[323].

No ano de 2017, foi lançado na Inglaterra um experimento/programa de televisão intitulado "Old peoples homes for 4 years Old" (Asilos para crianças de 4 anos). Inspirado em projetos americanos de "intergenerational housing" (ou convivência intergeracional), o programa buscava analisar o impacto na saúde e na qualidade de vida de idosos, em um determinado período de convivência diária com crianças pequenas. Logo, um grupo de 10 crianças passou a realizar parte de suas atividades educacionais junto com os idosos voluntários em um asilo na cidade de Bristol, pelo período de seis semanas. Além de comovente, o programa mostra como a convivência integeracional reforça a construção de laços afetivos, os quais por sua vez se desdobram em aprendizado, motivação e alegria de viver tanto para as crianças quanto para os adultos. Ao final do experimento, a equipe médica constatou significante melhoria nos índices de saúde e qualidade de vida dos idosos,

[321] NICK LEE. In Ibidem. p. 12.
[322] Ibidem. p. 67.
[323] Ibidem. p. 79.

destacando-se o fato de que nenhum deles mais apresentava quadro de depressão. Em conjunto, crianças e idosos estiveram focados em uma vida no tempo ***presente***[324].

Trata-se de pensar num curso de vida – isto é – a vida como uma experiência de fases contínuas para todo e qualquer ser. Nessa esteira, Carol Mooney destaca a fala motivadora de uma professora chamada Susan aos seus alunos: "A vida é um trabalho em andamento (*Life is a work in progress)* "[325].

2.2.2 A vida em família: expectativas geracionais

2.2.2.1 A metonímia familiar: a parte pelo todo

Todas essas reflexões sobre justiça e relações geracionais revelam-se essenciais para o debate jurídico, na medida em que são elas as ideias reais que influenciam a produção do direito, seja através da elaboração das leis, seja através da prolação de decisões judiciais. As críticas expostas linhas acima, conquanto genéricas, ao abrangerem as relações entre adultos e crianças no conjunto ecossistêmico, projetam-se também para o microssistema familiar, e para a nossa compreensão sobre esta estrutura associativa. Com efeito, a construção de uma matriz ideológica que privilegia a pessoa do adulto, e as suas respectivas capacidades, acaba por influenciar o pensamento jurídico como um todo, e, em particular, o olhar do jurista sobre os conflitos de natureza familiar.

Fato é que a autoridade da família existe como uma projeção de um mundo *adultocêntrico*. A família é, afinal, uma associação local governada por adultos. Esse cenário tem produzido um problema grave, sobretudo para as crianças, quando conflitos familiares assumem o *status* de conflitos de natureza constitucional. Mesmo quando a criança é o titular do direito supostamente vulnerado, o debate que se sucede em regra é fagocitado pelos interesses dos adultos envolvidos. Os pais e os juízes lidam com a violação de direitos das crianças sob uma ótica *adultocêntrica*, olvidando-se do personagem principal do caso em análise – a criança. Muito embora a criança seja o sujeito à sua frente, os juízes apenas têm olhos para os pais e as famílias.

Trata-se, a bem da verdade, de uma confusão entre as partes do processo. Elas são as crianças, as famílias, os pais e o Estado (e em alguns casos até os professores). E todas, cada qual de acordo com o seu papel e suas expectativas, devem participar do debate dialógico

---

[324] STEWART, Melrose; JOHNSON, Malcolm. "*What happened when we introduced four-year-olds to an old people's home*", *In* The Conversation, disponível em: https://theconversation.com/what-happened-when-we-introduced-four-year-olds-to-an-old-peoples-home-82164, com acesso em 11/06/2018.

[325] MOONEY, Carol Garhart. *Op. Cit.* p. 71.

judicial em curso. Devemos nos policiar para reconhecermos todos os sujeitos sem confundir a parte com o todo. Estes sujeitos estão em diferentes *standpoints*. Logo as suas respectivas percepções sobre o imbróglio em questão devem ser trazidas à tona, como forma de reverenciar as diferentes falas e realidades em contraposição.

Aqui também vale lembrar que o operador do direito terá uma tarefa complexa, na medida em que, ao reconhecer a criança como um sujeito titular de um direito vulnerado, deverá ser capaz de transitar nesse curso da vida, reconhecendo-se ora como adulto e ora como criança. E mais, estar atento ao fato de que, dependendo da idade do personagem do caso concreto, ele deverá ter um ônus maior ou menor de preencher uma *lacuna identitária* com instrumentos metajurídicos – estudos sociológicos, antropológicos, educacionais, pediátricos e psicológicos. Tais recursos visam compor um personagem desconhecido para o profissional do direito – a criança. Como garantir que a decisão final leve em consideração aquilo que se pudesse falar ou compreender-se na sua integralidade seria o discurso daquela criança, como *being* e como *becoming*?

Essa confusão entre a criança como titular real do direito vulnerado e os pais e /ou a família foi identificada em dois superprecedentes da Suprema Corte Americana, *Meyer v. Nebraska (1923)* (262 U.S. 390) – doravante *Meyer*; e *Pierce v. Society of Sisters (1925)* (268 U.S. 510) – doravante *Pierce*; e que juntos formam, vejam bem, base jurídica até os dias atuais do reconhecimento do poder parental como um direito fundamental nos Estados Unidos.

Em *Meyer*, a discussão central voltava-se à possibilidade de o Estado proibir que escolas e famílias ensinassem idiomas estrangeiros, que não o inglês, para crianças que não tivessem sido aprovadas no 8º ano. Na visão de seus partidários, tratar-se-ia de regulação apropriada inerente ao poder de polícia do Estado. Em *Pierce*, debatia-se a possibilidade de o Estado proibir a educação de crianças em escolas particulares, incluindo escolas de matriz religiosa. Os defensores do estatuto que previa a educação compulsória em escolas públicas viam a educação como um elemento inerente à formação do cidadão e de futuros eleitores, sob a ótica de um republicanismo cívico[326].

[326] Como nos ensinam os constitucionalistas Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: "Cumpre ressaltar, finalmente, que certas vertentes do republicanismo podem assumir um viés autoritário, ao pretenderem impor aos indivíduos virtudes cívicas, por intermédio dos instrumentos coercitivos do Direito. O Direito deve criar canais e espaços para a participação cidadã no exercício e controle do poder. A educação deve não apenas qualificar os estudantes para o mercado de trabalho, mas também prepará-los 'para o exercício da cidadania', como prescreve nossa Constituição (art. 212). Porém, exigir o permanente engajamento do cidadão na res publica é o mesmo que buscar a formação de um 'homem novo', a realização de uma verdadeira 'revolução cultural'. O republicanismo flerta com o autoritarismo quando alenta a pretensão de erguer uma nova 'religião civil' em torno das instituições e normas estatais. Em nome do republicanismo, não se deve asfixiar o direito de

Em ambos os casos, particulares insurgiram-se contra a ingerência indevida do Estado no processo de escolha pelas famílias dos modelos de ensino e de formação religiosa de seus filhos, e sustentaram que os estatutos que impunham ***essas restrições violavam o devido processo legal, inscrito na 14ª Emenda Constitucional***. Assim, muito embora se reconhecesse certo espaço para a regulação estatal sobre o processo educacional, alegaram os particulares que a norma excedeu o seu objetivo, criando obstáculos irrazoáveis. Isso porque nem o ensino de um idioma estrangeiro, nem a educação provida por escolas particulares ensejaria perigo à ordem ou segurança públicas.

As duas decisões, portanto, marcam a discussão sobre o direito à educação nos Estados Unidos, na medida em que tecem considerações sobre: (i) o valor do processo educacional; (ii) a compreensão da educação como matéria de ordem pública, e portanto, sujeita à regulação estatal; (iii) porém, limitada pela cláusula geral de liberdade dos particulares para a tomada de decisão quanto à educação de seus filhos (fundamento no *due process of law* – 14ª emenda).

Dito isso, em ambos os casos, restou definido que a teoria geral de liberdade a qual sustenta os governos da nação, e que se fundamenta na 14ª Emenda Constitucional[327], impedia a atuação invasiva do Estado no processo educacional. A fim de fundamentar essa ideia foram citados diversos casos que consagram uma *cláusula geral de liberdade*, extraída da 14ª emenda da Constituição norte-americana[328]. Em *Pierce v. Society of Sisters*, o "holding"

---

cada pessoa de eleger seus próprios planos de vida e de viver de acordo com eles, desde que não ofenda direitos alheios". SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 220.

[327] É interessante notar que os dois julgados identificam na 14ª Emenda da Constituição americana uma cláusula geral de liberdade. Este é o ponto de partida, portanto, para reconhecer que as restrições impostas pelas leis estaduais são irrazoáveis, protegendo-se assim a "teoria geral da liberdade". O devido processo legal substantivo funcionou, pois, como um freio à atuação do Estado. Para que haja qualquer restrição a um direito fundamental é preciso coerência entre as ações do Estado e os seus propósitos. Impedir que crianças aprendam línguas estrangeiras ou frequentem escolas privadas extrapola o espaço de regulação do Estado. A justificativa de perigo à ordem pública não se sustenta ante a realidade dos fatos, é, portanto, incoerente. Nessa esteira, convém trazer a baila a lição da Professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Jane Reis Gonçalves Pereira sobre o tema: "Uma premissa fundamental na solução do problema da restringibilidade dos direitos fundamentais diz respeito à existência (ou não) de um direito geral de liberdade na Constituição. Trata-se de uma questão cujo deslinde é fortemente condicionado pela orientação filosófica que se adote. (...) O dilema, portanto, diz respeito a saber se os diversos comandos e proibições do ordenamento jurídico 'encontram diante de si um direito geral de liberdade ou o simples vazio jurídico. (...) Assim sendo, há uma consequência prática muito relevante que advém do reconhecimento de um direito geral de liberdade, que é precisamente 'elevar a critério hermenêutico fundamental que toda norma que imponha comandos ou proibições, limitando assim a liberdade natural há de ser concebida e tratada como uma norma que limita direitos fundamentais". GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006. pp. 170-172.

[328] SlaughterHouse Cases, 16 Wall. 36; Butchers' Union Co. v. Crescent City Co., 111 U. S. 746; Yick Wo v. Hopkins, 118 U. S. 356; Minnesota v. Barber, 136 U. S. 313; Allgeyer v. Louisiana, 165 U. S. 578; Lochner v. New York, 198 U. S. 45; Twining v. New Jersey, 211 U. S. 78; Chicago, Burlington & Quincy R.R. Co. v. McGuire, 219 U. S. 549; Truax v. Raich, 239 U. S. 33; Adams v. Tanner, 244 U. S. 590; New York Life Ins. Co.

definiu que: "*A teoria fundamental de liberdade na qual se fundamentam todos os governos da União exclui qualquer poder geral do Estado de padronizar suas crianças ao forçá-las a aceitar o ensino exclusivo de professores da rede pública*". Em ambos os casos, a linguagem utilizada foca-se nos limites do Estado – definidos pela 14ª Emenda. Curiosamente, as duas regras extraídas das respectivas decisões não indicam claramente qual sujeito está sendo protegido, vale dizer, o responsável ou a criança. Pelo conjunto do julgado, tudo leva a crer que os titulares dos direitos consagrados na 14ª Emenda são os pais das crianças.

Em *Meyer*, Justice McReynolds reforça no curso de sua argumentação *o direito do professor de ensinar* e o *direito dos pais de engajá-lo na instrução de suas crianças.* Estes direitos estariam, na sua opinião, sob a proteção da Emenda em questão. Em *Pierce,* a regra extraída do caso concreto parece ser favorável à concepção das crianças como sujeitos de direitos – uma vez que a redação afirma no sentido de que não poderiam ser padronizadas pelo Estado (leia-se as crianças), nem forçadas a aceitar o ensino público (as crianças). Isso seria possível, considerando os argumentos ventilados pela escola *Society of Sisters,* a saber: (i) o direito dos pais de escolher escolas onde suas crianças receberiam treinamento religioso e mental apropriados; (ii) *o direito das crianças de influenciar seus pais no processo de escolha de sua escola;* e (iii) o direito dos professores de se engajarem em profissões e negócios úteis. Trata-se, contudo, de uma alusão à criança sobremaneira pontual, sempre trazida à baila em sede de considerações marginais.

O voto de McReynolds, no entanto, guia-se pela ótica parental. Este afirma, com fulcro na doutrina estabelecida pelo precedente de *Meyer v. Nebraska*, que o estatuto de 1922 interfere de forma irrazoável na ***liberdade dos pais e guardiães de direcionar a criação e a educação das crianças sob o seu controle.*** Nas suas palavras, a criança não é uma mera criatura do Estado (o que fora alegado pelos apelantes). Aqueles que a criam e orientam o seu destino têm o direito, conjugado com o elevado dever de reconhecê-la e prepará-la para suas obrigações adicionais. Assim, neste julgado, McReynolds estende a proteção do direito dos pais face o Estado – compreendido como o direito de direcionar a criação e a educação das crianças sob seu controle – e omite-se quanto à qualidade de sujeito de direitos da própria criança.

---

v. Dodge, 246 U. S. 357; Truax v. Corrigan, 257 U. S. 312; Adkins v. Children's Hospital, 261 U. S. 525; Wyeth v. Cambridge Board of Health, 200 Mass. 474. V. WOODHOUSE, Barbara Bennett. *Who owns the child?' Meyer and Pierce and the child as property.* William & Mary Law Review, Vol. 33, Issue 4, 1992. Disponível em: http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol33/iss4/2 Acessado em 29/07/2016.

Vale dizer, nem Meyer nem Pierce identificam de forma clara a criança como titular da liberdade do processo educacional e/ou da formação religiosa. Nesses dois julgados, o direito, que é expressamente protegido pela a 14ª Emenda, é o direito das pessoas adultas – do professor e dos pais. Sua individualidade como ser humano não é em qualquer momento percebida, com exceção do argumento levantado pela escola de que haveria o direito da mesma de influenciar na escolha dos pais. Reproduz-se aqui a versão histórica da criança como uma extensão da sua família, como uma parte integrante de um todo.

No Brasil, um exemplo dessa confusão da parte pelo todo reflete-se na taxonomia jurídica. Na sua maioria, os livros e artigos que abordam "direitos das crianças" são classificados como temas especiais de direito civil. Independentemente do tema que seja abordado, os trabalhos que tratam das crianças são reconduzidos imediatamente ao posto de matéria satélite do direito civil. Estamos falando de questões que envolvem direitos fundamentais, direitos políticos, direito do trabalho, restrição da liberdade, regras processuais, normas de direito administrativo, como a organização dos Conselhos Tutelares e Conselhos de Direitos, instituições de acolhimento, saúde, entre outros. Enfim, tudo que está de alguma maneira ventilado no Estatuto da Criança e do Adolescente segue esse roteiro. Mas por que isso?

Acredito que a academia reproduziu para a classificação doutrinária e taxonômica uma lógica *adultocêntrica*, a saber, se as crianças são para o direito incapazes e sujeitas ao poder parental, o direito que trata dessas mesmas crianças deve seguir, portanto, a mesma sorte. Por essa ótica, da mesma maneira que as crianças são apêndices de suas respectivas famílias, os direitos das crianças surgem para a academia como um apêndice do direito de família, e sem saber como ali adequá-lo, logo se transformam em um "tema especial" de direito civil.

O direito das crianças, contudo, não é um apêndice do direito de família, ou monopólio do direito civil. Ele é um ramo do direito que gira em torno de um determinado sujeito visto por uma condição de vulnerabilidade, dada a sua autonomia mitigada, ou parcialmente coordenada com o instituto da autoridade parental: a criança, não podemos esquecer, é um sujeito duplamente governado. Logo, em muitos casos, debates sobre direitos das crianças passarão ao largo dos debates típicos do direito de família tradicional (considerado como ramo do direito civil), conformando-se em questões de natureza essencialmente pública. Infinitas questões envolvendo as crianças podem surgir na sociedade que não tenham qualquer relação com a matriz civilista. As normas gerais de direito civil e as específicas de direito de família são notadamente insuficientes para responder aos problemas reais envolvendo as crianças.

Nessa esteira, a vinculação impensada do direito das crianças ao direito de família de matriz civilista tem sido, sem dúvida, um grande obstáculo para a elaboração de soluções jurídicas coerentes com as demandas sociais reais. Um exemplo disto, que foge ao objeto central deste estudo, mas que aqui merece ser sinalizado, diz respeito ao sistema de restrição da liberdade e de direitos das crianças (reconhecidos pela lei como adolescentes) autores de atos infracionais. Se a base jurídica dessa discussão é essencialmente a mesma do direito penal – a restrição da liberdade pelo cometimento de atos de natureza criminal, nós devemos buscar nas normas gerais de direito constitucional e direito penal, o seu fundamento teórico, e não no direito civil. Eventuais acomodações necessárias à condição do sujeito em questão – adolescente – passam pela adaptação e equação com uma lógica de uma disciplina pensada em torno da ação restritiva do Estado à liberdade do indivíduo. Noutro giro, se o Conselho Tutelar surge no Estatuto da Criança e do Adolescente como um órgão administrativo, por certo, as normas gerais que irão reger esse sistema são as normas de direito administrativo, e não de direito civil, muito menos o direito de família.

Por fim, vale registrar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é de forma equivocada associado a um movimento da década de 90, intitulado microssistêmico, quando, a bem da verdade, ele não é um microssistema essencialmente civil. Basta uma simples comparação com o Código de Defesa do Consumidor, este sim, um verdadeiro microssistema civil, para se notar a diferença. O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma legislação de natureza múltipla, capaz de abranger diferentes áreas do saber jurídico, com medidas que passam praticamente por todos os ramos do direito. Por que razão uma lei com tamanha abrangência e pluralidade seria qualificada como um exemplo de um movimento de pulverização do direito civil?

A única resposta lógica que se segue é esta: deparando-se com o direito das crianças, o legislador e o acadêmico limitaram-se, com o seu olhar *adultocêntrico*, a reproduzir a pequena lógica civilista acerca da acessoriedade. Se a criança (o acessório) segue a sua família (o principal), o mesmo haverá de ser com o direito. O direito das crianças é um ramo acessório ao direito de família. E assim tudo que se produz hoje no Brasil sobre direito das crianças torna-se um *tema especial* de direito civil. Chegou o momento de ultrapassarmos essa barreira intelectual.

2.2.2.2 A criança para a família: três possibilidades

Era uma tarde fria de inverno e o Sr. Pierstorff enfim encerrara as suas atividades na sua fazenda. Inúmeras preocupações afligiam-no. Não sabia se o estoque de feno seria

suficiente para todo o inverno. A produção de leite agora era medida diariamente, e isso exigia-lhe uma atenção redobrada. A secretária recém-contratada para dar conta das demandas administrativas ainda se familiarizava com os números. Depois que atendera a palestra dos professores do Departamento de Laticínios da Universidade de Idaho, sua vida nunca mais foi a mesma. Manter-se no passado seria o mesmo que abrir mão do seu negócio. É o progresso, não adianta lutar contra ele, dizia todos os dias para si mesmo.

No mesmo segundo que adentrou em sua casa, olhou para o rosto de sua esposa e lembrou-se imediatamente do assunto que tinha que ter resolvido. Esquecera a passagem de trem... E então, deparou-se com outra sorte de demandas de trabalho - as familiares. Ali paradas estavam a Sra. Pierstorff e a pequena May, com as malas prontas. Como faremos essa viagem? Eu não posso levá-la, você não pode levá-la... É melhor esquecermos tudo isso. Sua mãe a conhecerá no próximo inverno. Pendurou seu casaco no armário e subiu as escadas. A criança pôs-se a chorar. A mãe, sem escolha, amparava-lhe as lágrimas, e lançava aquele olhar ardido ao marido.

Sentindo-se culpado, deu meia volta, vestiu o casaco, e saiu sem nada dizer. Chegou à estação de trem, um pouco depois das 17h:00. O frio acompanhava-o desde que saíra de casa, e agora sentia-o mais forte do que nunca na extremidade dos dedos do pé. Senhor: Quanto é uma passagem para Lewinston? Trazia em seu bolso U$ 5,00. Lewinston, para agora? Não, para amanhã, para uma criança. São US$ 8,00, senhor. Aquelas palavras caíram sobre sua nuca como uma bigorna. Aquela missão heroica transformara-se em uma missão impossível. Ficou mudo, sem saber o que fazer. Recuperado da paralisação momentânea, apenas conseguia esbravejar: Mas, senhor, US$ 8,00 é uma fortuna. Trata-se de uma criança, de uma criança, pelo amor de Deus. Veja, disse o senhor, algumas pessoas nesses casos estão falando em usar o serviço postal. É uma alternativa. Quanto pesa a sua filha? Ela tem menos de 23kg? Se ela for pequena, ela pode ser despachada como uma correspondência. O valor é de quase dois centavos por quilo. Basta trazê-la amanhã aqui, nós pesamos, e emitimos o selo. Isso resolve o seu problema, senhor?

E, assim, em 19 de fevereiro de 1914, May Pierstorff, uma criança de 22 kg e cinco anos de idade, colou um selo postal de 53 centavos em seu casaco, e iniciou sua viagem no compartimento de correspondências do trem local para a cidade de Lewinston para visitar a sua avó. No local, foi entregue sã e salva pelo despachante do Serviço Postal, senhor Leonard Mochel.[329] [330]

---

[329] Disponível em <http://postalmuseum.si.edu/exhibits/current/customers-and-communities/reaching-rural-america/parcel-post-service.html>, na data de 22/02/2015.

Essa história verídica e fantasiosa ficou dias em minha mente, até eu entender de que modo ela me afetava. "As pessoas não têm preço" é a máxima que aprendemos nas primeiras lições sobre o princípio da dignidade da pessoa humana[331]. Elas não são objetos para saírem ostentando selos em seus casacos. Por outro lado, esta história carrega em si mesma uma espécie de inocência, de um tempo em que os pais eram capazes, sem muitos melindres, de embarcar uma criança como "pacote" a fim de economizar recursos. Os pais de May Pierstosff tinham em mente que sua filha era um objeto? Estariam eles admitindo que ela poderia ser tratada como uma mercadoria? Será que tudo não passou de uma solução familiar impensada? Quando os pais olham seus filhos o que eles vêem? A indagação que se segue é, portanto: o que/quem é a criança na família sob o *standpoint* dos pais-adultos?

Uma forma de responder esta pergunta pode se dar por meio do estudo da literatura jurídica e de casos judiciais norte-americanos. Isso ocorre porque os Estados Unidos, junto com a Somália, são o único país das Nações Unidas não-signatário da Convenção de Direitos das Crianças. Com efeito, sem uma base jurídica formal que reconheça explicitamente a responsabilidade do Estado para com os direitos das crianças, e todo o arcabouço jurídico correlato, inclusive os possíveis limites da autoridade parental, estamos diante de um campo fértil de debates filosóficos. Vale dizer, sem um marco jurídico consolidado, acadêmicos e juristas encontram-se ainda revolvendo um magma incandescente. Autores norte-americanos buscam na Constituição americana fundamentos para a proteção dos direitos das crianças e os limites do poder parental, com o objetivo de reverter uma cultura conservadora de precedentes de tendências opostas.

Nos Estados Unidos, diferentemente de outros países, uma simples afirmação, a de que as crianças são sujeitos de direitos fundamentais, necessita como toda e qualquer outra, de uma devida sabatina jurídica. Se, por um lado, isso evidencia uma redução excessiva do papel do Estado na sua missão de proteger os seus cidadãos, por outro, esse debate obrigatório impõe que pensemos a respeito dessa temática sob uma perspectiva filosófica. Precisamos passar pelas categorias e personagens envolvidos para justificar qualquer que seja o resultado normativo final.

Ironicamente, a sabatina filosófica imposta pela cultura jurídica norte-americana auxilia em muito o debate acadêmico nos demais países signatários da Convenção, na medida em que adentra temas espinhosos que estes procuram evitar. Vale dizer, a Convenção,

---

[330] Disponível em <http://usgovinfo.about.com/od/consumerawareness/fl/When-it-was-Legal-to-Mail-a-Baby.htm>, na data de 22/02/2015.

[331] BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 306-307.

conquanto firme um marco normativo de peso, que no todo reconhece a responsabilidade do Estado na proteção de direitos fundamentais das crianças, tende a valer-se de categorias gerais, limitando-se à formatação de *um compromisso dilatório*[332]. Para que uma convenção possa ser firmada pela grande maioria dos países signatários, sem dúvida, a sua redação há de se limitar a afirmações genéricas e maleáveis que, futuramente, possam ser moldadas e adequadas a culturas e modos de vida distintos[333].

Os argumentos forjados tanto pelos acadêmicos quanto pelas partes com *capacidade discursiva* nos processos judiciais (pais, juízes e o Estado) para lidar com demandas que tenham na sua origem violações de direitos das crianças pode-nos revelar os diferentes *standpoints dos adultos.* E perceber como esse olhar é construído pode ser um diferencial para o operador do direito. Se estamos diante de uma operação cruzada de direitos fundamentais, que englobam diferentes *standpoints,* como veremos em mais detalhes a seguir, precisamos em uma etapa preliminar dialogar com esses pais, e os demais adultos, entender, por fim, quem são, o que vêem e o que querem.

Barbara Woodhouse, professora Emérita da Universidade da Flórida, autora do artigo *Who owns the child?' Meyer and Pierce and the child as property*[334], defende, como o próprio

---

[332] Sobre o tema, registre-se a lição do professor de direito constitucional Rodrigo Brandão: "[O] desacordo moral razoável é uma das características mais marcantes das sociedades pluralistas contemporâneas. Duas técnicas principais são usadas para compatibilizar o reconhecimento de cosmovisões diferentes com a estabilidade social (e a consequente necessidade de obter-se um consenso moral mínimo): os compromissos dilatórios e os acordos incompletamente teorizados. Os primeiros, tipicamente adotados nas Constituições nacionais, consistem em acordos quanto a princípios gerais, diante da persistência do desacordo em relação a normas específicas (i.e., acordo quanto à liberdade de expressão, ainda que haja desacordos profundos quanto à regulação da mídia). Já os segundos consistem no oposto: acordos quanto a decisões sobre casos concretos, mantendo-se o desacordo quanto aos seus fundamentos mais gerais (i.e., acordos quanto à segregação da mulher no mercado de trabalho violar a igualdade, embora não se partilhe da mesma concepção de igualdade)". In BRANDÃO, Rodrigo. "*Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?"*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 185.

[333] Vejamos, pois, alguns trechos da mencionada Convenção: "PARTE I, Artigo 1 - Nos termos da presente Convenção, criança é todo ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo. Artigo 2.1. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação. (...) Artigo 3.1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 3.2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. (...) Artigo 5 Os Estados Partes respeitam as responsabilidades, direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos membros da família alargada ou da comunidade nos termos dos costumes locais, dos representantes legais ou de outras pessoas que tenham a criança legalmente a seu cargo, de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhe são reconhecidos pela presente Convenção*"*. Informação disponível em: https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf, com acesso em 23/07/2016.

[334] WOODHOUSE, Barbara Bennett. *Op. Cit.*

título da obra sugere, que uma parte das famílias americanas percebe o poder parental como uma *relação de domínio*, e nessa esteira, seguindo a tradição libertária norte-americana, um direito absoluto dos pais sobre a sua prole, protegido de toda e qualquer intervenção estatal. A seu ver, trata-se de uma ideia que nasceu nas decisões de Meyer e Pierce, e que aos poucos foi sendo validada pela Suprema Corte Americana. Para Woodhouse, portanto, pelo *standpoint* de muitas famílias, as crianças são uma projeção dos pais, e consequentemente sujeitas a um domínio ilimitado. Trata-se, na concepção da autora, de um modelo prevalente na sociedade norte-americana até os dias atuais, e que encontra guarida em uma sucessão de precedentes conservadores. Nas palavras de Woodhouse:

> Juntamente com a proteção da liberdade religiosa e da liberdade intelectual, Meyer e Pierce constitucionalizaram uma visão limitada e tradicionalista da criança como uma propriedade essencialmente privada. Essa visão continua a distorcer o nosso direito de família e a política nacional da família, de modo que nós falhamos como legisladores em respeitar as crianças, e falhamos como nação em reconhecer e legitimar todas as crianças norte-americanas como nossas. [335] (tradução nossa).

Segundo Woodhouse, a partir desses precedentes, a Suprema Corte reconheceu o poder parental de custódia e controle como um direito dos pais, e passou a incluir "o direito ao casamento, ao estabelecimento de um lar e de criar crianças" na lista de liberdades econômicas protegidas pela cláusula do devido processo legal substantivo, inscrita na 14ª Emenda. Com efeito, toda uma teoria constitucional da família nasce a partir de uma ótica adulta libertária. Os pontos de vista que se transformam em discurso são aqueles dos pais, que buscam a toda prova evadir-se do controle e da regulação estatal. O que chama a atenção da autora em um primeiro momento é que esse movimento mimetiza outros de natureza econômica. Os pais buscam um total e irrestrito controle sobre os seus filhos, como se essa relação pudesse se equiparar àquelas de proteção da propriedade e das liberdades religiosas, desconsiderando que do outro lado da história não está um bem móvel ou uma ideia, mas sim outro ser humano[336].

Noutro giro, a autora destaca trechos de diversas decisões judiciais que tratam de questões familiares, e aponta para o uso inadequado e indiscriminado de expressões de natureza patrimonial. Ela destaca alguns termos usualmente utilizados pelos juízes para

---

[335] Ibidem. p. 997.

[336] "Meyer e Pierce, na mente popular, fizeram uma pergunta que se achava no cerne dessas controvérsias: 'Quem é o dono da criança?' Previsivelmente, a conservadora Suprema Corte confirmou os direitos do proprietário tradicional, o pai/a mãe. A elástica interpretação da Corte acerca da liberdade prevista na Décima Quarta Emenda da Constituição dos EUA para incluir o controle parental da criança serviu – exatamente como nos casos de devido processo legal econômicos – para defender as tradições de propriedade privada, estruturas hierárquicas e valores individualistas contra reivindicações de governança coletiva". Ibidem. pp. 1036-1037.

descrever as relações decorrentes do poder parental, como "entregar" e "pertencer" como inapropriados para os casos judiciais em análise. Senão, vejamos:

> Segundo essas opiniões, crianças passam de proprietário a proprietário na linguagem da posse formal: um pai 'doou, consignou e transferiu' uma criança de nove dias; a 'mãe não estava investida de disposição testamentária com relação à criança'; e outra mãe agiu fora de sua autoridade quando 'deu e legou' seus filhos a parentes. Os recursos, da mesma forma, falam em termos proprietários: alguém pode 'ajuizar uma ação para recuperação de criança em posse de terceiros', e 'não há doutrina que trate de usucapião em relação à custódia de crianças'. [337] (tradução nossa).

Com efeito, Woodhouse chama a atenção para o fato de que a retórica não é um dado desimportante, mas, ao revés, um relevante parâmetro para a observação científica[338]. A linguagem evidencia a forma com que lidamos com as relações e a nossa compreensão mais profunda sobre elas. O discurso espontâneo e inadvertido acaba por revelar o que as palavras demasiadamente polidas tendem a esconder: a verdade. Em um tempo em que as questões envolvendo as crianças não haviam assumido o *status* de retórica de direitos humanos, os pais e os juízes falavam das crianças com termos típicos de uma relação de propriedade, assim como facilmente entregavam-nas como uma correspondência com um selo para uma viagem de trem, no compartimento do malote.

A questão que fica no ar é saber se, de fato, os pais superaram nos dias de hoje essa percepção das crianças como uma projeção do domínio adulto – da criança-propriedade, ou se apenas, modulam a linguagem, de forma a escamotear o seu sentimento de posse e controle sobre as crianças como forma de enquadrar o seu discurso público em uma pauta vista como politicamente correta. A meu ver, por todo o exposto, a percepção da criança como uma projeção, uma extensão subjetiva, é, ao que tudo indica, um fenômeno real (ainda que parcial) na mente dos pais, e muito embora ela não se amolde em exatidão a um conceito de propriedade, ela por certo em muitos casos se assemelha sim a uma relação de domínio.

Nessa batalha filosófica travada pela academia e pelas cortes norte-americanas para acomodar o poder parental e os direitos das crianças ao ordenamento jurídico pátrio, outros dois autores chamaram a atenção pela ousadia e criatividade. Os professores Akhil Reed Amar e Daniel Widawsky elaboraram, em 1992, artigo intitulado *Child abuse as slavery: a*

---

[337] Ibidem. p. 1049.

[338] "Discuto apenas a latente suposição de que a retórica é insignificante. Em meu ponto de vista, a retórica da propriedade projeta luz importante não só sobre Meyer e Pierce, como também sobre as muitas maneiras pelas quais os tribunais e autoridades atuam de forma inconsistente com a **curadoria** ou com o ***princípio do melhor interesse do poder do adulto sobre a criança***". Ibidem. p. 1042.

thirteenth amendment response to DeShaney[339]. Nesse trabalho, eles sugerem que, para muitos pais, as crianças são mais do que uma projeção de seu domínio, mas sujeitos-objetos desprovidos de qualquer subjetividade. As crianças são, pois, objetos animados passíveis de toda e qualquer ação violenta e abusiva. Para estes pais, as crianças assumem a condição de escravos.

A seu ver, todas as crianças estariam protegidas, como todo e qualquer adulto, por uma cláusula geral de liberdade ou uma cláusula geral antiescravidão, prevista na 13ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Com efeito, as crianças estariam salvaguardadas face relações privadas abusivas tendentes a descaracterizar a sua condição humana. Nessa esteira, afirmam os autores, casos de abuso deveriam valer-se desse marco constitucional como fundamento último de validade, e não da cláusula do devido processo legal substantivo inscrito na 14ª Emenda.

O trabalho desses autores parte de um caso concreto, julgado na Era Rehnquist (1989), qual seja, *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services [489 U.S.189]*. Para a Suprema Corte americana, em razão da doutrina do devido processo legal substantivo, previsto na 14ª Emenda, o Estado de Wisconsin não teria qualquer dever constitucional de proteger uma criança pequena de maus tratos/abusos físicos perpetrados pelos seus pais. Com efeito, além de ter sido espancado reiteradamente nos primeiros cinco anos de vida, vítima de atos violentos perpetrados pelo próprio pai, os quais lhe causaram severo retardo mental, Joshua teve, ao final desse processo, de lidar com uma resposta da Suprema Corte americana insensível a sua história de vida. Para os juízes, o Estado não teria obrigação de proteger a vida, a liberdade ou a propriedade de qualquer cidadão frente à ação abusiva ou invasiva de agentes privados. Tal questão seria menos importante do que a preservação do devido processo legal substantivo inscrito na 14ª Emenda.[340]

Para os autores, a ideia lançada no voto dissidente, elaborado pelo Justice Blackmun, ainda que sucinta, teve a capacidade de trazer luz necessária ao problema posto. Ao comparar o voto majoritário àqueles elaborados na era *antebellum*[341], os quais negavam o suporte aos escravos fugitivos, Blackmun percebeu uma semelhança real entre uma situação fática de uma criança vítima de severos abusos e a de um escravo nas décadas anteriores à abolição da escravidão nos Estados Unidos. Amar e Widawsky, na sequência, notaram a força desse

[339] AMAR, Akhil Reed. *"Child Abuse As Slavery: A Thirteenth Amendment Response to DeShaney"*. Faculty Scholarship Series, 1992. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1038. Acessado em 29/07/2016.
[340] Ibidem. p. 1360-1361.
[341] Ibidem. p. 1.363.

insight, e não o deixaram passar em branco. Eles valeram-se desse raciocínio para desenvolver as suas próprias ideias, no mencionado artigo. Senão, vejamos:

> A analogia entre a escravidão anterior à guerra civil norte-americana e o abuso de crianças – uma analogia que a linguagem provocativa do Justice Blackmun encoraja, mas não desenvolve – parece ao mesmo tempo notável e frutífera. Consideremos a seguinte análise preliminar. Como um escravo anterior à guerra civil, a criança abusada está sujeita à dominação quase total e à degradação por outra pessoa, e é tratada mais como posse do que como pessoa. A menos que o Estado aja para proteger a criança abusada, sua situação possui assustadora semelhança com a do escravo pré-guerra civil norte-americana. Por exemplo, se uma criança foge, o Estado normalmente devolve a criança à custódia dos pais, assim como juízes devolviam escravos fugitivos a seus senhores antes da guerra civil. E assim como os Estados anteriores à guerra civil faziam cumprir os direitos legais dos senhores, de controle físico sobre seus escravos, os Estados atuais continuam a fazer valer os direitos legais dos pais de controle físico sobre seus filhos.[342] (tradução nossa).

Com efeito, Amar e Widawsky reconhecem que, apenas em alguns casos, o poder parental pode ser equiparado a uma relação de escravidão, a saber, naqueles em que há uma situação abusiva, de maus tratos, com violência e coerção, as quais descaracterizam a condição humana da criança. Na sua visão, a Constituição americana, ao proibir a escravidão, evidentemente impede a ação dos particulares e a inação do Estado quando perante este "instituto peculiar".[343]

Toda a questão assume contornos mais complexos, se levarmos em consideração que a abolição da escravidão, na sua origem, abarcava também as relações híbridas de escravidão/poder familiar existentes nas *plantations*. Os autores chamam a atenção para o fato de que muitos dos escravos eram filhos dos próprios senhores, na medida em que as relações de dominância incluíam, no caso das mulheres, a subjugação sexual. Mencionam, pois, como tais estruturas transformaram-se com o passar do tempo em "haréns", com um senhor que mantinha uma estrutura familiar poligâmica[344]. A libertação de um regime de escravidão abarcou todo o feixe de relações travadas entre esses sujeitos, tivessem ou não uma vinculação familiar. O fim da escravidão representou o fim da manutenção de relações de subordinação incoerentes com uma cláusula geral de liberdade, fossem elas decorrentes de uma subordinação serviçal ou parental.

