

**Coordenação Geral**  
Antônio Celso Alves Pereira  
Cleyson de Moraes Mello



## **Revista da Faculdade de Direito de Valença 2015**

**Prefácio de José Rogério Moura de Almeida Filho  
(Presidente da Fundação D. André Arcoverde)**

**Participação Especial do Ministro do STF Marco Aurélio Mello**

### **Autores**

Anna Carolina Costa dos Reis	Juan Castillo Vegas
Antônio Celso Alves Pereira	Juliana de Oliveira Silva
Ariane Fonseca Almeida	Karina Couto de Paula
Beatriz Cesário de Abreu	Leticia Maria de Oliveira Borges
Célia Saldanha	Lucas Perez da Motta
César Padilha	Luciano Filizola da Silva
Cíntia Valéria Galdino	Márcia Berião Cesar
Claudia Loureiro de Alves Pereira	Márcia Ribeiro Braz
Cleyson de Moraes Mello	Marco Aurélio Mello
Daniel Nunes Pereira	Marília Murat da Silva
Diogo Oliveira Muniz Caldas	Mirian Araújo Carlos Crapez
Dora Resende Alves	Patrícia Ignácio da Rosa
Elida Séguin	Patrick de Almeida Saigg
Eva Dias Costa	Priscila Pimentel
Evandro Pereira Guimarães Ferreira Gomes	Raquel de Lima Mendes
Fabiana Alves Mascarenhas	Rodrigo Perez Oliveira
Fernanda G. Galhego Martins	Ronaldo Figueiredo Brito
Gabriela Rocha Guedes	Rosana Laura de Castro Farias Ramires
Heron Abdon Souza	Samira Costa Arcanjo
Hugo Baracho de Magalhães	Vanderlei Martins
Isadora Oliveira Furtado	Véronique Champeil-Desplats
Jéssica Fonseca Machado	Wellington Trotta
Jônatas Castelo Branco	
José Luiz Quadros de Magalhães	

Editar  
Juiz de Fora-MG  
2015

**Presidente da Fundação Dom André Arcoverde**

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

**Vice-presidente da Fundação Dom André Arcoverde**

Antônio Carlos Dahbar Arbex

**Presidente do Conselho de Curadores da Fundação Dom André Arcoverde**

Prof. Miguel Augusto Pellegrini

**Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

**Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença**

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

**Fundador da Revista**

Prof. Dr. João Marcelo de Araújo Júnior

**Diretor da Faculdade de Direito de Valença**

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

**Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença**

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**Diretor da Revista**

Prof. Ms. Arilton Leôncio Costa

**Conselho Editorial**

Prof. Dr. Antonio D'Elia Jr. (Membro Externo – UFF – Volta Redonda)

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo UFRRJ)

Prof. Dr. Alexandre Catharina (Membro Externo UNESA)

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Prof. Dr. Gustavo Silveira Siqueira (Membro Externo UERJ)

Prof. Dr. João Eduardo Alves Pereira

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Prof. Dra. Marinilza Bruno de Carvalho (Membro Externo – UERJ)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA)

Prof. Dra. Regina Pentagna Petrillo

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ)

Prof. Dr. Nilton César Flores (Membro Externo UFF)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP/SP)

Prof. Dra. Núria Belloso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Vanderlei Martins (Membro Externo UERJ)

Prof. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ)

**Coordenação desta edição**

Prof. Dr. Antonio Celso Alves Pereira

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação**

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito - ano 1, n. 1. (maio 1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação anual

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

*Na casa do justo há um grande tesouro, mas nos ganhos do ímpio há perturbação.  
Os lábios dos sábios derramam o conhecimento, mas o coração dos tolos não faz assim.  
O sacrifício dos ímpios é abominável ao SENHOR, mas a oração dos retos é o seu contentamento.  
O caminho do ímpio é abominável ao SENHOR, mas ao que segue a justiça ele ama.  
(Provérbios 15:6-9)*



# Coordenação Geral da Revista

---

## **Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor Geral do CESVA. Diretor da Faculdade de Direito de Valença. Professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito de Valença. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## **Cleyson de Moraes Mello**

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ; Doutor em Direito pela UGF-RJ; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito, UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro da Academia Valenciana de Letras. Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença-RJ. Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.



# Autores

---

## **Anna Carolina Costa dos Reis**

Acadêmica do 8º Período da Faculdade de Medicina de Valença.

## **Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor Geral do CESVA. Diretor da Faculdade de Direito de Valença. Professor de Direito Internacional da Universidade Gama Filho e da Faculdade de Direito de Valença. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.

## **Ariane Fonseca Almeida**

Acadêmica do 9º Período da Faculdade de Medicina de Valença.

## **Beatriz Cesário de Abreu**

Bacharelada em Direito. Universidade Federal Fluminense (ICM-Macaé). Bolsista de Iniciação Científica. Financiador: FUNEMAC (2014)

## **Célia Saldanha**

MSc. em Saúde da Família pela Universidade Estácio de Sá e Docente da Faculdade de Medicina de Valença.

## **César Padilha**

Advogado. Assessor jurídico concursado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

## **Cíntia Valéria Galdino**

MSc em Epidemiologia pelo IMS-UERJ; Docente da Faculdade de Enfermagem de Valença.

## **Claudia Loureiro de Alves Pereira**

Professora de Geografia – UFRJ (1987), Mestre em Planejamento Urbano e Regional – IPPUR/UFRJ (2002), Doutoranda – Programa de Pós-graduação em Geografia – PPGeo/UERJ.

## **Cleyson de Moraes Mello**

Prof. Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito pela UGF-RJ; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito, UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro da Academia Valenciana de Letras. Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença-RJ. Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

### **Daniel Nunes Pereira**

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito e Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Bacharel em Direito (UFF). Especialista CPE em História Europeia (U.U.-Utrecht). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida (Teoria do Direito e Ciência Política). Professor Adjunto (Direito Público) da Faculdade de Direito de Valença, Brasil. Contato: danielnunes@id.uff.br

### **Diogo Oliveira Muniz Caldas**

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2008/2010). Foi Professor do curso de Graduação em Direito da Sociedade Unificada Ensino Superior e Cultura (2009/2013) e Professor do curso de Graduação em Direito na Universidade Gama Filho (2011/2014). É Professor do curso de Graduação em Direito do Cento Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Úrsula e do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho.

8

### **Dora Resende Alves**

Mestre e doutoranda em Direito. Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

### **Elida Séguin**

Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada) Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com

### **Eva Dias Costa**

Professora Assistente do Departamento de Direito; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; Coordenadora Departamental de Estágios.

### **Evandro Pereira Guimarães Ferreira Gomes**

Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Diretor Jurídico do Instituto Para o Avanço Científico dos Países do Sul (The Institute for the Scientific Advancement of the South). Advogado.



**Fabiana Alves Mascarenhas**

Mestre e Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP/UFF. Bolsista CAPES. Professora Universitária de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo. famascarenhas@live.com

**Fernanda G. Galhego Martins**

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, investigadora bolsista do CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasil – Doutorado Pleno no Exterior), com Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento pelo Instituto de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra e em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Advogada.

**Gabriela Rocha Guedes**

Acadêmica do 9º Período da Faculdade de Medicina de Valença.

**Heron Abdon Souza**

Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito (ICM-Macaé).

**Hugo Baracho de Magalhães**

Advogado, graduando em Psicologia e Pesquisador.

**Isadora Oliveira Furtado**

Acadêmica do 9º Período da Faculdade de Medicina de Valença;

**Jéssica Fonseca Machado**

Bacharelada em Direito. Universidade Federal Fluminense (ICM-Macaé). Bolsista de Iniciação Científica. Financiador: PROPPI/UFF (2014/2015)

**Jônatas Castelo Branco**

Advogado, Professor da UNESA, Especialista em direito tributário e mestre em Direito. Email: jonatascastelo@gmail.com

**José Luiz Quadros de Magalhães**

Professor da PUC-Minas, UFMG e FDSM. Mestre e Doutor em Direito. www.joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br

**Juan Castilho Vegas**

Doutor em Direito. Universidad de Burgos.

**Juliana de Oliveira Silva**

Bacharelanda em Direito. Universidade Federal Fluminense (ICM-Macaé). Bolsista de Iniciação Científica. Financiador: FUNEMAC (2014)

**Karina Couto de Paula**

Acadêmica do 10º Período da Faculdade de Enfermagem de Valença de 2014.

**Letícia Maria de Oliveira Borges**

Doutoranda em Direito com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Universidade Veiga de Almeida e Mestra em Direito com ênfase em Direito Internacional, Direito Humanitário e Direitos Humanos pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá, da Universidade Veiga de Almeida e do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. Professora do MBA de Gestão em Negócios da Universidade Estácio de Sá. Palestrante em eventos sobre temas de Direito Internacional. Tem experiência docente em nível de graduação, MBA e de cursos preparatórios para concurso.

**Lucas Perez da Motta**

Analista Técnico Administrativo do Ministério da Saúde. Graduado e Pós-Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

10

**Luciano Filizola da Silva**

Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado atuante no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal e Criminologia na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

**Márcia Berião Cesar**

Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença – 10º período – 2014

**Márcia Ribeiro Braz**

Doutora em Enfermagem pela UFRJ; Coordenadora e Docente da Faculdade de Enfermagem de Valença.

**Marco Aurélio Mello**

Ministro do Supremo Tribunal Federal.

**Marília Murat da Silva**

Acadêmica do 10º Período da Faculdade de Enfermagem de Valença de 2014.

**Mirian Araújo Carlos Crapez**

Pós-doutorado na Universitér Paris VI. Departamento de Biologia Celular e Molecular,UFF. E-mail: miriancrapez@id.uff.br

**Patrícia Ignácio da Rosa**

Mestra em Diversidade e Inclusão (UFF); Coordenadora do Centro de Transcrição à Braille, do Instituto Helena Antipoff, da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (de 2000 a 2005); Atual chefe da Divisão de Pesquisa e Produção de Material Especializado, do Instituto Benjamin Constant.

**Patrick de Almeida Saigg**

Graduando em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca – RJ. Brasil. Monitor da disciplina “Introdução à Ciência do Direito” (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: patrick-al-saigg@hotmail.com

**Priscila Pimentel**

Assistente Social. Pós-Graduanda da UERJ.

**Raquel de Lima Mendes**

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2012) e especialista em Direito Civil e Processual Civil Universidade Cândido Mendes (2013). Foi Professora do curso de Graduação em Direito na Universidade Gama Filho (2011/2013). Atualmente é Professora na Universidade Veiga de Almeida.

**Rodrigo Perez Oliveira**

Mestre e Doutorando em História Social (PPGHIS/UFRJ). Coordenador CPA Setorial Madureira.

**Ronaldo Figueiredo Brito**

Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela Gama Filho; Especialista em penal e processo penal; possui graduação em Direito; Atualmente na coordenação de Direito da Universidade Estácio de Sá, campus Ilha do Governador; professor de penal e processo penal da Universidade Estácio de Sá e Unisuam; professor da Pós-Graduação em Ciências Penais-modalidade presencial e a distância (EAD) da UNESA; Advogado Criminalista. Email. figueiredobrito@live.com

**Rosana Laura de Castro Farias Ramires**

Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

### **Samira Costa Arcanjo**

Graduanda em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca – RJ. Brasil. Monitora da disciplina “Hermenêutica Jurídica” (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: samira\_arcanjo@live.com

### **Vanderlei Martins**

Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1985), mestrado em Ciências pela COPPE/UFRJ (1991) e doutorado em Ciências pela COPPE/UFRJ (1995). Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Faculdade de Direito) com dedicação exclusiva Atua na área das Ciências Sociais Aplicadas. Professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ na linha de pesquisa em Direito da Cidade. Parecerista da Revista Direito da Cidade do PPDIR da Faculdade de Direito da UERJ. Parecerista da Revista *Questio Juris* do PPDIR da Faculdade de Direito da UERJ. Membro externo do Conselho Editorial da Revista da Faculdade de Valença/RJ. Membro do Conselho Editorial da Editora EDITAR de Juiz de Fora/MG. Membro externo do Conselho Editorial da Revista Saber Digital da Faculdade de Direito de Valença/RJ. Membro externo do Conselho Editorial da Revista *Legis Augustus* da Universidade UNISUAM/RJ. Parecerista Ad Hoc da Revista de políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Univ.Fed.do Maranhão. Coordenador Acadêmico das Publicações da Faculdade de Direito de Valença/RJ. Membro do Conselho Editorial da Editora Freitas Bastos-RJ. Membro do Colegiado do Curso de Especialização em Direito Especial da Criança e do Adolescente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Coordenador Geral e Coordenador Acadêmico de várias publicações na área do Direito. Autor de vários capítulos em livros na área do Direito.

### **Véronique Champeil-Desplats**

Professora de Derecho Publico a la Universidad de Paris Ouest – Nanterre, Francia.

### **Wellington Trotta**

O autor tem Graduação de Direito (UGF) e Filosofia (UERJ), Mestrado em Ciência Política (IFCS-UFRJ), Doutorado (IFCS-UFRJ) e Pós-Doc (IFCS-UFRJ). Leciona Filosofia na UNESA, além de ser responsável pelo Núcleo de Pesquisa de Ciências e Jurídicas Sociais da UNESA-Cabo Frio.

# Sumário

Apresentação <b>Antônio Celso Alves Pereira e Cleyson de Moraes Mello</b>	17
Prefácio <b>José Rogério Moura de Almeida Filho</b>	19
A Ética nas Funções de Estado <b>Marco Aurélio Mello</b>	21
O Estado Islâmico e o restabelecimento do Califado <b>Antônio Celso Alves Pereira</b>	31
Dignidade da Pessoa Humana: o Epicentro do Ordenamento Jurídico <b>Cleyson de Moraes Mello</b>	47
Direito, Globalização e Convivência <b>Vanderlei Martins</b>	73
Portée et Justiciabilité des Droits Sociaux et Protection de Quelques Catégories de Personnes Défavorisées en France <b>Véronique Champeil-Desplats</b>	95
Psicologia, Poder e Modernidade <b>Hugo Baracho de Magalhães e José Luiz Quadros de Magalhães</b>	115
Esboço sobre a Relação entre Ética e Política através da ideia de Justiça, segundo Aristóteles <b>Wellington Trotta</b>	131
O Consentimento e a Informação nos Cuidados Médicos <b>Fernanda G. Galhego Martins</b>	151
Análise dos Fundamentos Epistemológicos da Jusfilosofia de Hans Kelsen <b>Daniel Nunes Pereira, Patrick de Almeida Saigg e Samira Costa Arcanjo</b>	169

A Europa que repudia o Outro: o avanço da Voz da Extrema Direita e suas implicações na Tutela de Direitos Fundamentais e na Construção de uma Identidade Europeia <b>Heron Abdon Souza, Beatriz Cesário de Abreu, Jéssica Fonseca Machado e Juliana de Oliveira Silva</b>	185
Reflexões acerca da ideia de Sistema na Ciência do Direito <b>Eva Dias Costa</b>	201
Elucidación de las Normas Cristianas <b>Juan Castillo Vegas</b>	243
O Ano Europeu dos Cidadãos – 2013 <b>Dora Resende Alves</b>	269
Creche: Direito da Criança ou da Mãe Trabalhadora? <b>Elida Séguin, Priscila Pimentel e César Padilha</b>	279
14 Diálogo entre Cortes no controle difuso de convencionalidade: e o Papel do Judiciário Brasileiro no Cumprimento das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos <b>Rosana Laura de Castro Farias Ramires e Evandro Pereira Guimarães Ferreira Gomes</b>	299
A Família e a construção do Consenso: Mediação <i>versus</i> Jurisdição no Conflito entre Autoridade e Autonomia <b>Fabiana Alves Mascarenhas</b>	327
A crise econômica e os Direitos Humanos <b>Letícia Maria de Oliveira Borges</b>	353
A Contribuição de Iluminação Pública: uma análise segundo o Ordenamento Jurídico/Tributário Brasileiro <b>Jônatas Castelo Branco</b>	365
Schumpeter, Furtado, Sen e Singer: “Diálogos” sobre o Desenvolvimento <b>Lucas Perez da Motta e Diogo Oliveira Muniz Caldas</b>	379

Casamento Homoafetivo: uma Realidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro 391  
**Raquel de Lima Mendes e Diogo Oliveira Muniz Caldas**

A Teoria do Domínio Final do Fato como Critério de Imputação Objetiva 411  
**Luciano Filizola da Silva**

Redução da Idade Penal 419  
**Ronaldo Figueiredo Brito**

A disposição física da Sala de Audiências: a proximidade dos Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e seus reflexos sobre o devido Processo Legal 431  
**Márcia Berião Cesar**

#### **Artigos Interdisciplinares**

---

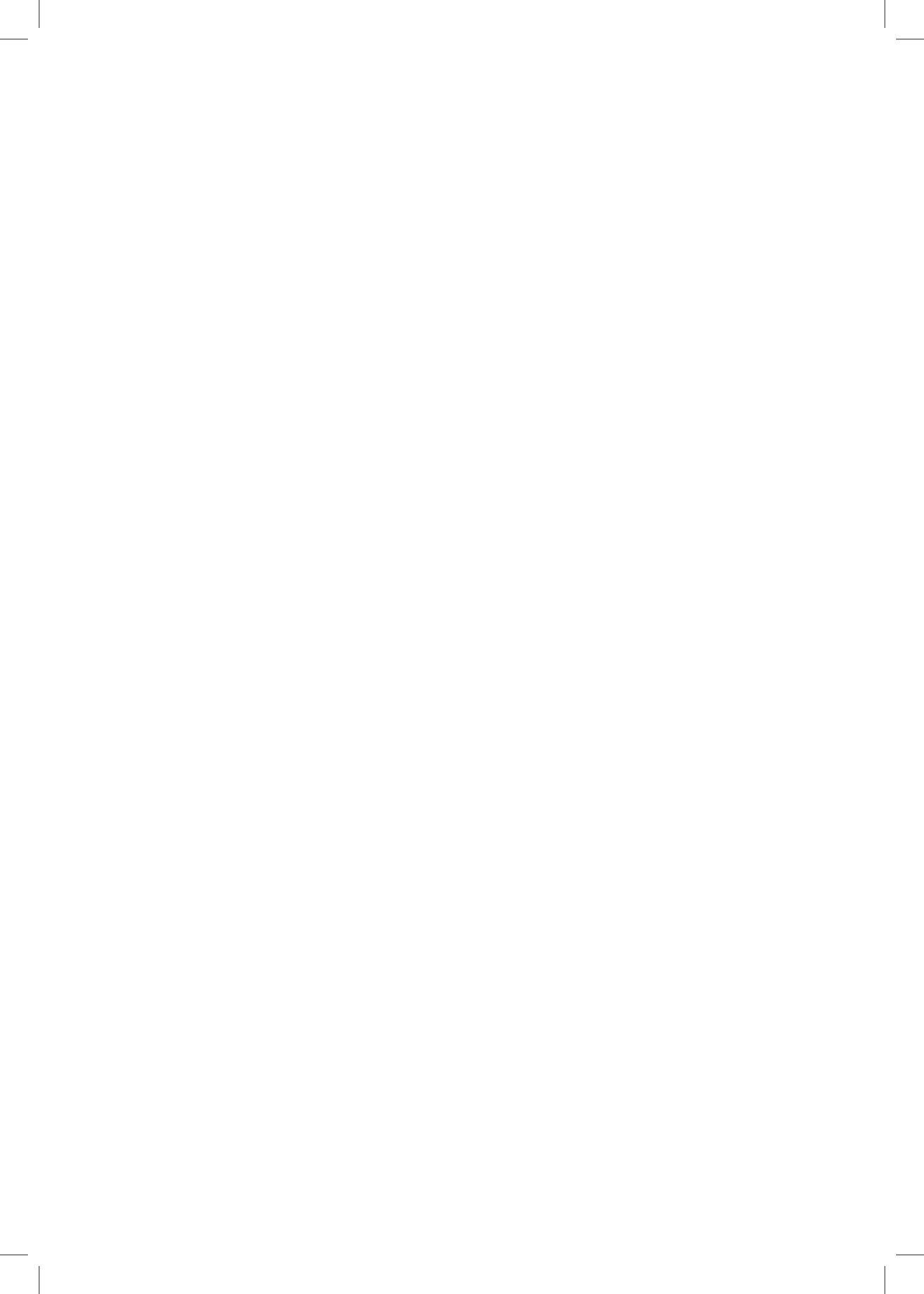
(Des) Cobertura da Realização do Exame Colpocitológico no Município de Valença/RJ 457  
**Karina Couto de Paula, Marília Murat da Silva, Cíntia Valéria Galdino e Márcia Ribeiro Braz**

Os usos do Conceito “liberdade” nos Escritos Antirrepublicanos de Eduardo Prado: um exercício de História Intelectual 469  
**Rodrigo Perez Oliveira**

Braille e Tinta unidos pela Inclusão: uma releitura necessária 495  
**Patrícia Ignácio da Rosa e Mirian Araújo Carlos Crapez**

O Processo Ensino-Pesquisa-Extensão em Cenários de Prática 509  
**Ariane Fonseca Almeida, Gabriela Rocha Guedes, Anna Carolina Costa dos Reis, Isadora Oliveira Furtado e Célia Saldanha**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Acessibilidade Urbana 515  
**Claudia Loureiro de Alves Pereira**





# Apresentação

---

A Faculdade de Direito de Valença completa, neste ano de 2015, 48 anos de existência. Ao longo dessa profícua trajetória, formou operadores do Direito que, como juristas, advogados, membros do Ministério Público, procuradores, magistrados e defensores públicos, atuaram e continuam a atuar, com sucesso, em todas as esferas que conformam a estrutura jurídica do nosso país.