Com esse raciocínio em mente, os autores deixam claro a validade de seu argumento: a liberdade de toda e qualquer criança está devidamente protegida pela Constituição americana, consoante disposto na 13ª Emenda Constitucional[345]. O poder parental, portanto,

---

[342] Ibidem.
[343] Ibidem. p. 1.364.
[344] Ibidem. p. 1.366.
[345] Dessa forma, a 14ª Emenda estabelece uma cláusula geral de liberdade das pessoas e suas projeções associativas face ao Estado, ao passo que a 13ª Emenda estabelece uma cláusula geral de liberdade das pessoas em face de governos intemediários, não-estatais. Nenhuma associação pode destituir o ser humano de direitos e

não pode ser um instituto alheio ao direito, totalmente imune à regulação estatal. Nenhum ser humano pode controlar o outro a ponto de descaracterizá-lo como um ser humano. E o Estado não pode se furtar a agir sob a alegação da observação do devido processo legal substantivo. Trata-se de uma visão bastante cerrada sobre o papel do Estado e a importância de se preservar os direitos fundamentais das pessoas mais vulneráveis da sociedade.

A indagação filosófica que reside por trás dessa comparação entre teorias evidencia um problema que, muito embora sobremaneira pertinente à temática das relações familiares, de certa forma a transcende: quando uma pessoa é apenas um sujeito governado e quando ela é um sujeito escravizado? Quando uma relação parental se transmuda em uma relação equivalente a uma escravidão? Essas indagações permanecem sem uma resposta a priori. O ser humano é complexo e as relações familiares são marcadas por essa mistura de amor e conflito. Na medida em que nos conscientizamos de que os adultos não são os senhores da maturidade, da compreensão, e nem dominam a verdade, e que também sofrem diante das mazelas da vida, como traçar essa linha entre exigir da criança que aceite o peso de carregar uma história de família conturbada ou propor-lhe uma rota de fuga[346]?

Esta análise mostra o lado mais sombrio e perturbador do poder parental. Certamente algo que está distante, sem sombra de dúvida, da maioria das relações familiares. Nada obstante, necessitamos ter em mente que são justamente esses os casos que demandam atuação judicial, e que se revelam para os atores com capacidade discursiva processual. Diferentemente da visão construída por Woodhouse, não estamos aqui diante de pais que vêem em seus filhos uma mera extensão de seu domínio, percebendo-os como algo equivalente a uma zona de influência. Não se trata de uma visão acerca de uma ascendência natural sobre um sujeito controlado, mas de uma visão que nega por completo a condição humana do outro indivíduo, uma reprodução de uma lógica de violência e brutalidade ancestral, que, conquanto chocante, não é de todo estranha na história das relações íntimas e familiares. Esta é a visão que mexe com o nosso emocional, que nos atinge com o peso de uma bigorna.

Na sequência, convém destacar as ideias do professor Ferdinand Schoeman, lançados no artigo intitulado *Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family*,

---

liberdades essenciais sem a observância do princípio da razoabilidade (ônus da argumentação), assim como nenhum Estado pode destituir o ser humano e/ou suas projeções associativas de direitos e liberdades essenciais, nesses mesmos termos. Trata-se de reconhecer na sociedade um ecossistema de camadas associativas – em diferentes escalas (Estado, Igrejas, empresas, associações diversas, escolas, famílias, etc.), as suas potencialidades opressoras e os mecanismos de salvaguarda do ser humano correlatos.

[346] Vale dizer, reconhecendo a possibilidade de *exit rights* para as crianças, tema que será abordado no Capítulo 3.1.

publicado em outubro de 1980 na consagrada revista *Ethics*[347]. Neste trabalho, o autor chama a atenção para o fato de que estudos de filosofia social e moral têm se concentrado na análise de relações humanas abstratas, ignorando a experiência da intimidade. Com isso, tais estudos acabam por deixar de lado o elemento mais essencial da estrutura familiar. A seu ver, o poder parental – entendido o direito a uma relação privada e autônoma com as crianças com quem se tem um vínculo biológico - deriva de uma cláusula geral de proteção da intimidade e da privacidade.

Na opinião do autor, os pais têm filhos simplesmente porque querem viver uma experiência de vida compartilhada com suas crianças. Os pais buscam no fenômeno da procriação e da criação a construção de um vínculo emocional. Shoeman afirma:

> De maneira ideal, a relação entre pais e filhos envolve a consciência de uma espécie de união entre pessoas que talvez seja mais adequadamente descrita na linguagem poética/espiritual do que na terminologia moral analítica. Partilhamos nossos *eus* com aqueles de quem somos íntimos e estamos cientes de que eles fazem o mesmo conosco. [348] (tradução nossa).

Uma discussão polarizada sobre os direitos das crianças pode, a seu ver, construir um discurso extremamente contratualizado sobre uma relação que se conforma em um espaço de intimidade distante de ideais de bem comum. Outro ponto interessante colocado pelo autor reside na ideia de que a sociedade deve reconhecer esse vínculo entre os adultos e as crianças, na condição de pais e filhos, um vínculo que nasce na intimidade e que se consolida na convivência. Consequentemente, os pais têm o direito de exigir a não intervenção de terceiros nas suas escolhas mais íntimas.

Com efeito, é natural que os pais dediquem atenção aos seus filhos e desejem para estes o que desejam para si mesmos. A formação de uma associação baseada no afeto e na mútua solidariedade, invariavelmente, traz consigo um processo de alianças e de reprodução de ideias que são comuns aos associados. Para Shoeman, as pessoas têm o direito de manterem relações íntimas. E a capacidade dos pais influenciarem na vida cotidiana de seus filhos derivaria desse direito. Shoeman entende que:

> Essas relações são significativas em função de compromissos pessoais para com os outros que as integram. Para a maioria das pessoas, não só essas uniões são centrais para a própria autodefinição, como a existência humana teria pouco ou nenhum significado se isenta de toda possibilidade de manter ou restabelecer essas relações. [349] (tradução nossa).

---

[347] SCHOEMAN, Ferdinand. Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family. *The University of Chicago Press,* Vol. 91, No. 1, 1980. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2380367. Acessado em 29/07/2016.
[348] Ibidem. p. 8.
[349] Ibidem. p. 14.

Em suma, o autor apresenta-nos pais que procuram nas crianças o sentido das suas vidas. Isto é, pais que criam mais do que vínculos afetivos, mas que de fato têm filhos como parte de um projeto de vida familiar. Shoeman vê pais na condição de pessoas que querem compartilhar a experiência de amar seus filhos, de estar com eles, cuidar deles, enfim, criar laços com as crianças, num projeto de uma vida íntima associativa, que tenha por finalidade última preencher as suas vidas.

Os três possíveis *standpoints* dos adultos aqui apresentados certamente não formam um rol taxativo. Mas, de fato, nos mostram como uma mesma relação de natureza familiar pode ser percebida por sujeitos adultos de forma completamente diferente. Ou mesmo se pensarmos de forma um pouco mais livre, todos esses *standpoints* podem interpenetrar os mesmos sujeitos. Pais que amam seus filhos e buscam neles o sentido da vida podem ser amorosos e manipuladores ao mesmo tempo. Eles podem amar e querer influenciar e controlar seus filhos a partir de um mesmo *standpoint*.

Pais que praticam atos abusivos e maus tratos também podem oscilar entre um e outro patamar de compreensão. Pais que amam seus filhos podem agir de modo irresponsável. Pais que querem estender o seu âmbito de influência sobre as crianças podem agir de forma abusiva. Eles podem amar seus filhos e ainda assim serem violentos. Logo, os casos que envolvem as relações familiares em todos os níveis sempre serão complexos, porque nós dificilmente conseguiremos categorizar os pais em um ou outro *standpoint*. Todos os pais têm dentro de si mesmos um pouco desses sentimentos. Por melhor que sejam, eles farão seus filhos sofrerem. Por pior que sejam os pais, seus filhos terão com eles momentos felizes. A parentalidade não é uma zona de conforto, mas um lugar esquisito de onde parte um controle legítimo sobre um outro vulnerável.

2.2.2.3 A família para a criança: uma leitura winnicottiana

Conquanto a relação entre os adultos e as crianças na família não seja uma matéria tradicional do direito público e da filosofia política, não há dúvidas de que existem livros, artigos e decisões judiciais que, somados, vão costurando um roteiro para a estruturação de uma teoria constitucional ou política sobre a família.

Nada obstante, qual o caminho que temos a nossa frente, quando viramos essa bússola na direção das crianças, e lhes indagamos: qual o seu *standpoint* no microssistema familiar? Em outras palavras, indagamo-nos: o que é a família para as crianças? Nós já sabemos o que Rawls, Okin, Rehnquist e Woodhouse, entre outros, pensam sobre as suas famílias e as famílias dos outros. Mas o que de fato representa a família, levando-se em

consideração o *standpoint* da criança? A meu ver, o Direito ainda não conseguiu chegar sequer a essa indagação. Nem a academia nem os tribunais conseguiram cogitar esse problema, na medida em que o móvel discursivo, mesmo quando voltado à proteção dos direitos das crianças, reflete o *standpoint* dos adultos. Não olvidemos a lição de John Holt: "*os direitos das crianças são, em geral, aqueles que os adultos pensam que as crianças devem ter*"[350].

Logo, diante desta árida fronteira, optei por seguir neste ponto um roteiro semelhante àquele delineado no primeiro capítulo. Se nós no direito não sabemos ao certo o que a família de fato significa para as crianças, seja porque elas estão desprovidas de uma capacidade discursiva dialógica, ou se, por uma falha nossa, nós não as ouvimos com a atenção que merecem nos processos judiciais, ou porque também não temos a cultura acadêmica de realização de pesquisas empíricas, nos resta buscar em outras áreas a informação de que precisamos.

Para a análise aqui proposta, encontramos no pediatra, psicólogo e precursor da psiquiatria infantil, D.W. Winnicott, o nosso porto seguro. Com Winnicott, poderemos de fato arriscar os primeiros passos para a construção de um projeto de pesquisa na área jurídica que seja capaz de olhar para a criança a partir da sua própria perspectiva. Trata-se do melhor orientador que poderíamos escolher para o início dessa jornada[351].

Para tanto, gostaria, em primeiro lugar, de compartilhar a lição de Winnicott sobre a psicanálise como ciência[352]. O autor esclarece que ela nasce com Freud quando este desenvolve um método alternativo de tratamento de pessoas com doenças psiquiátricas, a saber, o agendamento diário de um horário fixo com o paciente. Freud pretendia com isso literalmente entregar um bem primário de suma importância ao ser humano – tempo. Em vez de focar seu trabalho na cura ou na busca por uma resposta imediata para um determinado sintoma, Freud escolheu uma proposta revolucionária e libertadora: você tem todo o tempo do mundo para se encontrar. Ele pretendia com isso que o paciente fosse capaz de revelar-se a si

---

[350] HOLT. *Op. Cit*.

[351] Winnicott dedicou a sua vida ao trabalho teórico e clínico, atendendo a crianças e adultos. Como nos revela M. Masud Khan: "Durante o tempo em que trabalhou no Paddington Green Children's Hospital e no Queen's Hospital for Children, ao longo de umas quatro décadas, ele atendeu cerca de 60.000 bebês, crianças, mães, pais e avós". KHAN, M. Masud R., Introdução. WINICOTT, D. W. *Da pediatria à psicanálise: obras escolhidas*. Rio de Janeiro: Imago. 2000. p. 18.

[352] "O que a psicanálise nos diz de mais importante a respeito das pessoas? ***Ela nos fala a respeito do inconsciente, da vida profunda e oculta de cada indivíduo humano que tem raízes na vida real e imaginária da infância mais precoce***. No início, o real e o imaginário são uma única coisa, pois a criança não apreende o mundo de modo objetivo, mas vive num estado subjetivo, em que é criadora de todas as coisas. Gradualmente, a criança saudável torna-se capaz de perceber o mundo do não-eu; para alcançar esse estado, precisa ser cuidada de modo satisfatório durante a época de dependência absoluta". Ibidem. p. XVI.

mesmo[353]. Nas suas palavras, trata-se de "*uma ciência aplicada que se baseia em uma ciência*"[354]. Os apontamentos de Winnicott sobre a ciência merecem registro. Como não se apaixonar?

> Eu diria, a respeito dos cientistas, que, quando surge um vazio no conhecimento, o cientista não se desvia para uma explicação sobrenatural. Isso poderia sugerir pânico, medo do desconhecido, uma atitude não-científica. Para o cientista, todo vazio no entendimento oferece um desafio excitante. Assume-se a ignorância, e se delineia um programa de pesquisa. A existência do vazio é o estímulo para o trabalho. O cientista pode se permitir uma espera e se permitir ser ignorante. Isso significa que ele tem algum tipo de fé – não uma fé nisto ou naquilo, mas uma fé, ou uma capacidade para a fé. [355]

A psicologia é, portanto, um saber que vem no curso de aproximadamente um século progredindo na sua capacidade de compreender o ser humano, reconhecendo o aspecto emocional dos conflitos diários. Surpreende-me que o direito, *lócus* inevitável de solução de muitos desses conflitos, tenha por tanto tempo se fechado para reconhecer o seu aspecto emocional como um dado empírico[356]. Estamos ainda como em uma era pré-freudiana tão preocupados com a entrega imediata de uma solução processual, que não nos damos conta de que a compreensão das tensões que envolvem o conflito *humano* é uma etapa relevante do direito, tão embebido de cientificidade quanto o raciocínio argumentativo.

Pois bem. Feitas essas considerações iniciais, vejamos de que modo o trabalho de Winnicott é capaz de iluminar a nossa percepção sobre os possíveis *standpoints* das crianças no ambiente familiar. Em um primeiro plano, destaque-se a sua sensível percepção sobre a complexidade da trama familiar e das diferentes subjetividades envolvidas nesse enredo. Winnicott lança aqui um chamado para atenção dos adultos à *presença* da criança:

> Há um receio em minha mente: uma ênfase exagerada no manejo das dificuldades humanas em termos de família e de outros grupos como fuga ao estudo do indivíduo, seja criança, adolescente ou adulto. Em algum momento do trabalho do serviço social de caso, o profissional se vê frente a um indivíduo, fora do grupo. Aqui residem as maiores dificuldades, e também o maior potencial de mudanças. Começarei, portanto, com um pedido: lembrem-se da criança individual, do processo de desenvolvimento da criança, do desconforto da criança, da necessidade que a criança tem de auxílio pessoal e da capacidade que ela tem de usar a ajuda

[353] WINNICOTT, D. W. *Tudo começa em casa. – Textos de Psicologia*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2011.
[354] Ibidem. XIII.
[355] Ibidem. XIV.
[356] As palestras de D. W. Winnicott voltavam-se para um público eclético. Imagino, contudo, que na maioria das vezes, elas se destinassem a psicólogos. Determinado trecho destacado de um desses encontros, contudo, serviria de orientação primária para todo e qualquer operador do direito. Senão, vejamos: "Primeiro, vocês precisam ter uma ideia do esquema geral do desenvolvimento emocional do ser humano. Depois, vocês precisam conhecer as tensões inerentes à vida e as formas de lidar com essas tensões. E aí vocês precisarão conhecer o colapso das defesas normais e a instalação de defesas de segunda e terceira linhas, isto é, a organização da doença como um modo de continuar a vida após o colapso das defesas comuns. Os instintos subjazem às defesas, e são funções corporais que operam orgiasticamente". Ibidem. XVI.

> pessoal, simultaneamente, é claro, à lembrança contínua da importância da família e dos vários grupos escolares e de todos os outros que conduzem ao grupo que chamamos de sociedade[357].

Não é à toa que sua teoria do amadurecimento parte do início da vida[358]. Winnicott, diferentemente de muitos acadêmicos, não subestimou a criança como um objeto sério e complexo de estudo. E a partir de sua capacidade sensível de observação, de sua vocação e criatividade, encontrou nos espaços vazios a oportunidade para a construção de alguns conceitos essenciais para a compreensão da fase inaugural da vida.

Winnicott introduz a sua teoria a partir de algumas ideias tais como "ambiente facilitador", "ambiente suficientemente bom" e "preocupação materna primária". Com isso, ele chama a atenção para a notável diferença psicológica existente entre a posição dos sujeitos, e apresenta pela primeira vez o que seria a posição do bebê – um dos possíveis *standpoints* da criança. E ele o simplifica imensamente. Não estamos aqui diante de desejos ou frustrações na medida em que estes são manifestações demasiadamente complexas para um bebê recém-nascido ou de poucos meses. A criança nessa fase vive em um estado de continuidade, e tem *necessidades*. O ambiente pode ser acolhedor e responder prontamente a estas necessidades, ou hostil as desconsiderando.

Nesse momento, portanto, o bebê não é capaz de compreender o que são "pessoas", mas apenas as respostas do ambiente no qual está inserido. Quando "o ambiente" consegue interromper de maneira adequada às suas reações ao que Winnicott chama de intrusão, o bebê inicia um exercício de recuperação, que, aos poucos, vai construindo uma base de confiança para que ele possa continuar "sendo". Logo, nos primeiros estágios, o que o bebê demanda basicamente é uma "preocupação materna primária" que seja capaz de dar início a esse roteiro: "intrusão – reação – acolhimento". E os diferentes *standpoints* são realmente marcantes. As idealizações e eventuais expectativas dos pais e/ou pessoas que assumem essa "função materna primária" são muito mais complexas que as necessidades básicas e

---

[357] WINICOTT, D. W. *Op. Cit*. p. 124.

[358] Consoante lição da pesquisadora Elsa Oliveira Dias: "Sendo uma amostra temporal da natureza humana, cada ser humano é dotado de uma tendência inata ao amadurecimento, ou seja, de uma tendência à integração num todo unitário. Esta é a sua mais importante herança. 'O que o indivíduo herda é um processo de amadurecimento`. (...) e isto significa: unificar-se e responder por um eu. (...) A concepção de que o amadurecimento é regido pela tendência à integração numa unidade foi fruto de uma longa evolução do pensamento de Winnicott. (...) É num texto tardio, de 1968, que Winnicott escreve, com todas as letras, que *o estado de unidade é a conquista básica para a saúde no desenvolvimento emocional de todo ser humano*". (...) Atento aos bebês e aos transtornos emocionais, Winnicott introduz uma fase inicial em que ainda não há um eu constituído, mas um ser não-integrado que emerge de um estado de solidão essencial. Essa solidão, que será em parte ultrapassada, permanece ao longo da vida, no fundo de cada homem. (...) Um processo de integração bem sucedido levará a coexistência e ao trânsito, no indivíduo, entre esses dois extremos: a solidão essencial, de um lado, e a comunicação e encontro com o outro e com a realidade externa, de outro". DIAS, Elsa Oliveira. *Op. cit.* pos. 1658.

primitivas das crianças nos primeiros meses de vida. Destaque-se, pois, a seguinte passagem do artigo "A preocupação materna primária":

> O que nos interessa é a enorme diferença psicológica entre, por um lado, a identificação da mãe com o bebê, e por outro, a dependência do bebê em relação à mãe. A dependência não implica em identificação, pois esta última constitui um fenômeno complexo demais para que o localizemos nos primeiros estágios de vida do bebê[359].

No tocante ao desenvolvimento do bebê, o ponto mais importante é a constante e silenciosa organização de seu ego. Esse contínuo encaixe, digamos assim, entre o sujeito-eu e o corpo, também se inicia, assim como as demais funções, no curso do primeiro ano de vida da criança. Nesse período, a criança precisa, sobretudo, de cuidados básicos. Ela precisa sentir-se em continuidade, sem episódios de intrusão que sejam capazes de provocar nela a sensação de aniquilamento. Isso é o que nos ensina Winnicott:

> Somente no caso de a mãe estar sensível do modo como descrevi poderá ela sentir-se no lugar do bebê, e assim corresponder às suas necessidades. A princípio trata-se de necessidades corporais, que gradualmente transformam-se em necessidades do ego à medida que a elaboração imaginativa das experiências físicas emerge uma psicologia. [...] A falha da mãe em adaptar-se na fase mais primitiva não leva a coisa alguma, salvo à aniquilação do eu do bebê. [...] Na linguagem dessas considerações, a constituição inicial do ego é, portanto, silenciosa. A primeira organização do ego deriva da experiência de ameaças de aniquilação que não chegam a se cumprir, e das quais, repetidamente, o bebê se recupera. A partir dessas experiências, a confiança na recuperação começa a transformar-se em algo que leva ao ego e à capacidade do ego de suportar frustrações[360].

Inicialmente, a criança está subjetivamente desintegrada, o que significa que não há uma unidade do "eu". Como nos ensina Elsa Oliveira Dias, na sua obra *A teoria do amadurecimento: D.W. Winnicott*: "*a unidade é a dupla mãe-bebê, sendo que a mãe é sentida pelo lactente como parte dele, ou seja, como objeto subjetivo*"[361]. Dessa forma, a criança precisa iniciar uma rota de integração unitária, sendo capaz de alcançar uma percepção de sua pessoa como um "eu" e o ambiente externo, na condição de um "não-eu". Nas palavras dessa acadêmica que se dedica às obras de Winnicoott:

> Esses estágios primitivos podem, portanto, ser ditos fundamentais, no sentido literal de que é nesse período que estão sendo constituídas as bases fundamentais da existência, ou seja, os alicerces da personalidade e da saúde psíquica. Isto se dá através da resolução de três tarefas com as quais o bebê encontra-se envolvido: a integração no tempo e no espaço, o alojamento gradual da psique no corpo e o início das relações objetais, ou seja, do contato com a realidade. À medida que essas tarefas estão sendo realizadas, existe uma quarta em andamento: o si-mesmo está sendo constituído pela repetição contínua de pequenas experiências de integração;

[359] WINICOTT, D. W. A preocupação materna primária (1956). In *Op. Cit*. p. 400.
[360] Ibidem. p. 403-404.
[361] DIAS, Elsa Oliveira. *Op. Cit.* pos. 1736.

> gradualmente, o estado integrado torna-se cada vez mais estável, de tal modo que o bebê caminha em direção de integrar-se em uma unidade[362].

Desse patamar primário de uma dependência absoluta, a família como um todo evolui para uma etapa seguinte de uma dependência relativa, e, na sequência, para um caminho contínuo de ganho de independência. O estado de saúde é alcançado, pois, quando, a vida segue esse roteiro sem grandes interrupções ou abalos. Para Winnicott, de fato, a criança possui uma *tendência inata à integração*, isto é, a compor-se como um sujeito unitário. Esse processo somente será devidamente alcançado por meio de um ambiente facilitador suficientemente bom, capaz de se adaptar a cada nova etapa do amadurecimento.

Com efeito, Winnicott foca-se inicialmente na relação mãe-bebê, mas ao final, constrói uma robusta teoria do amadurecimento que sustenta a psicologia de todo e qualquer ser humano. Tudo parte de um início de dependência absoluta. A ponto de que a unidade não existe na sua versão tradicional. A unidade nesse início é um agrupamento. Nós começamos a vida em conjunto, e aos poucos vamos nos dissociando desta fusão para adquirir a autonomia e independência necessárias para que possamos conviver saudavelmente também em outros grupos. Nas palavras de Winnicott, inicia-se um processo de "idas e vindas", um "vaivém" subjetivo[363]. Trata-se de um movimento contínuo que alcança cada vez uma maior amplitude.

Um dos mecanismos utilizados pelas crianças para compor a simbologia da ligação, isto é, da transição entre etapas e entre mundos, está no conceito do "uso dos objetos transicionais". Winnicott entende este uso como uma espécie de construção de caminhos entre a realidade do mundo interno e a realidade do mundo externo. Nesse espaço intermediário formar-se-iam as ilusões e fantasias. Nessa condição espaços de liberdade, onde não haveria a cobrança imposta pelos dois outros mundos. Em suma, um ambiente de descanso entre o "eu" e o "não-eu". Nas suas palavras:

> Para nossos objetivos nesta palestra, o importante é que a criança precisa de um período de tempo no qual as experiências estáveis nos relacionamentos podem ser utilizadas para o desenvolvimento da área intermediária, na qual fenômenos transicionais ou lúdicos possam se estabelecer para essa criança específica, de modo que, desse momento em diante, a criança pode desfrutar tudo o que deriva do uso do símbolo, pois o símbolo da união proporciona um alcance mais amplo à experiência humana do que a própria união[364].

Em outra oportunidade Winnicott apresenta uma versão um pouco mais refinada de sua teoria, demonstrando como o fenômeno do uso de objetos transicionais apenas se inicia na infância, prolongando-se no curso da vida sob diferentes formas:

---

[362]Ibidem. p. 1754
[363] WINNICOTT, D. W. *Op. Cit*. p. 14.
[364] Ibidem. p. 130.

> A minha reivindicação é a de que, se há necessidade dessa duplicidade na descrição, há a necessidade de uma descrição tríplice: existe uma terceira parte na vida do indivíduo, parte essa que não podemos ignorar, uma região intermediária de *experimentação*, para a qual contribuem tanto a realidade interna quanto a vida externa. Trata-se de uma área não questionada, pois nenhuma reivindicação é feita em seu nome, salvo a de que ela possa existir como um lugar de descanso para o indivíduo permanentemente engajado na tarefa humana de manter as realidades interna e externa separadas, e ao mesmo tempo inter-relacionadas. [...] Estou, portanto, estudando a substância da ilusão, aquela que admitimos na criança, e que na vida adulta é inerente à arte e à religião. Podemos compartilhar um respeito por alguma experiência ilusória, e se desejarmos, podemos nos unir e formar um grupo com base em experiências ilusórias semelhantes. Esta é uma das raízes naturais para a tendência humana de formar grupos. No entanto, identificamos a marca registrada da loucura na tentativa de um adulto de fazer uma reivindicação intensa demais sobre a credulidade alheia, a fim de forçar outras pessoas a reconhecerem e compartilharem uma ilusão que não é delas[365].

Winnicott apenas inicia sua análise sobre o amadurecimento na relação mãe-bebê, avançando seus estudos para a vida do ser humano, como um sujeito marcado pela continuidade no tempo. Antes, contudo, ele destaca que, nesse meio do caminho, existe ainda outra fase marcante que exige da família uma nova estratégia de adaptação, a saber, a adolescência. Na sua percepção, existem características que distinguem essa fase da vida humana das demais, sobretudo, "*a desilusão pessoal a respeito do mundo dos adultos*"[366]. As crianças aqui, mais bem equipadas de estratégias e recursos sociais percebem as contradições da vida adulta, que nas palavras de Winnicott "*lhes parece essencialmente um mundo de compromissos, de falsos valores e de infinitas digressões em relação a um tema central*"[367].

Winnicott fala ainda sobre a passagem do tempo como um exercício de paciência. A adolescência, a seu ver, traz um sentimento paradoxal de alívio e temor. Como o adolescente lida com essas questões ainda é um tema que precisa ser mais bem estudado. Nada obstante, muitas de suas características estão longe de caracterizar qualquer doença. Os pais precisam compreender que, para se adequar a esse novo momento, são necessárias novas abordagens. Se antes os pais estavam de alguma forma engajados em garantir a sobrevivência da criança, através de um processo de dependência relativa, chega a hora da preparação para uma etapa dolorosa de construção da autonomia. O autor alerta-nos para o fato de que "*alguns adolescentes sofrem muito, e não oferecer ajuda pode ser crueldade*"[368]. Nesse sentido, Winnicott propõe: "*É necessário considerar por um momento a natureza da imaturidade. Não podemos esperar que o adolescente esteja cônscio de sua própria imaturidade, ou que conheça as características da imaturidade. Nem é necessário que ele as entenda*".

---

[365] WINNICOTT, D. W. Objetos transicionais e fenômenos transicionais (1951). In *Op. Cit.* p. 318.
[366] WINNICOTT, D. W. *Op. Cit.*. p. 7.
[367] Ibidem. p. 7.
[368] Ibidem. p. 7.

Por fim, Winnicott chama a atenção para o fato de que o adolescente está lidando com mudanças que chegam para cada um em diferentes momentos. Trata-se, portanto, de uma etapa de espera e de pressões. Com isso, a adesão a um movimento de um grupo pode, em certos casos, ter mais uma marca de mimetismo que refletir propriamente um movimento *inato de crescimento*[369]. Na sua visão: "*Há uma mudança em direção ao crescimento físico e à aquisição de força real; portanto, há um perigo real que dá novo significado à violência. Junto com a força vem a esperteza e o conhecimento prático*"[370]. A culpa e o idealismo são sentimentos que marcam a vida do adolescente nessa fase. Winnicott adverte, contudo, que conquanto haja um encaminhamento em curso para a autonomia, *a responsabilidade é dever das figuras parentais*. Isso porque "*não cabe ao adolescente ter uma visão a longo prazo, própria daqueles que atravessaram várias décadas e estão começando a ficar velhos*"[371].

Estamos diante de uma linha de convivência no tempo que se assemelha a uma mola. Inicialmente, a corda é demasiadamente curta, e o que a família consegue fazer é apenas sustentá-la, segurá-la. Nesse momento, todas as energias da lógica relacional estão na habilidade de segurar a corda. A criança não pede mais nada. Ela apenas necessita da sustentação básica do seu ser, que para Winnicott, se manifesta no sentimento de onipotência da criança em relação ao ambiente que a cerca. Ela espera dos pais esse teatro da fantasia, que eles lhes proporcionem um mundo capaz de dobrar-se às suas necessidades.

Com o passar dos anos, a corda ganha em extensão e em elasticidade, ela é capaz de percorrer um movimento de afastamento e regresso. A cada dia, esse movimento amplia-se em algum grau. Ele representa o caminho natural percorrido pela criança – de uma caminhada em direção ao desconhecido, e de regresso na volta ao aconchego familiar. Trata-se de um teste de segurança praticado pela criança ao longo do seu processo de amadurecimento. Ela parte de uma família – que naturalmente assume a conotação de uma zona de conforto – do ecossistema conhecido e seguro, e lança-se para a vida. Existe nesse trajeto uma mistura de tranquilidade e de excitação. O meio do caminho não é perigoso porque ele é o roteiro para duas extremidades de felicidade, o conhecido e o novo. Uma dosagem equilibrada dessas duas sensações, dessas duas vivências, é o que permite o amadurecimento saudável da criança. Para manter-se sã no meio do caminho, a criança vale-se do uso de objetos transicionais – isto é a fantasia.

---

[369] Ibidem. p. 159.
[370] Ibidem. pp. 159-160.
[371] WINNICOTT, D. W. *Op. Cit*. p. 160-161.

Se por um lado, a criança na sua tenra idade espera uma ação protetora, de cuidado e de zelo dos pais, a qual naturalmente envolve um estreitamento associativo, isto é, a acomodação do microssistema familiar às suas necessidades, por outro, ela demanda que esse recolhimento aos poucos se afrouxe, dando a ela espaço para que possa cada dia dar mais um passo em direção ao desconhecido, até alcançar um nível mínimo de autonomia, capaz de dispensar uma ação protetora mais imediata.

Winnicott chama a atenção, contudo, para um paradoxo: esse movimento em direção à maturidade é bem-sucedido apenas quando os pais conseguem dosar a sua ação de modo proporcional a cada uma das etapas do amadurecimento. São movimentos que seguem em direções opostas. No início, espera-se que os pais sejam tudo, até mesmo os próprios filhos. A unidade subjetiva proposta por Winnicott é sinônimo de uma doação máxima esperada pela mãe ou pessoa(s) que assuma(m) essa função inicial. A expectativa da fusão subjetiva é uma demanda que exige dos responsáveis um exercício elevadíssimo de empatia, sacrifício e alteridade[372].

Noutro giro, o que a criança espera dos pais com o passar do tempo é que eles reconheçam o seu espaço de individualidade crescente no corpo da associação. As crianças demandam uma progressiva desvinculação em relação aos adultos. Mas não no sentido que imaginamos. Elas não se tornam independentes do dia para noite, mas apenas após constantes viagens entre o espaço familiar e o mundo externo. Não se trata de uma rota linear. Cabe aos pais perceber esse movimento e a sua natural volatilidade, permitindo que a criança use do tempo que está a sua disposição para progredir nesse percurso, sem que haja qualquer movimento de aceleração ou de retardo.

Não adianta esperar que o adolescente assuma o patamar de uma independência completa, apenas porque ele já consegue, em determinados casos, portar-se como um agente deste mundo externo. Ele ainda está se familiarizando com as possibilidades desse percurso, e

[372]As ideias desenvolvidas por Winnicott, sobretudo, acerca da conexão estabelecida entre as crianças e suas mães, e o medo que se experimenta diante da fantasia quanto ao rompimento desse elo original fizeram-me recordar de uma experiência pessoal vivida com a idade aproximada de 03 anos. Minha mãe me levou ao cinema para assistir ao filme "Fivel: um conto americano". Logo no início da história, Fivel e sua família embarcam em um navio rumo aos Estados Unidos, e, no meio da viagem, algum acontecimento, provavelmente uma tempestade, acaba por afundá-lo, gerando pânico, e diferentes estratégias de fugas dos personagens. Fivel, um ratinho criança, separa-se de sua família, e vê aos poucos, a sua família distanciar-se no seu horizonte, em um movimento irreparável (pelo menos até aquele momento) de separação. O impacto desse início gerou em mim uma catarse emocional no cinema, de modo que eu tive que sair e voltar para a casa. Conquanto minha mãe afirmasse que ao final da história eles iriam se reencontrar, eu entrei em uma dinâmica traumática. A simples projeção daquela cena causou-me um pânico paralisante, e eu tive que sair. Nunca mais assisti a esse filme, e toda a narrativa apresentada faz parte da minha memória sobre esse evento. Do meu *standpoint* como criança, aquele roteiro "infantil" era um filme de terror – a separação da figura da mãe era algo insuportável.

o retorno à unidade familiar, e o consequente relaxamento decorrente de uma zona de conforto, faz parte desse processo. Noutro giro, a tentativa oposta de estreitar essa corda gera um obstáculo ao natural amadurecimento. As crianças esperam dos pais que se sintam seguros para deixá-los avançar cada dia um pouco mais.

É a segurança em relação à estrutura familiar equivalente àquela de um porto. Eu sei que no regresso haverá uma estrutura para atracar o barco para me receber. Sem a certeza quanto a esse porto, o movimento é de paralisação. Se não sabemos o que esperar no nosso retorno, surge um medo que nos impede de partir. A insegurança gera imobilidade, ao passo que as sensações de controle e de segurança impulsionam o movimento. Em suma, as crianças esperam dos pais a compreensão quanto a essas diferentes e progressivas etapas, e, consequentemente, à sua adaptação a cada uma delas.

Trata-se de uma ideia que vai ao encontro daquela forjada por Bronfenbrenner, quando este traçou o desenvolvimento das crianças como um movimento concêntrico, que surge em si mesmo, e avança para os ecossistemas subsequentes. Ele também identificou um movimento de ampliação, de reconhecimento de novos espaços, consolidação do conhecimento, e contínuo avanço. O microssistema familiar, na condição de primeiro ecossistema real da vida humana, é e sempre será o mais conhecido e, portanto, mais seguro.

Isso não significa negar a sua faceta política, e com efeito, conflitiva, mas é preciso reconhecer o valor para a criança desse todo familiar subjetivo[373]. A família é uma projeção associativa da sua subjetividade individual, a primeira delas, diga-se de passagem. Logo, ela sempre será um espaço marcado por uma expectativa de lealdade e de acolhimento, mesmo na vida adulta. Quanto mais nova for a criança, maior será essa vinculação subjetiva. A vida em família é o que existe de mais real, tangível e concreto. Do *standpoint* da criança, a família, e, sobretudo, os pais, são as coisas mais importantes nas suas vidas.

Trata-se de um sentimento que todos experimentamos. Não necessitamos aqui, como já mencionado linhas acima, de um exercício de alteridade. Basta que busquemos em nós mesmos as memórias registradas nos sedimentos mais profundos. A literatura, contudo,

[373] Mesmo quando a vida em família gera nas crianças memórias de dor, sofrimento e humilhação, há um movimento de retorno. A presença do conflito indica a existência de uma comunidade que continua tentando se entender, composta por indivíduos que estão engajados em uma atividade dialógica. Existe um engajamento no móvel associativo que se perpetua até mesmo diante da morte. Aqui recordo-me de uma obra de Franz Kafka, não tão conhecida como o "Processo", que se intitula "Carta ao pai". Trata-se literalmente de uma carta que Kafka escreve ao seu pai, mas nunca tem a coragem de entregá-la. Nela, em um processo de autoanálise, o autor narra com detalhes o seu sofrimento perante uma figura paterna opressiva e autoritária, incapaz de conviver com um filho que emana uma personalidade sensível e uma aparência frágil. Veja-se a autonomia não produz indiferença. Se por um lado, nenhum amadurecimento é completo, por outro, nenhuma fuga é eterna. As crianças voltam-se às suas famílias, quando e como podem, mantendo vivo o elo imperfeito que as sustenta primariamente no mundo. V. KAFKA, Franz. *Carta ao pai*. São Paulo: L&PM, 2004.

também é capaz de nos fornecer um incrível material de trabalho. Na obra literária *Catarina, a Grande*, uma narrativa histórica da vida da notável imperatriz russa, no século XVIII, podemos perceber como a indiferença dos pais é o maior sofrimento que estas crianças experimentam desde os primeiros anos de vida. Tanto Catarina como seu esposo Peter experimentaram a desconfortável posição de rejeição, inadequação, e incapacidade de responder às expectativas. No caso dela, pelo simples fato de não ser o filho varão. No caso dele, de jamais reproduzir a aparência física e a virilidade esperada do neto de Pedro, o Grande. Dentre tantas passagens, destaquei um trecho que se refere a um episódio da infância do príncipe Pedro:

> Quando Ana morreu, Carlos Frederico chorou não só a perda da jovem esposa, mas também o fechamento das torrentes de ouro que fluíam do tesouro imperial de São Petersburgo para Kiel. As despesas do duque eram altas. (...) Preocupado com essas questões, Carlos Frederico pouco interesse tinha pelo filho. O bebê foi entregue a enfermeiras e depois, até os 7 anos, a governantas francesas (...). Aos 7 anos, Pedro começou o treinamento militar, aprendendo a se manter ereto em postos de guarda e a andar empertigado com espada e mosquete em miniatura. Logo aprendeu a amar as formações e a atmosfera dos exercícios militares. (...) Em dado momento, seu pai tomou conhecimento dele. Certo dia, quando Pedro tinha 9 anos e havia conquistado a patente de sargento, estava montando guarda à porta da sala onde o duque jantava com seus oficiais. Quando a refeição começou, o menino, com fome, não fez outra coisa senão olhar fixamente a sucessão de pratos que passavam por ele, carregados para a mesa. Na segunda rodada, seu pai se ergueu, levou-o à mesa, promoveu-o a tenente com toda a solenidade e o convidou a se sentar com os oficiais. **Anos depois, na Rússia, Pedro disse que foi 'o dia mais feliz da minha vida'." (**Grifou-se).[374]

Em suma, a infância tampouco é uma zona de conforto, mas um lugar também esquisito onde a incompreensão do mundo é substituída pelo exercício da fantasia. Todo dia atravessa-se uma ponte que ganha um pouco de extensão e que nos afasta do patamar de segurança do ambiente familiar. Trata-se de ganhar independência para reconhecer enfim que jamais estaremos isolados. Uma busca constante pelo equilíbrio entre o aconchego e a voracidade pelo mundo, um movimento que se consolida e nos acompanha por toda a vida.

[374] MASSIE, Robert K. *Catarina, a grande: retrato de uma mulher*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. pp. 57-58.

3 DA TEORIA À PRÁTICA

3.1 Dois casos revisitados à luz de uma teoria de justiça para as crianças

3.1.1 Um roteiro filosófico para o direito constitucional

As crianças não são sujeitos desencarnados e desenraizados, tampouco brotam de árvores. Elas nascem e crescem no seio das famílias. Estas, por sua vez, tampouco existem em um limbo. As famílias são microssistemas sociais que compõem um conjunto ecossistêmico forjado por um macrossistema principal, a saber, o Estado, e outros macrossistemas paralelos de matriz ideológica e/ou religiosa. A sociedade é a composição integral desses sistemas. O mais importante traço da criança contemporânea: a sua existência como um sujeito duplamente governado pela família e pelo Estado. Logo, todo e qualquer estudo sobre direito das crianças deve levar isso em consideração.

Dito isso, precisamos entender em primeiro plano – o que são as famílias para a filosofia política. As famílias existem como uma estrutura social intermediária, e, ao contrário do que se pode imaginar, não são ilhas. Muito embora tenham se consolidado sobre uma ideia de intimidade e um sentimento de afeto, elas são objeto de intensa regulação estatal. As famílias são microssistemas bifrontes: a um só tempo sistemas de autoridade local, capazes de governar os seus membros na condição de autoridades governantes e associações reguladas, na condição de autoridades governadas.

Não temos dúvidas de que o Estado de Direito, na medida em que se estrutura como uma autoridade dotada de soberania interna, possui *a priori* a legitimidade para regular a vida de seus cidadãos. Sob este aspecto, a regulação da vida familiar é mais uma de inúmeras modalidades de intervenção do Estado-Nação na vida íntima de seus governados. O reconhecimento dessa ação interventiva/regulatória do Estado como uma manifestação legítima é o primeiro passo de todo esse processo. Ninguém que vive sob a governabilidade de um Estado de Direito está imune ao seu poder de regulação social, seja na sua projeção individual, seja na sua projeção associativa.

Com efeito, a pergunta que nos direciona não é se o Estado pode intervir na vida familiar, mas por que o Estado teria interesse em fazê-lo. O que move o ente estatal para imiscuir-se na vida íntima associativa de seus cidadãos? Enfim, quais os critérios utilizados pela macrossistema de cooperação para regulamentar ou decidir questões e/ou conflitos envolvendo membros da família nessa condição relacional?

Sob o prisma histórico, verificamos que a regulação estatal durante muitos anos serviu como mecanismo de legitimação de desequilíbrios de poder em âmbito local. Os homens, sob o *standpoint* de pais e esposos, buscavam na autoridade central um suporte oficial para a

consolidação do monopólio do poder patriarcal local. O direito civil nasce nessa esteira como uma garantia para a preservação de um sistema de dominação local de mulheres e crianças. Com o passar do tempo, e a progressiva mudança de ideologia social – a construção de uma ideia de justiça pautada no liberalismo igualitário – o poder regulamentar familiar passa aos poucos a incorporar elementos capazes de romper com esse desequilíbrio, transmudando seu perfil regulatório. O Estado passa a regular o *direito de saída* das relações familiares, permitindo o divórcio e/ou a perda da guarda das crianças, e/ou responsabilização dos pais por atos ilícitos perpetrados em face das crianças – abusos ou maus tratos.

Nada obstante, trata-se de uma mudança que percorre caminhos não lineares. Mesmo no final do século XX, percebemos, pela narrativa viva de Susan Okin, que a família continua sendo pautada pela opressão e pela desigualdade. Os papeis familiares são engessados e esse microssistema continua regendo-se por uma marcada clivagem de gênero e de idade. As críticas feministas apontam para o caráter político das famílias. Existem tensões inerentes a essa associação que precisam ser reconhecidas. Se as famílias fazem parte da estrutura básica da sociedade, elas devem ser objetos de justiça. A sociedade deve mobilizar-se para transformar o ambiente familiar num espaço justo, tendo em vista um ideário de justiça *rawlsiano* pautado pelo liberalismo igualitário. Isto é, a sociedade deve mobilizar-se para garantir que as famílias sejam estruturas caracterizadas pela liberdade e pela igualdade.

Para que um projeto como esse possa se concretizar, a teoria de justiça *ralwsiana* deve abrir mão de uma posição original sob o véu, construída a partir da ideia um sujeito desencarnado – *nobody*. Okin propõe que o *nobody* seja substituído pelo *everybody*. A ideia central da autora nos leva a um novo patamar. Nós precisamos fazer um esforço para reconhecer os diferentes *standpoints* dos sujeitos que fazem parte da associação familiar. Vamos realizar uma troca de lugares. Com efeito, destaque-se que Okin propõe que seja levado em consideração o *standpoint* das mulheres.

Logo, a intervenção estatal no domínio familiar não só é possível, como até mesmo desejável, desde que ela surja como um mecanismo excepcional de correção de desigualdades sistêmicas. A regra para a vida em família é a liberdade. Toda e qualquer intervenção do Estado será sem dúvida um projeto regulatório que no mínimo restringirá direitos fundamentais à privacidade, intimidade, autonomia e autodeterminação.

Ela será legítima se a sua missão for a de romper com desequilíbrios de poder ilegítimos. A meu ver, todas as outras formas de regulação da família conformam-se em invasões indevidas do Estado na intimidade e na autonomia das pessoas. Todos devem ser livres para unir-se intimamente com quem desejarem e da forma que desejarem, sem limites

de gênero ou número. Também não cabe ao Estado definir o móvel íntimo inaugural desta associação: o amor, a libido ou o pragmatismo. Tampouco pensar em qualquer ideia de "função social". A família não existe para cumprir qualquer missão social ou estatal. Ela existe como um fim em si mesma, como uma associação íntima, espontânea, pautada pelos objetivos traçados livremente pelos seus membros.

A proposta de Okin, contudo, é limitada na sua obra à perspectiva de gênero, na medida em que ela se foca no *standpoint* das mulheres nas famílias. Nada obstante, além dos homens e das mulheres, é preciso ter em mente também o *standpoint* das crianças na associação familiar e na sociedade. A vida em família é marcada por conflitos não apenas de gênero, mas também de gerações. A sociedade não só reflete a posição do homem como sujeito central do discurso, mas também a das pessoas adultas. Como esperar que uma teoria de justiça seja real para as crianças se todo o seu discurso é construído para uma categoria especial da sociedade – os adultos?

Logo, identificamos como uma das primeiras críticas infanto-geracionais, o fator *adultocêntrico*, isto é, a formatação da sociedade sob o *standpoint* das pessoas adultas. Esta condição está necessariamente imbricada com um problema de crise identitária. Na medida em que as crianças não são consideradas capazes de atuar no espaço público, elas permanecem *enfants* – sujeitos sem voz. E, com isso, não conseguem fazer se representar na arena pública. Sem representantes que afirmem o seu *standpoint*, elas permanecem na condição de sujeitos marginalizados. Trata-se de um círculo vicioso. Mesmo em outros ambientes discursivos como os processos judiciais, são desconsideradas de pronto, como incapazes, tendo a sua visão desconsiderada na decisão final. Pouquíssimos pensam na relevância de ouvi-los como indivíduos dotados de uma subjetividade própria. Ou mesmo, não sendo possível a absorção do seu discurso, ante a tenra idade, em pesquisar, em outras disciplinas, ideias que possam jogar luzes sobre os possíveis *standpoints* das crianças.

Noutro giro, verificamos também que as crianças, quando reconhecidas pelos adultos, são vistas como uma categoria de oposição. Enquanto os adultos são vistos como seres racionais, maduros e capazes, as crianças são percebidas como sujeitos irracionais, incapazes e inaptos. Por fim, existe uma tendência a desconsiderar a importância da criança como um sujeito do tempo presente (*being*), construindo-se expectativas que giram em torno sempre do seu sujeito futuro (*becoming*). Nenhuma criança acorda com a pretensão de se tornar um adulto. A criança é o indivíduo que existe hoje e nessa condição deve ser reconhecida como um sujeito de direitos, e não em função de supostas pretensões que um dia eventualmente poderá ter na sua vida adulta.

Quais seriam os possíveis *standpoints* dos adultos e das crianças no contexto familiar? Precisamos enfrentar as questões familiares sob uma ótica realista, sem confundir o discurso oficial sobre a parentalidade com a sua realidade prática. Conquanto muitos pais pensem no bem-estar e "no melhor interesse" das crianças, estamos sem dúvida diante de uma categoria normativa demasiado aberta. Em regra, os pais projetam na criação dos seus filhos elementos das suas próprias relações familiares. É uma percepção do outro que invariavelmente se confunde com uma projeção do "eu". Os pais tendem a pensar que o melhor para os filhos é aquilo que escolhem como melhor para si mesmos. Nada mais natural.

A parentalidade é, portanto, um fenômeno múltiplo. Em parte, os pais agem como se fossem "donos" das crianças, direcionando a sua vida nos mais pequenos detalhes. Estabelecem uma espécie de relação de domínio ou de ingerência. Em casos mais graves, os pais recusam-se a reconhecer a subjetividade da criança, um ser humano na sua integralidade, tratando-a com indiferença. Muitos pais reproduzem na sua vida familiar um ambiente violento, perpetrando maus tratos e abusos os mais diversos. Por fim, podemos pensar na parentalidade ainda como um fenômeno de natureza filosófica: mais um caminho na busca pelo significado da vida. O nascimento dos filhos traz sentido para a vida dos pais. A proposta aqui é viver uma experiência rica e forte de afeição, dependência e amor. Por certo, não se trata de um rol taxativo: mas uma proposta de compreensão da parentalidade como um fenômeno complexo e menos idealizado. As mães e os pais são um amálgama desses *standpoints*: desde os mais sombrios até os mais filosóficos. Isso é algo que não podemos perder de vista.

Nessa esteira, pensar sobre os possíveis *standpoints* das crianças no ambiente familiar é um grande desafio. Como se transpor para o patamar de uma criança como um sujeito contextualizado na família? Qual a perspectiva das crianças? Um caminho promissor foi apresentado pelo pediatra e psicólogo D. W. Winnicott, a partir de sua colaboração para uma teoria do amadurecimento.

De acordo com Winnicott, as crianças percorrem uma trajetória ao longo da vida que parte de uma situação de dependência absoluta para uma dependência relativa, e a construção de uma etapa subsequente de autonomia. Os bebês chegam a esse mundo sem a percepção de individualidade, um conceito que aos poucos vai se formando na sua psique (tendência à integração). Os bebês dependem de um ambiente familiar adaptado às suas necessidades, para concretizar essa tendência. Um processo de amadurecimento saudável transforma a família cuidadora em uma zona de conforto e de segurança para todo o sempre. As crianças aos poucos têm a oportunidade de iniciar um percurso para o desconhecido. Trata-se, contudo, de

uma rota de "idas e vindas". O processo de amadurecimento requer um ciclo de aconchego e distanciamento. A criança quer os dois e necessita que os pais se adaptem a essa realidade paradoxal. Com efeito, as demandas de uma criança em tenra idade serão mais próximas de um maior grau de dependência, ao passo que as de um adolescente serão mais próximas de um maior grau de autonomia.

Isso posto, entendemos que a intervenção estatal na vida familiar, seja através de um processo legislativo ou um processo judicial, é possível e desejável, no que tange às relações entre adultos e crianças – geracionais – desde que esteja limitada também aqui à correção de desequilíbrios de poder sistêmicos e ilegítimos. Os pais sem dúvidas detêm a autoridade parental imediata sobre as crianças. Nenhuma sociedade pautada por um ideal de justiça liberal e igualitário sustentaria o contrário. As famílias têm, pois, autonomia para terem filhos, e estabelecerem a criação de acordo com diferentes planos e projetos de vida. A regra é a liberdade de associação íntima, e a intervenção estatal, a exceção. Esta última estará devidamente justificada, contudo, ante o exercício de uma autoridade parental irresponsável ou abusiva.

Esses são, portanto, os pontos centrais trazidos à tona no presente trabalho que visam orientar o jurista na produção de soluções para casos de direito público e/ou constitucional envolvendo as crianças, suas famílias e o Estado. O mais importante ao fim e ao cabo consiste em perceber que as partes de um processo são pessoas reais – seres humanos. E, nessa condição, sujeitos complexos e ao mesmo tempo vulneráveis. As crianças estão em muitos casos no meio de um embate de forças entre duas autoridades - as famílias (e até mesmo macrossistemas culturais/religiosos) e o Estado. Tais sujeitos estão habituados a roubar a cena quando, na verdade, a criança é o verdadeiro protagonista. Conquanto os papeis dos demais personagens seja relevante para o conjunto da obra, o direito fundamental a ser protegido é essencialmente o dela. Não podemos perder isso de vista.

Lembremos aqui da advertência trazida à tona por D. W. Winnicott:

> ***Há um receio em minha mente: uma ênfase exagerada no manejo das dificuldades humanas em termos de família e de outros grupos como fuga ao estudo do indivíduo, seja criança, adolescente ou adulto***. Em algum momento do trabalho do serviço social de caso, o profissional se vê frente a um indivíduo, fora do grupo. Aqui residem as maiores dificuldades, e também o maior potencial de mudanças. Começarei, portanto, com um pedido: lembrem-se da criança individual, do processo de desenvolvimento da criança, do desconforto da criança, da necessidade que a criança tem de auxílio pessoal e da capacidade que ela tem de usar a ajuda pessoal, simultaneamente, é claro, à lembrança contínua da importância da família e dos vários grupos escolares e de todos os outros que conduzem ao grupo que chamamos de sociedade[375]. (Grifou-se).

[375] WINNICOTT, D. W. *Op. Cit.*. p. 124.

Nossa proposta aqui consiste em revisitar dois casos concretos diante do arcabouço teórico supradelineado. Não se trata, portanto, apenas de analisar a resposta final produzida, mas, sobretudo, os argumentos alinhavados pelos magistrados, nas diferentes oportunidades que lhes foram apresentadas para pensar sobre as crianças, as famílias e o Estado. Suas ideias, afinal, correspondem aos fatos?

3.1.2 A cerimônia de saudação à bandeira nacional em quatro atos

3.1.2.1 O contexto ideológico subjacente: nacionalismo v. religião

Os chamados *flag salute cases* consistem na reprodução de uma mesma situação-problema, a saber, a expulsão de crianças da religião Testemunhas de Jeová da escola, em razão da sua negativa de reverenciar a bandeira de um determinado Estado-Nação, em eventos tais como cerimônias cívicas ou de saudação à bandeira. Um mesmo enredo que adentrou as portas das Supremas Cortes dos Estados Unidos (em duas ocasiões), da Argentina e da Colômbia. No total, temos um mesmo caso analisado por quatro grupos de magistrados, de três países diferentes, o que nos fornece consistente matéria-prima para análise.

De modo geral, temos uma narrativa que evidencia um poderoso embate entre duas forças macrossistêmicas: a primeira delas consiste na ode ao nacionalismo, isto é, a promoção de uma filosofia centrada no Estado, que encontra terreno fértil nos símbolos pátrios nacionais; ao passo que, a segunda, consiste na adesão a uma teologia de insistência e resistência promovida pela religião dos Testemunhas de Jeová.

O nacionalismo, sem dúvida, é uma ideologia vencedora no livre mercado das abstrações coletivas e imaginárias do *sapiens*. Trata-se de um raciocínio coletivo que é capaz de acomodar-se com ideologias as mais variadas, como o fascismo, o nazismo, o populismo, o socialismo, comunismo, o totalitarismo, e até mesmo o liberalismo norte-americano, e a social democracia. Uns com mais, outros com menos intensidade. Certo é que o mesmo sujeito que organiza o seu trato vocal para dele extrair gritos retumbantes de liberdade ou igualdade, é o mesmo que pendura a bandeira nacional na sacada de sua residência, e que a sacoleja com intensidade e fervor nos debates eleitorais. Desfiles, paradas, hinos e a bandeira. A saudação à bandeira. Tudo representa uma mesma ideia: existe um Estado a ser reverenciado, a ser cultuado, a quem devemos agradecer. Curvemo-nos diante deles, sejamos bons meninos.

Nem tudo, porém, são flores. Problemas surgem, muitas vezes, de onde menos se espera. Conquanto o nacionalismo tenha se espalhado no self coletivo no curso do século XX, tendo penetrado profundamente o imaginário de praticamente toda a população mundial como

um dogma inabalável, eis que se depara com um foco de resistência: os membros da comunidade religiosa conhecida como Testemunhas de Jeová[376], que tem, como um dos traços mais importantes da sua teologia a proibição de cultos e reverências a imagens e símbolos pagãos[377]. As Testemunhas de Jeová, portanto, recusam-se a prestar saudações a qualquer símbolo pátrio, dentre eles à bandeira nacional[378] [379].

O que chama a atenção em todos os julgados, entretanto, é o fato de que no meio desse embate entre os adeptos desta confissão religiosa, e a sua teologia de resistência, e o Estado-Nação e o correspondente culto cívico, estão crianças e suas respectivas famílias. São as crianças os titulares de direitos fundamentais pretensamente vulnerados. Haverá espaço para

[376] A dita religião nasceu no final do Século XIX, como uma espécie de evolução de um grupo de estudos bíblicos conduzidos pelo pastor Charles Taze Russel. No ano de 1931, sob a presidência de Joseph Rutherford, foi proposta uma mudança de nome: como havia muitos grupos que se intitulavam "estudantes da Bíblia", optaram pela adoção de um termo que fosse capaz de diferenciar-se dos demais, e afirmar, assim, a sua identidade: logo, passaram a denominar-se como "Testemunhas de Jeová". Podemos afirmar que hoje sua filosofia é cristã e milenarista. E a principal forma de atuação se dá por meio do proselitismo. As testemunhas de Jeová devem investir parte considerável de seu tempo na distribuição de panfletos e brochuras denominadas "Watchtower". Tendo em vista a dedicação e o engajamento dos seus aderentes, as Testemunhas de Jeová são reconhecidamente gigantes no segmento de impressão e distribuição de panfletos, revistas e livros em todo o mundo. Recentemente, foram incluídos no grupo das 40 corporações mais ricas do Estado de Nova York. V. NAVARRO, Carlos Gama. *El problema de los testigos de Jehová en las escuelas mexicanas*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/45/pr/pr2.pdf> Acessado em 12/03/2016.

[377] Carlos Garma Navarro, Doutor em Ciências Antropológicas pela Universidade Autônoma Metropolitana-Iztapalapa (México) afirma que o surgimento de diversos grupos de estudos bíblicos neste período deu-se como efeito direto da guerra de secessão americana. Após terem vivenciado os horrores da guerra, a qual foi responsável por um número altíssimo de mortes, muitos americanos estavam convencidos de que o fim do mundo estava próximo. Acreditava-se que o Apocalipse bíblico era iminente e inevitável.. NAVARRO, Carlos Garma. El problema de los testigos de Jehová en las escuelas mexicanas. (Simpósio de investigación educativa del CIESAS – Cultura en la escuela – escuela em la cultura – 24 de febrero de 1993). p. 21-30. p. 22. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/45/pr/pr2.pdf., com acesso em 12/03/2016.

[378] V. MEYERS, Jim. NEWSMAX. Faith & Values. *Jehovah´s Witnesses – Publishing Titans*. Outubro de 2010.p. 46. Outubro de 2010. Disponível em: <https://ia902700.us.archive.org/13/items/Newsmax/TourDeGardeNewsmax.pdf#page=2>, com acesso em 20/03/2016.

[379] "As Testemunhas passaram a acreditar que a saudação à bandeira era uma forma de idolatria, equivalente à adoração de uma imagem de escultura, proibida pelas escrituras. Esses dois fatores, entre outros, precipitaram conflitos na década de 1930. Cidades de todo o país reagiram ao culto público das Testemunhas, restringindo-o de diversas maneiras. Leis foram aprovadas na tentativa de proibir as pessoas de distribuírem folhetos. Era uma tentativa de regular essa prática religiosa. Houve também rumores sobre a saudação à bandeira. Eram as Testemunhas suficientemente patriotas? Estariam as crianças da escola autorizadas a optar por não fazer a saudação à bandeira? Essas questões começaram a se aquecer na década de 1930, mas passaram realmente a ferver em 1940. (...) Nos Estados Unidos, de formas paralelas à situação contemporânea, as pessoas começaram a procurar por inimigos internos. E um dos grupos que eles atacaram foram as Testemunhas de Jeová, em particular por causa da questão da saudação à bandeira. As Testemunhas eram tidas como antipatrióticas. Contudo, para quem conhece um pouco da história das Testemunhas de Jeová, isso é incrivelmente irônico. As Testemunhas estavam sendo perseguidas na Alemanha nazista e eram levadas para campos de concentração pela recusa em fazer saudações a Hitler. Por isso eram perseguidas na Alemanha nazista, e, simultaneamente, tidas como traidores nos Estados Unidos. Tudo isso era muito despropositado, porém, infelizmente, foi o que aconteceu, mais ainda na primavera de 1940". PETERS, Shawn Francis. Prelude to Barnette: the Jeovah´s Witnesses and the Supreme Court. In Recollections of West Virginia State Board of Education v. Barnette. *81 St. John's L.* Rev. 755 2007. p. 760-761. (tradução nossa).

reconhecê-las nessa condição? Vejamos, pois, a descrição de cada um desses julgados e as possíveis críticas pautadas nas ideias apresentadas no presente trabalho.

3.1.2.2 *Gobitis & Barnette*

3.1.2.2.1 Narrativa e fundamentos jurídicos

Os "*flag salute cases*" julgados pela Suprema Corte Americana remontam à década de 40. Trata-se de: (i) *Minersville Sch. Dist. v. Board of Educ.* (310 U.S. 586), doravante *Gobitis*; (ii) *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (319 U.S. 624), doravante *Barnette*. Tais decisões mergulham em um trabalho profundo e amplo sobre o significado e o alcance dos direitos à liberdade religiosa e à liberdade de expressão em contraposição ao papel do Estado na promoção da união nacional. Curiosamente, são decisões antípodas, produzidas em um intervalo de menos de 04 anos, a partir da mesma situação-problema: a expulsão das crianças das escolas públicas, ante a sua negativa de reverenciar a bandeira nacional, em razão de suas crenças pessoais e/ou religiosas.

Eis a narrativa dos fatos de *Gobitis*:

> Lillian Gobitis, de **doze** anos de idade, e seu irmão William, de **dez** anos, foram expulsos das escolas públicas de Minersville, Pensilvânia, por se recusarem a saudar a bandeira nacional como parte de um exercício escolar cotidiano. O Conselho de Educação local exigia que professores e alunos participassem dessa cerimônia. **A cerimônia é rotineira. A mão direita é colocada sobre o peito e o seguinte compromisso recitado em uníssono: 'Prometo fidelidade à minha bandeira e à República que ela representa;. nação única e indivisível, com liberdade e justiça para todos**.' **Enquanto essas palavras eram recitadas, professores e alunos estendiam suas mãos direitas em saudação à bandeira.** A família Gobitis é adepta da religião 'Testemunhas de Jeová', para a qual a Bíblia como Palavra de Deus tem autoridade suprema. **As crianças foram criadas para crer diligentemente que tal gesto de respeito à bandeira era proibido pelo mandamento da Escritura**.[380] (Grifou-se). (tradução nossa).

No caso *Gobitis*[381], os juízes da Suprema Corte americana reconheceram, por ampla maioria (8x1), que a legislação que obrigava as crianças a reverenciar a bandeira e outros símbolos nacionais*, sob pena de expulsão*, era constitucional. Na ementa, afirmou-se que as convicções religiosas não poderiam afastar a observância de leis que não visavam promover

[380] *Minersville Sch. Dist. v. Board of Educ.* (310 U.S. 586).

[381] Na verdade, o sobrenome familiar é escrito com "a", e não "i" - "*Gobitas*". Mas por um erro de digitação, este caso consolidou-se na história com este nome "*Gobitis*". A ação foi ajuizada pelo pai, em nome próprio, e como representante de Lilian Gobitas e William Gobitas, que possuiam à época 12 e 10 anos, respectivamente. A sua expulsão fez com que estes perdessem o direito de frequentar escolas públicas, tendo sido os mesmos obrigados a frequentar escolas particulares.

ou restringir a liberdade religiosa. O relator do caso foi Frankfurter e o voto dissidente foi elaborado por Stone.

Segundo Shawn Francis Peter, autor do livro *Judging Jehovah´s Witnesses: Religious Persecution and the Dawn of the Rights Revolution*, o contexto histórico teve peso relevante nesse julgado. Conquanto Felix Frankfurter fosse considerado um juiz liberal, ao que tudo indica, ele estaria obcecado pela guerra. Ele acreditava, segundo o autor, que nesses momentos, a união nacional era o que poderia haver de mais importante. Logo, entendia que determinados direitos civis deveriam ceder perante as necessidades do Estado[382]. A primeira frase do voto de Frankfurter fala por si: "*Uma séria responsabilidade aparece perante essa Corte, quando, no curso do litígio, ela deve acomodar as demandas conflitantes entre liberdade e autoridade*". Na sequência, Frankfurter discorre sobre o significado, sentido e alcance do fenômeno religioso, e da responsabilidade política dos cidadãos:

> **Certamente, a busca afirmativa de convicções sobre o supremo mistério do universo e da relação do homem com esse universo encontra-se fora do alcance da lei**" (...) A mera posse de convicções religiosas que contradizem os interesses relevantes de uma sociedade política não libera o **cidadão do desempenho das responsabilidades políticas**. (Grifou-se) (tradução nossa).

Frankfurter questiona então como as crianças *Gobitis* poderiam ser liberadas de uma conduta imposta a todas as demais crianças, ***e necessária à promoção de coesão nacional***? A questão por detrás desse problema seria a hierarquia dos valores legais, e vejam só: ***a unidade nacional como base da segurança nacional***. Nessa esteira, afirma que a lei representava uma crença – de que, nas escolas públicas, as crianças compartilhariam uma experiência em comum, nesse momento de desenvolvimento – quando as suas mentes estariam supostamente receptivas à assimilação, em um exercício de apreciação dos sonhos e esperanças da nação, do seu sofrimento e sacrifício. *Ainda, expõe sua opinião acerca da sabedoria de se treinar crianças nos seus impulsos patrióticos*. Nessa esteira, exalta a importância dos símbolos nacionais, e a sua qualidade de elementos de coesão social.

O magistrado, então, afirma que o papel das escolas é fazer com que as crianças despertem para o significado da bandeira, em contraposição ao discurso negativo de seus pais. Acredita que o Estado estaria normalmente em desvantagem ao competir com a autoridade parental, na medida em que os pais se encontram em regra protegidos pelas liberdades

[382] "Ele acreditava que, se me é possível condensar em poucas palavras, em tempos de guerra a unidade nacional é a coisa mais importante. O país realmente tem de se unir, ou não haverá outro país para conceder liberdades civis. Em tempos de crise, ele defendia subordinar as liberdades civis ao bem maior. O conflito que ele teve com o Justice Stone, sobre essas questões, é realmente um clássico. Resumiu-se a um conflito entre o poder do Estado e as liberdades individuais". PETERS, Shawn Francis. Op. Cit. pp. 762". PETERS, Shawn Francis. *Op. Cit.* p. 762. (tradução nossa).

religiosas. Noutro giro, admitir esta ou qualquer outra exceção poderia dificultar a imposição da disciplina na escola, plantando dúvidas nas mentes das outras crianças, diminuindo a importância deste exercício. E arremata:

> A preciosidade da relação familiar, a autoridade e a independência que dão dignidade à paternidade, de fato, o gozo de toda a liberdade, **pressupõem o tipo de sociedade ordenada que é sintetizada por nossa bandeira.** Uma sociedade que se dedica à preservação desses valores supremos da civilização pode, por autoproteção, **utilizar o processo educacional para inculcar esses sentimentos quase inconscientes que unem os homens em ampla lealdade,** a despeito de diferenças e dificuldades menores. A saber, o processo pode ser utilizado, desde que o direito dos homens de acreditar no que quiserem; de atrair outros ao seu caminho de fé, e seu direito de se reunir em lugares escolhidos de culto para cerimônias de devoção de sua fé sejam absolutamente respeitados.(Grifou-se) (tradução nossa).

Justice Stone, autor do voto divergente, defendeu posição diametralmente oposta. A seu ver, as minorias deveriam ser especialmente protegidas nesses momentos. O voto divergente, elaborado por Stone, porém, vai além, captando em parte a essência do problema que tem na criança o seu verdadeiro protagonista. As primeiras palavras de seu voto merecem o devido destaque:

> **Dois jovens, hoje com quinze e dezesseis anos de idade, são, segundo julgamento deste Tribunal, sujeitos à expulsão das escolas públicas** e **à perda de todos os privilégios educacionais de apoio público** em razão de sua recusa em ceder à imposição da lei que ordena a sua participação em cerimônia escolar contrária a suas convicções religiosas. **Eles e seus pais são cidadãos** e não demonstraram por nenhuma ação ou declaração de opinião, qualquer deslealdade para com o Governo dos Estados Unidos. (...) Seria uma negação de sua fé, bem como dos ensinamentos da maioria das religiões, **dizer que as crianças de sua idade não podem ter convicções religiosas.** (Grifou-se) (tradução nossa).

Assim, como o relator, valeu-se do precedente *Pierce v. Society of Sisters* para embasar seu voto dissidente. Nesse caso, contudo, a conexão com *Pierce v. Society of Sisters* estava dotada de coesão e coerência, pois aqui também se valeu Stone da ideia de razoabilidade: "*a função da Corte é determinar quando essas acomodações seriam razoavelmente possíveis*". Acrescentou que existiriam meios alternativos de promoção do patriotismo, sem que fosse necessário perturbar os estudantes em sua fé. A seu ver, existindo outros meios mais eficazes de promover a intenção original da lei, vale dizer, o fim a que ela se destina, então deveríamos optar por eles – numa espécie de acomodação entre a promoção da unidade nacional, e a proteção dos direitos consagrados pela Primeira Emenda.

Outro ponto de extrema importância de seu voto diz respeito ao peso dado à questão - vale dizer – a estreita vinculação feita por Frankfurter entre a reverência à bandeira nas salas de aula e o fortalecimento da segurança nacional:

> E, ao mesmo tempo em que essas expressões de lealdade, quando prestadas de forma voluntária, podem promover a unidade nacional, **é bem diferente afirmar que a expressão compulsória por parte das crianças, em violação de suas próprias convicções religiosas e de seus pais, possa ser considerada como representando uma parte tão importante de nossa unidade nacional, a ponto de tornar os conselhos escolares livres para a exigir, até mesmo independentemente da garantia constitucional de liberdade religiosa. (**Grifou-se). (tradução nossa).

Diferentemente do relator, Stone conseguiu captar os efeitos reais da imposição dessa lei, qual seja, a expulsão das crianças das escolas. Foi capaz ainda, mesmo que de forma sutil, de superar o conceito tradicional de "liberdade religiosa" típico do mundo adulto, ideia que será mais bem detalhada linhas abaixo. Com efeito, este alcançou a essência do problema e percebeu o papel central das crianças no processo em curso. Dito isso, destaque-se a sua perspicaz observação:

> Testado por essa norma, não estou preparado para afirmar que o direito dessa pequena e impotente minoria, **inclusive crianças com forte convicção religiosa, entendam elas ou não sua natureza,** abstenha-se de expressão ofensiva a sua religião e seja submetida ao interesse do Estado de manter a disciplina nas escolas. **(**Grifou-se) (tradução nossa).

Em suma, notamos que um caso envolvendo o problema real de duas crianças de 10 e 12 anos ameaçadas de expulsão da escola, ante a negativa de uma prática nacionalista que conflitava com os valores religiosos familiares, transformou-se, nas mãos de Frankfurter, em um hino patriótico de união de forças nacionais.

A oposição entre liberdades individuais e autoridade foi o fio condutor do voto de Frankfurter, por uma razão de ordem psicanalítica: ele estava obcecado com a guerra[383]. Sua análise sobre o caso concreto é a todo momento autorreferente. O problema real posto diante deste sujeito foi completamente relegado a segundo plano, prevalecendo a sua visão particular de mundo fortemente marcada por uma ideologia nacionalista. Stone foi o único dos magistrados que se preocupou efetivamente em analisar os elementos reais do caso concreto. Chamou a atenção para a idade das crianças envolvidas na celeuma judicial e para a sua relação familiar. Ao fim, defendeu a liberdade de religião das crianças e de seus pais.

O efeito desta decisão nos Estados Unidos foi brutal. Foram registrados diversos episódios de violência e intolerância religiosas em todo o país. O escritor Shawn Francis

[383] "Ele havia se envolvido em numerosas causas por liberdades civis ao longo dos anos. Nesse caso, pareceu que ele havia rompido com sua formação. A história pessoal de Frankfurter é interessante, e o efeito da guerra sobre ele, em particular, foi realmente profundo. Os norte-americanos temiam a guerra, e começavam a pensar sobre isso mais intensamente. O Justice Frankfurter, na primavera de 1940, estava muito obcecado com a guerra. Era europeu de nascimento, e em alguns aspectos isso influenciou profundamente sua interpretação do primeiro caso de saudação à bandeira. Ele acreditava que – se me é possível condensar em poucas palavras – em períodos de guerra a unidade nacional é a coisa mais importante". PETERS, Shawn Francis. *Op. Cit*. p. 761-762. (tradução nossa).

Peters destaca que se tratou de uma reação sem precedentes na história, reconhecida como o pior episódio de perseguição religiosa registrada no Século XX nos Estados Unidos:

> Na sequência de decisões controversas, hoje temos protestos, as pessoas debatem no rádio, tornam-se enlouquecidas, e assim por diante. Mas após o primeiro caso de saudação à bandeira, algo de uma magnitude diferente ocorreu – houve, na verdade, violentos ataques contra as Testemunhas de Jeová. Ataques da multidão espalharam-se por locais como Litchfield, Illinois; Rockville, Maryland; e Kennebunk, Maine. As Testemunhas foram dispensadas de seus empregos, tiveram benefícios de desemprego negados e seus filhos foram expulsos de escolas. (Essa é uma parte que as pessoas até certa forma captaram. O tribunal havia, em essência, dado sua aprovação às expulsões.) Houve uma reação sem precedentes à decisão da Suprema Corte, e foi um surto sem igual de perseguição religiosa. **As pessoas, contemporaneamente e subsequentemente, reconheceram-no como o pior surto de perseguição religiosa dos Estados Unidos no século 20**[384]. (Grifou-se). (tradução nossa).

Esta decisão, pois, teve outro efeito incomum: passados poucos anos, três juízes da Suprema Corte, Murphy, Black e Douglas, reconheceram o seu erro, e admitiram-no publicamente no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette [319 US 624 (1943)]*[385]. O novo entendimento da Corte foi relatado pelo recém-empossado juiz Jackson, em um longo voto.