Integrada no seu contorno regional, a Faculdade de Direito de Valença esmera-se em oferecer ensino de graduação, pós-graduação, pesquisa e extensão de alta qualidade, na medida em que dispõe de infraestrutura acadêmica sempre atualizada e, especialmente, de quadro docente composto, em sua maioria, por mestres e doutores dedicados e competentes. Além dessas atividades, a Faculdade de Direito de Valença, consciente da importância de seu papel no processo de desenvolvimento social e político regional busca, no contexto de suas prioridades, adotar ações que ofereçam aos seus alunos uma formação cidadã, voltada à defesa da liberdade, do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos. Todas essas relevantes ações que norteiam o ideário acadêmico da FDV são inspiradas na tradição cultural e no conjunto das finalidades da missão educadora da Fundação Dom André Arcoverde, sua entidade mantenedora.

É, portanto, com imenso prazer que entregamos à comunidade jurídica brasileira o presente número de nossa Revista.

Valença, outubro de 2015.

**Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira**

Diretor-geral do Centro de Ensino Superior de Valença (CESVA) e  
Diretor da Faculdade de Direito de Valença

**Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello**

Diretor-adjunto da Faculdade de Direito de Valença



# Prefácio

---

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira o número 12 da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes dos corpos docente e discente de nossas faculdades.

A edição do presente número expressa a preocupação da Faculdade de Direito de Valença no sentido de oferecer um espaço para a discussão e o diálogo interdisciplinares, fato que permite ao leitor o contato com diferentes saberes e diferentes posições doutrinárias.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 15 de outubro de 2015.

**José Rogério Moura de Almeida Filho**  
Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde



# A Ética nas Funções de Estado

---

Marco Aurélio Mello<sup>1</sup>

*No Brasil, quem tem ética parece anormal.*

**(Mário Covas)**

Será uma boa nova o retorno à velha discussão sobre a ética na gestão pública? Os otimistas decerto responderão que sim, vendo a questão como sinal do despertar da consciência cívica nacional ou, mais ainda, como prova viva do amadurecimento político do país. Os mais pessimistas, já descrentes, enxergarão, sem dúvida, os escândalos por trás da notícia, os abusos e desmandos que serviram de mote à volta do assunto às páginas dos jornais. Qualquer que seja a vertente escolhida, porém, o fato é que, a cada dia, a população parece mais intransigente e vigilante em relação ao comportamento dos agentes públicos. Daí a grande repercussão das manchetes em se tratando de desvios de conduta, sempre ganhando vulto, temerariamente, até um mero indício sobre uma mínima possibilidade de corrupção. Lenta, mas solidamente, vai-se incutindo na sociedade brasileira a exata noção acerca da importância da transparência nos atos de administração pública, do combate eficaz à corrupção, da cobrança diária no tocante à responsabilidade dos agentes públicos.

Hoje em dia, não parece se mostrarem suficientes, aos olhos do povo, eventuais bons resultados da ação estatal, mensurados no âmbito da eficiência e eficácia e estampados em relatórios recheados de cifras e índices alentadores. Exige-se daqueles que personificam o Estado postura compatível com o múnus público. Há de se cumprir e respeitar as leis, sim, mas à luz da ética como norte fundamental nas relações interpessoais. As profícuas palavras do professor Roberto da Matta retratam quase à perfeição esse entendimento:

“Quando falamos em ética, não estamos simplesmente nos referindo a uma relação de eficiência entre uma agência governamental e suas tarefas junto ao Estado, mas estamos pondo em cena, pela primeira vez no caso do Brasil, a atitude que deve guiar o que se está fazendo.

A ética introduz uma forte e irrevogável dimensão moral no âmbito da administração pública. Não se trata mais de multiplicar eficiência e recursos, mas de realizar isso dentro de certos limites e com uma certa atitude. Se, antigamente, os fins justificavam os meios – e os fins da administração pública brasileira sempre se confundiram com os objetivos políticos imediatos e práticos de quem governava –, agora a equação entre meios e fins muda de figura, pois os agentes devem estar conscientes e preparados para levantarem objeções a respeito dessa equação. Realmente, a ética sugere que nem todas as combinações entre meios e fins são moralmente coerentes ou aceitáveis. Ser eficiente pode levar a uma subversão dos

---

<sup>1</sup> Ministro do Supremo Tribunal Federal.



“São poucas as pessoas que gostam de lavar pratos mas fazem isso diariamente porque dão um grande valor a ter uma mesa limpa. Nenhuma lei impõe esta tarefa, nenhum fiscal examina se foi feita, ou não, nenhum relatório é necessário, ninguém é multado ou preso por não fazer. Mas fazemos. (...) Proponho uma cultura econômica na qual nos comportamos moralmente pela mesma razão que lavamos pratos: isso nos dá vantagens, e as consequências de não fazer seriam penosas pessoalmente, não do ponto de vista legal.”

Aí está, de uma forma quase trivial, o valor dos princípios éticos, quando menos na economia individual de cada um de per si e de todos, em última instância. A sociedade brasileira há muito já intuiu a serventia desses valores, pelo que, de uma maneira cada vez mais direta e atenta, vem reclamando dos dirigentes e autoridades uma conduta compatível com o mister de bem servir à coletividade. Como no exemplo acima, o raciocínio é simples; a equação, descomplicada: maior transparência conduz forçosamente ao aumento de credibilidade na gestão de recursos públicos, o que resulta no fortalecimento das instituições e da economia do país, de modo a permitir, quem sabe, um “orçamento ético” – nas sempre pertinentes palavras do ex-Governador Cristovam Buarque –, e, assim, a diminuição das desigualdades sociais, atávica mazela que nos expõe diariamente ao opróbrio do mundo.

Mais do que justificada, portanto, desponta a necessidade de se fortalecer, aprimorar e divulgar amplamente os padrões éticos que devem reger a prestação do serviço público, com o objetivo tanto de coibir infrações como de difundir uma mentalidade que, de tão absorvida, torne-se arraigada, um modo de proceder tão usual como a mais rotineira tarefa. O ideal seria a introjeção completa desses princípios éticos como uma forma inequívoca de proporcionar benefício comum à nação, tanto quanto todos aceitam ser indispensável a obediência às leis de trânsito como única possibilidade de ter-se veículos e pedestres pelas ruas. Não se trata de uma utopia. Mais já foi feito, basta observar ser regra a convivência pacífica entre os povos, entre vizinhos, apesar da diversidade de interesses. A guerra, sim, é a exceção, bem como o desrespeito às leis. Daí a avançar-se para a observância concreta e corriqueira das normas de conduta não custa muito, mormente no âmbito restrito da atuação governamental. É questão de prioridade e determinação, para a qual inescusável vem a ser o empenho férreo, diligente, diuturno do Estado no intuito de estabelecer e difundir normas e procedimentos simples, claros e de fácil compreensão com vistas a firmar um padrão ético de conduta efetivo que vá ao encontro das expectativas da sociedade, atualmente eivada de crescente desconfiança em relação aos agentes públicos. A tarefa mostra-se hercúlea e demanda, além de tempo, investimentos maciços em educação – pilar central da cidadania porquanto a ninguém escapa ser árdua a missão de eliminar vícios culturais enraizados, decorrentes de práticas administrativas obsoletas e autoritárias, esteadas na abominável tradição coronelista de se confundir o patrimônio público com o domínio privado.

Tão tradicionais quanto espúrias são essas relações na rotina administrativa brasileira. Colho do Professor Tércio Sampaio Ferraz magnífico trecho sobre a gênese e o jeito da corrupção, a qual, para a maioria, revela-se verdadeiramente “endêmica” no Brasil:

“Corrupção tem a ver com percepções sociais. Estas percepções sociais são, por sua vez, importantes na formação das dimensões éticas da sociedade e, assim, do modo como os atos públicos são avaliados e julgados. Elas podem ser apresentadas na forma de estereótipos que são facilmente assimilados pela sociedade e mesmo por estrangeiros que com ela entram em contato. Num país subdesenvolvido não é difícil detectar esses estereótipos. Destaque-se, assim, por exemplo, a importância das relações pessoais na escolha de muitos funcionários públicos. Embora a Constituição do país exija concursos públicos para habilitação a cargos públicos, existem milhares de cargos chamados de confiança, que são preenchidos por indicação pessoal. Estes funcionários tendem a atuar com perspectivas de reciprocidade, fenômeno conhecido como “apadrinhamento”, estabelecendo-se uma relação de amizade e compadrio que pode envolver largos espectros: o amigo do amigo, a recomendação de uma pessoa importante etc. Quando essa relação não é possível, ela tende a ser substituída por redes informais em que o dinheiro conta, isto é, à falta do padrinho ou do amigo, surge a compra direta do favor.

Esse pagamento em dinheiro de favores é, obviamente, ilegal e antiético. Não obstante, a corrupção não chega a ser percebida como tal quando o pagamento é de valor pequeno e usual. Aceita-se socialmente como uma espécie de compensação pelos baixos salários de funcionário. Neste caso, como no caso das relações por apadrinhamento, uma suspeita de corrupção não teria por base a moral, no sentido kantiano, pois não viria de um imperativo categórico puro, mas, talvez, de um sentimento de justiça distributiva violada, em termos aristotélicos, no sentido de que uns teriam vantagens sobre outros, sem obediência às razões de uma igualdade proporcional. Esta percepção, no entanto, vem acompanhada de sentimentos negativos, como a inveja, que desnaturam a reprovação moral da corrupção.”

A preocupação com a conduta ética no serviço público é tão antiga que as Constituições brasileiras sempre abrigaram as balizas norteadoras da administração pública. O Diploma Máximo em vigor explicita detalhadamente os princípios que a regem, quais sejam: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Além desses, ressalta a probidade administrativa, sem a qual o exercício de atividade pública resulta em severas punições que incluem desde a suspensão de direitos políticos até a perda da função pública, com a consequente indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário. Não se há de esquecer também, como integrante desse caudaloso rol de princípios, a exigência de licitação para a aquisição de bens e serviços. No plano infraconstitucional, inúmeras leis contribuem para a regulamentação e consolidação desse padrão de conduta almejado, ainda que quase todos os preceitos constitucionais reveladores



de tais princípios sejam auto-aplicáveis: Lei nº 8.112/90 (sobre o Regime Único do Servidor Público), Lei nº 9.429/92 (concernente à tipificação dos casos de improbidade), Lei nº 9.784/99 (relativa ao processo administrativo), Lei nº 8.666/93 (acerca dos procedimentos alusivos às licitações) e, mais recentemente, o Código de Conduta da Alta Administração Federal, aprovado pelo Presidente da República em 21 de agosto de 2001.

Vê-se, portanto, que de maneira alguma é por falta de previsão legal que se padece dos males ligados à falta de ética no serviço público, entre os quais se destacam:

- a) enriquecimento ilícito no exercício da função;
- b) tráfico de influência;
- c) utilização indevida de cargo público;
- d) mau uso de informação privilegiada;
- e) emprego de recursos públicos e servidores em atividades particulares;
- f) assessoria ao setor privado;
- g) recebimento de presentes.

Também muitos são os órgãos encarregados de controlar, fiscalizar, capacitar, treinar e punir os agentes públicos para alcançar esse padrão desejado, a exemplo da Corregedoria-Geral da União, Secretaria Federal de Controle, Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal, Polícia Federal, comissões de ética (Decreto nº 1.171 /94), Secretarias de Gestão e de Recursos Humanos, comissões parlamentares de inquérito, ENAP e ESAF (escolas de governo destinadas ao treinamento e capacitação de servidores), além de toda a estrutura do Judiciário para julgar e punir as transgressões porventura notadas pelas auditorias, inspeções e fiscalizações realizadas por órgãos de controle interno e externo para aferir a legalidade, legitimidade e economicidade da gestão dos administradores públicos. Entrementes, a peça-chave de toda essa máquina, o verdadeiro botão de partida de todo o sistema chama-se “cidadão”, a quem é dado, inclusive, em verdadeiro reconhecimento a este poder-dever, o direito de ajuizar a ação popular, com o objetivo de anular ato prejudicial ao patrimônio público, bem como de provocar o Ministério Público para a propositura de ação civil pública.

Se contamos com os meios legais e a infra-estrutura pertinente, por que tantos problemas de conduta são percebidos no serviço público?

Infelizmente, a questão é mais cultural que de estrutura. Como bem assinalou o Poeta Maior, Carlos Drummond de Andrade, a grande falha da República é suprimir a corte, mantendo os cortesãos. Ao contrário do que aconteceu na América do Norte, cujos cidadãos construíram o país, no Brasil nascemos “feitos” pela Metrópole e por mais de três longos séculos vimo-nos impedidos de “fazermos”. As capitâneas hereditárias eram verdadeiras possessões de desmandos e, sem contar com um mínimo degrau de liberdade, foi realmente penoso construirmos qualquer anteparo de cidadania. Esbarramos nos comezinhos obstáculos da falta

de educação formal, da pífia construção de valores sociais. Talvez em face mesmo desse início de história, do berço enviesado em que nasceu nossa pátria, o público, paradoxalmente, sempre nos pareceu pertencer a ninguém, ao invés de ser de todos, e, como tal, nunca mereceu consideração maior. Daí o lixo jogado na rua, a garrafa vazia arremessada do automóvel em trânsito, dada a incorreta percepção, à grande maioria dos brasileiros, de que pouco importa o que não se situa no âmbito da própria morada. Desafortunadamente, por estas paragens sempre vingou a mentalidade segundo a qual, “se não é meu, não me diz respeito nem demanda de mim cuidado algum”. Assim é que o descaso com a coisa pública vicejou, soberano, grassando a ineficiência, apesar desse tão forte aparato institucional voltado ao controle e à fiscalização dos atos públicos.

Pode-se afirmar com segurança que ainda hoje grande parte das normas de conduta são desconhecidas pelos agentes públicos e por isso relegadas a segundo plano, quando não acintosamente descumpridas. Mesmo diante do esforço de modernização da máquina administrativa, com o precípuo objetivo de alcançar a máxima eficiência e eficácia, em atendimento ao afa de se obter urgentes e notórios resultados, em raras ocasiões houve preocupação com a promoção e divulgação desse almejado padrão de comportamento no tocante aos quadros públicos, de modo a, coerentemente, incluir a questão ética como instrumento da gestão governamental. Cuida-se, aqui, de um modo padronizado de lidar com a coisa pública, em relação ao qual o servidor, além de consciente da importância da atividade que desenvolve, saiba naturalmente de suas limitações, quer morais, quer administrativas. Acima de tudo, os agentes políticos, os agentes públicos hão de estar conscientizados de que são servidores, impondo-se a constante prestação de contas aos contribuintes. Aqui, abro um parêntese para externar perplexidade com o conhecimento de que é mais fácil um advogado avistar-se em audiência com um juiz da Suprema Corte do que, às vezes, com o da Comarca ou o do Tribunal de cassação. A óptica é sob todos os títulos condenável.

O vocacionado para o ofício, para a sublime missão de julgar, deve atender, ouvir e refletir sobre o que exposto pelos profissionais indispensáveis à feitura da almejada Justiça. E essa a postura devida; é essa a postura imprescindível ao cumprimento do dever de bem servir; é essa a postura própria à preservação da grandeza do Judiciário. Prosseguindo, digo-lhes que a falha parece haver residido no próprio sistema institucional. Do contrário, por que pareceria auto-incriminadora qualquer consulta de um agente sobre determinado procedimento? Ademais, diante do lento, ineficaz e burocrático processo investigativo sobre desvios funcionais, risível sempre se afigurou, à maioria, a possibilidade de uma punição severa.

Rompido o substrato ético, o estrago, mostra-se irremediável. Os efeitos da corrupção se propagam nas mais diversas áreas, atingindo amplamente a imagem interna e externa da administração pública. A grosso modo, pode-se apontar as consequências mais aparentes desse autêntico malefício social como sendo:

- a) aumento dos custos de operação;
- b) majoração do endividamento externo e interno do país;
- c) maior dificuldade na captação de recursos para investimento;
- d) diminuição da qualidade e alcance das ações do governo;
- e) redução da produtividade do setor público;
- f) desvio de recursos destinados a áreas sociais para setores ligados a construção e infra-estrutura (esfera mais propícia ao favorecimento indevido);
- g) por conseguinte, agravamento da desigualdade social, com acentuação dos sacrifícios impostos à população mais carente;
- h) descrédito no funcionamento e eficácia das instituições e serviços públicos;
- i) diminuição da auto-estima da população;
- j) visível perturbação no moral da nação;
- k) deterioração do nível de confiança na economia brasileira, desestimulando a vinda de capital produtivo estrangeiro e incentivando a fuga de capitais;
- l) prejuízo à formação dos valores na camada mais jovem da população, dada a divulgação de péssimos exemplos do que deveria ser a elite intelectual e moral brasileira.

Só recentemente, em meio à sucessão de escândalos a envolver altos dirigentes, acompanhados incansavelmente por uma imprensa cada vez mais independente e ágil, e com a inegável mobilização da sociedade brasileira, o assunto reaparece como prato do dia, bastando uma rápida olhada nas eleições deste ano para se constatar que não vingam mais, por aqui, atitudes consideradas pouco éticas, como o louvor ao oportunismo que, anos atrás, deu margem até a um anúncio publicitário com o qual se divulgou a esperteza como um jeito de se dar bem na vida. Quem não se lembra da infelizmente famosa “lei do Gerson”?

Como otimista que sou por convicção e natureza, enxergo no horizonte tempos alvissareiros. Senão, que dizer da Comissão de Ética Pública, cujos resultados já se entremostam, apesar da tenra idade do órgão? Importantíssimo e digno de aplausos parece-nos o mencionado Código de Conduta da Alta Administração Federal, aprovado “com o intuito de angariar a confiança da sociedade na conduta dos agentes públicos, a partir do exemplo dado pelos ocupantes dos mais altos cargos comissionados do Executivo Federal: ministros, secretários nacionais, presidentes, e diretores de autarquias, fundações, empresas públicas, agências reguladoras e sociedades de economia mista – pouco mais de 700 pessoas”. O próprio Presidente da República recomendou aos dirigentes das entidades e órgãos do Executivo Federal para que, dentro de suas atribuições e no âmbito de suas competências, empenhassem-se a fim de aprimorar o sistema. Esse Código toma claro o dever de esses servidores revelarem seus interesses particulares que venham a conflitar com o exercício da função pública. Delineia também os limites de atividades profissionais e de gestão patrimonial e financeira. Abrange itens como aceitação de favores, desde transporte, hospedagem, até presentes que possam comprometer a lisura da conduta. A um só tempo, o Código também

serve de anteparo a denúncias infundadas, possibilitando aos acusados mais uma fonte de defesa.

A propósito do desafio que essa Comissão vem enfrentando dia após dia, vale a pena transcrever as “lições aprendidas da experiência da CEP”, na laboriosa pena do Dr. João Geraldo Piquet Carneiro, Presidente da Comissão:

a) Normas não têm o condão de alterar hábitos e condutas, se não estão respaldadas na exigência social e em uma estrutura de administração adequada.

b) Quem não tem norma efetiva de conduta não tem um referencial ético objetivo. Mas um código de ética não deve ser visto como servindo apenas para “quem não tem ética”. Provavelmente, o inverso é mais verdadeiro.

c) A efetividade das normas está diretamente associada ao seu conhecimento e compreensão e ao apoio político e engajamento das lideranças formais e informais.

d) Fazer gestão da ética é fundamentalmente desenvolver ações direcionadas para a compreensão das normas de conduta e disseminação de conhecimento sobre como aplicá-las para resolver dilemas éticos.

e) Um grande desafio da gestão ética é balancear adequadamente ações preventivas e ações repressivas.

Disso tudo defluiu que, em se almejando um Estado eticamente forte, faz-se mister um mecanismo eficaz para dizer aos agentes públicos das suas inerentes responsabilidades e, assim, alcançar resultados visíveis, ou seja, fomentar uma atmosfera capaz de fazer transparecer a conduta ética como padrão. Parece ser acertada a busca pela consolidação de uma cultura na qual se efetue eficaz e rotineiramente a prevenção contra a corrupção. Para tanto, a vigilância do cidadão comum é de fundamental importância, tornando-se antídoto contra abusos de poder. Nesse processo de assepsia cultural, não se afigura mera coincidência que a transparência caminha *pari passum* com o desenvolvimento da cidadania. É evidente que, quanto mais democracia, quanto maior a liberdade de imprensa e de opinião, mais contundente o compromisso dos agentes públicos com a ética. O resultado disso tudo será um Estado eficiente na promoção do bem-estar social, bem distante daquilo de que falava Montesquieu, ao advertir: “quando num governo popular as leis não mais são executadas, e como isso só pode ser consequência da corrupção da república, o Estado já está perdido”.

Há quem aponte a necessidade de medidas práticas de grande repercussão. A propósito, soube, recentemente, por meio de uma notícia veiculada no site da Revista Consultor Jurídico, que, na China, exatamente há um ano, de acordo com uma nova norma, “o juiz que praticar o mau exercício da jurisdição em nome do Estado poderá receber um convite para renunciar ao cargo”. Se, porventura, o magistrado não assumir o erro, então a instância superior pedir-lhe-á o posto. Ainda consoante o informe, foi o Presidente da Suprema Corte do Povo, Xiao Yang, quem pediu a aprovação das normas, ao argumento de que “a confiança

pública no Judiciário e o respeito às suas autoridades é proporcional à atuação de seus membros. Devemos atuar com vigor em relação aos nossos juízes para reestabelecer a autoridade judicial no país”.

Deste outro lado do hemisfério, somos mais parcimoniosos. De minha parte, defendo, sim:

a) a diminuição da burocracia como método eficaz para aumentar a transparência, eliminando-se os indesejáveis “interpostos canais”, a famosa zona cinzenta na qual dificilmente o interesse público dissocia-se do privado. Atualmente, há inúmeras formas de se alcançar esse desiderato, já que, modernizada a máquina administrativa, é de se esperar maior eficiência no controle dos atos públicos. Basta lembrar da informatização e de instrumentos como a Internet, de grande aceitação e rapidamente assimilada pela população brasileira;

b) uma equação mais ajustada, mais realista, entre a responsabilidade exigida pelos cargos e as remunerações percebidas pelos agentes. Se é certo, como afirmava Machado de Assis, que a ocasião faz o furto, pois o ladrão já nasce feito, há de se concordar que determinadas circunstâncias funcionam como autênticos chamarizes, incentivando o desvio de conduta, mormente numa época de apelo fácil ao consumismo desenfreado e mitigação de valores morais. Com salários compatíveis, menor o risco da corrupção. Ninguém haverá de expor um bem precioso como um bom emprego, principalmente nessa quadra de vacas magras, se a possibilidade de ganho ou impunidade não se sobrepuser, com vantagens, a uma eventual perda, sobretudo se grande a sanção;

c) a capacitação profissional de agentes como condição sine qua non para uma boa administração, no mais amplo sentido. Parece ser consenso que os holofotes devem estar voltados, a par do aprimoramento técnico, à formação humanística dos servidores, o que envolve, necessariamente, a lapidação de valores éticos e morais;

d) uma maior eficácia na aplicação das leis, o que inclui, talvez – e avento com a possibilidade a título de sugestão –, a aprovação de um código de conduta, à guisa do que foi feito para a alta administração federal, a ser aplicado à luz dos princípios da nossa Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Não que a Loman, já vetusta, não nos sirva mais. A questão deve ser vista pelo prisma da agilidade, abrangência e explicitude das normas, de modo a ajustar antigos comportamentos e obsoletas práticas à modernidade e velocidade que comandam os dias atuais. A efetividade das normas está hoje prejudicada pela omissão do Legislativo no exame do Projeto de Lei encaminhado, em 1992, pelo Supremo, visando, inclusive, à criação do Conselho Nacional de Administração de Justiça;

Por derradeiro, para sacudir o último resíduo de descrença dos derrotistas, aponto a campanha presidencial deste ano como a mais iluminada vitrine de que em curso está o processo de aperfeiçoamento ético por que passa toda a sociedade brasileira. Vivemos, sim, uma época em que desponta o valor “solidariedade” entre

a nossa gente, a incluir também o empresariado nacional, haja vista o notável crescimento do chamado “Terceiro Setor”, formado por entidades privadas que se unem ao Estado com o objetivo de alcançar um país melhor e mais justo. Essa consciência cidadã das elites pátrias vem da tardia constatação de que os problemas sociais não são da responsabilidade exclusiva do Estado, mas incubem à sociedade, de modo a se conseguir mais facilmente “o bem de todos e a felicidade geral da nação”, como profetizou D. Pedro I. Iniludivelmente, tal resultado diz com a prevalência da atitude, do ato ético, o qual, nas sábias palavras de Sua Santidade o Dalai Lama, vem a ser, exatamente, “aquele que não prejudica a experiência ou a expectativa de felicidade das outras pessoas”. Oxalá assim seja, a fim de que, num futuro bem próximo, o jeitinho brasileiro perca de vez a conotação pejorativa para ganhar somente as texturas da alegria e criatividade da gente morena daqui.

# O Estado Islâmico e o restabelecimento do Califado

---

Antônio Celso Alves Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo, após apresentar os fundamentos históricos, teológicos e políticos do Islã, analisa a emergência do chamado Estado Islâmico, traça um quadro comparativo do mesmo com outras organizações terroristas, como a Al Qaeda, e, nessa linha, discute a ação e a inquestionável ameaça do novo Califado não somente sobre as comunidades muçulmanas como, também, sobre a estabilidade política e a segurança do Ocidente.

**Palavras-chave:** Relações internacionais; estado islâmico; terrorismo.

## Abstract

This paper, after presenting historical and political bases of Islam analyzes the emergence of so-called Islamic State, draws a comparison chart of the same with other terrorist organizations such as Al Qaeda, and that line, discusses the action and unquestionable threat of new Caliphate not only about Muslim communities as well as on political stability and security of the West.

**Keywords:** International relations; islamic state; terrorism.

## Introdução

Na vigência do sistema bipolar, conseqüente da emergência dos dois impérios nucleares que dominaram a cena política internacional durante a Guerra Fria, a humanidade vivia sob a ameaça do aniquilamento total por uma possível guerra nuclear entre as duas superpotências. Apesar da acirrada competição entre os blocos capitalista e socialista, o sistema internacional conformado à época expressava algumas certezas político-ideológicas e estratégicas, oriundas de sua composição e natureza. Além disso, as superpotências exerciam controle sobre os Estados membros de seus blocos, principalmente sobre áreas periféricas dos mesmos e, nos instantes de grave crise, como nos sucessos dos mísseis soviéticos em Cuba, em 1962, mantinham abertos canais diplomáticos diretos ou paralelos para negociar e evitar o conflito armado. A Guerra Fria foi um período histórico difícil, de conflitos localizados e realinhamentos forçados no interior de cada bloco, mas, ao cabo, mesmo entre atores dissidentes, como França e China, nos momentos de impasse e de real perigo de guerra entre as superpotências, sabia-se que os citados Estados se realinhariam, movidos pela solidariedade ideológica. O sistema internacional

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da UERJ e reitor da mesma Universidade -1996-2000. Sócio Titular do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Diretor Geral do Centro de Estudos Superiores de Valença, RJ.





Qaeda. Governado por um novo e autodenominado Califa, proclama a legitimidade de suas ações criminosas recorrendo às mais violentas interpretações do Alcorão. O rápido sucesso do Estado Islâmico e o fascínio que o restabelecimento do Califado vem exercendo sobre as massas muçumanas, principalmente entre os milhões que vivem nos campos de refugiados do Oriente Médio, é consequência, entre outros fatores, do tratamento injusto a que são submetidos pelos governos corruptos dos próprios Estados muçumanos da região, vistos estes, pelos radicais islâmicos, como aliados dos “cruzados” do Ocidente e desviados dos corretos caminhos traçados pelo Profeta. Dispondo de consideráveis recursos financeiros e demonstrando completo domínio das modernas tecnologias da informação, entrando os lares muçumanos de todo o mundo e nos campos de refugiados pela televisão e pela internet, o Estado Islâmico promove competente proselitismo, pregando a unificação do mundo muçulmano e a volta da visão de mundo que levou à expansão da religião criada pelo Profeta Maomé, a partir do século VII.

Este artigo para melhor desenvolvimento do tema, compreensão e análise dos elementos que propiciaram a criação do Estado Islâmico, está dividido em três momentos: de início, vamos tratar dos fundamentos históricos, teológicos e políticos do Islã; em seguida, analisar o processo de criação do Estado Islâmico e do novo Califado, destacando suas características ideológicas, seus objetivos político-religiosos e econômicos, suas diferenças em relação aos outros grupos terroristas, principalmente a Al-Qaeda, destacando, ao mesmo tempo, suas pretensões de retroceder a história, isto é, retomar o processo de expansão do Islã no modelo ensinado e praticado pelo Profeta e executado pelos seus quatro primeiros sucessores, Abu Bakr, Omar, Utman e Ali os chamados *rashidun*, ou seja, “califas probos”, porque “viveram uma vida justa e lutaram pela causa de Deus”. Feito isso, apresentarei as conclusões. Vamos, então, ao primeiro ponto.

## Fundamentos históricos, teológicos e políticos do Islã.

A palavra Islã, no idioma árabe, significa *submissão, rendição, entrega*. O fundador do islamismo, o profeta Maomé, criou o termo a partir de *salaam*,<sup>3</sup> que quer dizer “paz” em árabe. Seu objetivo era expressar, sob o prisma religioso, a ideia de total submissão à vontade de Deus e, sob o ponto de vista social e político, um novo modo de vida e uma nova forma de organização do Estado, neste caso, conformando uma comunidade teocrática unificada, a *umma*,<sup>4</sup> vivendo em paz no estrito respeito à palavra de Deus, que lhe fora revelada e, desde então, expressa no Alcorão. Os biógrafos do Profeta registram que a sua preocupação com a paz derivava do caos social e político então existente na Península Arábica – primeira

<sup>3</sup> Palavra semítica que tem como cognato no hebraico o termo *shalom*.

<sup>4</sup> *Umma*, em árabe, *nação, comunidade*, expressa, no Islã, a comunidade muçumana em todo o mundo. Não importa a diferenciação de seus membros, ou seja, língua, etnia, gênero e posição social do crente em Alá, em Maomé, enfim, em todos os mandamentos contidos no Alcorão e nos comentários, exemplos e demais ensinamentos do Profeta reunidos pelos sábios muçumanos e consolidados nas chamadas *ahadith* e não incluídos no Alcorão.

metade do século VII da Era Cristã –, região que, antes de submetida ao Islã, vivia em estado permanente de lutas e de sangrentas disputas tribais. As religiões, como se sabe, buscavam traçar, concluir e determinar aos seus adeptos os caminhos da moralidade e da ética, estabelecer leis para a harmonia social e incutir princípios e ideias sobre o cosmos e sobre a natureza humana. Muçulmano, do árabe *muslim*,<sup>5</sup> é o seguidor do islamismo e significa “aquele que se submete a Alá”. Maometano, termo hoje em franco desuso, é uma expressão cunhada no Ocidente, considerada ofensiva pelos líderes religiosos islâmicos, pois, segundo afirmam, significaria aquele que adora Maomé, que não é um Deus, e sim, o último da linhagem dos Profetas. Ele próprio nunca se declarou uma divindade e a hagiografia islâmica nunca o considerou como tal. Na Idade Média surgiram os termos sarraceno e mouro, este último designando os islâmicos oriundos do norte da África e que ocupavam a Península Ibérica. Além de Maomé, o Alcorão lista 25 outros profetas, pinçados do judaísmo e do cristianismo, entre esses, Adão, Noé, Abraão, Moisés João Batista e Jesus. Maomé é afirmado no islamismo como o “Selo dos Profetas”, isto é, ele foi escolhido por Deus para fechar definitivamente a corrente de revelações que passara aos homens, desde o primeiro profeta, Adão e, com isso, corrigir as interpretações erradas e as distorções humanas das mensagens dos profetas que o antecederam.

Maomé, transliteração em português do nome próprio árabe Muhammad, nasceu na Cidade-Estado de Meca, em 570 da Era Cristã. A Arábia não constituía uma unidade política e religiosa. Formava uma sociedade composta por tribos sedentárias e outras nômades, cada qual liderada por um xeque, com seus deuses e ritos religiosos próprios e consubstanciados em velhas crenças semíticas.<sup>6</sup> Tais tribos, incapazes de se unirem numa federação, viviam em permanente estado de beligerância devido às exigências da vendeta ou das incursões para as pilhagens de alimentos. É relevante destacar que importantes comunidades judaicas, que teriam chegado à Arábia após a destruição, pelos romanos, do Segundo Templo, no ano 70 da Era Cristã,<sup>7</sup> viviam nas cidades de Fardak e Yathrib, atual Medina, e participavam também das lutas tribais. Outros grupos religiosos – cristãos coptas<sup>8</sup> e nestorianos<sup>9</sup> – viviam também na Península Arábica. Ao sul, no território que hoje constitui o Iêmen, eram fortes as influências do judaísmo, do zoroastrismo e do cristianismo.

<sup>5</sup> Esta palavra, segundo o *Dicionário Houaiss*, ingressou na língua portuguesa em 1540.

<sup>6</sup> Ver MANTRAN, Robert. *A Expansão Muçulmana: séculos VII-XI*. Tradução de Trude von Laschan Solstein. São Paulo: Pioneira, 1977, p. 552.

<sup>7</sup> O Segundo Templo foi destruído, durante a Grande Revolta Judaica dos anos 60/70 d. C., pelas tropas do comandante romano na Palestina, Tito, filho mais velho do imperador Vespasiano. Tito sucedeu ao pai como imperador entre os anos 79 e 81 d.C.

<sup>8</sup> *Copta* significa egípcio. A *Igreja Copta*, no contexto da ortodoxia cristã oriental, é uma das mais antigas, uma vez que fora criada pelo apóstolo Marcos, por volta dos anos 60 d.C. Como Igreja independente, não está ligada à hierarquia romana, como também não está em comunhão com a Igreja Ortodoxa.

<sup>9</sup> Nestório, Patriarca de Constantinopla entre 428 e 432 d. C., afirmava a desunião entre as naturezas humana e divina de Jesus, alegando que a Virgem Maria não podia ser chamada *Theotokos*, ou seja, Mãe de Deus. Sua doutrina difundiu-se no Oriente e foi declarada herética nos Concílios Primeiro de Éfeso, 431 d. C., e de Calcedônia, 451, d.C.

Meca, nos tempos pré-islâmicos, sediava um importante santuário, administrado pela tribo dos coraixitas, para o qual convergiam peregrinos de toda a Arábia. Denominado *Caaba* (Casa de Deus), guardava a Pedra Negra, objeto sagrado que, segundo a tradição, teria sido entregue pelo anjo Gabriel a Abraão, que reconstruía o santuário, uma vez que a sua primeira versão, construída por Adão, logo após sua expulsão do Paraíso, teria sido destruída pelo Dilúvio. Antes do islamismo, esse santuário guardava uma séria de ídolos e representações de deuses e deusas, entre os quais o mais poderoso, Alá, que era adorado como divindade suprema, pai e parente dos outros deuses e deusas, porém, não tinha a natureza, a unicidade, que, posteriormente, lhe foi atribuída pelo Alcorão. Vale assinalar que a *Caaba* é hoje o maior santuário do mundo islâmico e está dentro da Grande Mesquita de Meca. Os muçulmanos devem guardar os cinco pilares de sua fé, listados no Alcorão, entre eles, o quinto, *Peregrinação a Meca*, que todo muçulmano, desde que reúna condições físicas e materiais para realizá-la, deve fazê-la, pelo menos uma vez na vida, no décimo segundo mês do ano do calendário islâmico. Os outros quatro pilares são: 1) *Fé*, que se expressa na repetição da sentença “não há Deus senão Alá” – esta Sura,<sup>10</sup> foi tirada diretamente da Bíblia, repete o que está em Isaías, 4:5 “*Eu sou Javé, e não existe outro; fora de mim não existe deus algum*”. O Alcorão acrescentou “*e Maomé é o seu mensageiro*”; (Sura 33:40);. 2) *Orar*, voltado para Meca, cinco vezes por dia. (Sura 2:144); 3) *Praticar Caridade*; (Sura 24:56); e 4) *Jejum*, especialmente durante a celebração do Ramadã (Sura 2:183-185).

Além da importância religiosa, Meca tinha grande relevância comercial, pelo fato de se constituir em posto de abastecimento de água para as caravanas que se dirigiram ao Iêmen, Egito, Síria e Mesopotâmia e de situar-se apenas 80 km do Mar Vermelho. Comerciantes residentes em Meca, como a viúva que seria a primeira mulher do Profeta, possuíam grandes caravanas, que venciam o deserto com a colaboração de beduínos ligados aos comerciantes por contratos de proteção. Intermediando negócios entre gregos, palestinos, egípcios, persas e abissínios, os comerciantes de Meca “desempenhavam não só um papel de mercadores, mas, também, papel político, devido ao seu poder econômico e às suas relações”.<sup>11</sup>

Na sociedade tribal da Arábia, a família do Profeta pertencia ao clã hachemita, grupo social integrado na tribo dos coraixitas. Segundo seus biógrafos, seu pai falecera antes do seu nascimento e lhe deixara como herança cinco camelos e uma escrava. Aos seis anos, Maomé perdeu a mãe e foi morar com o avô paterno, que dois anos após morreria. Passou, então, à tutela de seu tio Abu Talib, chefe do clã, pai de Ali, primo e companheiro de Maomé, que, mais tarde, seria seu fiel discípulo, genro e causador da divisão do Islã em sunitas e xiitas, como se verá adiante. Pouco se conhece da juventude do Profeta, apenas que foi pastor. Não se tem certeza se sabia ler ou escrever e quais teriam sido suas práticas religiosas na sociedade politeísta em que vivia. Pelo que realizou, a forma como conseguiu se impor junto às tribos da Península Arábica, e como comerciante proprietário de

<sup>10</sup> *Sura* ou *Surata* são termos que expressam os capítulos do Alcorão.

<sup>11</sup> MANTRAN, op. cit. p. 55.

caravanas, parece que sabia ler e escrever e era dotado de altas qualidades pessoais e intelectuais. Estudiosos do Islã, como o francês Robert Mantran, afirmam que Maomé, antes de tornar-se líder religioso e governante, mereceu a consideração de seus concidadãos, “pelos quais teria sido alcunhado de *al-amim*, “o homem seguro”.<sup>12</sup> Aos 20 anos foi escolhido por uma rica viúva de dois casamentos, residente em Meca, Cadidja, para cuidar de seus negócios e acompanhar suas caravanas à Síria. Deu-se tão bem que com ela se casou aos 25 anos de idade, em 595. Cadidja, nessa altura, tinha 40 anos. Enquanto viveu, ela foi sua única mulher. Deu-lhe sete filhos, 3 meninos, mortos em tenra idade, e 4 filhas. Ela morreu em 619 e, pela tradição islâmica, é considerada “mulher perfeita” ao lado de Maria, mãe de Jesus e de Mirian, irmã de Moisés.

Não abandonando totalmente as atividades comerciais, Maomé, segundo seus biógrafos, desiludido com o materialismo reinante em sua cidade, insatisfeito com a forma como órfãos, pobres e viúvas eram excluídos da sociedade, gradativamente se entregava a experiências místicas, retiros piedosos, jejuns e meditações em cavernas existentes nos arredores de Meca. Conforme a tradição islâmica, no ano de 610, quando meditava numa caverna do Monte Hira, recebeu a visita do arcanjo Gabriel (*Jibrīl*), que o chamou “apóstolo de Alá” e, a partir daí, ditou-lhe a palavra de Deus até a sua morte, em 632, isto é, a revelação propriamente dita – *tanzil* – que conformaria o Alcorão; ao mesmo tempo o anjo também lhe transmitiu uma inspiração – *ilman* – a mesma que Alá depositou no coração de todos os profetas que o antecederam, ou seja, a forma de dirigir a própria conduta e a de seus fiéis. Estes sucessos deixaram Maomé transtornado. Sua mulher o reconfortou e o levou a um primo, Waraqa, muito provavelmente um cristão nestoriano, que lhe ajudou a interpretar a revelação divina, comparando-a às experiências vividas pelos profetas do judaísmo e do cristianismo. Com o apoio de Cadidja, Maomé, de início, formou um pequeno grupo de seguidores composto, além da mulher, por Abu Bakr, futuro sogro, e os futuros genros, os primos Ali Talib e Utman, fervorosos adesistas à sua pregação. Em seguida, começou a pregar em público e a ganhar adeptos. A palavra de Maomé foi, de início, recebida por sua própria tribo, os coraixitas, com ceticismo. Na medida em que o proselitismo crescia entre os outros clãs e tribos, e que a adesão da massa pobre e dos escravos tornava-se realidade, nasceu forte oposição por parte dos coraixitas, que, como guardiões da *Caaba*, recusavam o monoteísmo da pregação de Maomé, considerando que suas palavras e ações estavam voltadas não somente para o aspecto religioso, ao buscar a erradicação do politeísmo tradicional, como também indicavam a necessidade da construção de novas bases sociais, de superação das questões tribais e da emergência de uma Arábia unida pela palavra de Deus, constituindo a *umma*, comunidade de fiéis seguidores da Alá, Deus único. Maomé passa a atacar os ídólatras e concentra suas críticas sociais na situação econômica de Meca. A partir de 615, as forças econômicas e religiosas de Meca resolveram intensificar as perseguições aos adeptos da nova fé. Diante disso, Maomé viu-se obrigado a emigrar para Yatrib, local onde se desenvolveria a fase decisiva de sua vida. Partiu

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 59.

no dia 20 de junho de 622, para a cidade que seria chamada de *Madinat al-nabi*, Medina, a cidade do Profeta. Este acontecimento, chamado Hégira (emigração) tornou-se o marco inicial do calendário muçulmano. Procurando apoio das comunidades judaicas de Yatrib, com as quais celebrou um acordo de convivência, Maomé, além de adotar práticas religiosas das Escrituras, ordenou a todos que se sujeitavam a Alá, os *muslim*, que fizessem suas orações diárias voltados para Jerusalém. Maomé torna-se senhor absoluto e governante teocrático da cidade, elimina as estruturas tribais, organiza sua comunidade de crentes, exigindo juramento de fidelidade e submissão total à sua autoridade de apóstolo de Deus. O Islã seria não apenas uma religião, mas uma fraternidade. Algumas práticas pré-islâmicas foram conservadas, notadamente em matéria de propriedade, casamento e relações entre os membros de uma mesma tribo.<sup>13</sup> Considerando a influência das Escrituras na pregação do Profeta, judeus e cristãos avaliaram, de início, a mensagem de Maomé como uma seita que reunia ensinamentos extraídos do judaísmo e do cristianismo. Maomé precisava consolidar seu poder político-religioso em Medina, para, posteriormente, estendê-lo a Meca e a toda a Arábia. Levando em conta o fato de que os núcleos judaicos participavam ativamente da vida política das principais cidades da Arábia, Maomé temia uma aliança destes com as elites governantes de Meca. Além disso, os acusava de desvio religioso, por não aceitarem a oportunidade que ele lhes oferecia de reencontrar a verdadeira palavra de Deus. Começou, então, uma queda de braço com os judeus, os quais, por sua vez, o acusavam de total divórcio dos mandamentos das Escrituras. Em suas pregações, Maomé afirmava que se devia destinar a mesma consideração religiosa, tratar no mesmo nível, Moisés, João Batista e Jesus. Segundo Robert Mantran, já citado, a comunidade judaica talvez nutrisse a esperança de convertê-lo ao judaísmo; da mesma forma, ele esperava a convertê-los ao Islã. Veio então o rompimento. Os judeus que formavam o grupo chamado *banu nadhir* foram expulsos de Medina e obrigados a deixar todos os seus bens e armas. Maomé logo começaria a enfrentar problemas de ordem material. Os numerosos emigrantes que chegavam a Medina eram pobres, carentes de tudo. Para resolver o problema, ele autorizou o saque das caravanas dos comerciantes de Meca que se dirigiam à Síria.<sup>14</sup> Medina estava na rota das caravanas e atacá-las foi a solução para alimentar a massa faminta. Os governantes de Meca concluíram que era o momento de liquidar com a rebeldia de Maomé. Reunindo uma grande coalizão, em março de 627, as tropas de Meca cercaram Medina. Maomé resistiu e a medida fracassou. O fato foi visto pelo povo como prova de que Alá o apoiava. A partir desse acontecimento, ele resolveu exterminar, em Medina, qualquer possibilidade de contestação à sua autoridade político-religiosa. Temendo uma possível revolta de outro grupo judeu que vivia na cidade, ordenou a eliminação de todos os homens da comunidade judaica *banu corayza* e a redução das mulheres e crianças judias à escravidão. Determinou, em seguida, que as orações diárias seriam realizadas pelos crentes não mais voltados para Jerusalém, mas na direção de Meca. Após uma séria de batalhas com as tropas de Meca e de vitórias de suas forças, Maomé,

<sup>13</sup> MANTRAN, op. cit. p. 65.