Jackson reconheceu de pronto, assim como Stone, os efeitos reais e nefastos do caso Gobitis sobre as crianças. A prova disso está: (i) na ementa da decisão, a qual expressamente declara a inconstitucionalidade das expulsões[386]; (ii) em um dos primeiros trechos de seu voto, quando faz a devida referência às expulsões das crianças das escolas e às ameaças de internação por ato infracional[387]; e (iii) na reflexão elaborada em contraposição à relatoria de *Gobitis* sobre as ideias de Lincoln. Nessa esteira, Jackson elucubra: será que Lincoln

---

[384] *Ibidem*. p. 762-763.

[385] "Os Justices BLACK e DOUGLAS, da Suprema Corte dos Estados Unidos concordam: Estamos substancialmente de acordo com o voto lido, porém, como originalmente concordamos com o Tribunal no caso Gobitis, é apropriado que façamos uma breve exposição de motivos sobre nossa mudança de visão (...) **Uma longa reflexão nos convenceu de que, embora o princípio seja firme, sua aplicação no caso particular era errônea.** Jones v. Opelika, 316 U. S. 584, 316 U. S. 623. Acreditamos que o estatuto a nossa frente não concede escopo completo à liberdade de religião garantida aos apelantes pela Primeira e Décima Quarta emendas*"*. (Grifou-se). (tradução nossa).

[386] "A ação de um Estado no sentido de tornar obrigatórios às crianças de escolas públicas a saudação à bandeira e o juramento de lealdade (...) viola a Primeira e Décima Quarta Emendas. Assim, tenha-se como aplicáveis às crianças expulsas por se recusarem a cumprir essa obrigação, e cuja ausência, com isso, tornou "ilegal" sujeitar crianças, pais ou tutores à punição*"*. V. West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 U.S. 624 (1943) (tradução nossa).

[387] *"*As crianças dessa fé foram expulsas da escola e estão ameaçadas de exclusão por nenhuma outra causa. Os funcionários ameaçam enviá-los a reformatórios mantidos para delinquentes juvenis. Os pais dessas crianças foram processados e ameaçados de processos por estarem causando a delinquência*". V.* West Virginia State Board of Education v. Barnette 319 U.S. 624 (1943)

acreditava que a força do governo subsistia na confirmação do poder do Estado de expulsar crianças das escolas?[388]

Entretanto, diferentemente do voto divergente elaborado por Stone, Jackson opta por mudar o foco da argumentação da Corte para a ***proteção da liberdade de expressão***[389]. O ponto central dos casos de "saudação à bandeira" estaria, para Jackson, na possibilidade ou não de o Estado promover na condição de autoridade oficial, uma cerimônia carregada de expressividade política.

No início de seu voto, Jackson destaca que, além das Testemunhas de Jeová, outros grupos questionaram o ritual proposto para a saudação da bandeira, o qual apresentava semelhanças com a saudação de Hitler. Senão, vejamos:

> A resolução exigiu originalmente a 'saudação comumente aceita à bandeira', que definia. Objeções à saudação como 'muito semelhante à de Hitler' foram alegadas pela Associação de pais e professores; de Escoteiros; pela Cruz Vermelha e pela Federação de clubes de mulheres. [Nota de rodapé 3] Parece que algumas modificações foram feitas em deferência a essas objeções, contudo, nenhuma concessão foi feita com relação às Testemunhas de Jeová. (tradução nossa).

Na sequência, Jackson elabora uma poderosa análise filosófica sobre o sujeito estatal como agente ativo na propagação de ideologias, tal qual uma instituição religiosa. Ainda, avalia o poder da simbologia no processo de transmissão de ideias entre os seres humanos:

> Não há dúvida de que, em conexão com os juramentos, a saudação da bandeira é uma forma de manifestação. **O simbolismo é uma forma primitiva, mas eficaz de comunicar ideias**. **O uso de um emblema ou bandeira para simbolizar algum sistema, ideia, instituição ou personalidade é um atalho de mente para mente**. Causas e nações, partidos políticos, grupos fraternais e eclesiásticos buscam vincular a lealdade de seus seguidores a uma bandeira ou estandarte, cor ou desenho. O Estado divulga hierarquia, função e autoridade por meio de coroas e cetros, uniformes e mantos pretos; a igreja fala através da Cruz, do Crucifixo, do altar e do santuário, da vestimenta clerical. **Os símbolos do Estado transmitem frequentemente ideias políticas, assim como os símbolos religiosos vêm para transmitir as ideias teológicas.** Associados a muitos desses símbolos encontram-se gestos adequados de aceitação ou respeito: uma saudação, a cabeça inclinada ou sem chapéus, um joelho dobrado. A pessoa recebe, do símbolo, o significado que ela lhe agrega, e o que é incentivo e inspiração para um homem é zombaria e desdém para outro. (Grifou-se) (tradução nossa).

---

[388] Esta reflexão representa uma resposta à seguinte proposição do Justice Frankfurter no caso Gobitis: "Situações como a atual são fases do problema mais profundo que confronta uma democracia, o problema que Lincoln moldou em memorável dilema: "Deve um governo, necessariamente, ser exageradamente forte para com as liberdades do seu povo, ou demasiadamente fraco a fim de manter sua própria existência?" Nenhuma mera leitura textual ou talismã lógico pode resolver o dilema. E quando a questão exige determinação judicial, não é a noção pessoal dos juízes sobre quais ajustes procedentes são exigidos que deve prevalecer".

[389] "Gostaria de salientar que, ao mesmo tempo em que os antecedentes factuais dos casos Gobitis e Barnette eram de muitas formas paralelos, as questões legais, conforme classificadas pelo tribunal, eram diversas. O caso Gobitis foi decidido primordialmente como uma questão de religião, mas o caso Barnette foi decidido um pouco diferentemente, em função da ideia de expressão*"*. PETERS, Shawn Francis. *Op. Cit.* p. 761.

Em suma, Jackson indaga se a Constituição poderia permitir que a ode ao nacionalismo fosse imposta aos *cidadãos*. Ele alega que o proselitismo estatal seria válido, desde que não transbordasse para a compulsoriedade. Isto é, ele defendeu que o Estado poderia ser insistente na propagação de sua ideologia, mas não poderia coagir os cidadãos a segui-la.

3.1.2.2.2 Críticas infanto-geracionais

Gobitis e *Barnette* sucumbem, pois, diante da primeira crítica infanto-geracional. Trata-se de casos que evidentemente projetam no discurso jurídico uma arena dialógica adultocêntrica. Os magistrados dirigem-se a uma categoria subjetiva abstrata – a de um típico cidadão americano. Vale dizer, um *template* que de todo não corresponde ao real sujeito titular dos direitos fundamentais presente no processo – as crianças. Frankfurter destaca o suposto papel deste cidadão na construção de uma identidade nacional, ao passo que Jackson agarra-se à ideia de proteção à liberdade de expressão do cidadão republicano. Nas duas oportunidades dialógicas, os magistrados constroem argumentos que se coadunam com uma categoria jurídica reconhecida apenas ao sujeito adulto.

Stone foi o único magistrado que compreendeu a realidade dos fatos na sua essência, e conseguiu de alguma maneira pincelar argumentos mais consoantes à realidade das crianças, verdadeiros protagonistas da trama da saudação das bandeiras. Nada obstante seu voto foi completamente ignorado pelos demais nas duas ocasiões. Conquanto a violação ao direito à educação tenha sido abordada por Jackson – o que a meu ver constitui um dos pontos nodais desta celeuma–, a mesma acabou perdendo espaço para a construção de um argumento complexo sobre a liberdade de expressão. Em suma, Jackson escreveu um voto atipicamente extenso em que destrincha, em detalhes, o direito à liberdade de expressão do cidadão americano, reconduzindo o direito à educação à condição de uma preocupação marginal do processo.

Os juízes perderam, pois, uma grande oportunidade para avançar no estudo do direito à educação, sobretudo, no que diz respeito ao evidente conflito de interesses que comumente costuma brotar entre as filosofias e ideologias familiares e escolares. Se pensarmos bem, todas as demais categorias apresentadas de fato surgem nesta celeuma de forma acessória, na medida em que na prática não houve uma ação coercitiva para que as crianças prestassem reverência à bandeira nacional. Repise-se: não houve qualquer ação violenta capaz de obrigá-las a se manifestar nesse sentido. A resposta do Estado-escola para a contenção da posição

diferenciada das crianças vem, na prática, através de uma negativa ao direito à educação pública.

Todos poderiam facilmente reconhecer que a negativa de saudação à bandeira pelas crianças decorreria de sua natural reverência ao poder familiar. Nesse sentido, não haveria nesse tipo de comportamento um ato ilícito, mas uma mera restrição pessoal daquele grupo familiar – que, naquele caso, se revestia de matriz religiosa. Pensando sob a ótica da época, a partir do pressuposto de que o culto à nação era algo importante naquele momento - a escola poderia pensar em alguma atividade compensatória – algum trabalho voluntário, uma redação sobre uma personalidade histórica ou sobre algum tópico de relevância nacional – algo que conjugasse o espírito cidadão com as restrições de consciência ou de religião. Mas em nenhuma hipótese determinar a expulsão dessas crianças das escolas públicas.

Pensando de forma racional, bastava que se afirmasse que a expulsão das crianças evidenciava-se desproporcional, cabendo ao Estado pensar em meios mais eficazes de integrar as crianças ao sentimento nacional, sem que precisassem abrir mão da formação religiosa familiar. Veja-se que ele nem precisaria adentrar nesta polêmica e conturbada seara sobre os diferentes conceitos e compreensões sobre a liberdade de religião de crianças e adultos. Ele possuía em mãos nada mais nada menos que *Meyer* e *Pierce,* os quais trabalham exatamente esses conceitos: o valor do processo educacional, a constitucionalidade da regulação estatal, limitada pelos direitos fundamentais. Bastaria a Corte afirmar que se tratava de medida desproporcional, passível de ser alcançada por outros meios.

Convenhamos, a saudação à bandeira pelas crianças não era por assim dizer o ponto nodal da guerra. Qual seria a possível influência das crianças americanas nos processos políticos e econômicos em curso na Europa e nos EUA na década de 40? Além disso, quais seriam as responsabilidades desses "*cidadãos"* de 10 e 12 anos que não têm direito a voto ou espaços de expressão reais na arena pública? Que "responsabilidade política" é essa mencionada pelo juiz?

Frankfurter envereda por um caminho nitidamente desenhado por uma pessoa adulta para uma categoria de pessoa também adulta. E aqui vale a pena registrar a crítica de Stone. A concepção da liberdade religiosa para a criança não atinge a profundidade filosófica que está presente na ideia descrita por aquele. Será que as crianças de 10 ou 12 anos têm a total dimensão do fenômeno religioso? Provavelmente não. Isto não significa, porém, que ele seja desprovido de proteção ou seja reconhecido como uma categoria menor.

A liberdade de religião deve ser protegida de forma conjugada com o direito da criança ao pertencimento familiar, ao direito que ela tem de integrar e viver em harmonia com

os seus pais e com a sua família, na medida em que a religião para as crianças confunde-se sem dúvida com a reverência parental e a lealdade familiar. A criança que professa a religião dos seus pais neste momento de seu amadurecimento, na verdade, o faz por uma mistura de sentimentos de livre consciência e mimetismo. Se existe uma bandeira que elas têm capacidade de defender e honrar é a bandeira familiar. Os caminhos de idas e vindas ainda estão em construção. A vida em família é ainda o porto seguro, a zona de segurança e conforto que as sustenta.

Trata-se de lembrar aqui das lições *winnicottianas*, as quais nos permitem pensar no problema sob o *standpoint* das crianças, e de Alan Prout quando este fala nas crianças em um tempo presente (*being*). As crianças de 10 a 12 anos encontram-se em uma etapa do amadurecimento que corresponde a uma dependência relativa. Isso significa que, conquanto já sejam capazes e estejam interessadas em explorar o espaço do outro não-familiar, elas ainda estão fortemente vinculadas à família, que existe como uma projeção do "eu". A criança como assinalado por Winnicott necessita de apoio, de um ambiente facilitador, que a aceite na sua subjetividade. As famílias e as escolas devem adaptar-se às crianças e não o contrário.

Aqui é imperioso registrar que as escolas precisam reconhecer nesse sujeito um membro de uma associação familiar que é marcada por um determinado plano de vida. Exigir das famílias e das crianças essa "razão pública" é uma expectativa que não corresponde à realidade dos fatos. O ser humano saudável é um sujeito integrado em um "eu" individual e também subjetivo. A criança saudável também. A escola como efetiva arena pública da vida na infância deve entender a pluralidade de projetos de vida das famílias e das crianças como um dado real, e não lutar contra ele. Um projeto pedagógico bem construído e efetivamente voltado para um projeto amplo educacional deverá levar isso em consideração. O conflito direto com as famílias, isto é, a criação de um embate ideológico que visa a sobrepor-se à realidade familiar é o pior dos trajetos possíveis a serem escolhidos por um profissional da educação. As crianças não desejam esse embate, e, sem dúvidas, são os sujeitos mais prejudicados por esse clima de confronto beligerante.

Os votos de Douglas e Black no caso Barnette nos dão fios de esperança. Sobre o seu discurso, imprescindível é chamar a atenção para o seguinte trecho: "*Nem em tempos de paz, nem o nosso esforço marcial em tempos de guerra dependem de obrigar crianças pequenas a participarem de uma cerimônia que termina em nada para elas, a não ser medo da condenação espiritual*" (tradução nossa). Aqui, mesmo que de forma secundária, demonstram sensibilidade ao reconhecer as crianças como os principais sujeitos afetados pela decisão estatal.

Vale dizer, por fim, que a criança não pode ser trazida ao espaço público apenas quando os adultos desejam dela tirar algum proveito. As crianças não existem em função do Estado nem de nenhum projeto maior educacional civilizatório. Logo, elas não devem ser vistas como telas em branco para projetos assimilacionistas, voltados para a promoção de ideologias que dizem respeito e interessam a determinados adultos. Elas precisam de projetos pedagógicos que sejam capazes de instigar o raciocínio e de estimular a convivência tolerante em um espaço plural, marcado por diferentes estilos de vida.

3.1.2.3 Argentina e Colômbia: *Fallos* 301:151 e o caso T-877-99

3.1.2.3.1 Narrativa e fundamentos jurídicos - *Fallos* 301:151.

O estudo das decisões da Corte Constitucional argentina nos levou ao caso **«Barros, Juan Carlos, en representación de sus hijos Pablo A., y Hugo M. Barros c/ Consejo Nacional de Educación y otra s/ demanda de amparo - 06/03/1979 (Fallos: 301:151)»**. A história é aqui bastante parecida com a apresentada nos casos *Gobitis* e *Barnett*. Duas crianças, Pablo A. e Hugo M., de 07 e 08 anos de idade, foram expulsas da Escola n. 01 Professor José Onaíndia, em 09 de junho de 1977, na Argentina, por se negar a reverenciar símbolos pátrios. Tal ação fundamentou-se na Resolução Geral do Conselho Nacional de Educação, a qual estabelecia, em seus artigos 1º e 2º, que os alunos integrantes da rede pública ou privada de ensino deveriam obrigatoriamente reverenciar os símbolos pátrios, líderes e datas comemorativas da nacionalidade, sob pena de expulsão.

A ação de amparo ajuizada pelo pai das crianças em face deste ato administrativo foi rechaçada pelo Poder Judiciário, em primeira e segunda instância. Nada obstante, a Corte Constitucional argentina reformou o julgado, ao argumento de que tal medida violaria o direito constitucional de aprender (art. 14) e o dever do Estado de assegurar a educação primária (art. 5º). O julgado assim estabeleceu:

> Que la medida disciplinaria aplicada, por sus efectos y alcances, provoca un serio perjuicio para aquéllos, pues reviste el carácter de una inhabilitación permanente para asistir a la escuela pública argentina, si se considera el motivo de la conducta. Ello causa una lesión actual al derecho de aprender, máxime frente a la importancia de la continuidad de los estudios primarios y la periodicidad de los cursos lectivos.

Assim, a Corte argentina reverteu a expulsão dos alunos com base em uma linha argumentativa que levava em consideração de fato a criança como sujeito protagonista – o verdadeiro titular dos direitos fundamentais em jogo. Para ela, a negativa dos alunos em saudar a bandeira não estava associada à liberdade de manifestação, à liberdade de expressão

ou de consciência, mas sim ao direito da criança de agir em conformidade com o poder parental. Isto é, não se poderia exigir da criança que abandonasse no espaço público os valores e ensinamentos promovidos pelos seus pais e família. Ademais, os juízes destacaram que a medida tomada condenaria tais crianças ao total afastamento do processo educacional, o que, em si mesmo, corresponderia a uma grave lesão ao direito à educação.

A Corte focou-se na inconstitucionalidade da solução administrativa apresentada pela escola, e não no ato primário de manifestação – a negativa de saudação à bandeira. Levou em consideração ainda, na sua apreciação, o fato de que tais crianças seriam menores de idades, *carentes de discernimento, segundo o Código Civil argentino*. O ato passivo de não saudação à bandeira, pois, não nascia na mente das crianças com o propósito de desrespeitar os símbolos pátrios, mas sim como uma ação decorrente da obediência à autoridade dos pais.

3.1.2.3.2 Narrativa e fundamentos jurídicos - T-877-99.

O acórdão T-877-99 consiste em típico caso judicial de saudação à bandeira. Eis os fatos. No ano de 1998, o Diretor do Colégio Antonio Nariño de Villa de Layva viu-se diante do seguinte imbróglio: algumas crianças vinculadas à religião Testemunhas de Jeová pediram-lhe que fossem dispensadas das cerimônias cívicas, dentre elas a de saudação à bandeira nacional, sob a alegação de objeção de consciência. O diretor lhes respondeu, contudo, que tal conduta revelava-se inaceitável à luz da Constituição, da lei geral de educação, e do manual de convivência escolar, o qual estabelecia que a participação em atos cívicos era obrigatória. Em tréplica, os estudantes esclareceram que, a seu ver, tais cerimônias consistiam em atos de adoração, razão pela qual simplesmente se retiraram.

Na sequência, autoridades municipais convidaram o colégio para que participasse de desfiles e atos comemorativos de caráter patriótico. Novamente, tais alunos manifestaram sua recusa em participar de tais eventos. Não satisfeito com tal fundamentação, o Diretor da escola convocou então os pais para que estes comparecessem à escola, ocasião em que estes reiteraram o seu sentimento de compreensão ante a justificativa de objeção de consciência. Com efeito, o Diretor convocou o conselho diretor da escola, o qual decidiu proibir a matrícula de tais alunos para o ano seguinte, no caso, 1999.

Inconformados com o presente desfecho, os pais destes alunos ajuizaram ação de tutela, com o objetivo de que lhes fossem garantido o direito à objeção de consciência e à liberdade religiosa. Nada obstante, o juízo de primeira instância negou-lhes o pedido, sob o argumento de que a motivação da expulsão teria se dado não por discriminação religiosa, mas sim por questões disciplinares. As crianças estariam burlando as regras, e evitando participar

de cerimônias cívicas e patrióticas, sob o argumento da liberdade de religião. Logo, o juiz concordou com o Diretor da escola que se estava diante de um caso de indisciplina, na medida em que os demandantes insistiam em confundir e equiparar a adoração a Deus com o ato de render homenagem a cultos e símbolos pátrios. A decisão de segunda instância, pois, seguiu o mesmo raciocínio. Senão, vejamos:

> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", mediante sentencia del 29 de abril de 1999 **confirmó el fallo de primera instancia, por considerar que no puede interpretarse el hecho de asistir a un acto patriótico o de tomar participación en eventos cívicos, como sinónimo de adoración a los símbolos patrios, pues sólo es el desarrollo de un papel que corresponde a la persona en virtud de un sentimiento de pertenencia a la Nación**. El hecho de que la Institución educativa exija a un estudiante, que en su condición de tal, concurra a un acto de la naturaleza reseñada, **no implica el quebrantamiento de su libertad de conciencia, porque con ellos sólo se está cumpliendo con una función indispensable e insustituible de la tarea educativa**. (Grifou-se.)

Em suma, o Diretor e os magistrados insistiram que os demandantes jamais poderiam sentir-se ofendidos ante aquela obrigação, na medida em que se estaria diante de um ato religiosamente neutro. Vale dizer, para tais autoridades, aquelas pessoas simplesmente não conseguiam compreender o que era e o que não era uma manifestação de natureza religiosa.

Com efeito, a Corte Constitucional colombiana percorreu o mesmo caminho trilhado pelo juízo *a quo*. Isto é, reconheceu, em um primeiro momento, a liberdade de religião e de culto, e, na sequência, afastou-se de tal mandamento sob a alegação de que nenhum direito poderia ser reconhecido de forma absoluta, encontrando seus limites na própria lei. Nessa esteira, defendeu-se que os direitos devem ser exercidos de forma razoável, adequando-se aos fins a que se propõem. Os argumentos aqui alinhavados seguiram a mesma linha daqueles apresentados nas instâncias inferiores e no caso constitucional T-075/95.

No caso paradigma, os magistrados entenderam que a exigência de cumprimento de um dever patriótico derivava claramente de um conceito de unidade nacional, constante do art. 2º da Constituição colombiana. O cidadão, portanto, estaria obrigado a participar da vida política, cívica e comunitária do país. Assim, resultaria ***evidente*** que o ato patriótico não seria sinônimo de adoração a símbolos pátrios. Na sua fundamentação, os juízes valeram-se de uma definição do Dicionário da Real Academia Espanhola que caracterizava o verbo "adorar" como o ato de reverência a um ser, considerando-o como ***coisa divina***.

Logo, a Corte defendeu naquela oportunidade que a percepção dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová sobre "adoração" estaria equivocada. Afirmou-se, então, que os atos de honra à pátria, ao menos no espaço de eventos cívicos, não corresponderiam à celebração de

um culto ou cerimônia religiosa. Tratar-se-iam de assuntos com naturezas completamente distintas. Permitir o contrário, que todo e qualquer estudante pudesse elaborar uma interpretação pessoal de seus deveres religiosos, a pretexto da liberdade de consciência, corresponderia à derrocada da disciplina e do respeito à ordem, valores que deveriam reinar na instituição.

Registre-se, por fim, que esta decisão também foi marcada pelo voto-vista do magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, que dissecou os argumentos em sentido contrário. A seu ver, o caso T-877/99 padecia de sérios vícios, uma vez que se valia do equivocado caso T-075/95 como paradigma. A irresignação do magistrado reside no fato de que toda a argumentação do acórdão se sustenta na compreensão do verbo "adorar" extraído de um dicionário de língua espanhola. A seu ver, jamais os direitos constitucionais poderiam sofrer com precária interpretação. Afirma, ainda que, em outros julgados, a Corte teria se posicionado em sentido diverso, propondo uma interpretação ampla à liberdade de religião (T-58/98 e C-088/94). O texto de Êxodo 20.4 não poderia ser interpretado livremente pelo juiz, desconsiderando a valoração dada pelos próprios integrantes da religião demandante. Finalizou pois, sua manifestação com a seguinte proposição: "*O respeito pelos símbolos pátrios deve ser genuíno. A coerção não deve servir como meio para gerar respeito. A coerção transforma estes atos, que devem ser sinceros, em uma farsa*".

3.1.2.3.3 Críticas infanto-geracionais

A corte constitucional argentina, conquanto tenha elaborado uma decisão sucinta, de fato reconheceu formalmente o principal sujeito do processo – as crianças. Estes foram os sujeitos reais que tiveram os seus direitos fundamentais lesionados, e não o cidadão abstrato em geral trazido à tona nos julgados Gobitis e Barnett. Foi uma decisão, portanto, que pareceu captar a discussão sob a ótica do agente, levando em consideração as suas peculiaridades.

Nada obstante, um estudo aprofundado sobre o contexto histórico subjacente a esta decisão revela-nos que a opção por essa linha argumentativa isentou a corte constitucional de adentrar no debate sobre o autoritarismo e o proselitismo estatal. Nessa esteira, serviu ainda de atalho, desviando-se do polêmico debate acerca das liberdades religiosas, em um momento da história em que a Argentina estava mergulhada em um ambiente de reverência ao Estado-Nação marcado pela opressão e pela violência. A omissão quanto a este tópico foi inclusive "justificado" na decisão: "*Que las consideraciones precedentes tornan inoficioso analizar los agravios expresados por el recurrente a fs. 72/79 en relación con la libertad de cultos y de conciencia, toda vez que la decisión restablece el derecho vulnerado, objeto esencial de la*

acción ejercida". Tratava-se aqui de evitar um embate direto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, CIDH), que pouco antes havia editado a Recomendação n. 2137 especificamente para a Argentina.

Isto ocorreu porque a CIDH foi instada a avaliar a situação da liberdade de religião na Argentina, em face de reiteradas denúncias de opressão religiosa elaboradas por Testemunhas de Jeová. A CIDH elaborou documento reconhecendo as violações de direitos humanos perpetradas pela Argentina, sobretudo, o direito à segurança e integridade da pessoa, o direito à liberdade religiosa e de culto, o direito à educação, o direito à associação, e o direito à proteção contra a detenção arbitrária, constantes da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Ato contínuo, a CIDH recomendou ao governo argentino:

> a) que restablezca la vigencia de la libertad religiosa y de cultos; b) que derogue el Decreto No. 1867 de 31 de agosto de 1976 por atentar contra los derechos fundamentales arriba consignados; c) que adopte las providencias necesarias a efecto de que cese la persecución en perjuicio de la congregación Testigos de Jehová; d) que informe a la Comisión, dentro de un plazo de 60 días, sobre las medidas tomadas para poner en práctica las recomendaciones consignadas en la presente Resolución..

Isso posto, chegamos à conclusão de que a decisão ora analisada, a qual reconheceu o direito à educação das crianças, impedindo a sua expulsão das escolas, ante a negativa de reverência à bandeira, foi uma resposta dada pelo Estado argentino à pressão realizada pela CIDH. A fórmula encontrada para responder a essa demanda, pois, passou por um pensamento estratégico. Os magistrados reconheceram a responsabilidade de reverter esse quadro de violência, por um lado, e de responder às demandas da Corte, de outro, optando por focar a sua argumentação no direito à educação.

No caso específico argentino, a proteção dos direitos das crianças foi muito mais uma estratégia jurisdicional que um verdadeiro sentimento de consideração da criança em um patamar de igualdade. Afinal não podemos nos esquecer que nesses mesmos anos, o ditador Jorge Rafael Videla foi o responsável pela institucionalização do sequestro em massa de crianças argentinas filhas de presos políticos, retirando-as de seus núcleos familiares originais.

Logo, se por um lado, a Corte Suprema argentina conseguiu ultrapassar a barreira do não reconhecimento da criança como sujeito de direitos fundamentais peculiares, confeccionando uma decisão atenta às demandas daquele sujeito em particular, por outro, devemos reconhecer que este caminho possa ter surgido como uma estratégia para evitar o confronto direto com o regime ditatorial e com os setores religiosos mais conservadores. A escolha pela proteção à educação com fio condutor da decisão permitiu que esta protegesse os direitos fundamentais vulnerados sem necessariamente se opor direta e frontalmente ao

regime. O direito à educação serviu como um "argumento neutro", uma espécie de análise politicamente segura.

Sob este aspecto, conquanto ela apresente um suposto discurso favorável ao *standpoint* das crianças, na sua essência ela é fruto de escolhas que visam compor e favorecer interesses políticos dos adultos. Não se pode crer que um regime, que tenha se valido da separação institucional das crianças de suas famílias como uma medida política de repressão aos opositores, pudesse ter de fato apoiado uma decisão que visasse proteger os direitos das crianças, sobretudo, de uma minoria religiosa, em detrimento da promoção do Estado-Nação. Repise-se: os fatos reais, isto é, a institucionalização pelo Estado do sequestro de crianças de famílias de opositores argentinos foi um traço marcante do regime militar argentino. Nenhuma instituição que tenha promovido na prática esse tipo de ação pode ser ovacionado como um reconhecedor do *standpoint* da criança.

O caso T-877-99 julgado pela corte constitucional colombiana na virada do Século XX, também padece de vícios graves. Contudo, suas dificuldades são semelhantes aquelas apresentadas linhas acima nos casos Gobitis e Barnette. Com a diferença central de que a visão adultocêntrica na Colômbia reflete uma preocupação exacerbada do Estado na adesão a um projeto religioso majoritário católico. Logo, os debates no curso do processo voltam-se essencialmente a definir supostos limites à teologia das Testemunhas de Jeová.

As decisões revelam, pois, um ranço discriminatório da Corte Constitucional, típico de uma sociedade com *establishment* religioso forte ou moderado. Uma leitura atenta dos julgados traz à tona a dificuldade dos magistrados em reconhecer as religiões minoritárias em condições de igualdade com a religião predominante, protegida pelo *status quo*, a saber, a Igreja Católica. Tanto assim que estes se colocam em uma posição de crítica acerca da interpretação de uma determinada passagem da Bíblia dada pelas Testemunhas de Jeová, buscando em um mero dicionário da língua espanhola um significado objetivo para o verbo "adorar". Trata-se, pois, de uma decisão completamente desprovida de alteridade. Como bem mencionado no voto-vista, ambos os casos revelam a incompreensão da dimensão plural do fenômeno religioso, e da simples existência do outro – como um ser que pode pensar de forma diferente. A manifestação da criança aqui é indiferente porque ela reflete o pensamento de uma minoria religiosa não reconhecida em condições de igualdade com a Igreja Católica, supostamente detentora do monopólio discursivo da "verdadeira religião".

Com efeito, nem o voto principal nem o voto-vista chegaram perto de reconhecer as crianças como protagonistas centrais da situação-problema apresentada. Lembrando-me das considerações feitas por Winnicott, o julgado colombiano pecaria na visão do adolescente por

transparecer "*essencialmente um mundo de compromissos, de falsos valores e de infinitas digressões em relação a um tema central*"[390]. Registre-se, um tema central de todo distante dos fatos postos à sua frente: a necessidade de se pensar o caso sob a ótica da proteção do direito à educação e da religião como uma manifestação de lealdade familiar, tal como exposto linhas acima. As crianças do caso concreto foram atropeladas pelo discurso majoritário católico de proteção do *establishment* religioso, desconfortável com o surgimento de pautas religiosas minoritárias. Caberia aqui aos magistrados repensar o problema posto à luz das lições de Winnicott:

> Começarei, portanto, com um pedido: lembrem-se da criança individual, do processo de desenvolvimento da criança, do desconforto da criança, da necessidade que a criança tem de auxílio pessoal e da capacidade que ela tem de usar a ajuda pessoal, simultaneamente, é claro, à lembrança contínua da importância da família e dos vários grupos escolares e de todos os outros que conduzem ao grupo que chamamos de sociedade[391].

A criança está em uma zona de desconforto, entre a família, a escola, o Estado e a sociedade. Ela precisa do apoio desses agentes para amadurecer de forma saudável. Ademais, ela necessita resguardar-se no porto seguro da vida familiar para poder seguir na sua trajetória rumo à autonomia. Este é o paradoxo *winnicottiano*. A aderência a uma determinada confissão religiosa, sobretudo, nos primeiros anos de vida, revela um sentimento de pertencimento a um todo familiar. E isso deve ser respeitado. Exigir que a criança se desvincule das orientações familiares em prol da observância de uma rigorosa disciplina ou ordem escolar consiste em um exercício de egoísmo e crueldade. Tais professores precisam, sem dúvidas, rever seus conceitos de pedagogia e educação. Trata-se de uma reflexão que os profissionais do direito devem trazer consigo quando diante de casos envolvendo as crianças. Recordemos, pois, as lições de Lev Vigotsky, e o exemplo revelado pela educadora Carol Mooney:

> Aqui está outro exemplo de como a Zona de desenvolvimento proximal (ZDP) pode afetar a vida na sala de aula. No início de minha carreira como professora, tive uma aluna de cinco anos de idade chamada Lynn que não queria pintar com os dedos. A mãe de Lynn não gostava de 'sujeira'. Eu queria 'libertar' os impulsos criativos de Lynn do rígido controle de sua mãe! Recusei-me a acreditar que ela não desejasse pintar com os dedos. Tenho certeza de ter pensado em "orientar" e não em "forçar" quando peguei suas pequenas mãos com as minhas e as pus na pintura com dedos. Quando Lynn vomitou em cima de toda a pintura e em nós duas, aprendi da maneira mais difícil que nem toda criança deve experimentar pintar com os dedos. Eu não havia escutado atentamente minha aluna. Não havia observado o bastante. Não fui respeitosa para com a abordagem de sua família. **Desejei forçar uma experiência para ela por eu mesma ter decidido que isso expandiria seus horizontes**. **Por**

[390] WINNICOTT, D. W. *Tudo começa em casa. Op. Cit.*. p. 7.
[391] Ibidem. p. 124.

> **ignorar suas necessidades individuais, meu plano fracassou**. **Pintar com os dedos não constava da ZDP de Lynn para aquele dia, e minha tentativa de *scaffolding* falhou**[392]. (Grifou-se) (tradução nossa).

O problema aqui está não só na ideia de expulsar uma criança da vida escolar em razão de um embate ideológico/teológico entre a família e a escola, mas também na própria ação de insuflar este conflito. A guerra instaurada entre a família e a escola é causa de sofrimento para a criança que deseja que os adultos sejam capazes de superar as suas próprias idiossincrasias. A criança deseja que os adultos envolvidos sejam capazes de construir um ambiente saudável pautado pelo diálogo, garantindo assim a harmonia entre os sujeitos mais importantes de suas vidas. A última coisa que a criança deseja é ser o pivô de um conflito incendiário entre os personagens "família" e "escola". Uma decisão que levasse mais esses fatores em consideração e menos as possíveis divergências ideológicas e religiosas dos adultos envolvidos seria, por certo, uma decisão consentânea com o *standpoint* das crianças.

Com efeito, cabe aos magistrados buscar soluções que se pautem pela tentativa de composição entre os atores envolvidos, em busca de uma acomodação razoável. Isto é, que permita que a diferença proposta pela criança como uma faceta da sua personalidade ou do projeto de vida da sua família sejam apresentados ao universo escolar como mais uma forma de se pensar o mundo por meio de uma ótica de pluralidade e tolerância. Tais ações devem incentivar e promover mais diálogos e menos beligerância.

3.1.3 Wisconsin *v.* Yoder em dois atos.

3.1.3.1 O caso *Yoder* – narrativa e fundamentos jurídicos

Estamos aqui diante de um precedente de peso no direito americano: (i) *Wisconsin v. Yoder 406 U.S. 205* (1972), doravante *Yoder*. Trata-se de julgado conhecido, em regra, como um bastião da liberdade de religião. Nada obstante, a meu ver, Yoder é também um marco do debate sobre os fundamentos e os limites da intervenção do Estado na vida familiar, por meio da ação regulatória da educação das crianças. Em suma, o estudo desse caso abre uma grande janela de debate sobre o modelo de educação compulsória imposto pelo Estado e a existência (ou não) de limites à autoridade parental, em se tratando do direito à educação das crianças.

A liberdade de religião novamente aqui se confunde com a liberdade de escolha de um projeto de vida familiar fora dos padrões reconhecidos como normais pelo *establishment*. Deparamos-nos com um embate ideológico entre as autoridades local (familiar) e central

[392] MOONEY, Carol Garhart. *Op Cit.* pp. 104-105.

(Estado como agente regulador), em torno do poder/direito de dar a última palavra sobre a criação e a educação das crianças. Eis aqui o resumo do caso.

Famílias adeptas da religião Amish, mais precisamente da Antiga Ordem Amish e da Igreja Mennonita Conservadora Amish, foram condenadas por violarem as leis do Estado de Wisconsin, por absterem-se de mandar seus filhos de 14 a 16 anos para a escola (pública ou privada). Inconformadas, tais famílias ajuizaram ação em face do Estado, sob o argumento de que a sobredita prática feriria os preceitos de sua religião e "*seu modo de vida*", os quais estariam resguardados pela Primeira Emenda da Constituição americana.

A comunidade Amish alegou, pois, que não compartilhava com os valores educacionais promovidos por tais escolas, na medida em que estas formariam as crianças para uma vida autônoma na sociedade. Para este grupo, o processo educacional demandaria apenas atividades consideradas relevantes para a vida rural comunitária. O modelo de educação compulsória representava o oposto de sua filosofia de vida. Não desejavam que *suas crianças* fossem "contaminadas" com outra ideologia que pudesse afetar a sua crença religiosa/comunitária. Vejamos, pois, as considerações apresentadas no bojo desta decisão:

> A objeção dos Amish à educação formal além da oitava série está radicalmente fundamentada nesses conceitos religiosos centrais. Eles opõem-se ao ensino médio e superior, em geral, porque os valores ensinados conflitam com suas crenças. **O ensino médio tende a enfatizar realizações intelectuais e científicas, autodistinção, competitividade, sucesso mundano e vida social com outros estudantes**. A sociedade Amish enfatiza o informal "aprender fazendo"; uma vida de "bondade", em vez de uma vida de intelecto; sabedoria, no lugar de conhecimento técnico; bem-estar da comunidade, em vez de concorrência; **e a separação da sociedade secular contemporânea, ao invés da integração com ela**[393]. (Grifou-se) (tradução nossa).