<sup>14</sup> MANTRAN, op. cit. p. 66.

reuniu um exército de 10 mil homens e marchou contra Meca. Entrou na cidade em 11 de janeiro de 630. Quando retornou a Medina, em 632, doente, ele havia conseguido consolidar o poder islâmico, unir quase todas as tribos árabes, e lançar as bases para a expansão do Islã. Morreu em 8 de junho de 632.

A revelação recebida por Maomé não foi gravada em livro durante sua vida. Nas noites do Ramadã ele ditava as mensagens divinas a um grupo de escreventes, provavelmente cultos, que as anotava em pergaminhos e outros materiais. Logo após a sua morte, o primeiro califa, Abu Bakr, teria ordenado o início da compilação do Alcorão. Há divergências sobre a época em que o Livro foi definitivamente publicado. Alguns biógrafos do Profeta apontam que foi no califado de Omar, entre 634 e 644. Outros afirmam que foi no califado de Otman, em 653, ocasião em que o antigo secretário do Profeta, Zayd ibn Thabit teria completado o trabalho.

O Alcorão, ou simplesmente Corão, do árabe *Quran*, termo que significa “recitação”, expressa a palavra de Alá, revelada ao Profeta. Descreve as origens do Universo, as relações entre a humanidade e o seu Criador, aponta ao crente os princípios norteadores da vida social e política, da moral e da ética, da economia, do direito (*sharia*) e da ciência. O Alcorão divide-se em 114 capítulos, chamados *suras* ou *suratas*, e estes em versículos. Todos os aspectos da vida do muçulmano, suas necessidades diárias, espirituais ou materiais, sexuais e familiares, estão contemplados no Alcorão e na *Sunna*, palavra árabe que significa “caminhos trilhados”. A *Sunna* resulta da compilação das tradições, hábitos, exemplos, dizeres e práticas religiosas do Profeta, que não constam do Alcorão e que foram registrados para a posteridade por seus familiares e companheiros da primeira hora. Assim, o Alcorão é palavra de Deus; a *Sunna*, a palavra de Maomé, como indivíduo. A interpretação e os comentários dessa tradição pelos sábios muçulmanos formam as chamadas *ahadith*.

Quando morreu, em 632, a religião e o Estado teocrático que Maomé construía estava ameaçado de dissolução pelos antagonismos e ambições de seus pretendidos herdeiros. Ele não deixara recomendações ou diretrizes à sua sucessão. Não tinha filho varão. Casou-se com 16 mulheres, sendo que só uma, Aysha, filha de Abu Bakr, era solteira. Todas as outras eram viúvas e se uniram ao Profeta em consequência de acordos políticos ou conveniências familiares, isto é, algumas delas eram viúvas de parentes mortos em batalhas travadas na fase de emergência do Islã. É interessante salientar que o Alcorão fixa em quatro o número de esposas para o crente. A morte do Profeta levou seus familiares e companheiros diletos à disputa por sua herança política e religiosa. Ali Talib, primo e casado com Fátima, filha de Maomé com Cadidja, proclamou-se herdeiro legítimo, por ser parente de sangue do Profeta. Contudo, um rápido acordo entre os outros membros da família e companheiros do círculo íntimo de Maomé elegeu Abu Bakr califa, palavra árabe que significa “sucessor do enviado de Alá”. O novo governante teocrático, talvez com o objetivo de manter a *umma* coesa, iniciou o empreendimento das conquistas exteriores, anteriormente planejado pelo Profeta, cujo objetivo, de início, era pilhar os territórios vizinhos e, se fosse possível, incorporá-los.<sup>15</sup> Como a iniciativa encontrou fraca resistência e, de um

<sup>15</sup> PERROY, Edouard. *A Idade Média - A Expansão do Oriente e o Nascimento da Civilização*

modo geral, recebeu apoio das populações nativas, que sofriam sob a opressão dos Impérios Persa e Bizantino, o expediente transformou-se na bem sucedida empresa de expansão do Islã, que teve início, em 633, e continuou sob os três califas sucessores de Maomé: Abu Bakr: Omar, 634/644, Utman, 644-656 e Ali, 656/661. As conquistas foram surpreendentemente rápidas e constituíram a primeira fase do processo de construção do Império Islâmico. Como destacou Edward Gibbon “quando os árabes saíram do deserto pela primeira vez, devem ter ficado surpresos com a facilidade e rapidez de seu próprio êxito”.<sup>16</sup> Sobre o assunto vale lembrar que os impérios contra os quais os quatro primeiros califas fizeram guerras de conquista, o Persa Sassânida e o Bizantino, tradicionais inimigos, a longa sequência de guerras que travaram acabou por enfraquecê-los e facilitar a conquista islâmica de considerável parte dos seus territórios.<sup>17</sup> A Síria foi conquistada em 636; o Iraque, em 637; O Egito entre 639 e 642 e a Pérsia em 651. É também surpreendente o fato de que essas conquistas ocorreram em uma época de grande turbulência interna no Islã, disputas pelo poder e assassinato de três califas: Omar foi assassinado por um cristão persa em 644; Utman, odiado pelo povo, acusado de nepotismo e corrupção, foi morto por populares que invadiram sua casa; e, por último, Ali, quando orava na mesquita, foi assassinado, em 661, com um golpe de espada envenenada na cabeça, desferido por um membro da primeira dissidência aberta no Islã, os carijitas, assim chamados porque o termo significa “os que cindiram”.

A ascensão de Ali à chefia do Islã foi contestada, desde o início, pelos partidários de Muawiyah, governador da Síria, anteriormente nomeado por Utman e destituído por Ali. Formou-se em torno do Califa uma corrente política, *Shī'ah*, o partido de Ali, que defendia a sucessão por direito hereditário dos descendentes diretos de Maomé. Ali, como já mencionei, era primo e casado Fátima, filha de Maomé. Muawiyah era parente indireto do Profeta, de família coraixita que, durante dez anos, lutara intensamente contra Maomé e somente a ele aderiu quando não havia mais possibilidades de derrubá-lo. Como Ali se negava a punir os assassinos do califa Utman, Muawiyah se rebelou. Ali marchou com seu exército para Damasco para destituir o governador rebelde. Deu-se, então, a batalha de Siffin, que acabou inconclusiva, razão pela qual as partes acordaram uma trégua, medida que levou os carijistas, aliados de Ali, a deixar o seu partido e, em seguida, assassiná-lo. Muawiyah apresentou-se à sucessão de Ali. O filho deste, Hassan, chegou a assumir o califado, mas, para evitar a continuidade da guerra civil, assinou um tratado de paz com Muawiyah e se retirou para Medina. No tratado ficou acertado que Muawiyah assumiria o califado e, após a sua morte, a chefia político-religiosa do Islã voltaria a Hassan e, na falta deste, a seu irmão Hussein. Muawiyah não cumpriu o trato e nomeou o filho Yazid seu sucessor, convertendo o califado numa monarquia centralizada. A

*Occidental*. In: História Geral das Civilizações. Tomo III, 1º Volume, São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1958, p. 100/101.

<sup>16</sup> Ver WHEATCROFT, Andrew. *Infieis – O Conflito entre a Cristandade e o Islã – 638-2002*. Tradução de Marcos José Cunha. Rio de Janeiro: IMAGO, 2004, p. 72.

<sup>17</sup> Ver, sobre o tema, KINSSINGER, Henry. *Ordem Mundial*. Tradução de Claudio Figueiredo. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p. 103.

nova dinastia, os Omíadas, levou para Damasco a capital do Califado. Hassan foi envenenado por uma de suas esposas, cumprindo ordens de Muawiyah. Hussein foi massacrado, em Karbala, por Yazid, herdeiro presuntivo de Muawiyah e futuro Califa. Até hoje, os xiitas, todos os anos, durante 10 dias, comemoram no santuário de Hussein o seu sacrifício. Realizam o chamado ritual da *Ashura*, ocasião em que os crentes se autoflagelam com violência. A partir desses eventos, o Islã se dividiria, definitivamente, em três grandes correntes, motivadas por visões conflitantes sobre a sucessão do Profeta; xiitas e sunitas e carijistas; os primeiros não aceitaram a sucessão no califado fora da descendência direta do Profeta, pois acreditavam que somente estes teriam a aprovação de Alá; entre os xiitas, desde o século XIII, persiste a chamada “corrente dos 12 Imãs”,<sup>18</sup> ou *imamitas*, composta pelos crentes que, até hoje, aguardam o seu Messias, chamado Muhammad al-Mahdi, o Imã Oculto, ou 12º Imã. Trata-se de uma profecia medieval, do século XIII, de plena aceitação no Irã atual, segundo a qual o 12º Imã está escondido e, em um momento antes do fim do Mundo, reaparecerá acompanhado do Profeta Isa (Jesus), e promoverá a paz universal. Ele é um ser especial, completamente sem erro ou pecado, descendente direto de Maomé, por Ali, o primeiro Imã, e último “Califa bem guiado”. Ele seria filho do 11º Imã, Hasan al-Askari e desapareceu, no século XIII, quando tinha 6 anos. Contrariamente, os sunitas, quando da sucessão de Maomé, apoiavam a escolha do Califa mediante eleição pela comunidade muçulmana. Acreditavam – e até hoje acreditam – que todos os problemas podem ser resolvidos recorrendo ao Alcorão e à *Sunna*, porém, defendem posições políticas e religiosas com pragmatismo, fato que propicia uma interpretação mais flexível dos textos sagrados. A terceira corrente, de fato, a primeira dissidência no Islã, os carijistas, acreditavam que qualquer homem, até mesmo um escravo, poderia ser eleito califa, desde que reunisse um elevado caráter moral e religioso. A ideologia carijista não prosperou. Subdividiu-se em vários grupos e em vários países islâmicos. Sobrevive, hoje, no grupo dos ibaditas, que compreende a maioria dos muçulmanos do Sultanato de Omã. Como é do conhecimento geral, os muçulmanos compreendem hoje cerca de 1 bilhão e 500 milhões de crentes, correspondendo a 23% da população mundial. O Islã é uma das religiões que mais crescem no mundo. Nessa totalidade, os xiitas representam 16% do total de islâmicos dispersados em vários Estados, constituindo no Irã 94% da população, 66% no Iraque, 85% no Azerbaijão, 45% no Iêmen, 44% no Líbano, citando os países onde há concentração de seus adeptos. Os sunitas formam o campo majoritário do Islã, com cerca mais de 80% de seguidores, e, além disso, comporta correntes ultra-radicais e ideologicamente muito próximas: o wahabismo, dominante na Arábia Saudita; o salafismo, também presente no reino Saudita, no Catar e nos Emirados Árabes Unidos; e os chamados sunitas deobandi,

<sup>18</sup> Imã, em árabe, significa “aquele que guia”. No islamismo a expressão aparece em três sentidos: para a corrente *Xiita dos 12*, os chamados *imamitas*, expressa o título que foi dado aos descendentes do Califa Ali. Firmados em sua dissidência, os *imamitas* do Irã afirmam que onze imãs sucederam a Maomé. O décimo segundo, desde o século XIII, é apontado como “oculto” e aparecerá no momento oportuno. No Irã, ainda hoje, o 12º Imã é esperado. Entre os sunitas o título de “imã” é atribuído paralelamente ao título de Califa. O termo pode ainda ser atribuído ao pregador do culto islâmico.



dominantes no Afeganistão, corrente político-religiosa que congrega os Talibãs. Tais correntes são antimodernistas, antiocidentais e antiixiitas, defendem a eliminação das práticas consideradas não-islâmicas e a volta do islamismo aos padrões religiosos e políticos dos tempos do Profeta. O wahabismo quer a volta do purismo religioso, a rigorosa aplicação da *sharia* como instrumento legal para extirpar do Islã as práticas que o teriam contaminado e afastado de suas origens. É um movimento ultraconservador e considerado fundamentalista, como o salafismo. Este expressa uma resposta à influência ocidental no mundo islâmico e está associado à corrente *jihadista*. Além disso, demoniza a democracia, o secularismo e o capitalismo, quer o retorno à pureza doutrinária e ao modo de vida islâmico do século VII. O whabismo e o salafismo influenciaram a criação da Irmandade Muçulmana, da Al Qaeda e o Estado Islâmico. A monarquia saudita, dispondo de uma enorme liquidez financeira, como reação a uma possível exportação pelo governo iraniano do seu xiismo radical, principalmente após a Revolução Iraniana de 1979, resolveu exportar o seu radicalismo wahabista não só para os países muçulmanos, como também para os principais Estados do Ocidente. Para tanto, nas últimas décadas, construiu mesquitas, colégios, escolas voltadas à educação infantil e numerosas *madrassas*,<sup>19</sup> em vários países islâmicos e nas principais cidades do Ocidente, além do patrocínio de edições de livros e material de divulgação do Islã. Este esforço wahabista só passou a ser percebido após os atentados de 11 de setembro de 2001, crime absurdo cometido por um grupo de terroristas da Al-Qaeda, composto, em sua maioria, por indivíduos de origem saudita.

O *sufismo*, odiado e perseguido pelas lideranças religiosas conservadoras, não constitui, propriamente, uma corrente dentro do islamismo. Trata-se de uma filosofia, um belíssimo movimento místico e contemplativo do Islã, congregando xiitas e sunitas, embora estes últimos em maior número. Recorre, em sua busca de um profundo conhecimento dos caminhos que levam a Deus, à música, à dança, aos cânticos e à poesia.

Para completar essas notas sobre o processo de construção do islamismo, devemos salientar que após a dinastia Omíada, despachada do poder, no ano 750, pelos Abássidas, que elegeram Bagdá como capital da nova dinastia, a expansão do Islã atingiu as províncias asiáticas e africanas do Império Bizantino, a Espanha, onde os Omíadas de Córdoba declaram-se califas, a Sicília, e alcançava a Índia. Foi um período de florescimento cultural, eruditos árabes estabeleceram uma espécie de ponte com a cultura da Grécia antiga, além de traduzirem, para o árabe, textos gregos e latinos, reintroduziram Aristóteles na Europa, trouxeram para o Ocidente os algarismos arábicos e, da Índia, número zero. Em 1258 os mongóis tomaram Bagdá e liquidaram com Abássidas. Em 1299 os turcos otomanos criaram seu Estado, tomaram Constantinopla em 1453 e, em 1517, o sultão Selim I proclamou-se califa e protetor do Islã. O califado, inaugurado pelo

<sup>19</sup> *Madrassa*, na língua árabe, originalmente, significava escola, religiosa ou não. No Ocidente passou a nomear escola corânica, local de ensino da língua árabe, da lei islâmica (*charia*), das tradições que compõem as *ahadith*, bem como a história do Islã e, evidentemente, estudo aprofundado do Alcorão.

sogro de Maomé, Abu Bakr, em 632, foi extinto em 3 de março de 1924, com o fim do Império Otomano. Agora, o terrorista Abu Bakr al-Baghdadi, que se diz descendente do Profeta, tenta reconstruí-lo e criar um Estado inspirado no Islã dos primeiros tempos.

## A Criação do Estado Islâmico e o Novo Califado

Em 2009, o hoje autoproclamado califa, Abu Bakr al-Baghdadi, quando foi solto do *Centro de Detenção Ronald P. Bucca*, que os Estados Unidos mantêm no Iraque, e que recebe este nome em homenagem ao chefe do Corpo de Bombeiros de Nova York, que morreu heroicamente quando prestava assistência às vítimas do ataque às Torres Gêmeas, em 2001, seus carcereiros certamente só agora entenderam a despedida que eles lhes dirigiu: “Vejo vocês em Nova York”. O fato demonstra como fracassou a política de contraterrorismo que os norte-americanos passaram a executar, a partir da desastrosa invasão do Iraque pelo governo George Bush. Nascido em 1971 em Samara, ao norte de Bagdá, Abu Bakr al-Baghdadi teria entrado para a insurreição no Iraque pouco depois da invasão liderada pelos Estados Unidos, em 2003, e teria passado quatro anos em um campo de detenção americano. Seu nome de nascimento é Awwad Ibrahim Ali al-Badri al-Samarrai. Tem hoje 43 ou 44 anos, e começou sua carreira como pregador do sunismo salafista. As forças americanas tinham anunciado a morte de Abu

42 ■ Duaa - um dos pseudônimos de Bagdadi - em um ataque aéreo na fronteira com a Síria. Isto mostra como as forças de segurança dos Estados Unidos ignoravam completamente quem era o verdadeiro al-Baghdadi. Ele foi anteriormente preso quando fazia parte da organização terrorista Tawhid wal-Jihad, liderada por Abu Musab al-Zarqawi, o *jihadista* que liderava a Al-Qaeda no Iraque. Após a morte de al-Zarqawi, em 2006, este grupo terrorista passou a se chamar Estado Islâmico do Iraque. Em 2010, al-Baghdadi tornou-se seu líder e, em 2013, fundiu-se com o grupo terrorista *Frente Jabhat al-Nursa*, organização jihadista síria filiada à Al-Qaeda, e mudou seu nome para Estado Islâmico do Iraque e do Levante – *al-Sham*. Em junho de 2014, a organização passou a denominar-se simplesmente Estado Islâmico, que os norte-americanos chamam de Estado Islâmico do Iraque e da Síria – ISIS. A organização terrorista de al-Baghdadi, de forma surpreendente, avançou em conquistas territoriais no Iraque e na Síria, adotando ação política e militar completamente diferente da Al-Qaeda e de outros grupos terroristas islâmicos, ao criar um Califado e montar uma competente estrutura de expansão, com base territorial, explorando o conflito sírio e disseminando no Oriente Médio uma eficiente mensagem política, consubstanciada na promessa de uma nova época áurea do Islã sunita e da volta do Profeta na pessoa do novo Califa. Apesar de sua característica retrograda, o Estado Islâmico, de forma inteligente, utiliza eficientemente as mais modernas técnicas de propaganda, divulgando seus feitos pelas redes sociais e pela televisão, espetáculos de violência e sadismo, como se deu com a degola dos jornalistas americanos James Foley, que fora mantido

refém por quase dois anos após a sua captura na Síria, em novembro de 2012, e de Steven Sotloff, além dos voluntários britânicos que estavam na região em missão humanitária, David Himes e Alan Henning. O assassinato foi praticado diante das câmeras, como “propaganda do medo”. A violência e a audácia veiculadas por vídeos de grande apelo emocional no mundo islâmico representam, para as massas muçulmanas, armas de convencimento e conquista de mentes e corações, “muito mais poderosa do que as pregações religiosas, algo que a Al-Qaeda não conseguiu entender”, diz Loretta Napoleoni, presidente do grupo que trabalha com a questão do financiamento de ações terroristas no Clube de Madrid,<sup>20</sup> Nesse sentido, o Estado Islâmico utiliza-se de todo o significado religioso e prático de *jihad*, conforme esta forma de luta é tratada nos ensinamentos corânicos. O termo árabe *jihad* é, com frequência, traduzido por “guerra santa”, conceito criado na Europa por ocasião das Cruzadas. De fato, *jihad* significa “esforço, empenho, luta” e, nesse sentido, “luta pela causa de Deus”, “esforço para disseminar a mensagem do Profeta e glorificar a divindade”. São duas formas de *jihad*: a primeira, chamada *jihad maior*, é de cunho espiritual e tem como conteúdo o necessário esforço cotidiano do muçulmano contra as tentações do mundo; a segunda, *jihad menor*, se desdobra em dois tipos: *ofensiva*, ou seja, busca a expansão do Islã, o avanço na direção do chamado domínio da guerra – *dar al-harb*, constituídos pelos territórios e populações fora da “Casa do Islã” – *dar al-Islam*; a *jihad defensiva*, conforme o Alcorão, nomeia a luta para proteger o Islã de seus inimigos por meio do apelo ao “coração, à palavra, com as mãos e com a espada”. Os muçulmanos radicais concebem a *jihad* simplesmente como forma de luta armada, assim procedendo com base no que ordena o Corão, *Sura 2*, versículos 190/191 “*Combatei, pela causa de Deus, aqueles que vos combatem. Contudo, não vos excedais. Deus não ama o que excedem. Matai-os onde quer se os encontréis e expulsai-os de onde vos expulsaram, porque a perseguição é mais grave do que o homicídio. Não os combatais nas cercanias da Mesquita Sagrada, a menos que vos ataquem. Mas, se ali vos combaterem, matai-os. Tal será o castigo dos infiéis*”. O *jihadista* que morre em luta por Alá receberá grandes bênçãos e recompensas de uma vida eterna de prazeres e alegrias. Essa promessa, que passou a ser divulgada com maior intensidade a partir do século X, constitui para o muçulmano um incentivo para se juntar às forças *jihadistas* dos grupos terroristas. Uma passagem do Alcorão é muito citada em apoio ao futuro mártir do Islã: “*Certamente, para os justos, haverá um cumprimento dos desejos do coração com jardins circundados por vinhas e mulheres voluptuosas da mesma idade*”. Alcorão, 78: 31-33). O Alcorão, entretanto, não diz quantas virgens (*houris*) serão entregues ao *jihadista* morto. Foi a doutrina dos eruditos mulçumanos que, em interpretação extensiva dessa *Sura*, fixou o número de setenta e duas as virgens, que os muçulmanos mortos em combate pela fé receberão no paraíso.

<sup>20</sup> Entidade composta por 89 ex-presidentes e 58 ex-primeiros-ministros de 58 países, entre eles Fernando Henrique Cardoso, e que tem entre suas finalidades promover mudanças na comunidade internacional e desenvolver estudos sobre segurança internacional. Ver, da autora, *A Fênix Islamista – O Estado Islâmico e a Reconfiguração do Oriente Médio*. Tradução de Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015, pp. 19/21.

A surpreendente força da pregação do Estado Islâmico e a sedução à aventura guerreira, por outro lado, vem atraindo uma verdadeira legião estrangeira, composta não somente por *jihadistas* oriundos de vários Estados muçumanos como também de jovens ocidentais, não somente filhos e netos de imigrantes muçumanos residentes nos Estados Unidos, França, Alemanha, Reino Unido, Austrália e em outros países que têm comunidades muçulmanas. Há registro de brasileiro nas fileiras do exército do Califado, o jovem Brian Rodrigues, que passou a se chamar Abu Qassem Brazili, conforme foi informado às autoridades brasileiras pela própria mãe do agora *jihadista*. O exército do Estado Islâmico foi formado pela união das forças fundamentalista que lutavam contra o governo do Iraque, contra os curdos ao norte e os xiitas ao sul. Ao grupo inicial se juntaram os radicais que combatem o governo sírio e a legião de voluntários oriundos dos países islâmicos e do Ocidente. Foi o envolvimento na Síria que propiciou a ampliação do poder do Estado Islâmico. Contando, segundo informa a imprensa internacional, com efetivo aproximado de 30 mil combatentes, com tanques, veículos militares, mísseis e outros armamentos pesados de fabricação norte-americana, equipamentos abandonados pelo exército iraquiano em debandadas vergonhosas, após as ofensivas do Califado, e contando ainda com grandes recursos financeiros oriundos da venda de, aproximadamente, 2 milhões de barris diários de petróleo, negociados por meio de contrabando, abaixo do preço de mercado, cerca de 30 dólares o barril. Este óleo é extraído dos campos petrolíferos do norte do Iraque e do maior complexo petrolífero da Síria, na cidade de *Dei es-Zour*, instalações que, juntamente com a central de gás síria de *Shar*, estão sob controle do Califado, cuja capital de fato é *Raqqa*, importante cidade do centro-norte da Síria, às margens do rio Eufrates. Demonstrando que pretende consolidar seu Estado, al-Baghdadi organiza a burocracia do Califado. Um sistema de cobrança de impostos nas áreas sob seu domínio já está em funcionamento. Tudo isso, aliado à debilidade das forças que combatem o Estado Islâmico em terra – apenas os *peshmergas*, as forças curdas, oferecem, de fato, resistência aos *jihadistas* do Estado Islâmico. Porém, embora corajosos e treinados em lutas contra o regime de Saddam Hussein, os curdos não contam com armamentos adequados e suficientes para oferecer real resistência às ofensivas do Estado Islâmico, que hoje ocupa um território, segundo o *Washington Post*, com base em informações do Centro Nacional de Contraterrorismo dos Estados Unidos, equivalente à Grã-Bretanha, ou seja, mais ou menos cerca de 210 mil quilômetros quadrados. Esta situação é, de fato, inusitada. Nenhum grupo terrorista islâmico, ao longo da história, conseguiu tamanho êxito. A violência do Estado Islâmico está longe de ser uma questão de loucura. Trata-se de cálculo estratégico, opção tática. O fracasso das ofensivas do exército iraquiano contra o Estado Islâmico é consequência, em boa parte, como já foi anteriormente mencionado, da difusão da “propaganda do medo” do pavor incutido pelas mensagens televisivas, pela exibição dos vídeos de degola de prisioneiros e execuções em massa, como massacre contra os *yazidis*, grupo de etnia curda, que pratica uma religião que, ao contrário do

divulgado pela imprensa, não pode ser considerado cristão, pois sua fé conforma um antigo sincretismo que reúne zoroastrismo e práticas de outras religiões. Os *yazidis* têm história secular de resistência ao Islã. Centenas de homens dessa etnia foram mortos e considerável número de mulheres foram aprisionadas para serem vendidas como escravas ou entregues aos combatentes do Califado. Por outro lado, a fúria do Estado Islâmico se volta também contra os cristãos do norte do Iraque. Em 2003, havia mais de um milhão de cristãos no Iraque. Hoje, restam menos de 350 mil, o restante se deslocou do país para Estados vizinhos. Deve-se notar, que os cristãos do Iraque, ao tempo de Saddam, Hussein tinham plena liberdade religiosa. Seu Ministro do Exterior era um cristão, Tarek Azis. A ampla publicidade da violência perpetrada pelo Estado Islâmico passa ao inimigo o pavor e aos simpatizantes uma imagem de invencibilidade. Vale registrar também que os Estados Islâmicos, inclusive o Irã, demonstram forte preocupação com os sucessos do Estado Islâmico, pelo potencial revolucionário e pela audácia do mesmo. Este temor está construindo alterações no quadro estratégico do Oriente Médio. A Arábia Saudita e os outros Estados sunitas estão, de certa forma, informalmente alinhados com o Irã na luta contra o Estado Islâmico, situação que se estende aos Estados Unidos à União Europeia. O Hezbollah, aliado do Irã, anunciou esta semana que está se preparando para entrar na guerra contra o Estado Islâmico com o objetivo de impedir seu avanço na direção do Líbano. Com relação à resistência curda, que poderia ser mais eficiente se pudesse contar com melhor armamento, a coalizão que combate o Estado Islâmico, capitaneada pelos Estados Unidos, certamente encontra dificuldade para armar melhor os *peshmergas*, em razão de possível oposição da Turquia, que jamais aceitaria um exército curdo poderoso.

No rol dos crimes e da barbárie do Estado Islâmico incluem-se os atentados e a correspondente destruição de patrimônio da humanidade, em ação semelhantes ao que fizeram os Talibás, em 2001, quando implodiram os Budas de Bamiyan, alegando motivos religiosos, ou seja, para eles as enormes estátuas de Buda representavam falsos símbolos e, como tal, inaceitáveis e ofensivos aos princípios de seu sunismo radical. Da mesma forma, em 2013, militantes muçulmanos do Mali incendiaram bibliotecas onde eram guardados manuscritos históricos. Em exibição de pragmatismo, al-Baghdadi está destruindo sítios históricos no Iraque e na Síria, porém, vendendo objetos assírios milenários do museu histórico de Mossul. Incendiaram uma biblioteca com 8 mil manuscritos e estão destruindo, com tratores, as ruínas de Hatra, cidade milenar, cujas fortificações resistiram a ataques de legiões romanas. As Nações Unidas e os principais governos ocidentais proibiram todo o comércio de objetos históricos oriundos da Síria e do Iraque, em tentativa de impedir que al-Baghdadi consiga mais recursos para financiar sua empresa terrorista.

Concluindo, pode-se dizer que a ousadia, o ódio que faz questão de manifestar, a posse de uma extensa base territorial e os recursos militares de que dispõe, colocam o autodenominado Estado Islâmico, tanto ou mais quanto a Al-Qaeda em seus dias de maior ação, como uma grande ameaça ao Ocidente e

aos próprios Estados muçulmanos, apontados pelo “Califa” al-Baghdadi, como “criminosos aliados dos Cruzados Ocidentais”. O projeto político-religioso do terrorista Abu Bakr al-Baghdadi é a recriação do Califado e de um poderoso Estado teocrático que, em pleno século XXI, devolva ao Islã e aos muçulmanos de todo o mundo “a dignidade, o poder, os direitos e a liderança” do passado. Trata-se, portanto de uma mensagem não só eficiente, mas também de grande poder de sedução para a deserdada juventude muçulmana nascida na Europa e na América.

O fim da Primavera Árabe, sem alcançar os objetivos do movimento, é um fator que não pode deixar de ser examinado, quando se procura as razões do sucesso do Estado Islâmico. Os bombardeios da coalizão comandada pelos Estados Unidos não estão surtindo o efeito esperado. O “Califado” restaurado, apesar dos avanços e recuos na Síria e no Iraque, até agora está levando a melhor. Ainda a considerar sua influência em outras partes do mundo, principalmente em razão dos inúmeros grupos terroristas sunitas radicais, como o Boko Haran, que, em suas áreas de atuação, afirmam que agem em nome do novo Califa. De tudo isso, do fracasso das políticas de contraterrorismo do Ocidente, da injustiça e da insensibilidade socioeconômica das lideranças dos Estados muçulmanos e da incompetência e insensatez dos homens que, nestes anos iniciais do Terceiro Milênio, dirigem os destinos da humanidade, podemos aqui encerrar com uma sentença do notável mestre da Universidade de Colúmbia, Amitai Etzioni: *“A História é um cemitério de estratégias, pois o homem não aprendeu ainda dominar seu destino”*.

# Dignidade da Pessoa Humana: o Epicentro do Ordenamento Jurídico

Cleyson de Moraes Mello<sup>1</sup>

## Resumo

É necessário o esclarecimento da experiência do direito como (um) modo de ser-pensar do homem. A investigação da realização do direito alinhado a partir da tutela da dignidade humana é enfrentada pela reconstrução fenomenológica. Daí a necessidade de compreender o Direito a partir do ser-no-mundo. Esta abordagem permite aprofundar um certo ponto de vista fenomenológico, de que o ser do homem (pessoa) está em jogo no seu existir, permitindo vislumbrar mais nitidamente a sua relação com o direito. Especialmente interessante é refletir o direito compreendido a partir do homem (pessoa) em seu próprio acontecer, historicamente situado. É na medida em que o ser-aí humano existe como fundamento do direito – e somente nesta medida –, é que o julgador poderá compreender a questão prévia do ordenamento jurídico pautado nos elementos da *historicidade, mundanidade e personalisticidade*.

**Palavras-chave:** Direito; pessoa; dignidade humana; fundamento do Direito; historicidade.

## Sintesi

È necessario chiarire l'esperienza di diritto (un modo) di essere uomo di pensiero. L'inchiesta della realizzazione della linea fin dalla protezione della dignità umana si trova di fronte alla ricostruzione fenomenologica. Di qui la necessità di comprendere il diritto da essere nel mondo. Questo approccio consente inoltre un certo punto di vista fenomenologico, che è l'uomo (persona) è in gioco nella sua esistenza, permettendo più chiaramente immaginare il loro rapporto con la legge. Particolarmente interessante è quello di riflettere il diritto periodo dall'uomo (persona) nel suo caso, storicamente situata. In quanto dell'essere-ci umano, vi è il fondamento del diritto – e solo in tal senso – è che il giudice può comprendere l'obiezione del sistema giuridico guidati da elementi di storicità, mondanità e personalistico.

**Parole-chiave:** Diritto; persona; dignità umana; fondamenti del Diritto; storicità.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ; Doutor em Direito pela UGF-RJ; Professor de Direito Civil, Hermenêutica e Introdução ao Estudo do Direito UNESA, UNIPAC, FAA-FDV, UNISUAM; Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora/MG; Diretor Adjunto da FDV; Advogado; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Membro da Academia Valenciana de Letras. Membro do Instituto Cultural Visconde do Rio Preto. Vice-Presidente da Academia de Ciências Jurídicas de Valença-RJ. Autor e coordenador de diversas obras jurídicas.

## Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais

Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a *situações existenciais dignas*.

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão.

Só os direitos da pessoa humana, referidos a sua existência em condições dignas, compõem o mínimo existencial. Assim, ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos das empresas ou das pessoas jurídicas, ao contrário do que acontece com os direitos fundamentais em geral.

O direito à existência deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser-no-mundo (*in-der-Welt-sein*). Integra a “estrutura de correspondências de pessoas ou coisas”, em que afinal consiste o ordenamento jurídico. Não se contunde com o direito à vida, que tem duração continuada entre o nascimento e a morte e extensão maior que o de existência, que é situacional e não raro transitória. A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que “é necessário à existência digna” (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*).<sup>2</sup>

[...]

O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **(Ricardo Lobo Torres)**<sup>3</sup>

De acordo com Ingo Sarlet, “no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verificava-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção de liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e

<sup>2</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 83.



responsável por seus atos e seu destino), bem como a ideia de que todos os seres humanos, no que diz com a sua natureza, são iguais em dignidade. Com efeito, de acordo com o jurista político e filósofo romano Marco Túlio Cícero, é a natureza quem descreve que o homem deve levar em conta os interesses de seus semelhantes, pelo simples fato de também serem homens, razão pela qual todos estão sujeitos às mesmas leis naturais, de acordo com as quais é proibido que uns prejudiquem aos outros, passagem na qual (como, de resto, encontrada em outros autores da época) se percebe a vinculação da noção de dignidade com a pretensão de respeito e consideração a que faz jus todo ser humano. Assim, especialmente em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu um conceito da dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estoíca referida) e o sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo).<sup>4</sup>

Dessa maneira, é possível afirmar que os primórdios da dignidade da pessoa humana encontram-se na antiguidade clássica e o seu sentido e alcance estava relacionado à posição que cada indivíduo ocupava na sociedade. A palavra *dignidade* provém do latim *dignus* que representa aquela pessoa que *merece estima e honra*, ou seja, aquela pessoa que é importante em um grupo social.

No período medieval, a dignidade da pessoa humana passou a entrelaçar-se aos valores inerentes à filosofia cristã. Melhor dizendo: a ideia de dignidade passa a ficar vinculada a cada indivíduo, lastreada no pensamento cristão em que o homem é criação de Deus sendo salvo de sua natureza originária por Ele e possuindo livre arbítrio para a tomada de suas decisões. Severino Boécio (480-524) é o divisor de águas de dois tempos: a antiguidade e o medievo. Boécio é, pois, o precursor da definição filosófica de pessoa (humana), embora seu desenvolvimento pleno tenha se dado na metade do século XIII. O seu contributo foi situar a pessoa humana no horizonte da racionalidade a partir de sua condição de singularidade. A partir de Boécio, a noção de pessoa como substância individual e racional elevou o ser humano a uma nova esfera de dignidade e responsabilidade, implicando em nova perspectiva de ser e estar no mundo.

De acordo com Savian Filho<sup>5</sup> e Ricardo Antonio Rodrigues<sup>6</sup>, “Boécio elabora no capítulo III, do texto *Contra Eutychen et Nestorium* a definição de Persona que se tornará clássica no pensamento medieval e moderno. Já presente no contexto das controvérsias teológicas dos primeiros séculos, em oposição com natura (*physis*)

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados; 2011, p. 34-36.

<sup>5</sup> BOÉCIO. *Escritos* (OPUSCULA SACRA). Tradução, introdução, estudos introdutórios e notas Juvenal Savian Filho. Prefácio de Marilena Chauí. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.225-227.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Ricardo Antonio. *Severino Boécio e a Invenção Filosófica da Dignidade Humana*. In: Seara Filosófica. N. 5, Verão, 2012, p. 3-20.

e essência (*ousia*), persona tornou-se palavra central também para a antropologia filosófica e teológica. Para um breve histórico dos principais passos da evolução do conceito convém considerar que há sempre controvérsias em torno dessa palavra, mas que passou por seu significado ligado ao teatro; sentido de máscara, inclusive ligada a antiguidade Greco-romana do culto à divindade Perséfone, onde a tal objeto se chamava *phersu*, e era usado nos rituais religiosos; depois o próprio sentido do teatro, inclusive é essa conotação mais aproximada se considerarmos a língua grega. O sentido geral dos romanos é que persona não era apenas o objeto em si, mas também o papel desempenhado por cada ator e ligado ao Direito e ao sentido político, tal máscara não caracterizava algo de essencial, pois era a expressão do papel mutável e não-essencial exercido por quem a usava. Tinha como uma conotação de personalidade no sentido do não essencial. Isso em se tratando do século I. Já para os gregos *prosopón* tinha uma conotação que transcendia o aspecto gramatical, jurídico, religioso, e fundava-se num caráter mais filosófico de insurreição contra o trágico da existência, que somos também contingência e isso implica numa luta para a afirmação da liberdade. Parece haver uma relação entre a leitura de Boécio, Agostinho e os padres Capadócijs, pois a ideia de individualidade, substância, etc têm relação direta com a leitura trinitária de Deus. Ou seja, não há como negar que a leitura filosófica e antropológica de Boécio sobre a pessoa humana tenha um viés fortíssimo da teologia trinitária cristã.”

Para Boécio o primordial não é o coletivo como fundamento, mas o sujeito que pensa e reflete e, por isso, é capaz de viver em comunidade. Assim, a contribuição de Boécio foi deslocar o sentido de racionalidade e individualidade como condição primeira, destacando a noção de individualidade com o acento na racionalidade da pessoa. Na visão do autor, as coisas inanimadas, os animais, os vegetais não podem nunca serem elevados a condição de pessoa, mas somente dos seres portadores de alma racional.<sup>7</sup>

Boécio afirma que “disso tudo decorre que, se há pessoa tão somente nas substâncias, e naquelas racionais, e se toda substância é uma natureza, mas não consta nos universais, e, sim, nos indivíduos, a definição que se obtém de pessoa é a seguinte: “substância individual de natureza racional””.<sup>8</sup> Aqui a pessoa humana um estatuto de ‘superioridade’ aos demais seres, exceto aos anjos e as pessoas divinas.

Boécio “ao enfatizar a dimensão da natureza racional e do caráter individual da pessoa, sua definição ao considerar que a pessoa humana, como na tradição cristã, é imagem da própria Trindade, essa ênfase na dimensão racional e individual acabou sendo o pressuposto central, não só no cristianismo, mas em toda cultura ocidental para o que denominamos de dignidade humana.”<sup>9</sup>

Dessa forma, a compreensão da dignidade humana é vista a partir de um estatuto ontológico. A própria condição humana, o simples fato de sermos humanos, representa a garantia de certos direitos fundamentais fundados numa dignidade que é a priori.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

BOAVENTURA DE BAGNOREGIO (São Boaventura) também elaborou uma síntese filosófica sobre pessoa ao escrever o *De Trinitate* em 1254-7. De acordo com Ricardo Antonio Rodrigues, São Boaventura, “certamente tenha se dado conta de que a pessoa divina não pode ser interpretada dentro do mesmo estatuto epistêmico que se apreende e compreende intelectivamente qualquer ente, ou como algo similar a uma coisa, pois a relação que é uma herança da noção trinitária, e por analogia aplicada à pessoa humana. [...] a pessoa humana como relação, é condição de estar e ser-no-mundo com os demais seres e coisas, e, com isso, não esteja apenas orientada para um solipsismo, ou mesmo uma solidão fechada e desesperadora que angustia e oprime. Para o nosso autor, a pessoa como relação é abertura, projeção e orientação que tende ao transcendente, aos outros e ao mundo. A relação como categoria essencial (São Boaventura, Hex., col. 12, n. 14) dispõe a condição humana como singularidade, incomunicabilidade e suprema dignidade (São Boaventura, III Sent., d. 5, a. 2, q. 2, ad.1).”<sup>10</sup>

Assim, a expressão da pessoa humana como alguém e não como algo, portanto, para Boaventura lhe dá “um caráter de dignidade diferenciada, inspira-se num movimento imitativo, mas com as devidas proporções e diferenças da realidade trinitária. Com isso, é possível pensarmos a pessoa, segundo o autor, no caso do humano, não apenas como coisa ou mesmo supercoisa, mas como um existente em processo, e numa perspectiva do devir, que é sendo; uma recorrente vocação a ser o que se é e o que se deve ser num complexo feixe ou nó de relações, como no exemplo da Trindade, algo que racionalmente é apreensível, de certo modo e até certo ponto, mas, que em sua mais profunda realidade, mantém-se mistério. [...] Assim, dentro desse horizonte a pessoa humana como semelhança da trindade não é um produto acabado ou uma essência fechada, mas perspectiva, eterna possibilidade, uma incomunicabilidade que tende à saída de si como projeção que se identifica ao relacionar-se, ao tender com tudo e com todos. Não que lhe falte algo que se consiga através da relação, mas a relação aperfeiçoa, mas que só se dá pela singularidade e pela realidade concreta do que se é.[...] A pessoa humana na perspectiva bonaventuriana possui uma exigência própria de ser que o impele a ser mais sempre, quase que de uma forma imperativa no sentido do “torna-te quem tu deves ser”. E esse ser mais tem um significado de que a relação que o situa e o identifica pode agregar ao seu ser, não um acréscimo identitário que lhe falte, mas a possibilidade de enriquecer ainda mais a sua realidade singular e pessoal ao encontrar-se com a alteridade.”<sup>11</sup>

Vale destacar que o conceito da pessoa humana na concepção bonaventuriana como relação é importantíssimo para o direito, já que traduz a relação com os outros, o cuidado, a alteridade, característica fundamental da norma jurídica. É essencial para a compreensão do direito como relação jurídica de cooperação, ou seja, o ser com os outros.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Ricardo Antonio. *A Pessoa Humana é Relação*. In: Thaumazein, Ano IV, número 08, Santa Maria (Dezembro de 2011), pp. 73-87.