Em suma, os Amish pretendem que o Estado reconheça o seu direito de isolamento em relação ao restante do mundo, garantindo que possam viver uma vida simples como no passado, desprendida de bens materiais e do espírito competitivo. Reiteram em diversas oportunidades que a principal característica da sua comunidade é a negação do mundo contemporâneo e a construção de uma vida autônoma e isolada de qualquer influência externa. Vale dizer, os Amish renegam dois feixes de influência que atingem a Humanidade como um todo: (i) a conexão social; e (ii) a passagem do tempo. Não só eles pretendem murar-se diante da sociedade como também parar o cronômetro da vida, protegendo um determinado projeto de convivência social contra a ação implacável do tempo. Com efeito, destaquem-se os seguintes trechos do acórdão:

---

[393] Wisconsin v. Yoder (406 U.S. 205), 1972. Disponível em: < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/case.html> Acessado em 29/07/2016

> Como resultado do seu patrimônio comum, as comunidades da Velha Ordem Amish hoje caracterizam-se por **uma crença fundamental de que a salvação demanda a vida em uma comunidade da igreja separada e à parte do mundo e da influência mundana. Esse conceito de vida isolada do mundo e de seus valores é central para a fé deles**[394]. [...] Em termos gerais, a religião da Velha Ordem Amish permeia e determina todo o modo de vida de seus adeptos. A conduta deles é regulada em grande detalhe pelo Ordnung, ou regras da comunidade da igreja. O batismo de adultos, que ocorre ao final da adolescência, é o momento em que os jovens Amish se comprometem voluntariamente a pesadas obrigações, não muito diferentes do Bar Mitzvah dos judeus, de respeitar as regras da comunidade da igreja. (Grifou-se) (tradução nossa).

A necessária saída da criança do ambiente educacional padrão seria uma demanda da comunidade, na medida em que ela teria que se preparar para assumir as *funções adultas* características desse grupo, a saber, tornar-se um fazendeiro Amish ou uma dona de casa. Os pais entendem aqui que as crianças precisam ser *treinadas* nessas funções, de modo que ao fim e ao cabo, aprendam a *gostar* delas:

> O ensino médio formal além da oitava série é contrário às crenças Amish, não apenas por colocar as crianças em um ambiente hostil às suas crenças, com crescente ênfase na concorrência no trabalho de classe e nos esportes, além da pressão para se adaptar a estilos, maneiras e jeitos do grupo de iguais, **como também por distanciá-las de sua comunidade, física e emocionalmente, durante o período de vida crucial e formador da adolescência**. Durante esse período, as crianças Amish devem adquirir atitudes que favoreçam o trabalho manual, a autoconfiança e as habilidades específicas necessárias para **desempenhar o papel de adulto** de um agricultor ou dona de casa Amish. **Precisam aprender a desfrutar do trabalho físico**. […]. **Além disso, nesse momento da vida, a criança Amish também precisa crescer em sua fé e sua relação com a comunidade Amish, preparando-se para aceitar as pesadas obrigações impostas pelo batismo de adultos**. (tradução nossa).

O relator do caso, Justice Burger, inaugurou seu voto invocando o superprecedente de *Pierce v. Society of Sisters*. Burger afirma que Pierce havia determinado como um direito fundamental dos pais o de promover uma *educação equivalente* para seus filhos, por meio de um *sistema privado*. Na sequência, Burger identifica o ônus argumentativo do Estado neste processo:

> Conclui-se que, para que Wisconsin impusesse a frequência escolar para além da oitava série contra uma alegação de que esse comparecimento interferiria na prática de uma crença religiosa legítima, deve parecer também que o Estado não nega o

[394] Note-se que os Amish avançam alguns degraus em relação às Testemunhas de Jeová, no que tange à sua relação com o Estado democrático de Direito. Enquanto estes negam-se a reverenciar símbolos pátrios e nacionais como parte de sua teologia, os primeiros partem de núcleo teológico que nada mais nada menos nega por completo a soberania interna do Estado. Os Amish, pois, buscam viver em estruturas semelhantes a feudos ou *millets,* formando autoridades locais herméticas, dotadas de soberania interna e externa dentro de um Estado democrático de Direito, que por sua vez, também se estrutura supostamente em um postulado de soberania interna/externa. Eles estão testando os fundamentos e os limites do liberalismo igualitário e a sua capacidade de lidar com as ideias de autonomia e tolerância, e consequentemente de manejar uma realidade plural. Com isso, esticam a corda ideológica do liberalismo igualitário até o seu limite, rumo as suas fronteiras mais conhecidas: o anarquismo e o autoritarismo. Mais à frente, teceremos alguns comentários sobre esse ponto.

> livre exercício da crença religiosa em função de sua exigência, ou que há um interesse do estado de uma grandeza suficiente para anular a proteção às reivindicações da Cláusula de Livre Exercício da religião.[395] (tradução nossa).

De modo a justificar a importância do direito à liberdade religiosa na sociedade americana, o relator vale-se de um argumento favorável à *ordem cronológica*. Ele afirma que muito antes de existir um reconhecimento geral acerca da necessidade da educação formal universal, a cláusula de proteção de liberdade religiosa havia sido firmemente assegurada, inclusive a partir da conformação de um estado laico.

Logo, Burger foca-se em dois valores conflitantes em jogo – de um lado, o modelo de educação compulsório do Estado e, de outro, a liberdade religiosa da comunidade Amish. E aqui ele faz uma observação sobremaneira interessante sobre a estreita vinculação deste precedente à necessária comprovação da *sinceridade religiosa*. Senão, vejamos:

> Embora a determinação do que seja uma crença ou prática "religiosa" com direito à proteção constitucional possa levantar uma questão ainda mais delicada [Nota de rodapé 6], o próprio conceito de liberdade assistida proíbe que qualquer pessoa venha a fazer suas próprias normas em matéria de condutas com relação às quais a sociedade como um todo tem interesses significativos. **Desse modo, se os Amish afirmam suas reivindicações por conta de uma avaliação subjetiva e da rejeição dos valores seculares contemporâneos aceitos pela maioria, tanto quanto Thoreau rejeitou os valores sociais de seu tempo e se isolou em Walden Pond, as reivindicações Amish não residiriam em uma base religiosa**. **A escolha de Thoreau era filosófica e pessoal, e não religiosa; e essa crença não se coaduna com as exigências das Cláusulas de religião**. Sem adicionar peso algum a essas considerações seculares, no entanto, vemos que as evidências nesse caso apoiam amplamente a alegação de que o modo de vida tradicional dos Amish não é uma simples questão de preferência pessoal, **porém uma questão de profunda convicção religiosa,** compartilhada por um grupo organizado e intimamente vinculado à vida cotidiana. (tradução nossa).

O relator apontou para o fato de que o Estado não conseguiu sustentar a sua tese de que o interesse na educação compulsória superaria a liberdade de religião e a cláusula geral de liberdade parental protegida pela 14ª Emenda, tendo-se limitado a responder que as ações, isto é, as práticas externas de um determinado grupo religioso não estariam protegidas pela cláusula de liberdade religiosa. Burger contra-ataca esse argumento, indicando diversos precedentes que teriam consolidado a ideia de que práticas religiosas estariam sim sob a proteção da Constituição, cabendo ao Estado o ônus de esclarecer os fundamentos da

[395] O relator propôs aqui um dilema de interpretação constitucional comum ao debate sobre as restrições de direitos fundamentais, a saber, a escolha entre uma argumentação pautada na teoria interna ou na teoria externa. Caso o Estado optasse por aderir à primeira corrente de pensamento, ele deveria explicar por que a regulação estatal educacional não violaria o direito à liberdade de religião da comunidade Amish. Caso optasse por seguir a segunda teoria, deveria motivar a sua escolha naquele caso concreto pela restrição de direitos fundamentais da comunidade Amish. Basicamente, ele teria de fornecer argumentos que justificassem o afastamento da pretensão desse grupo pautada na liberdade de religião protegida pela Primeira Emenda Constitucional norte-americana. V. GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Op. Cit.*

atividade regulatória capazes de justificar a restrição a tal direito. Em suma, ele afirma que o Estado não conseguiu superar o ônus imposto pelo teste de *Sherbert v. Verner*[396].

Com efeito, Burger recusa-se a aceitar a justificativa dada pelo Estado acerca do interesse superior do modelo de educação compulsória[397], na medida em que ele identifica, no pedido da comunidade Amish, não uma negação à ação regulatória do Estado, mas um pedido de acomodação razoável das leis à liberdade de religião. Sob essa ótica, Burger acreditou que poderia propor uma solução intermediária - reconhecendo o poder de regulação do Estado sobre a educação das crianças e o direito de proteção de crenças religiosas minoritárias, em consonância com a Primeira Emenda[398].

Aqui destaque-se que Burger ignorou o forte argumento, e talvez o melhor até agora alinhavado pelo Estado, acerca da necessária proteção de direitos de saída ("*exit rights*") para as crianças[399]. A sua resposta desta vez foi a de simplesmente negar não só a existência desse direito, mas também a própria hipótese fática. Do *standpoint* assumido por Burger, a possibilidade de uma criança Amish querer abandonar a comunidade para construir uma vida no "mundo externo" seria *altamente especulativa*:

> **O Estado, por outro lado, apoia seu interesse em fornecer um ou dois anos adicionais de ensino médio obrigatório às crianças Amish por conta da possibilidade de que algumas dessas crianças optem por deixar a comunidade Amish, e que isso, se vier a ocorrer, encontrará essas crianças mal preparadas para a vida**. O Estado argumenta que, se as crianças Amish deixarem sua igreja, não estarão em condições de avançar no mundo sem a educação disponibilizada e requerida pelo Estado de um ou dois anos adicionais. No entanto, ao que consta dos registros, esse argumento é altamente especulativo. Não há evidência específica de perda de adeptos Amish por atrito, nem há qualquer demonstração de que, após saírem da comunidade Amish, as crianças, com formação agrícola prática, industriosidade e autoconfiança, viessem a se tornar um peso para a sociedade em função de deficiências educacionais. De fato, esse argumento do Estado aparece

[396] V. Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases /federal/us/374/398/>.

[397] O Estado apresentou dois argumentos em prol de um modelo de educação compulsória: (i) a ideia de Thomas Jefferson, nos primórdios da criação da sociedade americana, de que algum grau de educação seria necessário para preparar os cidadão para que participassem de forma ampla de um sistema político aberto, com o fim de preservar a liberdade e a independência; e (ii) que a educação prepararia os indivíduos para serem participantes autoconfiantes e autossuficientes na sociedade. Com efeito, o Estado alega que seria seu dever proteger as crianças de uma vida de ignorância.

[398] Trata-se de uma passagem relevante, sobretudo, se pensarmos como Yoder é utilizado largamente como fundamento para práticas como a de homeschooling que negam legitimidade ao Estado de regular a educação das crianças. Senão, vejamos: "Voltemo-nos, portanto, ***à alegação mais ampla do Estado de que sua participação em seu sistema de ensino obrigatório é tão convincente que até mesmo as práticas religiosas estabelecidas pelos Amish precisariam ceder***. No lugar em que reivindicações fundamentais de liberdade religiosa estão em jogo, contudo, não podemos aceitar essa afirmação radical; ***a despeito de sua validade aceita nos casos em geral***, precisamos examinar minuciosamente os interesses que o Estado procura promover mediante sua exigência de escolaridade obrigatória até a idade 16 anos, e o impedimento a esses objetivos que decorreriam de reconhecer a isenção reivindicada pelos Amish. Ver, e.g., Sherbert v. Verner, supra; Martin v. City of Struthers, 319 U. S. 141 (1943); Schneider v. State, 308 U. S. 147 (1939)".

[399] Explicarei, linhas abaixo, com mais detalhes, essa categoria de direitos.

> residir principalmente em uma suposição equivocada, já conhecida, de que os Amish não oferecem nenhum tipo de educação aos filhos para além da oitava série, e que lhes permitem crescer em "ignorância". Ao contrário, não só os Amish aceitam a necessidade de uma educação formal até ao nível da oitava série, como continuam a fornecer o que tem sido caracterizado por testemunho indiscutível de educadores especialistas, uma educação "ideal", profissional, aos filhos, durante a adolescência. **Não há nada nesse registro que sugira que as qualidades Amish de confiabilidade, autoconfiança e dedicação ao trabalho não sejam suficientes para que se encontrem mercados disponíveis na sociedade de hoje**. Na ausência de provas ao contrário que apoiem a posição do Estado, estamos relutantes em assumir que pessoas com essas valiosas habilidades e hábitos profissionais estejam condenadas a se tornarem encargos para a sociedade quando decidem deixar a fé Amish, **nem há qualquer base em registro que justifique uma constatação de que um ou dois anos de ensino formal adicionais além da oitava série serviriam para eliminar todos os problemas que possam existir.** (tradução nossa).

O relator adentra em um tópico extremamente delicado e de profundas repercussões filosóficas: o reconhecimento de um direito ao isolamento dentro de um Estado democrático de Direito liberal-igualitário. O relator acredita que, enquanto o Estado sustentar a visão de que dois anos adicionais de ensino compulsório às crianças sejam necessários para integrar a comunidade Amish ao processo democrático, suas pretensões não serão ouvidas. Na sua concepção, não existe qualquer demanda nesse sentido, na medida em que a comunidade Amish representaria o modelo ideal democrático de "sturdy yeoman" de Thomas Jefferson. E, assim, arremata:

> Até mesmo o isolamento idiossincrático deles exemplifica a diversidade que declaramos admirar e incentivar. [...] A independência e o funcionamento social bem-sucedido da comunidade Amish por um período de quase três séculos e mais de 200 anos nesse país são fortes evidências de que existe, na melhor das hipóteses, um ganho especulativo, em termos de cumprir com os deveres de cidadania, a partir de um ou dois anos a mais de educação formal obrigatória. Nesse contexto, seria necessária uma demonstração mais particularizada da parte do Estado a esse respeito para justificar a grave interferência na liberdade religiosa que o comparecimento adicional obrigatório à escola implicaria. (tradução nossa)

Noutro giro, pondera sobre a ideia de um sistema compulsório de ensino como um todo, demonstrando ter dúvidas sobre os fundamentos filosóficos que sustentam a escolha do mesmo e a sua formatação. Na sua visão, o ensino das crianças sob esse modelo seria uma inovação recente, tendo relação direta com o movimento histórico de proibição do trabalho infantil. Vejamos sua percepção sobre o advento do fenômeno educacional de massa e compulsório:

> **Há menos de 60 anos, as exigências educacionais de quase todos os Estados norte-americanos eram atendidas com a conclusão dos graus fundamentais, pelo menos quando a criança estava regular e legalmente empregada**. […] **As origens da exigência de comparecimento à escola até a idade de 16 anos**, idade que ocorre após a conclusão do ensino fundamental, porém antes da conclusão do ensino médio, **não são inteiramente claras**. No entanto, de certa forma, essas leis refletiram o movimento para proibir grande parte do trabalho infantil com idade

> abaixo de 16 anos, o qual culminou com as disposições da Lei de normas do trabalho justo (Federal Fair Labor Standards Act) de 1938. [...] Os dois tipos de estatutos – leis relativas à frequência escolar obrigatória e ao trabalho infantil – tendem a manter as crianças de certas idades fora do mercado de trabalho e na escola. Esse regime também oferece oportunidade de preparo para os que buscavam um nível de vida melhor do que se as crianças que prosseguissem sem essa escolaridade, além de proteger a saúde delas na adolescência. (tradução nossa)

Vemos, pois, que o surgimento do sistema educacional como um mecanismo paliativo para responder a proibição do trabalho infantil é, para o relator, uma ideia central nessa equação. A seu ver, na medida em que a comunidade Amish consegue equilibrar esse problema, dando a ele a sua própria solução, a obrigação de frequência escolar para crianças acima de 16 anos perderia, por assim dizer, o seu objeto:

> Nesses termos, o interesse de Wisconsin em obrigar a frequência escolar das crianças Amish até 16 anos surge um pouco menos substancial do que exigir esse comparecimento das crianças em geral. **Ao mesmo tempo em que o emprego agrícola não está totalmente fora das preocupações legítimas das leis de trabalho infantil, o emprego de crianças sob orientação dos pais e na fazenda da família de 14 a 16 anos é uma tradição antiga que se situa na periferia dos objetivos desse tipo de leis.** [Nota de rodapé 19] **Não há nenhum indício de que o emprego pelos Amish de seus filhos na agricultura familiar é de alguma forma prejudicial à saúde deles, ou que os pais Amish explorariam crianças de tenra idade**. Qualquer inferência desse tipo seria contrária ao registro adiante de nós. Além disso, o emprego de crianças Amish na fazenda da família não apresenta os aspectos econômicos indesejáveis da eliminação de postos de trabalho que, do contrário, poderiam ser de adultos. [...] **Esse caso, evidentemente, não se caracteriza por um trabalho no qual se demonstra ou é possível inferir claramente a presença de danos à saúde física ou mental da criança, à segurança pública, à paz, à ordem ou ao bem-estar**. [Nota de rodapé 20] Os registros dizem ao contrário, e qualquer confiança nessa teoria não encontraria apoio nas evidências. (Grifou-se) (tradução nossa).

Ao final de seu voto, em contraposição ao voto divergente de Douglas, Burger afirma que não seria o caso de contraposição do direito à liberdade religiosa das crianças em face de seus pais – *uma vez que as crianças não fariam parte desse litígio*:

> Os pais é que estão sujeitos à acusação no caso, por falharem de fazer com que os filhos frequentem a escola, e é o direito de livre exercício deles, não dos filhos, determinar o poder de Wisconsin para impor sanções penais aos pais. O manifestante argumenta que uma criança que expresse desejo de frequentar a escola pública em conflito com os desejos dos pais não deve ser impedida de o fazer. Não há razão alguma para que o Tribunal considere esse ponto, pois não se trata de problema do caso. Crianças não são partes no presente litígio. O Estado, em momento algum, fundamentou esse caso com a teoria de que os réus estariam impedindo os filhos de frequentarem a escola contra seus desejos expressos, e, de fato, os registros dizem ao contrário. [Nota de rodapé 21] A posição do Estado, desde o princípio, é de que tem poder para aplicar a lei de frequência obrigatória aos pais Amish, da mesma forma que a outros pais – ou seja, sem levar em conta os desejos da criança. Essa é a alegação que hoje rejeitamos. (tradução nossa).

A importância da liberdade dos pais de direcionar o futuro de seus filhos surge aqui também como um forte móvel argumentativo. Para Burger, trata-se de um dado fático e ponto

final: nenhuma mãe ou pai consulta as crianças de 14-16 sobre o seu interesse em frequentar uma escola de base religiosa. Com efeito, o papel de proteção e orientação dos pais é um fenômeno que existe como um dogma, como ele afirma *beyond debate*:

> O argumento do Estado avança sem se embasar em nenhum conflito real entre os desejos de pais e filhos. Parece fundamentar-se no potencial de que a isenção dos pais Amish em cumprir com os requisitos da lei de educação compulsória possa permitir que alguns pais ajam contrariamente aos melhores interesses de seus filhos ao lhes negar a oportunidade de fazer uma escolha inteligente entre o estilo de vida Amish e o do mundo exterior. O mesmo argumento poderia, naturalmente, ser feito com relação a todas as escolas de igrejas sem faculdade. Nada consta dos registros ou no curso normal da experiência humana que sugira que os pais não-Amish consultem via de regra as crianças com idades entre 14 e 16 anos, quando postas em escolas da igreja da fé dos pais. [...] Ainda mais marcadamente que em Prince, portanto, esse caso envolve o interesse fundamental dos pais quando comparado com os do Estado, de orientar o futuro religioso e a educação dos filhos. **A história e a cultura da civilização ocidental refletem forte tradição de preocupação dos pais para com o sustento e a educação dos filhos**. **Esse papel primordial dos pais na criação dos filhos está agora estabelecido, para além de qualquer debate, como uma duradoura tradição norte-americana**. (Grifou-se) (tradução nossa).

Justice Stewart, ao acompanhar a relatoria de Burger negou o debate sobre direitos das crianças:

> **Este caso, de maneira nenhuma, implica qualquer questionamento relativo ao direito de os filhos de pais Amish** frequentarem escolas públicas, ou quaisquer outras instituições de ensino, se desejarem fazê-lo. **Como indicado pelo Tribunal, não há sugestão alguma nos registros de que as crenças religiosas dos filhos em causa difiram de alguma forma das crenças de seus** pais. (Grifou-se) (tradução nossa).

Para corroborar a sua argumentação, trouxe à tona parte do depoimento de uma das crianças neste processo: *"P. Pelo que entendo, Frieda, o único motivo pelo qual você não vem frequentando a escola, e não a frequenta desde setembro passado, é a sua religião?" "R. Sim". "P. Esse é o único motivo?" "R. Sim" (Emphasis supplied)".* (tradução nossa). Assim, com base nesse pequeno e nada revelador depoimento, Stewart acrescenta que estaria claro para ele a irrelevância da discussão trazida à tona por Douglas em seu voto dissidente.

White também acompanhou a relatoria de Burger, mas acrescentou em seu voto considerações relevantes sobre o direito à educação e à autodeterminação das crianças e adolescentes. Afirmou que os membros da religião Amish não poderiam afastar de suas crianças o direito à educação, uma vez que estas teriam o direito de adquirir ferramentas básicas educacionais para a sua sobrevivência em sociedade. Contudo, considerando que a demanda da comunidade Amish fazia referência a apenas de alguns poucos anos de estudo, julgou-a razoável. A fim de sustentar seu raciocínio, valeu-se do seguinte trecho do *leading case* de *Brown v. Board of Education*:

> Hoje, a educação talvez seja a função mais importante dos governos estaduais e locais. Ambos as leis de frequência escolar obrigatória e os grandes gastos com educação demonstram o nosso reconhecimento da importância da educação para a nossa sociedade democrática. A escola é exigida para o desempenho das responsabilidades públicas mais básicas, assim como para servir às forças armadas. É a própria base da boa cidadania. No momento atual, trata-se do mais notável instrumento de envolvimento da criança com os valores culturais, preparando-a para a formação profissional posterior, e ajudando-a poder se ajustar normalmente ao seu ambiente. (tradução nossa).

Na sequência, Douglas reconhece que as crianças são sujeitos de direito e que o processo judicial configuraria um espaço público interessante para o debate dessa questão. Nesse sentido, apresenta uma visão sóbria sobre os possíveis conflitos decorrentes do exercício do poder parental, aventando para a possibilidade de que estas crianças de 14 a 16 anos tivessem opiniões distintas daquelas manifestadas por seus pais, desejando, portanto, manter seus estudos, e frequentar o estabelecimento de ensino. Muito embora, estejamos diante de uma decisão extensa, e decidida por uma maioria de 8x1, são nas linhas inspiradas de Douglas que as crianças renascem como seres humanos:

> **A religião é uma experiência individual**. Não é necessário, nem ao menos apropriado às crianças Amish em geral expressarem seus pontos de vista sobre o assunto de um processo de qualquer adulto. **Essenciais, entretanto, são as opiniões da criança cujo pai é o sujeito da ação**. Frieda Yoder testemunhou de fato que seus próprios pontos de vista religiosos se opõem ao ensino médio. Por conseguinte, junto aqui o acórdão do Tribunal quanto ao acusado Jonas Yoder. **O ponto de vista de Frieda Yoder, contudo, pode não ser igual aos de Vernon Yutzy ou Barbara Miller. Devo discordar, por isso, dos réus Adin Yutzy e Wallace Miller, pois a moção deles para arquivar também levantou a questão da liberdade religiosa de seus próprios filhos**. **Essa questão nunca foi apresentada de maneira direta anteriormente a hoje. Nossas opiniões são cheias de falas sobre o poder dos pais na educação do filho**. **Ver Pierce v. Society of Sisters, 268 U. S. 510; Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390. E nós, no passado, analisamos conflitos semelhantes entre pais e Estado, com pouca consideração pelo ponto de vista do filho. Ver Prince v. Massachusetts, supra.** Casos recentes, contudo, decidiram claramente que as próprias crianças têm interesses protegidos constitucionalmente. **Essas crianças são "pessoas" na acepção da Bill of Righsts.** Assim tem sido afirmado repetidas vezes. Em Haley v. Ohio, 332 US 596, ampliamos a proteção da Décima Quarta Emenda, em um julgamento estadual de um menino de 15 anos de idade. Em In re Gault, 387 US 1, 387 US 13, declaramos que "nem a Décima Quarta Emenda, nem a Declaração de Direitos destinam-se apenas a adultos". (...) **Sobre esse importante e vital assunto da educação, penso que as crianças devem ter o direito de ser ouvidas**. **Enquanto os pais, sem qualquer oposição, falam em geral por toda a família, a educação da criança é um assunto sobre o qual a criança, muitas vezes, tem uma visão clara**. **Ele pode desejar ser um pianista ou um astronauta ou um oceanógrafo**. **Para tanto, terá de romper com a tradição Amish.** (tradução nossa). (Grifou-se).

Douglas enxergou aqui quatro questões cruciais, a saber: (i) as crianças são sujeitos detentores de direitos fundamentais, e portanto, o direito à liberdade de religião de seus pais não se confunde com a sua liberdade de religião; (ii) uma vez que a decisão produzirá efeito direto sobre a vida das crianças, elas têm o direito a serem ouvidas, ou seja, de manifestar a

sua opinião sobre o assunto; (iii) as crianças são titulares do direito à educação, o que consiste em que tenham acesso a um processo educacional que lhes permita abrir portas para os seus sonhos e desejos mais íntimos; e (iv) as crianças possuem o direito à autodeterminação, vale dizer, devem ser livres para escolher se desejam ou não manter-se vinculadas à comunidade Amish. Elas devem ter as ferramentas necessárias que lhes permitam romper com a tradição Amish se assim desejarem.

3.1.3.2 Críticas infanto-geracionais

Diante de tantas questões, uma coisa é certa, ou devo dizer, "*beyond debate"*: *Yoder* é um diamante bruto, uma matéria-prima para todo e qualquer jurista que se interessa pelos debates mais profundos e mais recentes sobre uma teoria de justiça, direitos fundamentais, democracia e teoria geral do Estado. Um julgado de aproximadamente 40 páginas que desafia as nossas convicções sobre os fundamentos e os limites do liberalismo igualitário.

Nossa proposta aqui não é, contudo, e nem poderia ser, de analisar em detalhes todos esses elementos. Pretendemos apresentar aqui as possíveis críticas infanto-geracionais, as ideias e propostas defendidas pelo Justice Burger e demais magistrados, e avaliar as possibilidades abertas pelo voto de Douglas. Por certo, em alguns momentos parte dessas críticas alcançará a nossa percepção sobre as fronteiras de uma teoria de justiça que se pretende, ao mesmo tempo, liberal e igualitária, sempre, porém, dentro das possibilidades de recorte desse trabalho. Senão, vejamos.

Yoder de modo geral, ressalvando-se os votos de Douglas e White, é uma decisão tipicamente *adultocêntrica,* construída a partir de padrões adultos que se destinam por óbvio a esses mesmos adultos. Instado por Douglas a propor uma solução que levasse em consideração o *standpoint* real das crianças nesse processo, Burger entra em uma rota de negação. Ele afirma que o processo em curso não diz respeito às crianças, uma vez que elas não seriam partes formais do litígio, como se a Suprema Corte tivesse uma limitação na sua capacidade discursiva e expressiva que a vinculasse a se manifestar somente sobre os sujeitos expressamente inscritos como partes.

Trata-se de um argumento a bem da verdade camaleônico, utilizado pelo juiz de modo oportuno para desviar-se da obrigação moral de lidar com a situação real posta a sua frente – um conflito entre Estado e a autoridade parental que invariavelmente tem como efeito imediato a promoção ou vulneração de direitos das crianças em enclaves religiosos

comunitários nos Estados Unidos[400]. Tudo é uma questão de sair de um ponto de vista monolítico e hermético, de modo a percorrer a composição subjetiva do problema posto.

Não que se trate aqui de debater categorias processuais, mas este é um exercício que nos ajuda a revelar a fragilidade desse argumento. Conquanto as crianças não sejam "partes" do processo, sem dúvida a sua decisão irá afetá-las diretamente. Isso porque ao resultado final, Yoder teria o condão, como teve, de produzir resultados concretos e reais na vida dessas crianças. Logo, nenhum jurista teria dúvida em reconhecer a sua condição, no mínimo, de um "terceiro interessado" no litígio.

Em suma, nenhum juiz pode se valer de um argumento desta sorte, quando se está diante de um caso concreto que invariavelmente terá impacto na vida de centenas e milhares de crianças. Se o caso diz respeito a regular o seu modo de vida, sempre e em qualquer hipótese, os magistrados devem levar em consideração o *standpoint* dessas crianças.

Completamente alheio, pois, a essa perspectiva, Burger continua a sua rota de abstração. Incapaz de reconhecer na criança um sujeito em igual patamar subjetivo, o relator cai no equívoco de confundir a criança com a sua família, tratando todos como um bloco monolítico subjetivo, reproduzindo o que chamamos linhas acima de uma metonímia familiar – a parte é substituída pelo todo. Desse patamar, ele não consegue sequer cogitar em que situação as crianças poderiam ter demandas distintas de seus pais. Afirma o relator que a

---

[400] Ran Hirshl, Professor de Ciência Política e Direito, da Universidade de Toronto, escreveu artigo na obra coletiva editada por Tom Gisburg e Rosalin Dixon, *Comparative Constitutional Law*, intitulado *Comparative Constitutional Law and Religion*. Neste trabalho Hirshl analisa as possíveis relações existentes entre os Estados e as religiões, dividindo-as em categorias. Conquanto ele insira os Estados Unidos na categoria que ele descreveu como "Separation as State Neutrality toward Religion", percebemos como o caso Amish aqui apresentado se assemelha em muito à categoria denominada "Religious Jurisdictional Enclaves". A principal característica desse modelo, como descreve Hirshl, consiste em uma acomodação seletiva do fenômeno religioso a determinadas áreas do direito. Segundo Hirshl: "**A lei geral é secular, mas um grau de autonomia jurisdicional é concedido às comunidades religiosas, sobretudo em matéria de status pessoal e educacional**. **As principais funcionalidades desse arranjo são oriundas do sistema otomano Millet de tribunais de enclaves jurisdicionais e semiautônomos para minorias religiosas.** O conceito foi posteriormente ajustado às circunstâncias locais pelos impérios coloniais, e mais tarde herdado pelo mundo pós-colonial. Hoje é prevalente em dezenas de países da África e Ásia. Países como Quênia, **Índia e Israel concedem às comunidades religiosas ou consuetudinárias autonomia jurisdicional para seguir suas próprias tradições em diversas áreas do direito, notadamente no direito de família**. [...] No nível mais abstrato, a tensão entre essas visões concorrentes de secularismo tomou a forma de um conflito entre os direitos do grupo e os **direitos individuais de membros de grupo potencialmente vulneráveis, por exemplo, de mulheres**. A saga Shah Bano é uma boa ilustração. Tratava-se de uma mulher muçulmana, idosa, que fora divorciada do marido de quarenta e três anos, por meio da prática muçulmana de talaq, que permite ao marido realizar um divórcio unilateral e imediato. Contudo, sem recursos para sustentar a si e aos cinco filhos, Shah Bano buscou receber pensões de alimentos por meio dos tribunais". O que vemos, portanto, é que a proposta básica de muitos desses projetos de enclaves religiosos é a criação de um direito de família próprio protetivo do monopólio de poder da autoridade familiar, em regra, o pai de família. Não é à toa que também buscam acomodação de suas crenças religiosas aos sistemas educacionais. Trata-se de uma política que visa manter as crianças, também aqui reconhecidos como um grupo familiar vulnerável, dependentes e controladas desse *millet*. HIRSHL, Ran. Comparative Constitutional Law and Religion. In GISBURG, Tom; e DIXON Rosalyn (Ed.) *Comparative Constitutional Law.* Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2011. p. 422-440, p. 433. (tradução nossa). (Grifou-se).

autoridade parental sobre os filhos é um dogma para além de qualquer debate. Se os filhos de uma família católica, por exemplo, não podem escolher frequentar uma escola católica, por que daríamos essa prerrogativa às crianças da comunidade Amish?

Se por um lado Burger reconhece que a criança não é uma mera criatura do Estado, fazendo referência ao voto condutor de *Pierce v. Society of Sisters*, por outro, ele é incapaz de reconhecer que as crianças tampouco são meras criaturas dos pais. Embriagado pelo seu *standpoint* (parental, talvez), Burger chega a sugerir que o trabalho na agricultura realizado com a devida orientação dos pais não seria propriamente um trabalho, mas uma projeção da harmônica relação familiar. Para sustentar sua afirmação, traz à tona a ideia de que, no mundo ocidental, teríamos um histórico de proteção e cuidado das crianças.

Pois bem. A visão de Burger é uma projeção pessoal de uma parentalidade idealizada. Conquanto de fato possa haver uma presunção a favor dos pais, inspirada na matriz liberal de John Stuart Mill, de que os próprios sujeitos são aqueles mais capazes de tomarem decisões para si próprios, e nessa esteira, para os seus próprios filhos, estamos diante de uma presunção apenas relativa. E sob esse aspecto, a história não é bem essa de uma proteção integral e total das crianças. Muito pelo contrário. Este é o discurso construído. Se a história real é capaz de nos ensinar algo, é que a relação de uma autoridade local com as crianças é sempre uma relação conturbada e sujeita aos mais diferentes conflitos político-associativos. Não podemos perder de vista que a criança é o sujeito que nasce na condição de governado, em uma relação de dependência profunda, física e emocional de seus pais. Estamos naturalmente diante de uma estrutura relacional que favorece a postura da autoridade e da hierarquia. A ausência de qualquer controle social sobre estruturas dessa natureza tende a permitir lógicas abusivas em relação aos membros mais vulneráveis.

O que pretendemos aqui, pois, é questionar essa visão romantizada das relações familiares. Isso não significa que não se esteja de fato diante de uma associação íntima e afetiva. Apenas estamos pontuando que existe o benefício da dúvida sempre. E que se, por um lado, de fato, existe uma presunção social a favor da autoridade parental, no que diz respeito à criação e educação de suas crianças, por outro, a realidade impõe invariavelmente que esta seja uma presunção relativa, passível de questionamentos, e não uma categoria extraterrena, acima do bem e do mal.

O segundo ponto de crítica, que não deixa de ser corolário do primeiro aspecto – a incapacidade de pensar sob um *standpoint* da criança - diz respeito ao debate bastante simplista sobre o sistema de educação compulsória adotado em regra nos Estados democráticos de Direito. Em todo seu discurso, Burger pensa na educação sob uma ótica

histórica. Ele avalia que se trata de um fenômeno recente, inclusive reconhecido posteriormente à liberdade de religião. Ele avalia que, conquanto a educação tenha o mérito de instruir as crianças e formar pessoas mais bem preparadas e com capacidades mais bem elaboradas para o mundo, não haveria razão para supor que o processo educacional nesses termos fosse uma preocupação essencial dos *founding fathers*[401].

Em suma, Burger não reconhece na educação compulsória um valor superior às demandas de natureza religiosa. Ele acredita que o aporte educacional exigido pelo Estado pode ser substituído tranquilamente pelas atividades da comunidade Amish, sem qualquer prejuízo para as crianças ou para o mercado de trabalho. Isto é, ele compartilha conosco mais uma preocupação adultocêntrica submersa nas camadas históricas de proibição do trabalho infantil – a busca por parte dos homens em afastar do mercado de trabalho possíveis concorrentes – as mulheres e as crianças. É por isso que Burger tece esse comentário, a partir da ideia de que a retirada das crianças das escolas para o início de uma vida de trabalho não mexeria no sistema criado pelo mundo adulto – a educação compulsória de crianças - na medida em que elas não entrariam propriamente no mercado, mas se manteriam como agricultores na própria comunidade Amish.

A crítica central a este pensamento decorre da total falta de preocupação em se buscar categorias epistemológicas capazes de responder de forma verdadeira a questão posta – os fundamentos filosóficos de um sistema de educação compulsória. Se nos deparamos com um embate que tem por objetivo definir o papel do Estado como regulador da educação das crianças, e os reais objetivos dessa empreitada, o mínimo que o magistrado deveria ter buscado era estudar as principais teorias de educação existentes, para poder ter uma ideia do que estava de fato em jogo. Em termos pedagógicos, qual é a função das escolas? De que forma o ensino se estrutura? Quais são os seus objetivos e as diferentes correntes filosóficas? Quais são os principais estudiosos da área educacional e o que eles dizem?

Se estamos diante de um debate que vai influenciar a realidade de milhares de crianças, o mínimo que podemos fazer é tentar entender o que é a educação como uma ciência. Para isso, caberia a todo e qualquer magistrado passar seus olhos pelas ideias de John Dewey, Maria Montessori, Erik Erikson, Piaget, Paulo Freire e Lev Vigotsky, entre outros. A simples referência histórica a um mundo que um dia existiu sem um sistema educacional desse porte não condiz com a realidade contemporânea que de fato existe em torno das

[401] A referência aos fundadores da nação como *founding fathers* é extremamente interessante. A dualidade desse sujeito tão bem representada por uma única expressão – fundador do espaço público, ator participativo e integrante da pólis, e pai de família, representante oficial da autoridade familiar. Uma única expressão tão carregada de significado. Quem seriam as *founding mothers* e as *founding children*?

crianças de hoje. Tratá-las como escravas de um ambiente histórico, em prol da manutenção de uma fantasia romantizada sobre o passado, é um exercício de egoísmo desmedido. Que os adeptos da religião Amish pensem assim, tudo bem, mas cabe ao magistrado superar as diferentes propostas apresentadas, para construir uma solução que seja mais consentânea com a proteção dos direitos fundamentais das crianças.

Ninguém duvida que a educação é um direito de peso nessa balança. E isso não significa um simples projeto de ensino qualquer. Mas um bem fundamentado modelo de educação, estruturado com um currículo abrangente, com professores devidamente qualificados, com espaços adequados para as crianças. Enfim, todo um aparato educacional adaptado às suas necessidades presentes e futuras. Não temos a pretensão neste trabalho de fazer essa composição, uma vez que, por razões óbvias, este tema se apresenta aqui em seu caráter marginal. Com efeito, cabe repisarmos a importância de um debate amplo sobre o processo de educação e aprendizagem, considerando todo o aporte teórico a nossa disposição. Não é possível imaginar que um debate desse porte seja resolvido somente pelas ideias de um ou dois magistrados, concebidas a partir de um *standpoint* incapaz sequer de reconhecer a criança como o protagonista desse enredo.

Por fim, a terceira crítica diz respeito a uma possível concepção do direito à educação como uma vertente de um *direito de saída* para as crianças. Veja-se que Burger apresenta este como um dos argumentos trazidos à tona pelo Estado, mas prontamente o rechaça. A seu ver, a ideia apresentada pelo Estado de que as crianças poderiam querer desligar-se da comunidade Amish seria completamente desprovida de qualquer sentido. Seria uma mera especulação.

Nós pretendemos aqui ampliar essa categoria jurídica, pensando como a educação pode de fato se conformar como um *direito de saída*, sob diferentes aspectos. Primeiramente, contudo, entendo necessário tecer algumas notas gerais sobre os *direitos de saída*, a fim de situarmo-nos nesse debate.

Trata-se de uma ideia trabalhada por diversos autores, dentre eles Joel Feinberg, Eamonn Callan, Susan M. Okin, Will Kymlicka, Joseph Raz, William Galston e Chandran Kukathas. Todos eles escrevem sobre teoria de justiça sob o aspecto multicultural. Seus estudos evidenciam os limites e as contradições de um Estado democrático de Direito fundado em premissas liberais compromissadas com duas categorias conflitantes – a autonomia e a tolerância. Nessa esteira, abordam o tema de *exit rights* – direitos de saída.

A questão que inspira tais acadêmicos consiste em saber até que ponto uma sociedade liberal pode conviver e tolerar práticas abusivas e autoritárias de grupos minoritários, voltadas à discriminação de seus membros mais vulneráveis, e, em quais casos, deve-se garantir a esses

membros duplamente minoritários a proteção de direitos fundamentais, como *direitos de saída*, isto é, de se libertarem dessas minorias opressoras, para construírem um caminho próprio de autodeterminação. Esta é uma das questões mais difíceis a serem enfrentadas no mundo contemporâneo. Que mecanismos podem ser criados para garantir uma última porta para esses sujeitos que sobrevivem em uma realidade cultural particular, devidamente reconhecida em seu *status*, porém opressora.

No artigo *Mistresses of their own destiny: group rights, gender, and realistic rights of* exit[402], publicado originalmente pela Revista *Ethics* no ano de 2002, Okin apresenta-nos à discussão acadêmica acerca dos direitos de saída, tendo como referencial as seguintes obras/artigos: (i) *Multiculturalism: a liberal perspective* (Joseph Raz); (ii) *Two Concepts of Liberalism* (William Galston); e (iii) *Are there any cultural rights?* (Chandran Kukathas). Nesse trabalho, Okin questiona as teses de tolerância defendidas pelos autores supracitados, alegando que apenas o reconhecimento de direitos de saída não é suficiente para a proteção de direitos fundamentais dos sujeitos mais vulneráveis desses subsistemas, em regra, as mulheres e as crianças. Afirma ainda que o reconhecimento formal de direitos de saída seria uma falácia, na medida em que muitos desses sujeitos não possuem ferramentas sociais reais para valer-se de tais direitos, uma vez inseridos em um contexto cultural opressor. Nas palavras de Okin:

> Muitos argumentos recentes de direitos ou isenções de grupos culturais, religiosos ou outros que não são propriamente liberais baseiam-se em premissas liberais – se o valor liberal central for autonomia individual ou tolerância pela diversidade de formas de vida. Qualquer defesa consistente de direitos de grupo ou isenções, baseada em premissas liberais, tem de assegurar que pelo menos um direito individual – o direito de sair de seu grupo de origem – supera qualquer direito de grupo. As implicações disso serão exploradas mais tarde, porém, por diversos motivos, a alegação em si parece incontestável *prima facie*. Não ser capaz de deixar o grupo em que se foi criado para um modo de vida alternativo é uma violação grave do tipo de liberdade que é fundamental ao liberalismo. Na verdade, os defensores dos direitos de grupos que não adotam nem praticam os princípios liberais no que diz respeito a seus próprios membros justificam frequentemente esses direitos de

[402] O título é uma referência ao voto de Douglas no caso Yoder. Okin traça um paralelo entre a ideia de autonomia dos homens e a necessária ideia de subordinação das mulheres, a partir de uma mesma expressão: "*Justice* William Douglas, escreveu: 'Se um pai mantiver seu filho fora da escola depois do ensino fundamental, a criança estará para sempre impedida de entrar no mundo da nova e surpreendente diversidade que temos hoje. A criança pode decidir que essa é sua direção preferencial, ou pode se rebelar. Trata-se de um julgamento do estudante; não dos pais', que será essencial se quisermos dar sentido pleno à Declaração de Direitos e ao direito dos estudantes de serem ***donos do seu próprio destino***. Se ele estiver atrelado ao estilo de vida Amish, por aqueles que têm autoridade sobre ele, e se sua educação for truncada, toda a sua vida pode ficar atrofiada e deformada. (Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 245-6 [1972], Justice Douglas dissenting)'. Converter a frase em 'amantes de seu próprio destino' gera uma inevitável ironia, já que não existe nenhuma forma aparente de aplicá-la especificamente a jovens mulheres sem usar uma palavra com conotações sexuais e que faz referência a elas em relação aos homens". OKIN, Susan Moller. Amantes de seu próprio destino: direitos de grupo, gênero e direitos realistas de saída. In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007. p. 134-148. p. 146. (tradução nossa).

> modo provisório: todo grupo ao qual tais direitos são conferidos deve (pelo menos) conceder a seus membros o direito de saída. Parece, além disso, que qualquer defensor liberal dos direitos de grupos deve reconhecer que os indivíduos precisam ser não apenas formalmente livres, mas de forma consistente e mais ou menos livres de modo equânime para deixar suas religiões ou culturas de origem: **precisam ter direitos realistas de saída**[403]. (Grifou-se) (tradução nossa).

O que podemos extrair para além das teses apresentadas por esses acadêmicos, é que, conquanto existam dúvidas sobre direitos fundamentais a serem protegidos pelo Estado de Direito nesse contexto, todos sem dúvidas reconhecem a categoria de direitos de saída como um *standard* mínimo de proteção de minorias de enclaves religiosos ou culturais. O debate, pois, gira em torno de conceber propostas que transformem a ideia abstrata de um direito de saída em um caminho efetivamente real e substantivo.

Com efeito, as ideias de se construir uma conexão entre o direito à educação e os direitos de saída visam responder em parte essa demanda. Além disso, a proposta aqui apresentada não se restringe à lógica macrossistêmica, isto é, de enclaves religiosos/culturais em face do Estado. Pensamos que o direito à educação concebido como um direito de saída funciona também, em última instância, como um elemento microssistêmico. Não se trata apenas de garantir recursos e ferramentas às crianças pertencentes a enclaves religiosos-culturais-ideológicos, mas a todas as crianças, uma vez que independentemente da pauta ideológica familiar, todas existem na condição de sujeitos governados imediatamente por uma autoridade local, em situação de dependência absoluta ou relativa.

Isso posto, precisamos agora ultrapassar o paradoxo liberal à nossa frente. Com relação ao caso concreto, o que vemos de modo geral é que a comunidade Amish fundamenta-se em duas ideias bastante claras: (i) o isolamento da sociedade contemporânea; e a (ii) preservação de práticas conservadoras típicas de um tempo pretérito. Com efeito, esta comunidade impõe um ônus religioso excessivo em cima das crianças – sujeitos que existem no tempo presente (being), e com expectativas futuras (become), e que surgem nesse microssistema, na condição de membros involuntários-aderentes.

Essa proposta teológica, conquanto válida para os adultos, a partir de um patamar liberal consagrado por Stuart Mill na sua famosa obra *On Liberty*[404], revela o seu exato oposto quando inaugurado a partir de uma imposição de uma autoridade parental sobre um sujeito governado, sem voz, e sem reconhecimento social. Se essa é uma escolha subjetiva e autorreferente válida, o mesmo não se pode dizer em relação às suas crianças.

---

[403] OKIN, Susan Moller. Mistresses of their own destiny: group rights, gender, and realistic rights of exit. In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007. p. 134.

[404] MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: John W. Parker and Son, 1859.

Veja-se que não foi à toa que Douglas foi citado pelos seus colegas. Em seu voto de divergência, traz à tona o ponto nodal do precedente: o fato de que os Amish revindicam o exercício de sua convicção religiosa de forma livre não só em nome próprio, mas também em nome de seus filhos. E critica o fato de que a relatoria tenha desconsiderado as crianças no caso concreto, como se o direito à liberdade religiosa destes sujeitos sequer estivessem em pauta.

Pensando o problema sob outra ótica: se a comunidade Amish precisa tanto desses adolescentes de 14 anos cerceados na sua liberdade e presos à vida comunitária para evitar o seu desmantelamento, isso significa implicitamente que existe no mínimo uma dúvida sobre o real sentimento desses adolescentes, no que tange a continuar vivendo sob as regras dessa mesma comunidade. Se existe essa dúvida, ao contrário do que propôs Burger, não se trata de uma mera especulação, mas de uma situação real e fática vivenciada pelo grupo – o desejo do adolescente de escolher por conta própria o seu projeto de vida – que pode, ou não, ser o mesmo daquele experimentado pelos seus pais. Os Amish ou quaisquer outras famílias não podem querer obrigar que seus filhos vivam uma réplica das suas vidas.

Estamos diante, pois, do paradoxo liberal – em algum momento alguém tem que ceder nas suas liberdades. Se levarmos a ideologia liberal ao seu extremo, a ferro e fogo, permitindo que as comunidades Amish ou quaisquer outros enclaves jurídicos, religiosos ou ideológicos existam como *millets*[405], ou as próprias famílias, de um modo geral, teremos como consequência imediata a supressão de liberdade das minorias nele contidas. Se nós impusermos normas mínimas de integração a essas comunidades, nós protegeremos direitos de uma minoria duplamente governada, em detrimento da liberdade dessas comunidades.

Por certo não existe aqui um caminho fácil. Considerando que as crianças naturalmente padecem de um déficit representativo social e democrático, entendo que a preferência invariavelmente na solução desse paradoxo é delas. E aqui, surge o direito à educação regular como uma categoria de direito de saída. Na dúvida entre esse embate de

[405]Muito embora referências usuais sobre o sistema de *millets* indiquem sua origem no mundo islâmico e também no Império Otomano, Tamin Ansary, autor da obra *Destino interrompido: a história do mundo através de olhos islâmicos*, reconduz sua história ao Império Persa, no ano 550 a.C. Senão, vejamos: "No entanto, o Império Persa se destaca por vários motivos. Para começar, os persas eram o oposto dos assírios. Haviam desenvolvido uma ideia completamente oposta de como governar um vasto reino. Em vez de erradicar nações inteiras, eles as reassentavam. Libertaram os hebreus do cativeiro e os ajudaram a voltar para Canaã. Os imperadores persas seguiam uma estratégia multicultural, de muitos povos sob uma mesma tenda. Controlavam seu enorme reino deixando que todos os diferentes povos que o constituíam vivessem suas próprias vidas de acordo com costumes e tradições próprios, sob o domínio de seus próprios líderes, desde que pagassem os impostos e aceitassem alguns dos decretos e exigências do imperador. Mais tarde, os muçulmanos adotaram essa ideia, a qual persistiu ao longo da era otomana". ANSARY, Tamim. *Destino interrompido: a história do mundo através de olhos* islâmicos. Nova York: Public Affairs. 2009. pp. 7-8. (tradução nossa).

liberdades, o direito à educação fora do ambiente familiar surge como um meio do caminho – uma forma de garantir oxigenação à vida em família, sem que seja necessário mexer na sua estrutura associativa. A escola, pois, deve ser vista como um mecanismo de segurança da criança, não apenas considerada no seu aspecto futuro (becoming), mas também na dimensão imediata (*being*).

Joel Feinberg, autor do artigo intitulado *The Child's right to an open future*, originalmente publicado no ano de 1980, no periódico *Freedom & Fulfillment: Philosophical Essays*, inaugura a ideia de uma categoria de direitos de autonomia para as crianças, sob uma perspectiva *futura*. Para o acadêmico, conquanto não se pudesse conceber uma ideia ampla de autonomia para as crianças no tempo presente, elas teriam direito a determinadas categorias jurídicas capazes de garantir a construção de uma vida com autonomia em perspectiva[406]. Quando os pais não são capazes de defender tais direitos e interesses, o Estado deve valer-se da sua condição de autoridade central para assumir o que seria uma "função parental", capaz de resguardar os direitos futuros de autonomia das crianças.

Feinberg também, por óbvio, debruça-se sobre Yoder. Sua análise é no sentido de que a educação proposta pela comunidade Amish está longe de garantir às crianças direitos de autonomia em perspectiva. A educação fornecida pela comunidade não é capaz de atender as demandas reais da sociedade contemporânea, e com isso, garantir um direito real de retirada futura das crianças. Ela torna esse processo de escolha de retirada para um projeto autônomo na vida futura não apenas muito mais difícil, mas praticamente impossível. Feinberg entende que:

> A educação que gera uma criança adequada a apenas um estilo de vida confisca irrevogavelmente suas outras opções. A criança pode se tornar engenheiro, médico, cientista de pesquisa, advogado, ou executivo de negócios. As chances são boas de que as propensões herdadas sejam limitadas em um grande número de casos, e, em quase todos os casos, as decisões críticas de vida terão sido tornadas irreversivelmente para uma pessoa bem antes de ela atingir a idade de pleno discernimento, quando se deve esperar, em uma sociedade livre, que a pessoa as tome por si mesma. Estar preparado para tudo, inclusive o pior, neste mundo complexo e incerto, parece exigir tanto conhecimento quanto a criança pode absorver por todo o período de sua menoridade. [...] Uma decisão imparcial assumiria apenas que a educação deve equipar a criança com o conhecimento e as habilidades que a ajudarão a escolher o tipo de vida que melhor se adapta às suas

[406] "Quando sofisticados direitos de autonomia são atribuídos a crianças que ainda não são claramente capazes de exercê-los, seus nomes se referem a direitos a serem reservados à criança até que ela se torne um adulto, mas que podem ser 'antecipadamente' violados, por assim dizer, antes que a criança tenha condições de exercê-los. A conduta de violação assegura, no momento, que quando a criança for um adulto autônomo, determinadas opções fundamentais já estejam fechadas para ela. Seu direito enquanto ainda criança é ter essas opções futuras mantidas em aberto até que, tendo se tornado um adulto autodeterminado, plenamente formado, sendo capaz de fazer escolhas dentre as opções." FEINBERG, Joel. "O direito da criança a um futuro aberto", In CURREN, Randall. Philosophy of Education: an anthology. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007. pp. 112-123. p. 113.

> aptidões naturais e às disposições resultantes do amadurecimento. Deve ser enviada ao mundo com o maior número possível de oportunidades abertas, maximizando assim suas chances de autorrealização[407]. (tradução nossa).

Feinberg põe em debate, portanto, a possibilidade de que a conduta dos pais, mesmo considerada legítima, como por ex. o exercício da liberdade de religião, seja capaz de atingir em essência a liberdade do indivíduo, negando-lhe as ferramentas necessárias a um processo de amadurecimento e de tomada de decisões essenciais para o seu futuro como adulto. Sob essa ótica, o que por um lado consiste na proteção do direito à liberdade religiosa e de privacidade na escolha do processo educacional dos pais, corresponde, por outro lado, à violação do direito à educação[408] das crianças e adolescentes que, por sua vez, se traduz a médio e longo prazos, na extirpação quase por completo da liberdade de escolha desses agentes. Para o autor, Yoder representa um caminho de submissão, de violação ao mais caro dos direitos de todo e qualquer ser humano: a sua autodeterminação futura[409].

As ideias de Feinberg são sobremaneira relevantes, e na essência preenchem um espaço importante sobre o papel do sistema educacional na formação do indivíduo a longo prazo, garantindo a ele, assim como fez Montessori, as ferramentas abstratas apropriadas para a construção paulatina da sua autonomia. Entretanto, seu texto peca um pouco pelo uso do sujeito adulto como paradigma. A sua teoria, lida de forma isolada, nos faz crer que a criança esteja em um período de incubação, sem direitos ou subjetividade a ser preservada. Parte-se da ideia de que somente o indivíduo na condição de um adulto, como o próprio título do seu trabalho evidencia, será capaz de usar enfim o projeto desenhado ao longo de tantos anos. E nessa esteira, indago-me: não teria a criança também o direito a um presente aberto ("open present")?

A ideia do direito à educação como um direito de saída, não só no tempo futuro, mas também no tempo presente, pode ser concebida de duas formas. A primeira delas seria

---

[407] FEINBERG, Joel. "The child's right to an open future", In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007. p. 115-116.

[408] A discussão sobre o sentido contemporâneo do conceito de "educação" é o ponto-chave das críticas à atividade de "homeschool" reconhecida como uma educação em casa. Este tema será abordado de forma mais detalhada nos comentários finais.

[409] Optamos por usar o termo *autodeterminação* com o objetivo de criar uma distinção da ideia de *autonomia*. Em se tratando de crianças e adolescentes, não é possível, por óbvio, afirmar que são seres humanos autônomos, quando dependentes e sujeitos às consequências diretas do exercício do poder familiar. Ao revés, é possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que são titulares de um direito à autodeterminação – isto é, possuem como todas as outras pessoas o direito de se desvincularem de qualquer relação opressiva, e de determinarem-se como indivíduos, de tomarem decisões sobre a sua própria vida e o seu futuro. A distinção aqui criada, como toda e qualquer outra sujeita às críticas e objeções dos leitores, tem por finalidade facilitar a nossa compreensão sobre o sentido e o alcance dos direitos fundamentais para este momento delicado da vida do ser humano. Com base nesse raciocínio, podemos construir a ideia de que crianças e adolescentes possuem o direito à autodeterminação conquanto não sejam seres humanos autônomos.

construída a partir da ideia de Feinberg – a escola como uma rota fuga não apenas para um futuro autônomo, mas também como uma garantia criada para as crianças no tempo presente.

Podemos pensar aqui na seguinte analogia. O Estado assegura à família que a sua casa seja murada, mas ele determina que essa casa seja construída com portas e janelas, e uma escada de incêndio (uma rota de fuga). Com isso, o Estado garante a autonomia e a intimidade familiar, mas permite que em casos extremos como um incêndio, as pessoas tenham por onde escapar. A ideia da escola como um direito de saída no presente sustenta-se no mesmo raciocínio. O Estado cria um mecanismo que na sua essência, tem como objeto promover o aprendizado e garantir a educação das crianças, mas ele funciona também como uma rota de fuga em caso de necessidade. Nas escolas, as crianças irão conviver com outras pessoas (outros não-família), adquirindo ferramentas não só para a construção de um projeto de vida profissional-familiar futuro, mas também para lidar com os conflitos políticos familiares do presente.

A escola pode ser vista como um mecanismo de salvaguarda, capaz de permitir a criança transitar entre esses dois mundos, ou mesmo buscar caminhos de saída em situações extremas de vulneração de direitos fundamentais. Essas válvulas de escape são essenciais para a proteção das crianças como um todo. Ademais é uma forma de adequar as expectativas dos pais à realidade do mundo. A sociedade não é composta por associações ou grupos fechados e estanques. Como visto ao longo desse estudo, a sociedade é, sem dúvidas, uma composição de diversas camadas associativas intimamente conectadas. Existem inúmeros fluxos de ideias que transitam entre os microssistemas familiares e os possíveis macrossistemas. Todos os indivíduos fazem parte desse processo de fluxo de ideias e informações.

Noutro giro, não podemos depois de tudo que foi dito, manter uma concepção idealizada da família, como se atos de violência e abuso acontecessem em um universo distante. A verdade é que nós não sabemos o que se passa na casa de cada um, e nem achamos que seja função do Estado bater de porta em porta, procurando informações. Por outro lado, nós sabemos que o ser humano é falho e vulnerável, e, sob esse aspecto, nós não podemos perder de vista que todos somos capazes de perpetrar atos de abuso e de injustiça.

Todos os pais possuem o germe da opressão e do domínio na sua natureza. Não porque sejam pessoas ruins, ao contrário, porque são seres humanos sujeitos às mais diversas emoções e irracionalidades. Com efeito, a regulação da educação deve levar isso em consideração. Isso é ver a educação sob o *standpoint* da criança. Não é aconselhável que uma estrutura como a família que, em si, já é dotada de fortes mecanismos de opressão e poder sobre sua prole funcione como um feudo, afastando seus membros do convívio social com o

mundo externo. Se essa é uma escolha válida para um sujeito autônomo, que responde por si mesmo e assume a responsabilidade sobre a sua própria vida, essa não é uma escolha válida para uma criança que existe nesse microssistema como um sujeito governado, e, portanto, vulnerável a práticas de abuso de autoridade. Na dúvida, nós precisamos garantir a existência de uma rota de fuga para todos.

Veja-se bem a natureza intermediária dessa solução. O Estado não optou por adentrar na casa daquela família e retirar a criança de seu âmbito de incidência, nem destituiu o poder familiar. Ele apenas está dizendo: eu não faço questão de saber o que se passa na sua casa ou como você vive. Estou apenas determinando que a sua casa tem que ter portas, janelas e uma escada de incêndio. Isso é a educação como um direito de saída. Essa configuração é um modelo ideal para a regulação, porque ela existe como uma forma de seguro. Se houver um ato abusivo, a criança terá uma rota de fuga. Além disso, tal como uma regra de divórcio, a sua existência, por si só, é um desincentivo ao abuso de autoridade no âmbito familiar.

Se a comunidade Amish, ou qualquer outra comunidade, ou família, pretender opor-se a essas regras – nossa religião ou ideologia de vida não permite a construção de portas e janelas, nem escadas de incêndio, caberá ao Estado dizer: sinto muito. Nós entendemos as suas convicções religiosas e ideológicas e as respeitamos. Mas assim como vocês têm limites, nós também os temos. Assim como vocês acreditam na sua teologia, existem milhares de pessoas que acreditam que a minha missão como Estado é promover a justiça para os mais vulneráveis da sociedade, e eu não posso negar a minha existência e a minha filosofia última. Dada a condição de vulnerabilidade social e democrática das crianças, elas têm a preferência aqui.

A segunda ideia que gostaria de compartilhar aqui - a percepção da escola como um direito de saída – fundamenta-se na teoria do amadurecimento winnicottiana. Esta visão abrange, pois, o tempo presente e o tempo futuro, na medida em que reconhece no direito de movimento social da criança, uma categoria de direito de saída temporário. Estamos diante de um movimento rumo à autonomia que se inicia nos primeiros dias de vida e segue um fluxo contínuo até a vida adulta – desde um início de dependência absoluta, de demanda por um ambiente facilitador primário adaptado até a reconstrução e adaptação desse ambiente parental, às fases seguintes de dependência relativa e de conquista de autonomia, sobretudo do adolescente.

A criança tem o direito de se movimentar nesse círculo familiar/não-familiar, seja no seu tempo presente, inaugurando ciclos de idas e vindas rotineiros, seja no tempo em perspectiva (visto como um ciclo contínuo): desde quando a criança precisa existir como uma

unidade associativa até o momento em que ela precisa reconhecer-se como sujeito unitário-individualizado em face da família e do mundo.

A criança tem o direito a viver em uma sociedade ampliada, um espaço onde ela seja capaz de encontrar um outro não-família; ou simplesmente sair de casa ou do âmbito de incidência constante e intermitente dos pais; descansar das demandas parentais e dos conflitos familiares. Não se trata propriamente de um direito de retirada, mas um direito de respirar, de sair e voltar, de percorrer o caminho proposto por Winnicott de idas e vindas entre a família e o mundo. Senão, vejamos a seguinte lição de D. W. Winnicott sobre a política de lealdades e deslealdades familiares e o possível papel da escola nesse contexto:

> Reconheço, é claro, que há características positivas e libidinais nos sentimentos referentes ao jogo familiar, mas o conteúdo que cria excitação está muito associado à questão das lealdades cruzadas. Nesse sentido, o jogo familiar é um preparo perfeito para a vida[410]. ***A escola pode fornecer, com facilidade, um alívio tremendo para a criança que vive em família***. Para crianças pequenas, que brincam a maior parte do tempo, as brincadeiras da escola não são assim tão básicas, e logo passam a jogos que desenvolvem habilidades. Há aqui uma questão de disciplina gradual, e tudo isso é uma simplificação muito bem-vinda para alguns e muito irritante para outros. Uma simplificação muito precoce, do tipo que a escola promove relacionada ao jogo familiar de crianças que vivem em família, pode ser vista como um empobrecimento, pelo menos para aqueles que suportam o jogo familiar e cujas famílias suportam o fato de que as crianças estão brincando de família. Em comparação, pode-se ver que filhos únicos solitários têm tudo a ganhar indo logo para um grupo de jogo, onde, em alguma medida, o brincar pode ter relações interpessoais e lealdades cruzadas criativas para a criança[411]. (Grifou-se.)

O amadurecimento saudável da criança e de qualquer ser humano requer esse movimento. Isso não significa que a criança irá se desvincular do núcleo familiar – mas que ela estará pavimentando o seu caminho de amadurecimento e autonomia. A educação surge aqui sob outra ótica, portanto, menos sob o aspecto do aporte informacional, do raciocínio e do aprendizado científico, e mais como uma *arena pública*, *um espaço público*, para a criança poder desenvolver livremente a sua personalidade sem o olhar intenso, imediato, diário e constante de seus pais. Mesmo quando a criança está "separada" de sua família, ela existe e vive com os elementos familiares à sua disposição, em um mundo intermediário mais ameno – o da criatividade e da fantasia[412]. Para Winnicott:

---

[410] Aqui apenas gostaríamos de ressalvar nossa opinião de que, para a criança, a vida familiar não é só um preparo para a vida, mas a própria vida real e imediata da criança concebida como um sujeito no tempo presente.
[411] WINNICOTT, D. W. *Op. cit.* p. 134-135.
[412] Eamonn Callan analisa no artigo intitulado *Justice, Autonomy and the Good*, a obra e a vida de Isaac Bashevis Singer, em especial os títulos *The Slave* e *Love and Exile*. O autor cria um personagem que é escravizado e se separa da sua comunidade cultural original. Nada obstante, os valores que haviam marcado a sua formação nunca o abandonam. Mesmo quando este é renegado pelos seus pares, ele ao fim e ao cabo continua a agir

> Nesse sentido pode-se mostrar que a saúde tem relação com o viver, com a saúde interior e, de modo diverso, com a capacidade de se ter uma experiência cultural. Em outras palavras, havendo saúde, não há separação, pois, na área do espaço-tempo entre a criança e a mãe, a criança (e portanto o adulto) vive criativamente, fazendo uso do material disponível. Pode ser um pedaço de madeira, ou um dos últimos quartetos de Beethoven! Isso representa um desenvolvimento do conceito de fenômenos transicionais. [...] A criatividade é, portanto, a manutenção através da vida de algo que pertence à experiência infantil: a capacidade de criar o mundo[413].

Nessa mesma esteira, podemos fazer uma leitura conjugada da ideia winnicottiana à teoria educacional de Lev Vigostky. Não se trata apenas da escola como um ambiente de aprendizado "científico", mas de um espaço livre de experimentos necessários ao que Carol Mooney chama de função executiva – isto é, de um exercício de convívio social e a prática do autocontrole mínimo para a convivência saudável em um ambiente comum e plural. Mooney nos ensina:

> Embora muito se saiba sobre os efeitos positivos do jogo de faz de conta em termos de alfabetização social e do desenvolvimento matemático precoce de crianças, uma pesquisa mostra que o jogo de faz de conta também tem efeitos positivos sobre o desenvolvimento de competências de autorregulação em crianças pequenas (Singer, Golinkoff, and Hirsh-Pasek 2006). A zona de desenvolvimento proximal é inerente ao jogo de faz de conta, pois é no decorrer desse tipo de jogo social que as crianças apresentam comportamentos frequentemente acima do esperado para a sua idade e acima de seu comportamento diário. À medida que as crianças participam do jogo de faz de conta, estão praticando a regulação do comportamento natural – elas regulam outras crianças, dizendo-lhes o que fazer; regulam-se por ficar em seus papéis tentando não fazer nada que possa interromper o fluxo do jogo; e são regulados por outras crianças quando essas concordam com papéis e regras que podem não ser as que tinham em mente[414]. (tradução nossa).

---

buscando respeitar e adequar-se a esses valores. Trata-se de uma ficção com uma inspiração inegável na vida familiar do autor. Entretanto, Singer iniciou uma trajetória pessoal e filosófica diferente de seu personagem, desgarrando-se dos valores típicos de uma família tradicional judaica polonesa. Então, Singer em algum espaço que não é propriamente o familiar, nem o real, constrói algumas possibilidades de subjetividade ficcional. Ele pode com a sua obra pertencer aos dois mundos. Muito embora, ele afirme ao final de *Love and Exile* que ele está perdido nos Estados Unidos, perdido para sempre, toda a sua produção literária ressona exatamente o contrário. Ele encontrou de alguma maneira na criatividade/fantasia a forma de resolver e viver em paz com o seu projeto de vida sem abandonar a sua experiência infantil. Vejamos alguns trechos do artigo de Eamonn Callan: "A história de Jacob tem lugar no século 17, na Polônia, nos anos imediatamente após uma invasão cossaca. A família de Jacob foi assassinada, e ele foi vendido como escravo em um lugar distante de sua aldeia natal. Lá, tenta manter sua fé apesar do total isolamento de seus companheiros judeus, da dúvida recorrente sobre a bondade de Deus e de seu amor por Wanda, uma herege que lhe demonstra grande bondade durante a escravidão. […] Meu contraste para Jacob of Josefov é seu criador. A história de Isaac Bashevis Singer exibe um padrão muito diferente da vida de Jacob [...]. O irmão apresenta-o à literatura secular e à ciência moderna, e embora essas duas não lhe deem nenhum credo pelo qual ele possa viver, servem para aliená-lo ainda mais da fé de seus pais. A fé permanece como algo a ser admirado, mas a uma distância que o próprio Singer não consegue atravessar". CALLAN, Eamonn. "Justice, Autonomy and the Good", In CURREN, Randall. Philosophy of Education: an anthology. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007. p. 124-133. pp. 127-128.

[413] WINNICOTT, D. W. *Op. cit*. p. 20-24.

[414] MOONEY, Carol Garhart. *Op. cit.* p. 110-111.

Logo, sob o *standpoint* da criança, os direitos de saída, em todas as suas acepções possíveis, não são uma retórica especulativa como pressupôs Burger, mas uma categoria de direitos construídos para proteger as crianças que invariavelmente vivem suas vidas sob a imediata autoridade parental. Uma vez que a vida em família consiste na submissão a um determinado projeto de vida parental, aos seus respectivos discursos ideológicos (religiosos ou não), e um intrincado e complexo ambiente político, marcado por lealdades e deslealdades familiares, devemos pensar como suavizar esse contexto, entregando as crianças ferramentas para sua sobrevivência e conformação, bem como para a construção de um indivíduo psiquicamente saudável.

Não se trata propriamente de pensar em um direito de retirada. A família é por excelência o melhor ambiente de criação das crianças. Os pais são a autoridade legítima a exercer o poder parental e direcionar a vida das crianças. Entretanto, é preciso garantir a todas elas o direito a um meio do caminho entre a família e o mundo. Um sistema de ensino e aprendizado escolar não-familiar é, a meu ver, a solução que melhor atende a essa demanda. Ele é o seguro que o Estado de Direito pode fornecer a toda e qualquer criança para a construção saudável de sua autonomia, seja no tempo presente (*being*), seja no tempo futuro (*becoming*).

A ideia aqui, assim como nos casos de saudação à bandeira, é que se busque sempre um espaço de acomodação razoável entre as pretensões da família e o projeto político-pedagógico escolar – reconhecendo os seus respectivos limites. Sob o *standpoint* das crianças, a expulsão ou retirada da escola é sempre a pior de todas as soluções. A acomodação pode ser feita sem que seja necessário o afastamento das crianças da escola. Elas podem ter uma carga horária reduzida, ou estarem isentas de frequentar determinados cursos, ou opor objeções tais como aquelas da saudação das bandeiras, ou mesmo com relação a algum conteúdo curricular. Elas mesmas sentir-se-ão mais confortáveis se participarem desse processo, indicando os seus limites no ambiente social. Como esse espaço de negociação conseguirá se organizar é algo que só a experiência real poderia responder. O que entendemos, pois, é que, em nenhum desses casos, o afastamento da criança das escolas formalmente reconhecidas é um caminho possível em um Estado democrático de Direito pautado por um ideário liberal-igualitário.

3.1.3.3 A projeção de *Yoder* no microssistema familiar - algumas notas sobre o *homeschooling*

Nessa esteira, não poderíamos deixar de comentar sobre a experiência de educação familiar, mais conhecida como *homeschooling*. Nosso objetivo não é, nem poderia ser, ao

final deste trabalho, o estudo aprofundado desse projeto de ensino. Trata-se, contudo, de reconhecer como as ideias e propostas pensadas à luz do caso Yoder estendem-se naturalmente para esse debate. O estudo conjugado do projeto de *homeschooling*, como o caso Yoder, decorre de um dado fático: sobredito modelo de ensino jamais foi objeto de escrutínio direto pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em regra, a legitimidade e/ou constitucionalidade do *homeschooling*, após o ano de 1972, fundou-se no paradigma de *Wisconsin v. Yoder*, a partir de processos judiciais julgados pelas Supremas Cortes estaduais nos Estados Unidos[415].

O que vemos, pois, é que as ideias ventiladas no caso *Yoder* desprenderam-se do debate religioso-cultural, migrando para o contexto familiar, permitindo a autoridade parental negar legitimidade à regulação estatal sobre o sistema de educação compulsório das crianças norte-americanas. Trata-se, pois, de um notável salto interpretativo, considerando-se o conjunto dos votos do caso *Yoder*, delineados sob a premissa de um direito da comunidade Amish a uma acomodação razoável de sua pauta teológica ao projeto de educação compulsória da sociedade norte-americana.

Existem algumas claras diferenças entre os dois casos. As famílias adeptas do *homeschooling* não necessariamente formam enclaves religiosos ou ideológicos aos moldes de uma comunidade Amish. De certo, não existe uma linha filosófica ou teológica que se sustente no isolamento da sociedade contemporânea e no congelamento de um modo de vida de um passado romantizado. Sob esse aspecto, as crianças, portanto, não estariam subjugadas a um sistema religioso tão oneroso como aquele imposto pela comunidade Amish.

As razões que fundamentam o ideário do *homeschooling* partem de premissas filosóficas familiares múltiplas, religiosas ou não. Os pais, por razões distintas entendem que a escola não é o melhor local para o ensino de seus filhos. Alguns deles, por certo, partem de um debate iniciado na década de 60, por Rousas John Rushdoonye, e de 70, por John Holt e Richard Farson[416]. Enquanto o primeiro via no projeto escolar compulsório um movimento coordenado e preocupante de secularização do Estado, e com efeito, dos valores sociais

---

[415] Veja-se por exemplo o caso 122 N.H. 762 (1982). RECURSO DE DENISE PEIRCE E CHRISTOPHER RICE (New Hampshire Board of Education). No. 81-075. Supreme Court of New Hampshire. 2 de setembro de 1982: "Mais recentemente, em Wisconsin contra Yoder, 406 U.S. 205 (1972), a Corte concluiu que o Estado não poderia compelir as crianças Amish a comparecerem ao ensino médio em violação de suas crenças religiosas. Embora Yoder tenha sido uma decisão relacionada à primeira emenda, a linguagem do voto remonta àquela presente em Pierce e Meyer, sugere que os pais devem ter o direito fundamental de controlar a educação de seus filhos: 'A história e a cultura da civilização ocidental refletem forte tradição de preocupação parental com relação à criação e à educação dos filhos. Esse papel primordial dos pais na criação dos filhos está agora estabelecido, para além de qualquer debate, como uma duradoura tradição norte-americana. . . ." (tradução nossa).

[416] ARCHARD, David. *Op. Cit.* p. 64-75.

passados às crianças, os demais passaram a reconhecer na escola um sistema institucionalizado de opressão e hierarquia, essencialmente violador da sua autonomia. Como se nota o *homeschooling* surge na sociedade norte-americana como um acordo incompletamente teorizado. As mais diferentes propostas filosóficas justificam a negação à regulação estatal a um projeto de educação formal escolar compulsória.