<sup>11</sup> Ibid.

Santo Tomás de Aquino (1225-1274), a partir da sistematização plena da cultura grega e latina, desencadeou o chamado *humanismo filosófico*. Com ele a pessoa humana é vista como portadora de uma dignidade vigorosa por ser Imagem de Deus. Há indícios de que Tomás de Aquino tenha escrito a Suma Teológica, pelo menos a primeira parte, segundo alguns cronologistas entre 1265 e 1271, ou seja, mais ou menos uma década após Boaventura ter redigido suas conclusões sobre a Trindade.<sup>12</sup>

São Tomás de Aquino afirma que “o termo dignidade é algo absoluto e pertence à essência”, situando-o como um requisito inerente à condição humana.<sup>13</sup> Bruno Amaro Lacerda diz que Tomás de Aquino, partindo da definição de “pessoa” formulada por Boécio (“substância individual de natureza racional”), explica que “o homem é uma substância racional porque tem o domínio de seus atos, agindo por si mesmo e não pelo comando de outros seres. Em outras palavras, o homem é livre, pois tem o poder de determinar-se, de agir por si mesmo. Isso lhe confere uma superioridade em relação a todas as outras substâncias (entes) que não compartilham da mesma potência. Essa superioridade é chamada expressamente de dignidade: “Ora, é grande dignidade subsistir em uma natureza racional. Por isso dá-se o nome pessoa a todo indivíduo dessa natureza, como foi dito” (Suma Teológica, I, 29, 3).”<sup>14</sup>

52

Dessa forma, com São Tomás de Aquino, a dignidade da pessoa humana fincou fundamento na ideia de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus, mas sobretudo na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana. O ser humano é livre por sua natureza, vivendo em função de usa própria vontade. Nos estudos de São Tomás de Aquino é possível perceber o destaque para a liberdade do homem o que, certamente, auxiliou Kant em seus estudos sobre a autonomia ética do ser humano.

Outro destaque na filosofia relacionada à *dignidade da pessoa* é Giovanni Pico. Ele nasceu em Mirandola, norte da Itália, em 24 de fevereiro de 1463, e faleceu em Florença, também na Itália, em 17 de novembro de 1496. Dentre suas obras, é importante destacar o *Discurso sobre a dignidade do homem*, uma espécie de manifesto renascentista do homem, descrito como centro do mundo (antropocentrismo).

De acordo com as lições de Bruno Amaro Lacerda, Giovanni Pico “não se limita a dizer que o homem é livre para escolher seus próprios fins, mas que, ao escolhê-los, o homem encontra a sua própria essência. O homem não é apenas o “animal racional” capaz de escolher, mas o ser que está fadado a escolher. É como se Deus houvesse condenado o homem à escolha, dado a ele a capacidade de, por seus atos livres, tornar-se o que deve ser. Percebe-se, então, que o homem

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> AQUINO, São Tomás de. *Suma de Teología*. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, p.411.

<sup>14</sup> LACERDA, Bruno Amaro. *A Dignidade Humana Em Giovanni Pico Della Mirandola*. In: *Revista Legis Augustus* (Revista Jurídica) Vol. 3, n. 1, p. 16-23, setembro 2010.

está acima dos animais não simplesmente por ser racional, mas porque a razão o impele em direção a algo que nenhum animal pode conseguir: a determinação do seu próprio ser. É interessante relacionar essa constatação com outro aspecto da filosofia de Pico, o apreço pela magia, vista não como poder sobrenatural, mas como capacidade de conhecer a natureza, de descobrir seus segredos e transformá-la. O homem não está apenas “no mundo”; ele também atua “sobre o mundo”, coloca-o a seu serviço. [...] Isto é interessante porque mostra de que modo o homem é semelhante a Deus. O homem, ser livre, é capaz de atos de criação, de transformação de si mesmo e do mundo onde vive. Sua dignidade decorre dessa capacidade criadora e inovadora, que o torna imagem de Deus, microcosmo que reflete, em escala menor, o poder divino da criação. O que torna Pico um dos primeiros renascentistas é essa visão da dignidade humana como capacidade de autodeterminação e criação a partir da transformação da natureza. A razão e a inteligência do homem não possuem exclusivamente um alcance ético, mas também um viés poiético (de poiésis: produção, fabricação). A originalidade de Pico, que o torna elo entre duas eras, a medieval e a moderna, está nessa visão do homem. A liberdade é o dom que o homem recebeu. Sua dignidade está em saber usá-lo bem, transformando o mundo e a si mesmo em direção ao melhor [...] O melhor, assim, é tudo aquilo que eleva o homem, que o torna construtor, criador, uma espécie de demiurgo do mundo, aproximando-o de Deus. É isso que, segundo Pico, converte o homem em um ser digno, merecedor de respeito por parte dos outros homens: o auto-aperfeiçoamento, a capacidade de se tornar, pelo uso da razão, um “animal celeste”, próximo à máxima perfeição.”<sup>15</sup>

Importante destacar, também, o contributo de Marsilio Ficino (1433-1499) no Humanismo renascentista, em especial, quanto à noção de dignidade da pessoa humana.<sup>16</sup>

De acordo com Guilherme Camargo Massaú “é possível visualizar em Ficino (como em Pico Della Mirandola) obra e atuação, uma ideia histórica diretamente ligada a um momento “original” da visão ocidental; trata-se de um percurso de representações teológicas específicas que contribuíram na formação do conceito de dignidade, estruturando pensamentos filosóficos puros, muitas vezes, ainda, de conceitualidade com base teológica.

A ideia de dignidade de Ficino enraizou-se, sobretudo, na imagem e semelhança do homem com Deus [...] O conceito de semelhança de Deus do homem de Ficino não se baseia somente sobre o parentesco de essência presumido e principiológico entre o espírito humano e o divino. Tal perspectiva é fundamentada, especialmente, com a posição mediana cósmica do homem e seu papel intermediário no universo. A partir da representação platônica do provir e, simultaneamente, a do regresso, o florentino tenta demonstrar que o *mens* do

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> MASSAÚ, Guilherme Camargo. Dignidade Humana e *Marsilio Ficino*: a perspectiva do Renascimento. In: *Revista Direitos Humanos e Democracia* Unijuí: Unijuí, ano 2, n. 3, jan./jun, 2014, p.128-124.



se-ão para o homem lei e regra. Em grego, recomendar é *némein*. O *nómos* não é apenas a lei, porém, mais originalmente, a recomendação protegida pelo destinar-se do Ser. Só essa recomendação pode dispor o homem para o Ser. E somente essa disposição pode trazer e instaurar obrigações. Do contrário, toda a lei permanecerá e continuará apenas um produto (*das Gemächte*) da razão humana. Mais essencial para o homem do que todo e qualquer estabelecimento de regras é encontrar um caminho para a morada da Verdade do Ser.<sup>20</sup>

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da “coisificação” do Direito, não pensado em sua essência, é o sentido de sua decadência. Sem a percepção desta essência todo o esforço e o cuidado para se “dizer o direito” transborda no vazio. As normas jurídicas em abstrato devem ganhar mais plenitude e colorido se considerarmos os estudos avançados de hermenêutica jurídica e concretude judicial, uma vez que aquela deixa de ser considerada como hermenêutica de orientação metodológica-científica (modo de conhecer) para ser estudada como hermenêutica ontológica (modo de ser).

A dogmática jurídica não pode esconder as vicissitudes da realidade material (mundo vivido) que o Direito deve tutelar, em especial, nas questões diretamente relacionadas ao Homem, sua dignidade e personalidade.

Sem focar o Direito na dignidade da pessoa humana, como pode o operador do direito aplicar as regras do direito posto? O primeiro passo é, pois, conhecer a dimensão ontológica do Direito.

A partir desse novo *locus hermenêutico*, a relação jurídica deve ser compreendida como a realização do Direito, inserida no seu contexto histórico-cultural, ou seja, a ideia de relação jurídica deve estar em harmonia com os direitos fundamentais, com vistas a repersonalização da pessoa. É a realização do direito conduzida por uma questão prévia: a sintonia do Direito com os cânones da tutela da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de uma nova racionalidade a partir de uma perspectiva ontológico-existencial.<sup>21</sup>

Melhor dizendo: é a possibilidade de análise do fenômeno jurídico a partir de suas vicissitudes totalitárias concretas no mundo da vida. É a relação jurídica ajustada a uma nova dinâmica social de inter-relação humana vista a partir de suas especificidades concretizantes. É o Direito inserido na pós-modernidade.

É justamente por isso que os operadores do direito precisam ajustar a dogmática jurídica ao novo, ao efêmero, ao *poder-ser*, a diversidade, à diferença, ao pluralismo, bem como enfrentar as relações jurídicas a partir de sua dinamicidade espaço-tempo cultural.

O jurista não pode fechar os olhos para esta nova realidade, refugiando-se num formalismo positivista que prescindia de aproximações com a hermenêutica filosófica e constitucional.

<sup>20</sup> HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1995, p.94-95.

<sup>21</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

É desta forma que o Direito não pode se ancorar no paradigma epistemológico da filosofia da consciência e na subjetividade. Observa-se a entificação do Direito. O Direito deve restar harmonioso com o modo de ser-no-mundo (mundo da vida). Dessa maneira é possível reconhecer o fundamento da concretização normativa desejada.

O pensamento jurídico não pode ser concebido a partir de um predomínio imposto pelos limites da razão e edificado com os poderes da racionalidade abstrata. A transcendência existencial torna-se uma alavanca de evolução da ciência jurídica, já que a concretização normativa ficará garantida através dos pilares do círculo hermenêutico.

A superação da filosofia da consciência, da relação sujeito-objeto, do subjetivismo, é à busca do homem em sua essência, como possibilidade e modo de ser-no-mundo, ou seja, é o caminho em direção a uma humanização do Direito. É o caminho para a (de)sentificação do Direito, já que um ente não pode fundar os entes. É a partir da hermenêutica como modo de ser-no-mundo que o Direito deve procurar caminhar por uma área de valores humanos peculiares, subtraídos à lógica formal do direito positivo.<sup>22</sup>

O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica.

Desse modo, é a partir do pensar originário que a ciência jurídica vai desdobrando o seu jogo de preceitos legais. No viço dessa originalidade, pensar o Direito quer dizer: vir e chegar à plenitude de ser no Direito é a clareira, aletheia; é a essência do pensamento jurídico em seu desvelar-se, em seu dar-se originário. Vê-se, pois, a produção do Direito e não, simplesmente, a sua (re)produção jurídica. É essa operação do pensamento jurídico que possibilita a sua renovação pela (re)fundamentação de seu ser.

A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, Alethéia.

O Direito deve ser compreendido de modo originário e autêntico, desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária do Direito.

<sup>22</sup> Nessa linha de pensamento, Gianni Vattimo afirma que “se é verdade que é preciso procurar obter também no campo das ciências humanas uma forma de rigor e de exatidão que satisfaça as exigências de um ser metódico, isto deve fazer-se desde que se reconheça o que existe no homem de irredutível e peculiar; e esse núcleo é o humanismo da tradição, centrado em torno da liberdade, da escolha, da imprevisibilidade do comportamento, isto é, da sua constitutiva historicidade.” VATTIMO, Gianni. *O Fim da Modernidade: Niilismo e Hermenêutica na Cultura Pós-Moderna*. Tradução Maria de Fátima Boavida. Lisboa: Presença, 1987. p.32.



É certo que na civilização moderna o conceito de pessoa brilha como estrela de primeira grandeza em seus mais diversos matizes nos campos da Moral, do Direito, da Filosofia, da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia, da Religião, etc. Daí as diversas linhas teóricas e paradigmas que possuem como epicentro o conceito de pessoa. Nesta perspectiva torna-se difícil à busca de uma definição precisa acerca da dignidade da pessoa humana, em especial, na seara jurídica.

Na filosofia moderna, duas linhas teóricas condicionam-se mutuamente:<sup>23</sup> “é a reformulação do conceito de pessoa no campo conceptual da metafísica da subjetividade, intentada por Descartes e pelos cartesianos, que é o alvo da crítica empirista; e é a polêmica com essa crítica que leva Kant a um último e mais radical aprofundamento da concepção de pessoa em direção ao terreno da subjetividade absoluta. Na verdade, de Descartes a Kant e de Hobbes a Hume o conceito de pessoa oscila entre a unidade da consciência-de-si e a pluralidade das representações do Eu, aquela primeira e originária, essas coordenadas nominalisticamente nas múltiplas designações de que a pessoa é objeto.”

Portanto, que é o homem? A despeito da interrogação filosófica sobre o homem no correr dos séculos, considerando o paradigma heideggeriano, é na dimensionalidade do Dasein que a dignidade da pessoa humana e a sua personalidade se desvelarão, uma vez que neste espaço o homem não é um ente, senão o *aí-do-ser*. É um novo paradigma de fundamentação do direito, já que pautado na dimensionalidade ontológica da pessoa humana.

Hoje em dia, o dizer o Direito nos chega por meio de um pensamento jurídico alienante e silente, pautado em um positivismo legalista.

Angustiante por natureza, a busca desenfreada pela segurança jurídica sufoca cada vez mais o pensar original. Um sistema jurídico axiologicamente neutro, a-temporal, a-histórico já representa um perigo a ser evitado e uma ameaça a ser controlada pelos juristas. Caso contrário, imperar-se-á por toda a parte uma atitude de subserviência ao texto legal, representando, assim, a inautenticidade do Direito, isto é, a reificação do direito. Isso representa uma prestação jurisdicional restrita às atividades lógicas, científicas, cuja visão objetivista dos entes está em distonia com o mais digno de ser pensado, qual seja: o pensar o ser e a verdade da faticidade do ser-aí.

Dessa maneira o estatuto legitimador do Direito não será mais de cunho objetivista. Uma espécie de antropologia da faticidade abre-se como único lugar para a problematização do homem e da filosofia.<sup>24</sup> É por que não dizer do Direito? É, pois, um novo plano para se dizer o Direito em que se dão ente e ser, no nível do ente privilegiado. É a filosofia de Heidegger ancorada nos teoremas da diferença ontológica e círculo hermenêutico. É neste nível que o Direito passa a receber seu estatuto legitimador.

<sup>23</sup> VAZ, Henrique Cláudio Lima. *Antropologia Filosófica II*. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2003, p. 195.

<sup>24</sup> STEIN, Ernildo. *Nas Proximidades da Antropologia: Ensaios e Conferências Filosóficas*. Ijuí: Unijuí, 2003, p.16.

Caberá, pois a jurisdição constitucional enfrentar as questões acerca da natureza da dignidade da pessoa humana a partir das especificidades dos casos concretos decididos (concretude judicial), a partir de uma (re)fundamentação do pensamento jurídico.<sup>25</sup>

A dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida pelo Direito, não como questão de validade da norma jurídica, senão como sentido do ser, como algo preexistente e anterior a todo fenômeno jurídico. É uma espécie de a priori do conhecimento na ontologia como hermenêutica da faticidade, como analítica existencial. É, pois, o Dasein como ser-no-mundo, como pressuposto de qualquer teoria do conhecimento ou fenômeno jurídico.

Em *Ser e Tempo*, Heidegger chama a atenção, logo no início, para a importância da compreensão pré-ontológica do ser. O filósofo afirma que “esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença. A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (pre-sença) no tocante ao ser ser.”<sup>26</sup>

Heidegger afirma, em entrevista ao *Der Spiegel*, que Dasein (pre-sença, ser-aí) “não é sinônimo nem de homem, nem de ser humano, nem de humanidade, embora conserve uma relação estrutural. Evoca o processo de constituição ontológica de homem, ser humano e humanidade. É na pre-sença que o homem constrói o seu modo de ser, a sua existência, a sua história, etc.”<sup>27</sup>

58

Dessa maneira a compreensão da dignidade da pessoa humana não é uma compreensão empírica de algo enquanto algo, e sim condição de possibilidade desta última.

É necessário, pois, que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana seja reconduzido a uma matriz heideggeriana, cujo ser-no-mundo é constituição necessária e fundamental do Dasein. É um existencial.

O esquecimento da Verdade do Ser em favor da avalanche do ente, não pensado em sua essência, é o sentido da “decadência”, mencionada em *Ser e Tempo*. Da mesma forma, o esquecimento da tutela da dignidade humana em favor da ideia minimalista do homem-objeto, é o sentido da “decadência” do Direito.

A metafísica pensa o homem a partir da animalitas. Ela não o pensa na direção de sua humanitas.<sup>28</sup> É dessa maneira que Heidegger remete o ser humano para o lugar da compreensão do ser. Em *Sobre o Humanismo*, o filósofo afirma

<sup>25</sup> Neste contexto, existem doutrinadores que negam a possibilidade de os juízes ingressarem na esfera do conteúdo ético da dignidade, já que tal tarefa deve ser efetuada a partir de um debate público que se processará na esfera parlamentar.

<sup>26</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.33.

<sup>27</sup> Revista Tempo Brasileiro, n.50, julho/set. 1977. In HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.309

<sup>28</sup> HEIDEGGER, op.cit., 1995, p.40.

que “só se pode dizer ec-sistência da Essência do homem, isto é, do modo humano de “ser”, pois somente o homem, até onde alcança a nossa experiência, foi introduzido no destino da ec-sistência.”<sup>29</sup>

Heidegger chama a ec-sistência do homem, o estar na clareira do Ser. “Esse modo de ser só é próprio do homem. Assim entendida, a ec-sistência não é apenas o fundamento de possibilidade da razão, ratio. É também onde a Essência do homem con-serva a proveniência de sua determinação.”<sup>30</sup>

Assim, o que o homem é repousa em sua ec-sistência. A ec-sistência em Heidegger não se identifica com o conceito tradicional de existência. Ele afirma que “Kant apresenta a existência como sendo realidade, no sentido de objetividade da experiência. Hegel determina a existência, como a ideia da subjetividade absoluta, que se sabe a si mesma. Nietzsche concebe a existência, como o eterno retorno do mesmo.”<sup>31</sup>

Dessa maneira, na esteira da concepção heideggero-gadameriana, a dignidade da pessoa humana deve ser pensada no âmbito da “compreensão do Ser”, isto é, a partir da analítica existencial do “ser-no-mundo”. Na concretude judicial, a partir das circunstâncias do caso concreto decidendo, sempre que o indivíduo for considerado como objeto cognoscível (como ente – direito coisificado), a sua dignidade será atingida de forma inequívoca.

É neste sentido que doutrina e jurisprudência possuem papel relevante nessa mudança de postura. A noção de dignidade da pessoa humana vai se conformando, a partir do momento em que o Direito é desvelado a partir da ec-sistência. Pois é ec-sistindo que o homem pode pensar a Verdade do Ser. A ec-sistência do homem é uma ec-sistência Histórica.<sup>32</sup> O que se percebe é a necessidade de contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana.

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão fincados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra (des)respeito pela vida, pela integridade psicofísica, pela moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam violadas estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana.

O Ser não pode ser pensado partir do ente, tal qual a metafísica do “esquecimento do ser”. A Verdade do Ser, como a própria clareira, permanece oculta à metafísica. Heidegger afirma que “o Ser se clareia para o homem no projeto ec-stático. Todavia, esse projeto não cria o Ser. Ademais, o projeto é Essencialmente um projeto lançado. O que lança no projeto, não é o homem mas o próprio Ser. Esse destina o homem na ec-sistência do Da-sein, como sua Essência.”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Ibid., p.41

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Ibid. p.43-44

<sup>32</sup> Ibid., p.59.

<sup>33</sup> Ibid., p.61.

Heidegger procura “destruir” a metafísica ocidental, ancorada em concepções objetificantes, para introduzir uma relação entre ser humano e coisas que precede qualquer relação. É no viés ontológico que a compreensão do ser como Dasein supera os paradigmas objetificantes.