Noutro giro, ao contrário do que se pretendia em *Yoder*, os adeptos do *homeschooling* não desejam que as crianças interrompam a frequência obrigatória ao sistema regular de ensino legal apenas nos dois últimos anos. Eles não desejam uma acomodação razoável de suas ideias e propostas educacionais ao sistema padrão. Ao revés, eles simplesmente negam legitimidade e validade à regulação estatal, sob a alegação de que precedentes judiciais como *Pierce v. Society of Sisters* e o próprio *Wisconsin v. Yoder* teriam garantido aos pais uma liberdade absoluta de conformação de sua autoridade parental. Em suma, baseiam-se na ideia oposta àquela proposta pelo Estado de *Oregon* em *Pierce* – se as crianças não são meras criaturas do Estado, elas são, pois, meras criaturas de seus pais.

O poder parental surge para os adeptos do *homeschooling* como uma legitimação pelo Estado da autoridade absoluta dos pais sobre as crianças. Essa visão cerrada da parentalidade foi percebida por Barabara Woodhouse, como visto no capítulo anterior, como um dos principais efeitos deletérios de *Pierce v. Society os Sisters*. Ao negar ao Estado a possibilidade de criar um sistema cerrado de ensino público, frustrando com isso as pretensões de uma educação comunitária total, a Suprema Corte americana abriu espaço para que os pais entendessem o direito à liberdade de criação e educação das crianças como um direito absoluto. Com efeito, acreditam que podem transpor para as crianças um projeto de vida parental sem que o Estado possa em qualquer momento supervisionar as relações internas travadas no ambiente familiar.

Pois bem. Considerando todas as críticas infanto-geracionais expostas, entendemos pertinente reconhecer que elas também se aplicam ao projeto do *homeschooling*. Afinal, a escolha pelo *homeschooling* tem como efeito imediato para as crianças também o seu isolamento, isto é, a limitação à participação em uma sociedade ampliada. Muito embora a família não seja uma comunidade Amish, a escolha por um sistema de educação restrito à lógica familiar possibilita, na prática, a formação de núcleos de autoridade locais semelhantes a *millets*. As crianças estão novamente inseridas em estruturas de governo e autoridade locais dotados de uma soberania não apenas interna como externa. Elas estão à mercê dos conflitos familiares e das idiossincrasias parentais, sem que lhes seja apresentada qualquer rota de fuga, temporária ou definitiva.

A validação do *homeschooling* permite que todas as famílias, assim como as comunidades religiosas, formem-se como autoridades locais herméticas, direcionando a vida de seus integrantes, sem qualquer ingerência do Estado. Criam-se obstáculos reais à execução de direitos de saída para as crianças, que passam a depender única e exclusivamente de seus pais. Sob uma ótica realista, como saber em quais casas há, nas relações parentais, uma realidade de violência, coerção e abuso de poder? Ainda que tais ações não se encaminhem para um espectro do inaceitável, mas são mecanismos de uma associação marcada pela exagerada proteção e pela necessidade de moldar as crianças a um determinado perfil comportamental. Esse movimento de enclausuramento como um todo, mencionado linhas acima, interrompe o processo saudável de amadurecimento do sujeito, limitando-o na sua capacidade de avançar rumo ao desconhecido e com isso conquistar a autonomia necessária para a sua própria sobrevivência social[417].

3.1.4 Notas conclusivas.

Vimos nesse capítulo basicamente três situações-problemas cuja solução depende muito de arranjos filosóficos que perpassam pela simples análise do magistrado, dos pais ou do Estado, isto é, dos adultos com capacidade discursiva. As soluções projetadas para casos envolvendo um embate de forças entre a autoridade parental e a autoridade estatal, nas suas mais diversas formas, devem levar em consideração que o resultado final terá impacto direto e imediato na vida das crianças. Com efeito, sempre o seu *standpoint* deve ser levado em consideração.

Nos casos de saudação à bandeira, vimos como um discurso construído em torno da pessoa do adulto é uma prática recorrente dos tribunais. Poucos são os magistrados que conseguem superar o seu próprio *standpoint* para alcançar o *standpoint* da criança, reconhecendo-a como protagonista do enredo posto à sua frente. Nessa esteira, verificamos que essa postura dificulta uma compreensão real dos direitos efetivamente vulnerados, e a efetiva proteção de direitos das crianças.

---

[417] Questões semelhantes foram apresentadas no filme Capitão Fantástico, lançado no ano de 2016, sob a direção de Matt Ross. Na trama, destaca-se o debate sobre a legitimidade e os limites do poder parental, bem como os efeitos para um grupo familiar da escolha dos pais pelo isolamento e pela educação privada, não compulsória. O enredo demonstra, de forma sutil, que conquanto as habilidades acadêmicas das crianças se revelem superiores aquelas de muitos alunos da rede regular de ensino, suas habilidades sociais restaram seriamente prejudicadas pelo isolamento comunitário. Além disso, o filme sugere possíveis fragilidades emocionais dos pais – idealizadores dos projetos de alternativos de vida. Quem são esses sujeitos que buscam uma vida isolada do mundo? Podem ser eles as únicas autoridades na vida das crianças? O que acontece quando alguns desses governados (crianças) apontam contradições ou suscitam dúvidas em relação ao projeto central de isolamento? Haverá direito de saída para as crianças que não se amoldam àquele estilo de vida?

No caso das bandeiras, o que vimos, porém, foi uma postura inflexível da escola, em negar o direito à educação para crianças adeptas da religião dos Testemunhas de Jeová, que buscavam apenas isentar-se de praticar um ato de reverência de saudação à bandeira. Uma ideia simples, passível de uma tranquila e razoável acomodação de interesses, acabou se transformando em tantas outras coisas, de acordo com as variações de interesses dos adultos envolvidos nos processos, sobretudo os professores, o Estado e os próprios juízes.

No caso *Yoder*, vemos, por sua vez, a tentativa da comunidade Amish de retirar as crianças das escolas a partir dos 14 anos, com a intenção de isolá-las de todo e qualquer contato com a sociedade contemporânea, de modo a garantir que elas sigam o projeto de vida moldado por eles próprios. Trata-se de uma pretensão que busca transpor os fundamentos liberais de autonomia para uma relação de sujeição parental, ignorando o fato de que do outro lado da história existem seres humanos dotados do mesmo direito de autonomia.

A ideia de *homeschooling*, que subsiste juridicamente sob o paradigma de *Pierce* e *Yoder*, por sua vez, correspondem ao outro extremo da relação familiar – a negação à legitimidade do Estado de regular o sistema compulsório de educação, permitindo assim que os pais escolham por conta própria o modelo de criação e educação de seus filhos, dentre eles a educação doméstica que, em última instância, se configura na própria negativa da educação como um processo formal e válido de ensino (*unschooling*).

Percebemos que, sob o *standpoint* da criança, por vezes a família terá a prerrogativa de dizer a última palavra sobre a sua criação, e por vezes, o Estado. A autoridade parental conquanto seja em essência a responsável por esse projeto, tendo em relação a ele uma posição preferencial, jamais poderá ser compreendida como detentora de um poder absoluto. As casas podem e devem ser muradas. Mas elas também devem ser construídas com portas, janelas e escadas de incêndio.

Estamos aqui diante de um limite do Estado democrático de Direito. Em algum momento, mesmo em um sistema reconhecidamente liberal e igualitário, haverá espaço para a regulação estatal. E a ponderação em jogo consiste na restrição da liberdade de escolha dos pais em prol do direito da criança de conviver em sociedade, de avançar no seu amadurecimento, de permitir a construção de sua autonomia, e, em último caso, de se garantir à criança rotas de saída de um ambiente familiar opressivo.

Rotas de saída que, no mínimo, garantam às crianças mecanismos de confronto e irresignação e/ou questionamento, ou mesmo de negociação. As crianças precisam adquirir ferramentas práticas para sobreviver no espaço político familiar e confrontar-se com eventuais escolhas parentais inadequadas. Se as crianças vão utilizar e como vão utilizar essas

ferramentas práticas sociais, nós não sabemos. O certo é que elas necessitam tê-las à sua disposição. Nem que o custo disso seja uma atuação regulatória do Estado restritiva dos pais na sua cláusula geral de liberdade. Este é um preço do Estado democrático de Direito. É para isso que o Estado possui o poder de autoridade central e soberania, para intervir em falhas sociais generalizadas, que desequilibrem a relação de igualdade das pessoas. O Estado deve impedir a conformação de espaços herméticos de poder, notoriamente favoráveis a instituição de regimes e sistemas abusivos e autoritários.

Por fim, sob o *standpoint* das crianças, os adultos sempre devem encontrar uma solução negocial, capaz de acomodar as expectativas parentais com aquelas da comunidade escolar. A retirada da escola não é uma opção em se tratando do dever estatal de proteção dos direitos da criança, seja sob o seu aspecto pedagógico, seja sob o aspecto de um direito de saída. Os adultos terão que partir desse patamar, e, partir dele, se entenderem. Nenhuma criança deseja ser o pivô de um conflito entre as pessoas e os ambientes que mais amam. Se nós temos dificuldade em lidar com diferentes projetos ideológicos, nós adultos temos que amadurecer e superar as nossas limitações em prol de nos adequarmos a esse *standpoint* das crianças. Sempre, até o último minuto, devemos tentar a composição entre a família e a escola/Estado, de modo a garantir que a criança se sinta respeitada e valorizada como verdadeiro protagonista de um enredo que narra o seu projeto de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início dessa empreitada uma ideia era certa: refletir sobre a criança como um sujeito titular de direitos fundamentais, verdadeiro protagonista do direito constitucional. Quais as questões relevantes para as crianças e como elas se projetam no direito? Quais os critérios de justiça utilizados para garantir às crianças soluções jurídicas consentâneas à sua realidade subjetiva? E então, partindo dessa ideia geral, encontramos, pois, o primeiro obstáculo epistemológico: as crianças não nascem em árvores. Elas nascem no seio de uma família. Este é um dado inexorável: a criança é um sujeito contextualizado na família. Essa foi a segunda ideia que marcou o recorte desse trabalho. Se nós estamos buscando critérios de justiça para que a criança seja reconhecida de forma efetiva como um sujeito autônomo, titular de direitos fundamentais, e uma grande parte das situações-problemas que envolvem as crianças está relacionada direta ou indiretamente à vida em família, esta é a primeira e mais importante característica a ser levada em consideração para o estudo desse tema.

De modo geral, o trabalho partiu de um olhar macro, passando pelas estruturas intermediárias até uma visão microssistêmica. No Capítulo 1.1, procuramos trazer à tona a sociedade como um sistema complexo, formado por estruturas associativas que compõem o que chamamos de um ecossistema humano. No Capítulo 1.2, propusemos uma linha histórica que fosse capaz de dar vida às relações inicialmente delineadas no Capítulo 1.1, com destaque para aquelas forjadas entre a família e Estado. Buscamos as conexões existentes entre esses dois níveis associativos, reconhecendo o seus respectivos papeis de autoridades local e central. No capítulo 2.1, demos início à análise da família sob a sua ótica interna, a partir das críticas feministas à teoria de justiça rawlsiana. No Capítulo 2.2, ampliamos as críticas forjadas em nível intrafamiliar, de modo a chamar a atenção para o *standpoint* das crianças. Por fim, no Capítulo 3.1, após formatar uma pauta filosófica e teórica minimamente suficiente para o estudo das crianças, demos início à análise de duas situações-problema envolvendo crianças, suas famílias e o Estado – o caso de saudação das bandeiras e o caso Wisconsin v. Yoder. A proposta aqui foi a de redirecionar as críticas aos casos concretos, buscando soluções que levassem em consideração o *standpoint* da criança, reconhecida aqui como protagonista.

Partimos, no Capítulo 1.1, da ideia de que as crianças e as relações familiares não existem em um vácuo. Elas são parte integrante da estrutura social. Logo, buscamos uma perspectiva de estudo que fosse capaz de iluminar a nossa percepção sobre as relações familiares no contexto social. Para tanto, voltamo-nos a três blocos de pensamento sobre

sociedade: (i) teoria/filosofia política tradicional de matriz iluminista seguida da leitura rawlsiana; (ii) a literatura mais tradicional sobre teoria geral do Estado; e (iii) estudos de filósofos, psicólogos, sociólogos e antropólogos.

Notamos, pois, que a filosofia política tradicional tende a dividir a sociedade em camadas econômicas, reconhecendo a existência de diferentes extratos sociais, de acordo com critérios de aferição de renda. Ademais, os estudos dos principais filósofos e acadêmicos refletem uma dicotomia modernista, forjada em torno das ideias de um indivíduo em oposição ao Estado. Essa divisão da sociedade, herdada de Saint Simon e de Rousseau, conquanto relevante, não é suficiente para responder às demandas jurídicas que surgem no estudo das crianças, das famílias e do Estado. Entendemos, portanto, que deveríamos buscar outras ideias, isto é, outra maneira de pensar a vida em sociedade.

Curiosamente, encontramos em Rawls o nosso ponto de partida. Muito embora ele desenvolva sua obra em torno das sobreditas ideias, ao discorrer sobre uma sociedade bem ordenada, ele acaba adentrando em questões como a moralidade da associação e da autoridade. Sem perceber, Rawls abre aqui duas janelas de debate sobremaneira importantes para o estudo da sociedade que, de certa forma, haviam ficado de fora das suas considerações principais. A sociedade também pode ser vista como uma composição de camadas associativas, e nessa esteira, de diferentes autoridades.

Demonstrou-se, ainda, que um mesmo sujeito é capaz de viver concomitantemente em várias estruturas associativas, de diferentes escalas e graus de abstração. O ser humano real não nasce como um homem de meia-idade, mas como uma criança, em regra, dentro de uma associação familiar. A sociedade é composta por várias camadas associativas – que preenchem o espaço *entre* o indivíduo e o Estado. A mais importante dessas associações é a família, na medida em que ela percorre toda a estrutura social. Não podemos falar das crianças sem pensar que todas elas existem no contexto familiar, uma realidade com características bastante peculiares.

Buscamos em autores da psicologia ambiental, da sociologia e da filosofia, ideias que pudessem esclarecer o funcionamento de uma sociedade em camadas associativas. Os autores que nos fornecem um esqueleto teórico de peso para essa ideia foram Urie Bronfenbremmer, Michel Foucault e Alan Prout. O primeiro trabalha a sociedade como um ecossistema complexo, formado por estruturas ambientais (*settings*) imediatas e mediatas, integradas por conexões sociais. Foucault e Prout lecionam sobre a necessidade de reconhecer igual importância a todos esses fenômenos de poder e de conformação da realidade. São discursos

complementares. Se por um lado, Foucault chama atenção para os micropoderes, Prout chama a atenção para as estruturas sociais intermediárias. Ambos se preocupam com as conexões existentes nesse todo social, que optamos por chamar de "ecossistema humano". Logo, somando a contribuição desses autores, conseguimos enxergar uma ilustração mais completa do ambiente social – para além daquela *saint-simoniana* ou *rousseauniana*.

Não se trata, portanto, apenas do indivíduo e do Estado, mas de um sujeito que integra uma composição associativa. Entre todo sujeito e o Estado existe pelo menos uma sociedade de cooperação intermediária familiar. E, entre essas estruturas, inúmeras conexões. As ideias, as ações humanas, as informações, a cultura e o direito iniciam fluxos convectivos entre esses sistemas, moldando a sua formação.

Assim sendo, nós não podemos pensar em estudar categorias relevantes para a filosofia política e para o direito constitucional, sem levar em consideração a existência de diferentes forças sociais, inclusive, e sobretudo, forças intermediárias, em especial, a família, capazes de moldar a vida imediata de todos e todas, conformando-se como verdadeira *arena dialógica diária do ser humano.*

Nessa esteira, a vida associativa traz à tona outra questão relevante. Viver em sociedade requer a existência de estruturas de tomada de decisão reconhecidas como autoridades. A sociedade complexa é formada não apenas por um conjunto de camadas associativas sobrepostas, mas também de *autoridades sobrepostas*. A nossa percepção sobre o papel da autoridade na realidade associativa indica uma via de mão dupla. Uma mesma autoridade local é capaz de governar microssistema e macrossistema, construindo um fluxo de influências recíprocas. Noutro giro, uma autoridade local, é ao mesmo tempo, um sujeito governante e um sujeito governado. Com efeito, muitas das categorias construídas pela Teoria Geral em torno do Estado são válidas também para as estruturas associativas intermediárias e microssistêmicas.

Logo, precisamos reconhecer a importância do estudo das famílias nesse ambiente público-constitucional como primeira etapa para o reconhecimento de direitos das crianças. Isso porque as crianças não existem no mundo real como sujeitos atomizados, elas vivem suas vidas imediatas nesse contexto. E invariavelmente esse dado familiar deverá ser considerado quando diante de conflitos constitucionais de direitos fundamentais que tenham por protagonista a criança.

Nossa proposta para o Capítulo 1.2 foi de entender como essas estruturas se relacionam, a partir de um aporte histórico. Muito embora as teorias devam partir de um raciocínio abstrato, entendemos que uma parte importante delas reside na sua contraposição

com o mundo real. A história nos auxilia em muito nesse sentido, na medida em que ela nos brinda com as narrativas da vida humana, uma matéria-prima valiosa para a compreensão de todo e qualquer saber.

Os estudos voltaram-se inicialmente para a era feudal. Verificamos que a principal característica desse momento histórico está no evidente enfraquecimento de uma autoridade central, substituída pela composição de diversos núcleos de poder locais. Estas estruturas, de certa forma, avocavam para si não só o que hoje percebemos como uma característica essencial estatal – o domínio público – uma regulação geral – exercida sob a forma de uma associação central, mas também – o que hoje chamamos de domínio privado – o feudo era, a uma só vez, uma mescla de Estado e de família. Com efeito, a vida associativa era uma mescla de um Estado regulador, que, a um só tempo, exercia uma espécie de função paterna e estatal – típica de um guardião, a saber, de zelo, cuidado e proteção. As práticas estadistas eram semelhantes a de um círculo de amizade e confiança. Em suma: eram intimistas.

O poder que o pai (senhor feudal) exercia sobre as suas crianças – como autoridade política local – não deveria ser diferente daquele exercido sobre todas as demais pessoas e objetos ao seu redor. Não havia uma diferença, um pensamento particular sobre a pessoa da criança, que era vista como mais um elemento nesse cenário não subjetivizado. Tudo era uma coisa só. O domínio englobava um poder de agir sobre uma universalidade. A criança era apenas mais um elemento objetivo deste entorno.

Noutro giro, não existe ali a noção de família como uma associação afetiva pautada pelo convívio; coabitação; relações sexuais entre adultos; laços consanguíneos – parentesco; cuidado das crianças; relações afetivas; e cooperação econômico-financeira. Esse feixe relacional não existe como um conjunto associativo familiar. Vale dizer, conquanto tais relações possam estar associadas à consanguinidade, elas não formam um conjunto universal aos moldes do que projetamos na família contemporânea.

Aqui, percebemos, ademais, a marca mais brutal, indelével e quiçá mais viva da sociedade feudal: toda a estrutura social é marcada por uma clivagem rígida e profunda em torno da distinção de gênero. Com efeito, a regulação da relação de parentesco e linhagem entre pais, esposas/viúvas e filhos/órfãos emana uma preocupação com a sucessão desse poder de domínio marcada pela clivagem de gênero, e a sua cadeia de sujeição. Nessa esteira, a regulação da filiação seguia a mesma lógica: não existe uma preocupação propriamente com as "crianças", mas sim os "filhos". Logo, parte dos movimentos dos senhores feudais de normatização e regulação em nível macro têm na sua origem, além da busca por uma proteção contra a autoridade central, o objetivo de consolidação de seu monopólio em nível local.

Na sequência, buscamos delinear uma nova fase da história da vida humana, que se redefine a partir da reestruturação de uma autoridade central na forma dos Estados-nação. Assim, avançando no curso da história, percebemos que os séculos subsequentes ao século XIII nos apontam para uma reestruturação social, marcada por um processo paralelo de fortalecimento das autoridades centrais, e de pulverização das autoridades locais. O feudo – considerado como o aglomerado de relações sociais e políticas – foi se atrofiando, dando lugar a um sem número de pequenos núcleos familiares, forjados pela associação de homens, mulheres e seus filhos. Noutro giro, a tarefa de gestão e organização coletiva avançou um degrau, *distanciando-se fisicamente da população*, em um movimento de retorno a um poder central, mais abstrato e mais distante da vida cotidiana. Logo, houve aqui um início de uma bifurcação da estrutura de associação e autoridade, que ao longo de séculos foi se acomodando em um amálgama de camadas sobrepostas.

Nessa esteira, acolhemos a ideia proposta por Philippe Ariès acerca do triunfo do sentimento de família como uma das principais marcas desse novo tempo. A gênese da família moderna reside de alguma maneira na construção de uma idealizada organização parental em torno da criança alimentada por uma alegoria religiosa - a família de cristo bebê. Trata-se de uma ideia que aos poucos vai adentrando no macrossistema, e cuja força apenas se constata após indeterminados ciclos convectivos ideológicos – o significado da instituição familiar somente consegue fincar raízes após uma trajetória cíclica e constante.

Entre um polo e outro, isto é, entre a sociedade feudal e a família moderna tradicional, de matriz religiosa ocidental, calcada no sentimento de afeto recíproco, podemos registrar, no entanto, a pluralidade como uma marca das práticas associativas domésticas e familiares. *Conquanto as crianças tenham assumido um papel central no discurso sobre a família ideal cristã* – o elo de afeto que une o casal, e que rejuvenesce as antigas gerações, na prática, os cuidados a elas dispensados demandam dedicação exclusiva e uma carga pesada de trabalho. Este fato alinhado aos diferentes papeis assumidos na família, variáveis em função do gênero, nos indica que a própria significância em torno da noção de sentimento de família é também ambígua.

Vimos ainda que a pluralidade que envolve os arranjos familiares projeta-se também para as estratégias de regulação interna. Os diferentes modelos de microssistema familiar vão encontrar, pois, uma série de mecanismos para garantir o predomínio hierárquico da respectiva autoridade central sobre seus membros.

Diferentemente do que usualmente estudamos, percebemos a importância dos conflitos familiares nos últimos anos do Antigo Regime e no curso da revolução francesa. O estudo das

lettres de cachet e dos comissários franceses mostra uma conturbada aliança entre as autoridades local e central na *busca de controle social*, sobretudo, das esposas e dos filhos. Aqui está o nascedouro de um processo evolutivo da regulação estatal estruturada da vida familiar, que é alçada de forma organizada ao macrossistema através da: (i) criação dos tribunais de família; e (ii) edição do Código Civil Napoleônico. Os chefes de família, ao desejarem consolidar o seu poderio interno sobre a estrutura familiar, sobretudo as mulheres e as crianças, tiveram de negociar a flexibilização de algumas regras, sobretudo aquelas que diziam respeito ao direito de herança e à regra da primogenitura. *O resultado dessa negociação, contudo, foi em última análise a entrega de um grande poder regulatório sobre a família nas mãos do Estado, em um movimento sem precedentes e sem volta.*

Vemos que o Código Civil representa, na sua origem, o resultado de um rearranjo entre as autoridades locais e centrais, que têm como consequência irreversível, a médio e longo prazo, a consolidação de um Estado regulador da vida familiar. Observamos, porém, que este movimento de controle estatal sobre a ordem social, íntima e familiar vem acompanhado de um discurso desconexo. *O direito das famílias e das crianças é inserido em uma categoria de direito privado, permitindo que o Estado camufle de certa forma a sua atuação interventiva na vida familiar.*

A nosso ver, o que o Estado chama de direito privado – o Código Civil – por exemplo, é apenas mais um marco regulatório da vida humana. Trata-se de uma regulação que mira no indivíduo, desde o nascimento até a sua morte, levando em consideração as relações negociais e familiares que se desenrolam nesse ínterim. Por sua vez, o que o Estado chama de direito de família é um projeto externo de vida associativa forjado em quatro paredes por renomados políticos e filósofos, que pretendem dizer a você como estruturar a sua vida.

Reconhecer esse fenômeno estatal como um projeto intenso de regulação da vida íntima associativa é o primeiro passo para a construção de categorias jurídicas capazes de conformá-lo a critérios de justiça. Se o Estado democrático de Direito se estrutura sob uma lógica de soberania, inadmitindo a existência de outras autoridades associativas locais soberanas, não há dúvidas de que a família é aqui como qualquer outro dado da vida humana: um objeto passível de regulação. Nós não estamos lutando contra isso. Estamos querendo que isso seja devidamente reconhecido para que o mencionado processo de regulação e normatização se torne transparente e, com efeito, submetido a um processo intenso de escrutínio.

Quais são os critérios que determinam a regulação legal e judicial da família, e em última instância das relações familiares entre homens e mulheres, e adultos e crianças no

ambiente familiar? Nós sabemos que em um passado não muito distante, os critérios que determinavam a formatação das regras sobre as famílias nasciam no desejo de consolidação de um poder patriarcal e monopolista sobre os membros mais vulneráveis. Se hoje nos pautamos por diferentes critérios de justiça, sobretudo o *liberal-igualitário*, devemos garantir que esses critérios sejam observados quando estivermos diante de problemas jurídicos (legais ou judiciais) envolvendo as crianças e suas famílias.

Acreditamos que a ideia central de John Rawls, pautada numa justiça carregada de significado de liberalismo igualitário, é o caminho que deve orientar a problemática jurídica em torno das famílias. A regra é a liberdade, sempre. A ação estatal, em um paralelo ao direito econômico, deve servir como um agente de correção de falhas sociais estruturantes – falhas de desigualdade – de injustiças crônicas. O direito não deve servir para legitimar privilégios, hierarquias, mas para responder a uma demanda de justiça, de remodelar aquilo que a tradição de outras vidas transformou em injustiça, protegendo os sujeitos mais vulneráveis, entendidos não só como aqueles desfavorecidos em termos econômicos, mas também em termos associativos, em regra, as mulheres e as crianças.

A fim de responder às indagações indigitadas linhas acima, buscamos no Capítulo 2.1 amparo no trabalho de autoras que elaboraram críticas feministas à teoria de justiça rawlsiana concebida em torno da ideia de liberalismo igualitário, sobretudo Susan Moller Okin. Em sua obra Justiça, Gênero e a Família, a autora passa por três ideias que servirão de inspiração para o presente trabalho, a saber: (i) a construção da filosofia política em torno de ideias centrais de um *standpoint* do homem – marido e pai de família; (ii) a necessidade de reconhecer a família como um objeto da teoria de justiça, o que ela chama de *justice within the family*; e (iii) a necessidade de reformular a ideia de "posição original" da teoria rawlsiana, substituindo a ideia do "uso do véu" pela ideia de "troca de lugares".

Okin defende a existência de um *standpoint* da mulher na família, construído em torno de uma realidade histórica e cultural situada. Com efeito, para que a posição original pudesse de fato garantir uma etapa anterior de reequilíbrio entre os sujeitos de uma sociedade de cooperação, seria necessário substituir o conceito de *nobody* proposto por Rawls pelo conceito de *everybody*. A busca pela justiça na família requer que todos sejam incluídos, levando-se em consideração a realidade situada em um contexto histórico e cultural. Nenhuma proposta de justiça que seja desenhada sem levar em consideração o sujeito real poderá alcançar o seu objetivo último – uma promoção de justiça efetiva para todos e todas.

Ainda, buscou-se demonstrar como o discurso construído em torno da ideia de família resta ainda muito romantizado, encobrindo as relações de poder existentes nesse

microssistema. A família, portanto, não é uma mera reunião de pessoas fundada no afeto, o patamar seguro no caminho de volta de uma agitada vida pública. A família tem características próprias de uma sociedade de cooperação, e nessa esteira, ela está marcada também por conflitos. Numa escala menor, a vida em família também requer que pensemos em soluções de justiça. As ideias que foram delineadas por Rawls e demais filósofos podem se adequar, *mutatis mutandis*, a família na condição de uma microssociedade política.

Afinal, também estamos aqui diante de questões de liberdade, distribuição de bens primários, debates, alianças e deslealdades familiares. O familiar é também político. E na esteira do que foi delineado no Capítulo 1.1, a vida associativa familiar como um caminho do meio entre o indivíduo e o Estado não pode ser vista como uma estrutura completamente pública nem completamente privada. A família é um híbrido de vida pública e vida privada. A sua composição diminuta e a sua segregação íntima em face do poder público permitem que enxerguemos a família como um espaço de vida privada; ao passo que a sua faceta associativa, reconhecida como uma sociedade de cooperação a governar a vida de seus membros, sobretudo, os mais vulneráveis, dá a família um sentido de vida pública.

Logo, como sugere Prout, estamos diante de uma instituição que foge à lógica de oposições modernistas, e que é capaz de reunir em torno de si mesma diversos sentidos vistos pela maioria como diametralmente opostos e contraditórios. A família é um caminho do meio, com características próprias que a transformam numa instituição única, com notas de vida privada e de vida pública. O Direito precisa, pois, apressar o passo e incorporar essa lógica na sua análise de modo a produzir respostas sociais consoantes aos problemas reais forjados em torno desse instituto.

No Capítulo 2.2, direcionamos nossos estudos ao que denominamos de possíveis críticas infanto-geracionais. Afinal, conquanto a teoria de Okin represente um salto de qualidade em termos igualitários e históricos na teoria base rawlsiana, verificamos que sua análise gira em torno do *standpoint* das mulheres na família e na sociedade. Contudo, as famílias são compostas não só por conflitos em torno de concepções históricas e culturais sobre gênero, mas também geracionais. Além das diferentes visões dos sujeitos adultos – homem e mulher – podemos apontar as diferentes visões de mundo forjadas para as pessoas adultas e as crianças, capazes de direcionar a vida em família. Nossa proposta, pois, é partir de suas valiosas ideias centrais para a construção de uma base teórica complementar para as crianças como sujeitos contextualizados em um ambiente familiar.

Identificamos três pontos de partida. O primeiro deles a existência de um mundo chamado aqui de *adultocêntrico*, isto é, construído e pensado para atender as demandas das

pessoas adultas. Conquanto a criança seja um sujeito em tese titular de direitos fundamentais, na prática suas demandas se embotam em prol daquelas forjadas pelas pessoas adultas envolvidas nos debates teóricos e processuais. A racionalidade e a capacidade são reconhecidas como características típicas de pessoas adultas, ao passo que a irracionalidade e incapacidade são notas características das crianças.

As categorias criadas não revelam, contudo, a realidade do mundo infantil, e toda a sua inteligência e dinamismo. As crianças são subestimadas e reduzidas a um patamar de incompetência, de modo a garantir no sentido oposto facetas enaltecedoras de um adulto que não é jamais capaz de responder a essas expectativas.

Ademais, as crianças encontram-se diante de um difícil dilema: na medida em que são reconhecidas como incapazes não conseguem fazer-se representar nas arenas públicas tradicionais sociais. Nessa esteira, continuam a sofrer pela dificuldade de que um *standpoint* seja reconhecido sob a sua ótica, e não sob a visão de um sujeito adulto. Alguns caminhos são possíveis para compensar esse déficit de representação identitária, um deles um exercício do acadêmico de alteridade-introspectiva. Isto é, buscar em si mesmo, um sujeito que apenas parece estar escondido entre algumas camadas de tempo e experiência. Para buscarmos o *standpoint* da criança temos que reconhecer que parte do que somos é, ainda, algo que existiu dentro de nós.

Nessa esteira, reconhecemos duas outras críticas inspiradas no trabalho de Alan Prout, *The future of childhood*. A primeira delas: o rompimento de uma dicotomia modernista construída em torno das categorias criança e adulto. Ser criança não é o oposto de ser adulto. Ao contrário, o que é o adulto senão uma criança agregada de tempo e experiência? O processo de amadurecimento é algo complexo e atinge as pessoas por movimentos não lineares. Nem a criança nem o adulto são pessoas maduras, porque o amadurecimento é um contínuo no tempo. Não existe uma diferenciação em razão das capacidades que hoje são reconhecidamente muito mais amplas e complexas do que a mera e simplista ideia de racionalidade. Podem existir diferenças como existem, mas elas não passam necessariamente por uma categoria de opostos.

É preciso repensar que a criança existe como um sujeito hoje, e não como um protótipo de ser humano em modo de espera. A criança não é o futuro apenas. Ele é um sujeito no tempo presente (*being*) e em perspectiva (*become*). O mesmo sucede com o adulto. Diferentemente do que se imaginava antigamente, o adulto não é um ser completo, formado e acabado. O adulto é um sujeito no tempo presente, mas também um sujeito em perspectiva. A ideia aqui apresentada baseia-se na concepção da vida como uma linha de continuidade. A

vida como nos ensina a professora primária Susan, é um trabalho em andamento. O direito deve levar em consideração essas duas categorias quando diante de problemas de natureza jurídica. Nem as crianças são totalmente imaturas, nem seus pais são sujeitos completamente maduros. Essa composição de realidade é importante para que pensemos soluções consentâneas aos problemas reais postos no convívio familiar.

Devemos perceber os diferentes *standpoints* desses sujeitos da vida em família. Primeiramente, fazemos uma ressalva: não podemos confundir o todo com a parte. Muitos dos problemas jurídicos postos dizem respeito a esses diferentes sujeitos, nas suas variadas projeções. Nós podemos, pois, considerar um *standpoint* que seja associativo, do grupo, mas desde que não se abra mão de, na sequência, reconhecer o *standopoint* desses sujeitos como partes dessa família.

Notamos, contudo, que é comum o tratamento exclusivo da família sobrepondo-se à criança. Vemos isso na conformação do direito civil no Brasil, e na consequente e equivocada classificação dos direitos das crianças e dos adolescentes como um tema especial de direito civil, a reboque do conceito de direito de família, e em decisões judiciais que tendem a reconhecer no sujeito vulnerado a família como um conjunto dos pais e crianças, sem pensar na criança como um sujeito autônomo titular de direitos fundamentais.

O que se busca: reconhecer que existe um sujeito autônomo marcado por uma nota particular – a vida em família. Este é um dado que deve ser reconhecido para a compreensão da criança na sua subjetividade. O que é justo para a criança (e não para a família) levando-se em consideração que este sujeito vive uma realidade particular: ele é duplamente governado. E a sua relação com o "governo imediato" não é uma relação qualquer, mas uma relação de afeto elementar caracterizadora da sua própria individualidade. Precisamos destrinchar esses pontos de vista, portanto, para não os confundir.

Com efeito, os pais surgem em regra como sujeitos romantizados e idealizados. Adultos amadurecidos capazes de responder perfeitamente pelas demandas parentais. Na prática, os pais são sujeitos complexos, ambíguos e até mesmo contraditórios. A parentalidade se expressa para muitos como um plano de projeção de uma cultura familiar, de reprodução de ideologias, isto é, a tentativa de construção de uma sequência de um plano de vida. Noutro ângulo, a parentalidade assume um viés obscuro – uma experiência de poder sobre um outro vulnerável. Nem todos sabem como lidar com uma posição de hierarquia e de estabelecimento de laços de dependência, abusando da sua condição de governo e autoridade. Outros reproduzem na parentalidade abusos e violências experimentados no curso da vida e da própria relação familiar. Por fim, buscamos registrar um aspecto filosófico e existencial da

parentalidade: a busca de um sentido na vida. Ter filhos é querer amar e viver com outros que sequer sabemos quem são. E desejamos muito que essas pessoas queiram compartilhar a vida conosco.

Note-se, porém, que nenhum pai, nenhuma mãe está em uma ou outra categoria. Nem se trata de um rol taxativo. Todos somos filhos de pais que perpassam por todos esses sujeitos. Todos somos pais que reproduzem esses caminhos. Cada um será uma composição com mais ou menos dessas categorias. Esse é um ponto de relevo para a análise jurídica. Não podemos lidar com casos reais sob um patamar idealizado. Os pais são pessoas reais com as suas próprias idiossincrasias. Não é qualquer desencontro que justificará uma ação mais restritiva do Estado face esta autoridade. Por fim, temos que relembrar que os pais não são tampouco sujeitos envoltos em um manto sagrado. Determinadas condutas devem, sim, ser restringidas pelo Estado quando se revelem abusivas e inaceitáveis em um Estado democrático de Direito.

Destinamos nossa atenção enfim à perspectiva da criança, tendo como inspiração a teoria *winnicottiana* do amadurecimento. A criança surge nesse mundo em situação máxima de dependência. Com isso, ela tem necessidades que precisam ser atendidas por aquilo que Winnicott chama de um ambiente materno primário. Para a criança não se trata inicialmente de reconhecer as pessoas da família, mas de se sentir segura em um ambiente que cria para ela a ilusão de onipotência, respondendo às suas demandas, e reparando as interrupções que eventualmente surjam à continuidade do seu ser.

Dessa posição inaugural, a criança parte de uma realidade formada em conjunto com o ambiente na direção de uma integralização do "eu". Uma rota silenciosa de formação de um sentimento de subjetividade individual. O ser humano aos poucos deixa de viver uma realidade de dependência absoluta, para viver uma realidade de dependência relativa, a cada dia se aproximando de uma ideia de autonomia. Não se trata de um caminho linear, nem de uma sobreposição de etapas. Winnicott defende, contudo, que esse movimento macro depende de um movimento micro pautado na realidade diária. A criança se sente segura no ambiente familiar e caminha aos poucos rumo ao desconhecido para, em seguida, voltar ao ambiente familiar.