Neste contexto Heidegger afirma que “ora, o que uma coisa é, em seu ser, não se esgota em sua ob-jetividade e principalmente quando a objetividade possui o caráter de valor. Toda valorização, mesmo quando valoriza positivamente, é uma subjetivação. Pois ela não deixa o ente ser mas deixa apenas que o ente valha, como objeto de sua atividade (Tun). O esforço extravagante, de se provar a objetividade dos valores, não sabe o que faz. Dizer-se que “Deus” é o “valor supremo”, é uma degradação da Essência de Deus. Pensar em termos de valor é aqui – como alhures – a maior blasfêmia, que jamais se possa pensar com relação ao Ser. Pensar contra os valores não significa, por conseguinte, tocar os tambores da desvalorização (Wertlosigkeit) e da nulidade (Nichtigkeit) do ente mas significa: pro-pôr ao pensamento, contra a subjetividade do ente, como simples ob-jeto, a clareira da Verdade do Ser.”<sup>34</sup>

Dessa forma, o pensamento jurídico objetificante somente será superado a partir da (re)fundamentação do Direito. O fundamento se dá a partir do ser-no-mundo. Mundo é a clareira do Ser, a qual o homem se expõe por sua Essência lançada.<sup>35</sup> Heidegger explica que o homem nunca é homem como um “sujeito” se referindo a objetos, de sorte que sua Essência esteja na relação sujeito-objeto. Ao contrário, o homem é, em sua Essência, primeiro ec-sistente na abertura do Ser.<sup>36</sup>

Na esfera jurídica, ao se pensar o Direito, deve-se pensar a questão da Verdade do Ser, ou seja, pensar a humanitas do homo humanus. É no pensamento da ec-sistência do Direito que se deixa de lado a obliteração e arbitrariedade do julgador. A concretização da dignidade da pessoa humana nesta perspectiva caminha na direção da Essência do homem, isto é, na direção da Verdade do Ser (o homem mais do que o animal rationale). É, pois, o humanismo do Direito que pensa a humanidade do homem na proximidade do Ser.

Daí que o substrato material da dignidade da pessoa humana somente será desvelado se o operador do direito caminhar inicialmente em direção ao seu fundamento mais originário, qual seja: Dasein, ser-no-mundo, ser-aí, pre-sença. É a partir deste locus hermenêutico que se irradiam os preceitos e regras que orientará o homem, experimentado a partir da ec-sistência do Ser, historicamente situado.

Somente na ec-sistência do homem na Verdade do Ser é que o Direito poderá ser (des)velado de forma legítima constituindo o lugar originário de sua dignidade e personalidade.

A dignidade da pessoa humana é, pois, um sendo. Melhor dizendo: uma con-juntura, sempre de acordo com o destino Histórico do homem que mora

<sup>34</sup> Ibid., p.78.

<sup>35</sup> Ibid. p.79.

<sup>36</sup> Ibid.

na Verdade do Ser. Logo, a contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana é necessária e relativa.

Daí a necessidade de correlação entre direito e pessoa. Bruno Amaro Lacerda já alerta que “as Constituições, todavia, não dizem o que é a dignidade humana, apenas garantem-na em seu texto como princípio fundamental. É preciso, então, preencher a norma de sentido: devemos compreender o que é o homem e por qual razão ele possui uma dignidade que deve ser socialmente protegida.”<sup>37</sup>

Perez Luño ensina que “os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional.”<sup>38</sup>

Aqui, vale lembrar, o teor do art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948) que diz: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”

Para José Alfredo de Oliveira Baracho “a pessoa é um *prius* para o direito, isto é, uma categoria ontológica e moral, não meramente histórica ou jurídica.”<sup>39</sup> De acordo com o constitucionalista a “pessoa é todo indivíduo humano, homem ou mulher, por sua própria natureza e dignidade, à qual o direito se limita a reconhecer esta condição.”<sup>40</sup>

Já a autora portuguesa Cristina Queiroz ensina que é fundamental a elucidação do conceito jurídico-constitucional de *dignidade*. Vejamos: “Este conceito de “dignidade” sofreu igualmente uma evolução. Não se refere ao indivíduo desenraizado da abstracção contratualista setecentista (“teorias do contrato social”), mas o ser, na sua dupla dimensão de “cidadão” e “pessoa”, inserido numa determinada comunidade, e na sua relação “vertical” com o Estado e outros entes públicos, e “horizontal” com outros cidadãos. A ideia de “indivíduo” não corresponde hoje ao valor (individualista) da independência, mas ao valor (humanista) da autonomia onde se inclui, por definição, a relação com os outros, isto é a sociabilidade. O conceito de “pessoa jurídica” não constitui hoje somente a partir da “bipolaridade” Estado/indivíduo, antes aponta para um sistema “multipolar” no qual as grandes instituições sociais desempenham um papel cada vez mais relevante.”<sup>41</sup>

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta De Inconstitucionalidade 3.510-0, diz que “a dignidade humana, não só constitui o

<sup>37</sup> LACERDA, Bruno Amaro. *A Dignidade Humana Em Giovanni Pico Della Mirandola*. In: Revista *Legis Augustus* (Revista Jurídica) Vol. 3, n. 1, p. 16-23, setembro 2010.

<sup>38</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho e Constitución*. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991, p.48.

<sup>39</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 106.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 19-20.

cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria República, conforme consigna, de modo solene, o art. 1º, III, da vigente Carta Magna. Daí cuidar-se de um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais. [...] Cumpre ressaltar, porém, que a dignidade da pessoa humana, na qualidade de “núcleo essencial” da Carta de 1988, ou seja, enquanto valor que ostenta a maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, do ponto de vista axiológico, não se resume apenas a um imperativo de natureza ética ou moral, mas configura um enunciado dotado de plena eficácia jurídica, achando-se, ademais, refletido em diversas normas de caráter positivo, formal e materialmente constitucionais.

Esse enunciado, com efeito, não apenas empresta significado a diferentes dispositivos da Carta Magna, sobretudo àqueles que tratam dos direitos fundamentais em sentido estrito, como também encontra menção expressa em vários outros artigos disseminados em seu texto. Por exemplo, quando estabelece: no art. 170, que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna”; ou no art. 226, § 6º, que o planejamento familiar funda-se “nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”; ou, ainda, no art. 227, caput, que a criança e o adolescente têm, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito “à dignidade” e “ao respeito”.<sup>42</sup>

A expressão *dignidade humana* já era encontrada na Constituição Alemã de *Weimar* de 1919. Ao tratar da vida econômica, disciplinou no artigo 151 que “*A ordem econômica deve corresponder aos princípios da justiça tendo por objetivo garantir a todos uma existência conforme à dignidade humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo*”.

José Afonso da Silva ensina que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda a experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica.”<sup>43</sup>

Após a segunda guerra mundial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, vários países adotaram o princípio da dignidade da pessoa humana em suas constituições. Podemos citar: A Alemanha (art. 1º, inciso I), a Espanha (preâmbulo e art. 10.1), a Grécia (art.2º, inc. I), a Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º). A Constituição da Itália (art. 3º – “dignidade social”), a Constituição da Bélgica (art. 23 – “aos belgas e estrangeiros que se encontram em território belga o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana”), a Constituição da República Federativa do Brasil (art.1º, inciso III), Paraguai (preâmbulo), Cuba (art. 8º), Venezuela (preâmbulo), Peru (art. 4º), Bolívia (art.

<sup>42</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510RL.pdf>>. Acesso em: 26 jun 2014.

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998, p.91.

6, inciso II), Chile (art. 1), Guatemala (art. 4). Constituição da Rússia aprovada em 1993 (art.12-1), dentre outras.<sup>44</sup>

A *dignidade da pessoa humana*, hoje, é o epicentro do ordenamento jurídico e imprescindível seu entrelaçamento com o estudo dos direitos fundamentais e do direito constitucional de forma geral no contexto do Estado Democrático e Social de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

É, pois, um conceito em eterno processo de construção e desenvolvimento – histórico-culturalmente situado no mundo da vida que vai se concretizando (aqui o papel do hermenauta e exegeta é fundamental) a partir da práxis constitucional.

Em relação à dignidade da pessoa humana, Jürgen Habermas ensina que “é o sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática [...] o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito.”<sup>45</sup>

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa de 1976, aponta no seu artigo 1º que “Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” Dessa maneira, é possível afirmar que a pessoa humana antecede a organização política do Estado, bem como as relações jurídico-sociais têm como primazia a própria pessoa. É neste diapasão que CANOTILHO afirma que a elevação da dignidade da pessoa humana é a trave mestra de sustentação e legitimação da República e da respectiva compreensão da organização do poder político.<sup>46</sup>

Neste sentido, o Tribunal Constitucional Português, através do Conselheiro Bravo Serra, no Acórdão n. 105/90<sup>47</sup>, já decidiu acerca da *dignidade da pessoa humana* que “não se nega, decerto, que a «dignidade da pessoa humana» seja um valor axial e nuclear da Constituição portuguesa vigente, e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efectivamente – na afirmação que desse valor se faz logo no artigo 1.º da Constituição – de uma mera proclamação retórica, de uma simples «fórmula declamatória», despida de qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor – o valor eminente do homem enquanto «pessoa», como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua «unidade existencial de sentido» – como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto de «validade» das respectivas normas». E, por isso, se dele não são dedutíveis «directamente», por via de regra, «soluções jurídicas concretas», sempre as soluções que naquelas (nas

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001, p. 63-65.

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Tradução de Mirian Toldy; Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012, p.37.

<sup>46</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.235-236.

<sup>47</sup> Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19900105.html>> Acesso em: 07 fev. 2014.

«normas» jurídicas) venham a ser vasadas hão-de conformar-se com um tal princípio, e hão-de poder ser controladas à luz das respectivas exigências (sobre o que fica dito, v., embora não exactamente no mesmo contexto, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 106 e segs. e, especialmente, pp. 130 e segs.). Quer tudo isto dizer – em suma – que o princípio da «dignidade da pessoa humana» é também seguramente, só por si, padrão ou critério possível para a emissão de um juízo de constitucionalidade sobre normas jurídicas.

Simplesmente, não pode também deixar de reconhecer-se que a ideia de «dignidade da pessoa humana», no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica –, não é algo de puramente apriorístico (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1<sup>o</sup> vol., 2<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1984, p. 70, anotação IV) e ou a-histórico, mas algo que justamente se vai fazendo (e que vai progredindo) na história, assumindo, assim, uma dimensão eminentemente «cultural». Para dizer ainda com Vieira de Andrade: «o valor da dignidade da pessoa humana [...] corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai actualizando nas ordens jurídicas concretas» (ob. cit., p. 113). Ora, este ponto reveste-se da máxima importância, quanto à possibilidade de emitir um juízo de inconstitucionalidade sobre determinada solução legal, com base tão-só em que ela viola esse valor, ideia ou princípio.

É que, se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente, já se vê que no Estado moderno – e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (maxime, os relativos ao reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais) – há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a «criação» e a «dinamização» da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, «ler», traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios «abertos» da Constituição (tal como, justamente, o princípio da «dignidade da pessoa humana»). E daí que – indo agora ao ponto – no controlo jurisdicional da constitucionalidade das soluções jurídico-normativas a que o legislador tenha, desse modo, chegado (no controlo, afinal, do modo como o legislador preencheu o espaço que a Constituição lhe deixou, precisamente a ele, para preencher) haja de operar-se com uma particular cautela e contenção. Decerto, assim, que só onde ocorrer uma real e inequívoca incompatibilidade de tais soluções com o princípio regulativo constitucional que esteja em causa – real e inequívoca, não segundo o critério subjectivo do juiz, mas segundo um critério objectivo, como o será, p. ex. (e para usar aqui uma fórmula



doutrinária expressiva), o de «todos os que pensam recta e justamente» – , só então, quando for indiscutível que o legislador, afinal, não «concretizou», e antes «subverteu», a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, será lícito aos tribunais (e ao Tribunal Constitucional em particular) concluir pela inconstitucionalidade das mesmas soluções.

E, se estas considerações são em geral pertinentes, mais o serão ainda quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação sobretudo – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um «pluralismo» mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir.

Ora, crê-se que quanto vem de expor-se é já suficiente para dever arredar-se a pretendida inconstitucionalidade da norma do artigo 1785.º, n.º 2, primeira parte, do Código Civil, por violação do princípio constitucional da «dignidade da pessoa humana».”

Para Luis Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana representa “um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.”<sup>48</sup>

Na Alemanha, através do artigo 1º da Lei Fundamental, a dignidade da pessoa humana se coloca como o valor central do Direito Constitucional, derivando, pois, o exercício de todos os demais direitos fundamentais básicos. Dessa forma, na Alemanha, a dignidade humana é considerada o “mais fundamental de todos os direitos do homem”, não podendo ser violada sob quaisquer circunstâncias.

Neste sentido, Karl Larenz ensina que “[...] Haverá que dizer, sem vacilar, que à vida humana e, do mesmo modo, à dignidade humana, corresponde uma escala superior ao de outros bens, em especial os bens materiais. O Tribunal Constitucional Federal dá claramente uma prevalência valorativa, mesmo frente a outros direitos fundamentais, aos direitos de liberdade de opinião e de liberdade de informação, por causa do seu <significado, pura e simplesmente constitutivo> para a convivência democrática [...]”<sup>49</sup>

Os direitos fundamentais carregam em si um patrimônio histórico-constitucional que devem desvelar um passado, presente e futuro, resultado de uma espiral hermenêutica onde o intérprete deve restar situado. Melhor

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252. “[...] A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar [...]”

<sup>49</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.586.

dizendo: é um projetar-se em que passado e futuro se entrelaçam a partir de uma interpretação dos direitos fundamentais, tendo como epicentro o *princípio da dignidade da pessoa humana*.<sup>50</sup>

Neste contexto, as normas constitucionais principiológicas ganham força na construção do direito, já que este necessita de uma exegese constitucional adequada aos dias atuais, ou seja, uma construção aberta de forma a abarcar os novos paradigmas de uma sociedade pluralista e democrática. A sociedade atual é marcada por diversas diferenças, ideologias e projetos de vida que traduzem em si um relativismo social. A jurisprudência constitucional historicamente concreta deve refletir, pois, a abertura constitucional necessariamente adequada.

Ainda em relação a *dignidade da pessoa humana*, Luis Roberto Barroso aponta três observações relevantes. Vejamos: “A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana, conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas.”<sup>51</sup>

66

Importante destacar, também, as lições de Jorge Miranda ao afirmar que “a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.”<sup>52</sup>

<sup>50</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60: “[...] Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. A despeito do caráter compromissório da Constituição, pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado [...]”

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Disponível em: <[http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2014.

<sup>52</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. v.4. Coimbra: Coimbra Editores, 1988, p.166.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan ensina que “seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é o princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.”<sup>53</sup>

Na mesma linha, Ana Paula de Barcellos sustenta que “as normas-princípios sobre a dignidade pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica como um todo. A elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes.”<sup>54</sup>

Ives Gandra Martins Filho, em artigo, publicado no *Jornal Correio Braziliense*, intitulado “O que significa dignidade da pessoa humana?”, merecendo transcrição, ensina que:<sup>55</sup>

“Muito se tem usado a expressão ‘dignidade da pessoa humana’ para defender direitos humanos fundamentais, mas sem se chegar ao âmago do conceito e seus corolários ineludíveis. Daí a invocação da expressão em contextos diametralmente opostos, para justificar seja o direito à vida do nascituro, seja o direito ao aborto. Diante de tal paradoxo, mister se faz trazer alguns elementos de reflexão sobre realidades e sofismas na fixação de um conceito de ‘dignidade da pessoa humana’ que sirva de base sólida à defesa dos direitos essenciais do ser humano, sob pena de deixá-los sem qualquer amparo efetivo e, por conseguinte, sem garantia de respeito.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de ‘ser’ humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais. Deve-se, nesse último caso, distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito. Se o próprio criminoso deve ser tratado com respeito, quanto mais a vida inocente.

Com efeito, a ideia de dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana. Os direitos humanos fundamentais são o ‘mínimo existencial’ para que possa se desenvolver e se realizar. Há, ademais, uma hierarquia natural

<sup>53</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.87.

<sup>54</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202-203.

<sup>55</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra. *O que significa dignidade da pessoa humana?* *Jornal Correio Braziliense* de 08-09-08. p. 27.



de se lutar por uma vida digna, faz com que as discussões judiciais sobre os demais direitos humanos passem a ser mera perfumaria em Cortes herodianas que já condenaram as mais indefesas das criaturas humanas. Daí a necessidade de se resgatar o conceito de dignidade da pessoa humana, limpando-o de matizações que acabam por reduzir a pessoa, de sujeito em mero objeto de direito alheio”.

Vale lembrar, também, a importância do fenômeno denominado de *Constitucionalização do Direito*. Ricardo Guastini entende tal fenômeno como “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.”<sup>56</sup>

No Brasil, a importância do direito civil-constitucional despontou com um artigo de Maria Celina Bodin de Moraes, publicado em 1991, e que se intitulava precisamente ‘A caminho de um direito civil constitucional’.<sup>57</sup> Outro texto paradigmático é o artigo “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”, de Gustavo Tepedino.<sup>58</sup>

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002 ganham destaque às cláusulas gerais e os direitos da personalidade. As cláusulas gerais devem ser interpretadas em harmonia com os princípios fundantes da Constituição da República, já que o intérprete jurídico deve colorir a exegese civilística com os matizes axiológicos da principiologia constitucional. Nesse momento, os valores civilísticos de índole liberal devem ser mitigados pelos valores coletivos de solidariedade e justiça social.

Antes do advento do novo Código Civil de 2002, Francisco Amaral já alertava sobre as tendências do direito civil contemporâneo, a saber:<sup>59</sup>

- I) Interpenetração crescente do direito civil com o constitucional e a conseqüente superação da clássica dicotomia direito público-direito privado;
- II) Personalização do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana, elevadas à categoria de direitos e de princípio fundamental da Constituição. É o personalismo ético da época contemporânea;
- III) Desagregação do direito civil, face ao surgimento de ramos jurídicos autônomos, que se formam devido a complexidade das relações jurídicas. Por exemplo, direito imobiliário, direito bancário, direito previdenciário, etc.

<sup>56</sup> GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoria constitucional*. UNAM/Fontamara, México, 2003, p.153.

<sup>57</sup> Maria Celina Bodin de Moraes, ‘A caminho de um direito civil constitucional’ in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 1, 2. ed., jul.-dez. 1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, p. 59-73 apud NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro. Renovar. 2002. p. 63

<sup>58</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro. Renovar. 1999. p.1-22.

<sup>59</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil – Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.151-153.

- IV) Reservas à Codificação. O Código Civil deixa de ser o “estatuto orgânico da vida privada”, em virtude da necessidade da releitura do Código Civil à luz dos princípios constitucionais;
- V) Surgimento dos microssistemas jurídicos. É a chamada “Era dos Estatutos” que surge para disciplinar temas específicos.

É, pois, uma nova essência contida na exegese das relações jurídicas interprivadas. Referimo-nos à chamada *alteridade* ou *alteritas*. É um agir pensando no *outro*, isto é, o “*eu*” reclama um agir pressupondo o “*outro*”; o *ego*, o *alter*. Não podemos pensar o “*eu*”, sem nesse pensar ir já envolto o “*outro*”. Esta alteridade é, pois, da essência do direito civil-constitucional. Desde Tomás de Aquino (1225 – 1274) até os recentes estudos do Existencialismo, a alteridade esteve e está presente. O *eu* e o *outro* são como os dois polos da relação jurídica, sempre *plural*, nunca *singular*. Ora é aqui que justamente se nos impõe a ideia de superação do individualismo de índole liberal, já que as relações jurídicas se aproximam mais à ideia de *colaboração*, *convivência*, *mundo vivido*, *solidariedade* e *justiça social*. É, pois, a essência da alteridade que se desvela ao mundo jurídico.

Estes elementos não podem ser pensados como grandezas estáticas, abstratas, formais. É uma ideia de relação jurídica interprivada que se equivale a uma coexistência, ou um existir lado-a-lado que se impõe em sua dinamicidade do mundo vivido. São grandezas dinâmicas de um movimento próprio a que podemos chamar de “ontológico”.

Na esteira da filosofia de Heidegger, Sartre, Jaspers, a personalidade humana deve ganhar *status* de valor jurídico de cunho existencialista, já que esta não pode ficar aprisionada ao rol de direitos subjetivos típicos adotado pelo Código Civil. Daí a importância do entrelaçamento principiológico entre o *direito civil* e os *direitos humanos-direitos fundamentais*.

É não menos que (re)visitar os institutos jurídicos do direito civil a partir de uma hermenêutica plural individualizadora cunhada por uma essencial unidade socializadora, a partir da qual a relação jurídica de direito privado é vista como *uns* e *muitos*, como *eu* e *outro*, como uma relação jurídica irremediavelmente lastreada pelos princípios fundamentais de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), solidariedade social (art. 3º, I, CRFB/88), valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CRFB/88) e igualdade substancial (art. 3º, III, CRFB/88). É, pois, uma essência-relacional de cariz civil-constitucional.

Ora, dentro deste diapasão, torna-se necessário o abandono do papel puramente *descritivo* das normas jurídicas, em especial, das normas constitucionais, com vistas a ser uma força normativa constitutiva do homem historicamente situado.

Daí a necessidade de uma reflexão crítica do direito constitucional tendo como ponto de partida a questão do sentido do homem e sua consequente mutabilidade social, isto é, a partir desta compreensão do direito, espera-se

respostas concretas historicamente adequadas, a partir das novas questões que surgem na sociedade hodierna.

Aqui, mais uma vez, estamos a frente das seguintes questões: *o que é o direito? qual o seu sentido? como ele deve ser interpretado e aplicado? É possível dizer o direito dissociado de sua historicidade do mundo da vida?*

Importante destacar as lições de Gustavo Zagrebelsky ao afirmar que a “historia constitucional es cambio, es contingencia política, es acumulación de experiencia del pasado en el presente, es realidad social, es relación entre pasado y futuro, es movimiento de sujetos *a priori* indefinibles, es imprevisibilidad de problemas y espontaneidad de soluciones.”<sup>60</sup>

Como visto acima, o conteúdo da dignidade da pessoa humana se relaciona estreitamente com o *núcleo dos direitos fundamentais*. Devemos reconhecer, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana está, também, intrinsecamente correlacionado com o denominado “mínimo existencial”, isto é, um conjunto de condições mínimas básicas para a existência da pessoa. Aqui, mais uma vez, vale destacar as lições de Ricardo Lobo Torres ao dizer: “[...] Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a situações existenciais dignas. [...] Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados [...]”<sup>61</sup>

Barroso, da mesma forma, ensina que “[...] Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspecto dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos [...]”<sup>62</sup>

Em apresentação de discurso na ONU, em 23 de junho de 2014, o Ministro Luis Roberto Barroso afirmou que “o núcleo essencial dos direitos humanos equivale a uma reserva mínima de justiça (Alexy) a ser respeitada ou promovida

<sup>60</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005, p.36.