Como em um círculo, damos voltas, percorremos diversos trajetos de idas e vindas entre o aconchego familiar e o desafiante mundo do não-eu ou do não-familiar. Quando a criança consegue percorrer todos esses caminhos sem grandes interrupções ou bloqueios, estamos diante de um desenvolvimento saudável e desejado. A criança/adulto consegue ao mesmo tempo ser um sujeito com aptidão para a convivência social, correr atrás de seus

sonhos, desejos e projetos de vida com autonomia, e também manter um forte vínculo familiar.

Logo, Winnicott nos mostra a importância de uma relação equilibrada entre a família e o mundo como dado essencial para uma criança saudável. Sob o *standpoint* da criança, a justiça se apresenta como uma composição: a garantia de uma estrutura familiar minimamente suficiente capaz de existir para ela como um porto seguro, e a garantia de um caminho livre de passagem para o mundo que surgirá inicialmente como um desafio e, aos poucos, ser conquistado e reconhecido como uma fonte de alegria – a experiência de viver em uma comunidade ampliada e encontrar os seus projetos de vida.

Ademais, precisamos nos lembrar das orientações *winnicottianas* sobre o desconforto da criança, como um sujeito individualizado que existe em um contexto familiar e escolar. Não podemos nos esquecer do desconforto também da adolescência e das características de um sujeito que sofre pela demanda de aceitação e de passagem do tempo. Os pais precisam adaptar-se a cada uma dessas realidades, o que não é tarefa fácil. Não é possível exigir do adolescente uma compreensão da vida sob a ótica de quem já viveu por muito mais tempo. Existe um sujeito aqui em vias de encontrar-se com a sua autonomia. Cabe aos pais e a todos fornecer toda a ajuda possível.

Busquei no Capítulo 3.1 sintetizar as ideias apresentadas, e na sequência cotejá-las com duas situações problemas, apresentando críticas às respostas jurídicas forjadas no caso concreto, e ideias e soluções que, com base no roteiro acima proposto, fomentariam decisões justas para as crianças. Para tanto, apresentei inicialmente o caso da saudação das bandeiras, e os diferentes julgados que analisaram essa questão. E em um segundo momento, o caso Wisconsin v. Yoder.

Os chamados *flag salute cases* consistem na reprodução de uma mesma situação-problema, a saber, a expulsão de crianças da religião Testemunhas de Jeová da escola, em razão da sua negativa de reverenciar a bandeira de um determinado Estado-Nação, em eventos tais como cerimônias cívicas ou de saudação à bandeira. Um mesmo enredo que adentrou as portas das Supremas Cortes dos Estados Unidos (em duas ocasiões), da Argentina e da Colômbia. Busquei, nessa esteira, apresentar os principais argumentos delineados pelos magistrados para a solução de cada um desses processos, e, na sequência, apresentei as críticas pertinentes, pensadas à luz de uma teoria de justiça coerente com os possíveis *standpoints* das crianças.

De maneira geral, são decisões judiciais que reproduzem o pensamento do adulto como sujeito principal, em detrimento do seu verdadeiro protagonista, a criança. São decisões

construídas em torno de categorias que não correspondem à realidade do caso posto à frente dos julgadores. Os debates nos Estados Unidos giram em torno da necessidade de conformação do cidadão republicano às responsabilidades nacionais ou da liberdade de expressão como um pilar da democracia norte-americana. Noutro giro, na Argentina, a proteção dos direitos das crianças surge como uma resposta política, imediata e bastante rasa, para a adequação de uma Ditadura Militar às demandas de um órgão internacional. Na Colômbia, a mesma pauta convola-se em um acalorado debate sobre os fundamentos de validade de teologias minoritárias.

Em todos os casos, os votos condutores passaram ao largo dos principais desafios impostos pela obrigatoriedade de saudação às bandeiras para as *crianças* – sujeitos titulares do direito fundamental vulnerado. Tampouco se deu a devida atenção ao ponto mais importante desse embate para a vida da criança – a sua expulsão da escola. Ou mesmo para a construção de uma categoria em torno do direito à liberdade de religião ou de expressão que tivesse em conta as particularidades desses sujeitos. Entendemos que o debate dos casos em tela deveria ter se seguido, sob o *standpoint* da criança, sobre o papel e o impacto do processo educacional, e sobre caminhos razoáveis e alternativos de composição dos conflitos entre essas diferentes autoridades.

Concluímos, portanto, a uma, que a criança está em uma zona de desconforto, entre a família, a escola, o Estado e a sociedade. Ela precisa do apoio desses agentes para amadurecer de forma saudável. Ademais, ela necessita resguardar-se no porto seguro da vida familiar para poder seguir na sua trajetória rumo à autonomia. Este é o paradoxo winnicottiano. A aderência a uma determinada confissão religiosa, sobretudo, nos primeiros anos de vida, revela um sentimento de pertencimento a um todo familiar. E isso deve ser respeitado. Exigir que a criança se desvincule das orientações familiares em prol da observância de uma rigorosa disciplina ou ordem escolar consiste em um exercício de egoísmo e crueldade.

A duas, percebemos que o problema aqui está não só na ideia de expulsar uma criança da vida escolar em razão de um embate ideológico/teológico entre a família e a escola, mas também na própria ação de insuflar este conflito. A criança deseja que os adultos envolvidos sejam capazes de construir um ambiente saudável pautado pelo diálogo, garantindo assim a harmonia entre estes que são os sujeitos mais importantes de suas vidas. A última coisa que a criança deseja é ser o pivô de um conflito incendiário entre os personagens "família" e "escola". Uma decisão que levasse mais esses fatores em consideração e menos as possíveis divergências ideológicas e religiosas dos adultos envolvidos seria, por certo, uma decisão consentânea com o *standpoint* das crianças.

Na sequência, apresentei outro precedente de peso no direito americano, a saber, o caso *Wisconsin v. Yoder 406 U.S. 205* (1972). Trata-se de julgado conhecido, em regra, como um bastião da liberdade de religião. Nada obstante, concluí que Yoder é também um marco do debate sobre os fundamentos e os limites da intervenção do Estado na vida familiar, por meio da ação regulatória da educação das crianças. Em suma, o estudo deste caso abre uma grande janela de debate sobre o modelo de educação compulsória imposto pelo Estado e a existência (ou não) de limites à autoridade parental, em se tratando do direito à educação das crianças.

Uma vez apresentados os argumentos do relator Justice Burger, refiz o itinerário do caso concreto, porém sob a luz de uma teoria de justiça rawlsiana complementada pelas ideias de Okin e demais autores trazidos à tona nesse estudo. A principal ideia – problematizar o caso concreto sob a ótica da criança, e não dos adultos.

A nosso ver, o debate em torno da liberdade de religião tende a ocultar a situação-problema central deste caso, a saber, as possibilidades de proteção de direitos das crianças em enclaves religiosos comunitários nos Estados Unidos. As questões mais difíceis, portanto, não foram enfrentadas pelos magistrados, que preferiram projetar uma visão idealizada sobre as relações familiares, negando-se a reconhecer a possibilidade de que as crianças queiram outros projetos de vida distintos daqueles de seus pais (direitos de saída/retirada). Noutro giro, os magistrados ignoraram por completo o debate filosófico e pedagógico sobre a educação como um sistema universal e compulsório, substituindo-o por uma rasa análise histórica de tendência originalista.

O debate sobre a existência de um sistema universal e compulsório de ensino surge sob o *standpoint* da criança para além da ideia tradicional relacionada ao processo de aprendizado. A educação pode servir também para a criança como a concretização de um caminho do meio entre a prerrogativa do poder/autoridade parental de criar as crianças, e o dever do Estado de protegê-las contra os seus atos abusivos. A educação pode ser vista sob a lógica de um Estado democrático de Direito, liberal e igualitário, como um direito de saída para as crianças, seja em relação ao tempo presente, seja em relação ao tempo futuro. Pautamo-nos aqui nas ideias de Susan Okin, de Joel Feinberg, de Alan Prout, e de Winnicott para amarrar essa construção teórica. Estas ideias surgem a partir do caso concreto, mas se projetam no conjunto das relações familiares.

Em suma, a escola pode ser vista como um mecanismo de salvaguarda, capaz de habilitar a criança transitar entre esses dois mundos, ou mesmo buscar caminhos de saída em situações extremas de vulneração de direitos fundamentais. Essas válvulas de escape são essenciais para a proteção das crianças como um todo. Ademais é uma forma de adequar as

expectativas dos pais à realidade do mundo. A sociedade não é composta por associações ou grupos fechados e estanques. Como visto ao longo desse estudo, a sociedade é, sem dúvidas, uma composição de diversas camadas associativas intimamente conectadas. Existem inúmeros fluxos de ideias que transitam entre os microssistemas familiares e os possíveis macrossistemas. Todos os indivíduos fazem parte desse processo de fluxo de ideias e informações. Na sequência, avaliamos como estas ideias se projetam para a proposta do *homeschooling*.

Concluimos que, sob o *standpoint* da criança, por vezes a família terá a prerrogativa de dizer a última palavra sobre a sua criação, e, por vezes, o Estado. A autoridade parental conquanto seja em essência a responsável por esse projeto, tendo em relação a ele uma posição preferencial, jamais poderá ser compreendida como detentora de um poder absoluto. As casas podem e devem ser muradas. Mas elas também devem ser construídas com portas, janelas e escadas de incêndio. A prerrogativa estatal de regular a vida social, nesses casos, deve ter como parâmetro a promoção de justiça, entendida aqui sob o paradigma liberal igualitário.

Em suma, buscamos delinear um arcabouço teórico capaz de ampliar nossa visão sobre a criança como um sujeito titular de direitos nas mesmas condições subjetivas de um sujeito adulto, capaz de sustentar um *standpoint* próprio. Isso significa que a criança deve ser estudada na sua integralidade, na medida em que a maior parte das questões jurídicas que nascem em torno desse protagonista revelam conflitos característicos da sua condição especial de um sujeito duplamente governado pela família e pelo Estado. Lembramos, porém, que permitir a diferenciação de seu patamar de observação em relação ao *standpoint* dos seus pais não é uma contradição. Conquanto as crianças sejam marcadas por algumas particularidades, elas não são uma categoria oposta à dos adultos. Todos somos iguais, e temos as nossas particularidades. Isso não nos coloca em times opostos.

E a diferença inicial marcante da criança é que ela existe como um sujeito duplamente governado, dependente das ações parentais situadas em um microambiente familiar e das ações do Estado, forjadas em nível de exo- e macrossistema. Nenhuma questão que envolva as crianças é capaz de avançar com segurança sem o reconhecimento desse primeiro dado real. Uma vez situada essa problemática, nós precisamos considerar que a mesma é um fator de embotamento das soluções jurídicas. Porque ao considerarmos que as crianças existem em um ambiente familiar, notamos que muitos não conseguem realizar as diferentes distinções que se seguem a esse raciocínio. O *standpoint* da criança não pode ser substituído pelo da família tampouco pelo do Estado. Ele tem que ser pensado através da ótica, da visão da

criança, e não se sobrepondo a ela. Além disso, os pais observam o ambiente familiar também a partir de suas respectivas óticas. Todas essas diferentes visões e posições devem ser levadas em consideração, quando se está diante de uma questão social e jurídica que tem como protagonista a criança.

Tais critérios de justiça devem orientar tanto o projeto de regulação estatal das famílias e das crianças bem como a construção de respostas jurídicas a embates judiciais envolvendo esses sujeitos. Se por um lado, os pais têm uma presunção relativa de exercício de autoridade sobre as crianças, devemos sempre lembrar que suas ações podem ser questionadas, quando tivermos indícios de um abuso de autoridade. Não existe uma resposta *a priori* – qual a solução mais justa para a criança, aquela proposta pelo Estado ou pela família.

De todo modo, o que percebemos é que não podemos deixar que esse conflito de autoridades se torne algo maior que a condição da criança como verdadeiro protagonista da celeuma posta. Na maioria dos casos, sob o *standpoint* da criança, a melhor solução para um embate ideológico entre a família e o Estado reside na composição de interesses. A criança não quer ser usada como um objeto de disputas que perpassam os seus interesses mais imediatos. Os efeitos de um forte embate entre a família e o Estado, na condição de escola, podem ser muito mais prejudiciais à criança do que o suposto direito que ditas autoridades pretendem defender e proteger. Não podemos perder isso de vista jamais.

Em última instância, configura-se este trabalho muito mais como um ponto de partida do que uma linha de chegada. As inúmeras questões que foram ventiladas nesse estudo demonstram como estamos de fato diante de um terreno fértil de pesquisa, conforme as minhas suspeitas investigativas originais. A limitação acadêmica do estudo das crianças e das famílias ao direito civil conformou-se uma verdadeira represa científica. Uma vez abertas as suas comportas, a força do fluxo de ideias tenderá a rompê-la de vez. Poderemos, com mais calma, deter-nos não só nas ideias trazidas à tona nesse trabalho, ainda merecedoras de estudos mais aprofundados, como em outras que surgem, sobretudo, no cenário nacional.

A ciência política ainda tem muito a dizer sobre as relações familiares, como por ex. sobre o casamento e o divórcio, como mecanismos de formação e rompimento de um enlace associativo político e cultural. Se pensarmos nas ideias trazidas à tona por Okin e as demais considerações aqui propostas, podemos também reconhecer a sua relevância sob a ótica dos direitos de saída/retirada. Nessa esteira, poderíamos pensar nas famílias como verdadeiras associações sob a ótica do direito constitucional. Seria possível adequar o conceito da família como uma associação, um híbrido de vida pública e vida privada, às categorias constitucionais tradicionalmente reconhecidas?

Seria possível avançar para uma *teoria geral da associação* que levasse em consideração não apenas categorias públicas e privadas, mas também híbridas, como no caso, a família?

Nessa esteira, estamos diante de um desafio de peso: qual a natureza jurídica constitucional do poder parental? Trata-se de um direito fundamental ou de uma categoria instrumental?

Noutro giro, este estudo evidencia a necessidade premente de que pensemos acerca dos fundamentos teóricos e filosóficos do sistema de educação compulsória universal. Se estamos diante de dilemas que envolvem a educação das crianças, nós precisamos compreender o que isso de fato significa e representa para a nossa sociedade, sob o ponto de vista do Direito. Existem limites ao projeto político-pedagógico das escolas – restrições de conteúdo ou do direito de expressão dos professores – em razão dos limites de liberdade de religião e de consciência trazidos à tona pelos alunos e/ou pelas suas famílias?

Vemos, pois, que muito embora este debate tenha suas origens na França e nos Estados Unidos, sua relevância estende-se a todo o mundo ocidental, ou melhor, a todos os Estados democráticos de Direito, pautados por uma ideologia de justiça liberal-igualitária. Trata-se de uma problemática universal.

O que notamos em específico em relação ao cenário brasileiro, é que diante da ampliação e fortalecimento de doutrinas religiosas minoritárias que se contrapõem ao *template* religioso padrão – uma composição de um Estado laico e um fraco establishment religioso – e também do incremento da polarização político-ideológica nos últimos anos, muitas dessas questões não tardarão a surgir na nossa agenda.

O primeiro indício desse movimento está registrado no RE 888.815, distribuído em 14/05/2015, no STF, e de relatoria do Professor e Ministro Luis Roberto Barroso, que traz à tona a judicialização do debate sobre o *homeschooling*. A repercussão geral deste caso já foi reconhecida ao argumento da relevância social de se reconhecer (ou não) a possibilidade de a família se desincumbir do dever de prover a educação (artigo 205) por meio do ensino domiciliar (*homeschooling*).

Ingressaram como *Amici Curiae,* em 03/08/2017, a União; os Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, de Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, o Estado do Rio Grande do Sul, o Distrito Federal e a Associação Nacional de Educação Domiciliar ANED.

O segundo indício deste crescente embate entre Estado e/ou escolas e famílias e suas respectivas ideologias e teologias, resta caracterizado no pitoresco PLS 193/2016 intitulado "Escola sem partido". Em suma, representa assim como seus equivalentes a tentativa por parte de famílias e pais de limitarem o espectro ideológico das escolas em prol de uma prevalência de uma pauta ideológica familiar. Como se pode imaginar, não pretendemos ao fim deste longo percurso adentrar no mérito deste debate. Pretendemos, sim, demonstrar como o ponto central desta pesquisa tem repercussões sequer imaginadas. O imbróglio das crianças, das famílias e do Estado está apenas começando por aqui. E o que já notamos é que: existe uma tendência de repetirmos os mesmos erros: deslocarmos a criança como sujeito protagonista desse debate em prol da promoção dos ideais e ideologias dos sujeitos adultos, famílias, Estado, professores e juízes.

De um lado, vemos a proeminência da família como um sujeito central do debate do *homeschooling*, e, de outro, no PLS 193/2016 (arquivado em 21/11/2017) e no correspondente projeto "Escola sem Partido", a reprodução de ideias *adultocêntricas*, que tendem a diminuir e subestimar a criança como o verdadeiro protagonista do processo educacional e um sujeito em condições de igualdade na família[418]. As duas propostas de regulação judicial e legal visam proteger os direitos de quem? Novamente dos pais de família?

Precisamos pensar e falar sobre isso. Precisamos encerrar de vez com esse círculo vicioso *adultocêntrico* antes de tomar tais decisões. Se vamos entrar seriamente neste debate, que o façamos de uma forma muito mais estruturada que a de nossos antecessores, reconhecendo a criança como o protagonista e verdadeiro titular de seus direitos, sob um patamar teórico robusto e coerente com o projeto liberal-igualitário dos Estados democráticos de Direito.

[418] "Art. 2º. A educação nacional atenderá aos seguintes princípios: (...) ***V - reconhecimento da vulnerabilidade do educando <u>como parte mais fraca na relação de aprendizado</u>"***;

REFERÊNCIAS

ACHARD, David. *Children: rights and childhood*. New York: Routledge, 3ª Edição, 2015.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey Internacional, 2006.

AMAR, Akhil Reed. Child abuse as slavery: a thirteenth amendment response to DeShaney. *Faculty scholarship series*, 1992. Disponível em: <http://digitalcommons .law.yale.edu/fss_papers/1038>. Acesso em 29/07/2016.

ANDRADE MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANSARY, Tamim. *Destiny disrupted: a history of the world through islamic eyes.* New York: Public Affairs. 2009.

ARCE, Matías Cordero. Towards an emancipatory discourse of children´s rights. *International Journal of Children´s Rights*, vol. 20, 2012, pp. 365-421.

ARGUELLES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista das decisões judiciais*. 2006. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

ARIÈS, Phillip. *História social da família e da criança*. Rio de Janeiro: LTC, 2015.

ARIÈS, Phillip, e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada 2. Da Europa feudal à Renascença*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. *História da vida privada 3. Da Renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. *História da vida privada 4. Da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ASSY, Bethania. *Ética, Responsabilidade e Juízo em Hannah Arendt.* São Paulo: Perspectiva; São Paulo: Instituto Norberto Bobbio, 2015.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Globo. 2008.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Disponível em: https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id500.htm. Acesso em: 30 jan. 2016.

BACON, Kate. Beings in their Own Right'? Exploring Children's Sibling and Twin Relationships in the Minority World. *Children's Geographies*, 10 (3). 2012.

BACON, Kate; e FRANKEL, Sam. Rethinking children´s citizenship: negotiating structure, shaping meanings. *International Journal of Children´s Rights*, vol. 22, 2014. pp. 21-42.

BADIOU, Alain. *Para uma nova teoria do sujeito: conferências brasileiras*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

BARTHÉLEMY, Dominique. Parentesco, *In* ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença. 2*. São Paulo: Companhia das Letras. 2001.

BERLIN, Isaiah. *The Proper study of mankind: an anthology of essays*. London: Pimlico. 1998

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

BLOCH, Marc. *A sociedade feudal*. São Paulo: Lugar da história. Edições 70, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política, 10ª Edição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOWEN, John R. *Why the French don't like Headscarves: Islam, the State, and Public State*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

BRONFENBRENNER, Urie. *The ecology of human development: experiments by nature and design*. Cambridge: Harvard University Press.

CALANCA, Daniela. História social da moda. 2ª Edição. São Paulo: Editora Senac. 2011.

CALLAN, Eamonn. Justice, autonomy and the good. In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2000.

CARD, Robert F. Gender, justice within the family, and the commitments of Rawlsian Liberalism*. Public Affairs Quarterly*. Vol. 15, n. 2 (Apr. 2001), pp. 155-171.

CARTA DO PAPA FRANCISCO ÀS FAMÍLIAS*,* 2014. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/francesco/pt/letters/2014/documents/papa-francesco_20140202_lettera-alle-famiglie.html>. Acesso em 08/02/2016.

CARTA DO PAPA JOÃO PAULO II ÀS FAMÍLIAS: GRATISSIMAM SANE**,** 1994. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/letters/1994/documents/hf_jp-ii_let_02021994_families.html>. Acesso em 08/02/2016.

CHARLES, Anthony; e HAINES, Kevin. Measuring young people´s participation in decision making: what young people say. *International Journal of Children´s Rights*, vol. 22, 2014. pp. 641-659.

CHENG, David Gan-wing. Wisconsin v. Yoder: respecting children´s rights and why Yoder should be overturned. *Charlotte Law Review*. Vol. 04, 2013. p. 45.

COLLOMP, Alain. Famílias, habitações e coabitações. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

CONARD, Haley J. The constitutionality of teacher certification requirements for homeschooling parents: why the original Rachel L. decision was valid. *Drexel Law Review*. Vol. 02, 2009. P. 206.

CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007.

CUNNINGHAM, Hugh. *Children and childhood in western society since 1500.* London: Routledge, 2014.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2016.

DANTAS, Santiago. *Programa de direito civil. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito* [1942-1945]. 2a tiragem. Parte Geral. Editora Rio, 1979.

DE LA RONCIÈRE, Charles. Como viver junto, *In* ARIÈS, Phillippe; & DUBY, Georges (Org.) *História da vida privada: da Europa feudal à Renascença. 2*. São Paulo: Companhia das Letras. 2001.

DIAS, Elsa Oliveira. *A teoria do amadurecimento D. W. Winnicott*. São Paulo: DWW, 3ª Edição, 2011.

DIAS TAVARES, Inês Ferreira. Razões religiosas na esfera pública: uma análise da atuação pentecostal no Congresso Nacional. *Revista Publicum* n. 1, vol. 1, 2015. pp. 102-139.

DOMINGUES DA SILVA, Filipe Francisco Neves. *Cruzados do século XX: o movimento tradição, família e propriedade (TFP): origens, doutrinas e práticas (1960-1970)*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), 2010. 156f. Dissertação (Mestrado em História). Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

DONELLY, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Cornell University Library. 2013.

DUBBER, Markus Dirk. *The police power: patriarchy foundations of American government*. New York: Columbia University Press. 2005.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. New York. Belknap Press. 2011.

ENGLISH, Jane. *Justice between generations*. *Philosophical Studies* 31, 1977.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution: Lawyers, activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective.* Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

FABER, Isadora. *Diário de classe: a verdade*. Florianópolis: Gutemberg, 2014.

FABRE, Daniel. Famílias. O privado contra o costume. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil.* São Paulo: Renovar. 2000.

FARGE, Arlette. Famílias. A honra e o sigilo. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FEINBERG, Joel. The child's right to an open future. In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007.

FETZER, Joel S. e SOPER. J. Christopher. *Muslims and the State in Britain, France and Germany*. Cambridge: University Press (livro eletrônico). 2005.

FINEMAN, Martha Albertson; WORTHINGTON, Karen. (Org.). *What is right for children? The competing paradigms of religion and human rights*. Burlington: Ashgate. 2009.

FINKELMAN, Paul. United States slave law. *In* PAQUETTE, Robert. e SMITH, Mark. (Org.). *The Oxford Handbook of Slavery in the Americas*. Oxford: Oxford University Press. 2016.

FISCHEL, William A. Do Amish one-room schools make the grade? The dubious data of *Wisconsin v. Yoder. The University of Chicago Law Review,* Vol. 79, 2012, p. 107.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORRET, Jeff. Early republic and antebellum United States. *In* PAQUETTE, Robert. e SMITH, Mark. (Org.). *The Oxford Handbook of Slavery in the Americas*. Oxford: Oxford University Press. 2016.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder.* Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *Resumo dos cursos de Collège de France (1970-1982).* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

FRANÇA. Código Civil Francês, de 21 de março de 1804. Disponível em: <http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html>. Acesso em 29/09/2015.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FRIEDAN, Betty. *The feminine mystique*. New York: W.W. Norton & Company. 2007.

FOGEL, Ruben Seth. Headscarves in German public schools: religious minorities are welcome in German, unless – God forbid – they are religious. *New York Law School Law Review*. Vol. 51, 2006/2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Org.). *Função Social no Direito Civil*. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GISBURG, Tom; e DIXON Rosalyn (Ed.) *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.

GLOVER, Andrew. The pit and the pendulum: how far can RLUIPA go in protecting the Amish? *Penn State Environmental Law Review*, vol. 19, 2011, p. 109.

GOMES, Fabiano Soares. *As razões do direito: um estudo da razão pública a partir do modelo liberal igualitário de John Rawls*. 2012. 116f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. O ruim e o intolerável em práticas culturais minoritárias: reflexões à luz do pensamento de Will Kymlicka. *Revista Publicum* n.1, vol.1, 2015. pp. 71-101.

GROSSMAN, Joanna L. e FRIEDMAN, Lawrence M. *Inside the Castle: law and the family in 20th Century America*. New Jersey: Princeton University Press, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião. Estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *The structural transformation of the public sphere*. Cambridge: Polity Press. 2011.

HANISCH, Carol. *The Personal is Political*. Disponível em: <http://www.carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html> Acesso em 05/02/2016.

HARARI, Yuval Noah. *Uma breve história da humanidade. Sapiens*. Porto Alegre: RS, L&PM, 2015.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HENDRICK, Harry. *Children, childhood and English society 1880-1990*. Cambridge University Press. 1997.

HEYWOOD, Colin. *A History of Childhood: Children and Childhood in the West from Medieval to Modern Times*. Cambridge: Polity Press, 2001.

HIRSCHL, Ran. Comparative constitutional law and religion. In GINSBURG, Tom; e DIXON, Rosalind. *Comparative constitutional law*. Cheltenham/Northhampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

_____. Editorial. In *International Journal of Constitutional Law* – April 2014 12 (2).

_____. *Constitutional theocracy*. Cambridge: Harvard University Press. 2010.

HOLT. John. *Escape from Childhood: The Needs and Rights of Children*. Oregon: Holt GWS LLC, 2013.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

HUMAN RIGHTS WATCH. Discrimination in the name of neutrality: headscarf bans for teachers and civil servants in Germany. February, 2009 (ISBN: 1-56432-441-9). Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/germany0209_ webwcover.pdf>.

HUNT, Lynn. Revolução francesa e vida privada. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JACKSON, Vicky. Comparative constitutional Law: methodologies.In Rosenfeld, Michel; e SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional Law*. Oxford: University Press, 2012. pp. 54-73.

JOHNSON, Robert A. *We: a chave da psicologia do amor romântico*. São Paulo: Mercuryo. 1997.

KAFKA, Franz. *Carta ao pai*. São Paulo: L&PM, 2004.

KUKATHAS, Chandran. *The liberal archipelago: a theory of diversity and freedom*. London: Oxford University Press, 2003.

KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. Multiculturalismo Liberal e Direitos Humanos. In Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan (Organizadores) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

LATOUR, Bruno. *We have never been modern*. Cambridge: Harvard University Press. 1993.

LEITE, Diogo Barbosa. Regulação policêntrica: a regulação não estatal como alternativa à regulação estatal. – Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Área de Concentração: Direito Público, 2013. 391f.

LEITE, Fábio Carvalho. Estado e religião no Brasil: a liberdade religiosa na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2008. 385f. Tese. (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

LICKSTEIN, Consuelo Valenzuela. Race and education at a crossroads: how parents involved in community schools v. Seattle School District no. 1 and Wisconsin v. Yoder Shed light on potential conflict between the black homeschooling movement and K-12 Affirmative action programs. *The Journal of Gender, Race & Justice* n. 13, 2010. p. 835.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. *O direito da criança e do adolescente: fundamentos para uma abordagem principiológica*. Disponível em: http://tede.ufsc.br/teses/PDPC0422-T.pdf. Acesso em: 30 jan. 2016.

LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em Defesa das Liberdades Laicas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOVETT, Frank. *Uma teoria da justiça, de John Rawls*. Porto Alegre: Penso, 2013.

LYONS, Darcie. Restraint and seclusion of students with disabilities: a child rights perspective from Victoria, Australia. *International Journal of Children´s Rights*, vol. 23, 2015. pp. 189-239.

MACKINNON, Catharine A. *Feminism unmodified. Discourses on life and law*. Cambridge: Harvard University Press. 1987.

_____. Gender, choice and partiality: a defense of Rawls on the family. *Essays in Philosophy*: Vol. 07: Iss. 1, article 9. 2006.

_____. *Women´s lives, men´s laws.* Cambridge: Harvard University Press. 2007.

MALLON, Ron. Political liberalism, cultural membership, and the family. In *Social Theory and Practice*. Vol. 25, n. 2 (Summer 1999), pp. 271-297.

MARTÍNEZ PECES-BARBA, Gregório. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid: Colección Universitaria-Editorial Debate, 1987.

MARTIN-FUGIER, Anne. Os ritos da vida privada burguesa. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASSIE, Robert K. *Catarina, a grande: retrato de uma mulher*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

MENDES MACHADO, Jónatas Eduardo. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. London: John W. Parker and Son, 1859.

MIZRAHI, Beatriz Gang. *A relação pais e filhos hoje: a parentalidade e as transformações no mundo do trabalho*. Rio de Janeiro: PUC rio, 2004.

MOONEY, Carol Garhart. *Theories of childhood*. Redleaf Press, 2013.

NAVARRO, Carlos Gama. *El problema de los testigos de Jehová en las escuelas mexicanas*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/45/pr/pr2.pdf> Acesso em 12/03/2016.

NUSSBAUM, Martha C. *Liberty of conscience. In defense of America´s tradition of religious equality*. New York: Basic Books. 2008.

_____. *Creating Capabilities: the human development approach*. Cambridge: Belknap Press. 2013.

O´BRIEN, Robert. *The Stasi Report: the report of the committee of reflection on the application of the principle of secularity in the republic*. Buffalo, New York: William S. Hein & Co. Inc., 2005.

OKIN, Susan Moller. *Reason and feeling in thinking about justice*. *Ethics.* Vol. 99, n. 02 January, 1989.

_____. *Justice, Gender and the Family.* Basic Books. 1989.

_____. Political liberalism, Justice, and Gender. *Ethics*, vol. 195, n. 1, Oct/1994, p. 23-43.

_____. "Mistress of their own destiny": group rights, gender, and realistic rights of exit. In CURREN, Randall. *Philosophy of Education: an anthology*. Blackwell Philosophy anthologies. Malden: Blackwell. 2007.

OLSEN, Francis E. The myth of the state intervention in the family. In *Michigan Journal Law Reform n. 835*, 1984-1985. pp. 836-864.

ORO, Ari Pedro. *A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica*. In LOREA, Roberto Arriada (organizador). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

PAQUETTE, Robert. e SMITH, Mark. (Org.). *The Oxford Handbook of Slavery in the Americas*. Oxford: Oxford University Press. 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. Classificação indicativa e vinculação de horários na programação de TV: A força das imagens e o poder das palavras. In *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 169-197, dez. 2013

_____. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. In *Revista Juris Poiesis*, n. 17, 2014.

_____. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro. *Revista da AGU*, v. 41, p. 9-42, 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERROT, Michelle. A família triunfante. In ARIÈS, Philippe; e DUBY, Georges (Org.). *História da vida privada: da revolução francesa à primeira guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. Figuras e papeis. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

_____. Funções da família. *In* ARIÈS, Philippe e DUBY, Georges (org.) *História da vida privada: da renascença ao século das luzes.* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PERRY, Michel J. *The idea of human rights: four inquiries*. Oxford: Oxford University Press. 1998.

PETERS, Shawn Francis. Prelude to Barnette: the Jeovah´s Witnesses and the Supreme Court. In Recollections of West Virginia State Board of Education v. Barnette. *81 St. John's L. Rev*. 755, 2007.

PIZIANI, Alessandro. *Habermas.* Porto Alegre: Artmed, 2009.

POGGE, Thomas. *John Rawls: his life and Theory of Justice*. New York: Oxford University Press. 2007.

POLLOCK. Linda A. *Forgotten children: parent-child relations from 1500 to 1900*. Cambridge University Press. 1983.

POPE, Nicole; POPE, Hugh. *Turkey unveiled: a history of modern Turkey revised and updated*. New York/London: Overlook Duckworth. 2011.

POST Robert C. e SIEGEL, Reva B. Roe Rage: democratic constitutionalism and backlash. *Faculty Scholarship Series*. 2007. Paper 169. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>.

PREST, Wilfrid. *Blackstone and his Commentaries.* Portland: Hart Publishing, 2014.

PROUT, Alan. *The future of childhood*. RoutledgeFalmer, 2005.

QUEIROZ, André; e CRUZ, Nina Velasco e (Org.). *Foucault hoje?* Rio de Janeiro: 7 letras, 2007.

QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégesis de los derechos humanos (una discusión teórica de la noción)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UNIGRANRIO: 1999.

RALEY, Gage. Yoder revisited: why the landmark Amish schooling case could – and should – be overturned. In *Virginia Law Review*. Vol. 97, 2011. p. 3.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____, A ideia de razão pública revista. *In O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

ROCHE, Daniel. *A cultura das aparências. Uma história da indumentária (séculos XVII-XVIII)*. São Paulo: Editora Senac. 2007.

ROMA, Christopher. To Yoder or not to Yoder: how the spending clause holding in National federation of independent business *v.* Sebelius can be used to challenge the No Child Left Behind Act. *Pace Law Review* vol. 34, 2014. p. 1.320.

ROSENFELD, Michel; e SAJÓ, András. *The Oxford handbook of comparative constitutional Law.* Oxford: University Press, 2012.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da Loucura*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SACCO, Airi Macias; DE SOUZA, Ana Paula Lazzaretti; e KOLLER, Silvia Helena. Child and adolescent rights in Brazil. *International journal of children's rights*, 2012.

SANCHES, Renate Meyer. *Winnicott na Clínica e na Instituição.* São Paulo: Escuta, 2005.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeira: Civilização Brasileira, 2011.

SANDOZ, Ellis (Org.). *The roots of liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the anglo-american tradition of Rule of Law*. Indianápolis: Liberty Fund, 1993. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/sandoz-the-roots-of-liberty-magna-carta-and-the-anglo-american-tradition-of-rule-of-law>. Acesso em 01/06/2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mãe de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade.* Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SADURSKI, Wojciech. *Rights before courts. A study of constitutional courts in postcommunist states and central and eastern Europe*. New York/London: Springer, 2014.

SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. *O homeschooling sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constitujição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHOEMAN, Ferdinand. *Rights of children, rights of parents, and the moral basis of the family*. *The University of Chicago Press*, Vol. 91, No. 1, 1980. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2380367. Acesso em 29/07/2016.

SCHWAB, Kelly R. Lost children: the abuse and neglect of minors in polygamous communities of north america. *Cardozo Journal of Law and Gender*, vol. 16, 2009. p. 315.

SENNETT, Richard. *Juntos. Os rituais, os prazeres e a política de cooperação*. Rio de Janeiro: Record. 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores. 2014.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. New York: W.W. Norton & Company, Inc. 1999.

SUSTEIN, Cass. Introduction: notes on feminist political thought. *Ethics*, Vol. 99, No. 2 (Jan., 1989), pp. 219-228.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 2001.

SUTTON, Jeffrey S. Barnette, Frankfurter and judicial review. *96 Marquette University. Law Rev*iew. 133, 2012-2013

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TULLOCK, Gordon. *The case against the Common Law. The Blackstone Commentaries, n. 01*. Virgínia: The Locke Institute. 1997.

VELHO MARTEL, Letícia de Campos. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões de consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2010. 476f. Tese. (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

VIEGO, Valentina; e MANCIAVILLANO, Pamela. Childhood rights in Argentina: lessons from the new regulatory framework. *International Journal of Children´s Rights*, vol. 22, 2014. pp. 268-285.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência***.** Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Compreendendo a criança como sujeito de direito: a evolução histórica de um pensamento*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11583. Acesso em: 30 jan. 2016.

WALZER, Michael. *Spheres of justice. A defense of pluralism and equality*. Basic books, 1983.

WINICOTT, D. W. *Da pediatria à psicanálise: obras escolhidas*. Rio de Janeiro: Imago. 2000.

_____. *Tudo começa em casa. – Textos de Psicologia*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2011.

WOODHOUSE, Barbara Bennett. The legacy of Pierce v. Society of Sisters [78 U. Det. Mercy L. Rev. 479 2000-2001]. In *University of Detroit Mercy Law Review* – Vol. 78:479 – 2001.

_____. Who owns the child?' Meyer and Pierce and the child as property. *William & Mary Law Review*, Vol. 33, Issue 4, 1992. Disponível em: http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol33/iss4/2 Acessado em 29/07/2016.

YOUNG, Iris M. Toward a critical theory of Justice. In *Social Theory and Practice*, Volume 7, Issue 3, Fall 1981.

YOUSAFZI, Malala; e LAMB, Cristina. *Eu sou Malala*. São Paulo: Companhia das Letras. 2013.