<sup>61</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

<sup>62</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, volume 54, 2001, p. 72.

pela sociedade e pelo Estado. Chega-se aqui ao conceito de mínimo existencial, que inclui o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e serviços de saúde –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. Este conjunto mínimo de direitos sociais é exigível judicialmente e não deve ficar na dependência do processo político majoritário.”<sup>63</sup>

Aqui vale lembrar, ainda, as lições de Humberto D’Ávila acerca dos postulados. Para o autor estes consubstanciam verdadeiras *metanormas*, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas. Ora, neste sentido, seria possível afirmar que a *dignidade da pessoa humana é postulado normativo*, isto é, uma *metanorma*, conferindo, pois, significância aos *direitos fundamentais*.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI203146,101048-Ministro+B arroso+Desenvolvimento+sustentavel+deve+incorporar+a>>. Acesso em 24 jun 2014.

<sup>64</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121-166.



# Direito, Globalização e Convivência

---

Vanderlei Martins<sup>1</sup>

## Resumo

O artigo discute a globalização contemporânea como fenômeno de natureza tecnológica e que impõe, como decorrência natural, uma razão de natureza técnica à essa globalização. Nesse sentido, abordamos a inserção dessa concepção de mundo na convivência global que ora vivenciamos. Discutimos, também, os impactos dessa razão técnico-positiva em algumas instituições sociais contemporâneas globalizadas, a saber, na política, na economia e, mais diretamente, no direito. A partir de uma discussão dentro do chamado circuito pós-moderno, analisamos o entrelaçamento de interesses pragmáticos e utilitários que permeiam a convivência contemporânea globalizada, bem como a presença da ética nesse cenário.

**Palavras-chave:** Pós-modernidade; tecnologia; globalização; neocapitalismo; sociedade contemporânea; direito; ética.

## Abstract

The article discusses the contemporary globalization as a technological nature phenomenon and imposing, as a natural consequence, a ratio of a technical nature to this globalization. In this sense, we approach the insertion of this conception of the world in the global coexistence that now experienced. We also discuss the impacts of this technical-positive ratio in some contemporary globalized social institutions, namely, politics, the economy and, more directly, on the right. From a discussion within the so-called post-modern circuit, we analyze the intertwining of pragmatic interests and utilities that permeate contemporary global coexistence, and the presence of ethics in this scenario.

**Keywords:** Post-modernity; technology; globalization; neo-capitalism; contemporary; society; law; ethics.

## A Globalização Contemporânea

A sociedade contemporânea vivencia aquilo que chamamos de era da globalização. Tal experiência, decorrência direta do desenvolvimento tecnológico, é marcada pelo estreitamento das relações sociais em todos os níveis, permitindo

<sup>1</sup> Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro/UFRJ (1985), Mestrado em Ciências pela COPPE/UFRJ (1991), Doutorado em Ciências pela COPPE/UFRJ (1995), Coordenador Acadêmico do PPDIR/Faculdade de Direito da UERJ (1996/1999), Coordenador Executivo e Membro do Conselho Editorial do Cadernos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ (1996/1999), Diretor do Curso de Direito da Universidade Santa Úrsula (1996/1999), Professor Adjunto da UNESA (1999/2008), Professor Titular e Coordenador de Pesquisa da UNIESP/SUESC (2000/2012), Coordenador de Pesquisa da UNIGRANRIO/Campus Silva Jardim (2000), atualmente Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em Regime de Dedicção Exclusiva. Atua na área de Ciências Sociais Aplicadas.

estreita ligação entre culturas e nações. Esse estreitamento provoca, ao mesmo tempo, integração e desintegração de valores, crenças e princípios, com velocidade idêntica àquela presente no desenvolvimento tecnológico. Partindo desse pressuposto, podemos dizer que a globalização contemporânea define uma convivência social de natureza provisória e instável.

A globalização impõe, assim, à sociedade contemporânea, um constante ajustamento da própria existência, derivado de novas ordens que se sucedem sistematicamente, onde interesses de diferentes naturezas se impõem ou se sobrepõem a interesses já estabelecidos. Nessa lógica, conflitos, também de diferentes naturezas, se estabelecem categoricamente. Assim, aproximação, provisoriamente, instabilidade e conflito de interesses, são efeitos provocados pela globalização na convivência social contemporânea. A partir dessa lógica “planetária” devidamente imposta, os novos meios de comunicação e a informática, entendidos como dois expoentes do desenvolvimento tecnológico, afirmam-se através de uma rede digitalizada estabelecendo conexão entre distintas expressões culturais padronizando-as, tirando-lhes o caráter localista, dando-lhes perfil “totalitário”.

Nesse sentido, tal concepção de mundo pós-moderna impõe uma nova consciência que com promete um dos princípios definidores de qualquer sociedade, qual seja o princípio da identidade. O que queremos dizer é que o homem pós-moderno, ao padronizar-se, compromete sua identidade originária.

O que temos, então, é que, a evolução tecno-científica contemporânea traz sempre consigo uma nova tecnologia que, atrelada à informatização, permite não só aproximação entre as culturas, como também facilita a supremacia de algumas culturas sobre outras culturas. A partir dessa nova dinâmica cultural, serão os países detentores das chamadas tecnologias de ponta que passarão a definir e controlar as convivências globalizadas. Aludindo à Bauman, a globalização contemporânea estabelece a convivência entre culturas centrais e culturas periféricas. As formas de expressões culturais que fogem à esse modelo padronizado e imposto pelos países hegemônicos, são entendidos como padrões culturais “exóticos” .

Ao comprometer o princípio de identidade, as sociedades contemporâneas globalizadas comprometem também o princípio de continuidade, ou seja, a velocidade das inovações tecno-científicas provocam impactos imediatos nas convivências sociais inviabilizando o estabelecimento de referenciais sociais duradouros ou consistentes no sentido de estabilidade. Tudo se torna provisório, logo, propenso à instabilidade. Podemos dizer que, dentro da perspectiva histórica, a vida humana é a conjunção entre passado, presente e futuro, com os dois primeiros, associados, definindo o terceiro. A nova ordem cultural contemporânea, entretanto, influenciada pela princípio da inovação, que é o princípio primeiro do processo tecno-científico pós-moderno, coloca em segundo plano ou desconsidera a perspectiva histórica da humanidade, desatrela-se do passado, para fixar-se no presente, naturalmente mutante e provisório, como já dissemos anteriormente. Tal postura, provoca nos indivíduos uma espécie de vazio

ou insegurança existencial em relação ao futuro, gerando uma certa contradição de natureza psicológica, qual seja a confiança plena no progresso tecno-científico, mas também o medo decorrente da impossibilidade de projetar seguramente o próprio futuro.

Citando e concordando com Dreyfus, “Vive-se um cotidiano configurado pela fabulosa massa de informação disponível, veiculada eletronicamente em escala planetária, estruturante do ‘indivíduo’ (do seu comportamento enquanto pessoa e do seu significante enquanto categoria), e determinante de um novo Kaos que questiona o homem e sua humanidade, onde o ser humano se reinterroga sobre o (ser) real, enquanto a realidade é multiplamente questionada e problematizada, levando de roldão as convenções e a rotina – mesmo aquela das invenções. No entanto, apesar da extraordinária manipulação transformadora – da matéria, das condições de vida, do sentido imediato e das atividades – do ser humano, este vê seu saber posto à prova, assim como se evidenciam suas impossibilidades de chegar a controlar – e muito menos entender – o todo do processo” (1).

A globalização contemporânea, em sendo, antes de qualquer outra coisa, como já dissemos anteriormente, um processo de natureza técnica, remete o mundo e a vida para o futuro, onde ciência se transforma em tecnologia que é imediatamente transformada em utilidade concreta de alta repercussão mundial. Vale dizer que, o pragmatismo e a funcionalidade utilitária presente na relação entre ciência e técnica na contemporaneidade, aceleram o tempo, aceleram a história e, por extensão alteram, também de forma acelerada as convivências sócio-institucionais em todos os seus níveis, ou como já disse nosso poeta da música Gilberto Gil, tudo se torna perigosamente provisório. O que temos em curso, de fato, é uma realidade social em constante processo de transmutação, conduzida pela lógica tecno-científica contemporânea. Tal lógica, de natureza positiva-operativa, transforma a convivência social em um processo também de natureza positiva-operativa, ou seja, todas as ações individuais passam a ser motivadas por uma razão também de natureza pragmática, utilitária e funcional.

Dentro da perspectiva político-econômica, a ótica não se altera dentro desse “novo” mundo contemporâneo globalizado, ou seja, os Estados Unidos e os países centrais da Europa Ocidental, expoentes do conhecimento técnico-científico, continuam hegemônicos política e economicamente. Assim, além do controle sociocultural, o controle de natureza política e econômica se impõe categoricamente, uma vez que a nova ordem mundializada e globalizada que impõem novos costumes e novas concepções de produção de natureza econômica, subentendem estabilidade institucional, logo, a configuração de um modelo político também de natureza “universal” que se sobreponha aos modelos institucionais convencionais. Nessa nova lógica, algumas questões que, antes eram de natureza nacional, ganham conotação transnacional, como, por exemplo, a exploração dos recursos naturais do planeta, ligada ao problema ambiental, a questão das fronteiras espacial e marítima, o terrorismo e a pirataria, são algumas dessas grandes questões, agora tratadas como questões universais.

Assim é que, para neutralizar conflitos e preservar os interesses dos países hegemônicos, uma nova política, de caráter “pedagógico”, redefine as novas relações sociais globais, vale dizer que, devidamente ancorada em um novo ordenamento jurídico, também de caráter transnacional, voltado para adequar os novos negócios, redefinindo, pois, o conceito “interesse de natureza pública”. Vale dizer também que, apesar de toda essa imposição estabelecida pela nova mentalidade globalizante, que mundializa conceitos e princípios, manifestações de resistência, de caráter cultural, tentam preservar princípios de natureza nacionalista, dando ou tentando preservar o caráter social do chamado “estado nacional”, bem como os conceitos tradicionais de soberania territorial e independência cultural.

O “estreitamento” do mundo a partir da globalização, facilita a propagação do novo ideário capitalista contemporâneo em suas vertentes cultural, política e econômica, é fato. Entretanto, a imposição dessa nova ordem, de tendência universalista, ao encontrar resistências localistas às suas proposições, acaba gerando um ambiente planetário instável. O que queremos dizer, é que questões históricas de origem étnica, religiosa ou cultural estão enraizadas de tal forma em algumas sociedades, que, desrespeitá-las de maneira funcional e utilitária, em nome de uma razão “integradora”, significa estimular conflitos e gerar instabilidades. A nova ordem tecno-científico-capitalista contemporânea encontra, assim, obstáculos ao seu projeto “civilizatório” em ambientes sociais onde a fé inabalável em crenças e tradições determinam a própria conduta.

Recorrendo novamente a Dreifuss, “Num planeta onde a geopolítica dos países dá lugar à política de sistemas ou dos grandes espaços transnacionais, os Estados Unidos continuam sendo o mais potente polo científico-tecnológico, motor produtivo, pivô político-estratégico e foco sociocultural da terra, hegemônico no hemisfério e epicentro da Tríade. O poder norte-americano se sustenta na maior matriz científica, tecnológica, econômica e cultural do planeta, apresentando o que Max Weber chamou certa vez de ‘a área das oportunidades econômicas ideais’ e da qual decorre a sua capacidade como indutor político-estratégico global...Eles possuem efetivo poder científico em todos os setores, distanciando-os dos europeus e japoneses. Além de uma diversificada base produtiva de excelência e de massa, que lhes permite enfrentar a capacidade de inovação dos europeus e a concorrência tecnológica asiática, além de absorver ou neutralizar a capacidade produtiva de baixíssimo custo dos chineses e indianos nos segmentos intermediários, já que continuam sendo a economia mais competitiva do planeta”(2).

Ainda referenciando os Estados Unidos, o grande problema que enfrenta nesse contexto é neutralizar politicamente inevitáveis resistências localistas de caráter nacionalistas à sua política econômica mundializante. Definir uma política externa eficiente é, pois, o desafio maior nesse momento para os americanos no sentido de garantir ambientes propícios para consolidação de seu papel hegemônico na nova ordem econômica contemporânea globalizada, política essa definida por Dreifuss como “política de alargamento” através de uma “comunidade de

democracias” centrais. Vale dizer que, nessa política de alargamento, além da ação de natureza diplomática, está inserido também como alternativa estratégica, o uso da força de caráter militar.

Assim é que a nova configuração planetária definida pela globalização contemporânea, impõe um cenário que pode ser considerado verdadeira teia social, onde entrelaçam-se interesses altamente diversificados nos âmbitos político, econômico e cultural. Há um “projeto” global para a contemporaneidade, definido pelos chamados países centrais e de natureza padronizadora, que tenta impor um modelo civilizatório planetário hegemônico. Por outro lado, antigas formas de convivências, antigas formas de estruturas institucionais, não podem ser simplesmente substituídas por um modelo social pós-moderno de progresso que define a convivência societária a partir do presente direcionando-a para o futuro, negando categoricamente o passado, como se esse fosse uma tecnologia ultrapassada que deveria ser substituída por outra mais avançada e/ou dinâmica. Enfim, tudo fica mais ou menos “em aberto”, dentro de uma lógica de “movimento” idêntica à lógica de movimento estabelecida pela cultura virtual contemporânea. Como já dissemos anteriormente, vivenciamos uma verdadeira teia social onde as relações, em todos os níveis, são estabelecidas como “negócios” e tratadas como tal. A lógica da objetividade pós-moderna globalizante tenta se impor, mas encontra resistências derivadas da subjetividade humana, tão importante quanto a própria objetividade.

Aqui um parêntesis. O que podemos apreender, de forma imediata, a partir do já exposto, é que a globalização contemporânea, ao configurar hegemonias, configura também um cenário global de acentuadas desigualdades políticas, econômicas, étnicas e culturais. Nesse sentido, o desafio maior que se nos antepõe, aí entra o Direito com sua autoridade legal, é tentar neutralizar tal lógica racionalista globalizante afirmada a partir do final do século XX, excludente por natureza. Esse é o dilema, esse é o grande desafio da contemporaneidade, fazer a justa adequação entre interesses, necessidades e possibilidades em um mundo atualmente marcado pelo estreitamento das convivências. Esse é o novo cenário histórico, esse é o novo cenário do Direito, onde são intensas as tensões, os antagonismos, as diversidades e as desigualdades. Em relação ao Direito, seu papel nesse novo cenário, será tratado de maneira mais aprofundada na segunda parte do artigo. Fecha parêntesis.

Assim é que, a globalização contemporânea, ao mesmo tempo que integra, desintegra, por conta de sua lógica pragmática de “resultados” e colocando em segundo plano o velho conceito do “bem comum”, bem como o conceito de bipolaridade, substituído categoricamente pelos princípios da multipolaridade, da fragmentação, das especificidades antagonônicas. É a época das rupturas antes inimagináveis, aceleradas pela informática e suas vertentes digitais que desconhecem fronteiras ou limites. Nessa nova realidade, a convivência é marcada, simultaneamente, por amplitudes e particularidades, que coloca em xeque antigos paradigmas políticos, econômicos e culturais, ou seja, o mundo contemporâneo

está inserido na lógica do “movimento” imposta pela globalização, já aludido anteriormente.

É justamente no ambiente das cidades que essa nova configuração globalizada se potencializa e se legitima, ou seja, é nos grandes centros urbanos que se manifestam de forma intensa as novas concepções políticas, econômicas e culturais. Dentro desse raciocínio, existem cidades mais globais do que outras, ou melhor, temos cidades, nesse mundo globalizado, que se transformaram em centros propagadores da “nova ordem” e que podem ser entendidas como cidades de influências e controles de interesses. As grandes capitais dos países mais ricos do planeta, podem ser enquadradas como exemplos de cidades controladoras globais ou mundiais. É a partir dessas cidades que se propagam concepções políticas e econômicas para a convivência planetária, transformadas e absorvidas como “discurso oficial” da nova ordem globalizada contemporânea. Tal propagação é altamente facilitada pelo desenvolvimento tecnológico da informática e suas redes digitais, bem dentro da lógica do “movimento”, expressão já aqui aludida.

Podemos dizer que as cidades se reestruturam para estruturarem a convivência globalizada sob a lógica do neocapitalismo global, entendido como “educador” do processo civilizatório. Se na globalização, a nível planetário, temos países centrais e periféricos, nas grandes cidades o fenômeno se repete, onde, geograficamente, se define o que é território central, o que é território periférico.

É nesse ambiente geograficamente configurado, que a questão social, bem como a questão do espaço urbano, passam a ser discutidos também a partir de uma perspectiva global. Assim como a globalização é caracterizada por contradições marcantes, a convivência nas grandes cidades contemporânea também o é. A mesma concepção de mundo que define a globalização, também define a cidade globalizada.

É nas grandes cidades que todas as tendências sociais se entrelaçam e se potencializam através dos indivíduos, auto-celebradores de si próprio e das diferentes tendências sócio-culturais de nossa contemporaneidade. Democracia/totalitarismo, envolvimento/alienação, solidariedade/preconceito/indiferença, cidadania/espírito público/individualismo materialista, harmonia/anomia, tudo se entrelaça em um mesmo espaço, marcadamente diversificado. Sob a égide mercantilista do neocapitalismo, nas grandes cidades globalizadas tudo se vende, tudo se compra.

“O mesmo ambiente de relações múltiplas e diferenciadas, envolvendo o intercâmbio social, cultural, econômico e político, compreendendo as práticas e os imaginários, cria e recria a diversidade e a desigualdade. Nas condições sob as quais ocorrem as relações sociais nas cidades, tanto se afirma e reafirma a diversidade como a desigualdade. Em tal contexto social, a diversidade pode afirmar-se e até mesmo florescer, minimizando-se ou recobrando-se a desigualdade. Desde que as relações sejam fluentes, que o intercâmbio esteja ocorrendo sem atritos, quando se aceitam aberta e tacitamente as diversidades, nesses contextos tudo flui. Mas logo que se desvenda a desigualdade quando se descobre que a diversidade

esconde a desigualdade, nesse momento manifesta-se a tensão, o estranhamento, a intolerância, o preconceito, a discriminação, a segregação” (3).

É correto dizer que, a partir do surgimento da globalização, as chamadas sociedades locais perderam ou tiveram que adequar suas características originais ao novo padrão societário global.

Nesse sentido, a globalização é um fenômeno de natureza histórica e social que se realiza em ambientes sociais já configurados historicamente. É justamente na confluência entre o global e o local que emergem as grandes contradições contemporâneas, desenvolvidas, generalizadas e intensificadas pela racionalidade do neocapitalismo globalizante. Não é absurdo afirmar que a globalização consagrada na passagem do século XX para o século XXI, transita ou se sobrepõe ao tradicional e ao moderno presentes na contemporaneidade, ou seja, a racionalidade pós-moderna capitalista globalizante é que define a convivência planetária contemporânea, independente dos valores sócio-culturais estabelecidos.

Apoiando-se na tese weberiana, generaliza-se, assim, a racionalidade tecnicista, derivada inicialmente do tecnologismo, responsável direto pela globalização e manifesta através do neocapitalismo que impõe de maneira categórica, também, uma razão de natureza técnica à convivência globalizada. Passamos a ter, então, uma nova concepção de mundo pós-moderna que expressa, a grosso modo, a radicalização do pragmatismo utilitarista moderno. “Para Weber, a força globalizante do capitalismo traduz-se na teoria da racionalização global. A combinação entre o capitalismo protestante e o racionalismo ocidental produziu uma força irresistível, que irá lenta mas seguramente convertendo o mundo em um sistema social regulado e organizado” (4).

Já que aludimos M. Weber, interessante observar também a visão marxista sobre a globalização. Tal teoria, também tomando como referência o capitalismo, entende que o mesmo sempre possui caráter universal. As grandes navegações, o descobrimento de novas terras, o mercantilismo e a relação clássica entre metrópoles e colônias, já tinham caráter mundializante. Para os marxistas, o desenvolvimento histórico do capitalismo, atrelado ao desenvolvimento tecnológico, dinamiza-se, adequando-se e adequando a realidade social às suas intenções, que são sempre de caráter expansionista e monopolizador. Nesse processo, os Estados Nacionais e o Direito são instituições que atuam como aparatos político-legais, protetores e legitimadores de sua gênese globalizante. Assim é que, a concepção marxista sobre a globalização, entende que o capitalismo, desde seus primórdios, por volta do século XVI e vindo até aos dias atuais, sempre foi um processo de natureza expansionista e de tendência mundializante, marcadamente pretensioso como referência civilizatória.

O que difere, de forma mais significativa, as teorias weberiana e marxista, no que concerne ao capitalismo, é que a primeira reconhece o capitalismo enquanto processo civilizatório globalizante, enquanto a segunda rejeita-o categoricamente. Não só rejeita como propõe a sua extinção enquanto processo civilizatório. As flagrantes e irreversíveis contradições inerentes à sua lógica, argumentam,

inviabilizam o capitalismo enquanto referência social. Dentro dessa perspectiva, para os marxistas, é possível o estabelecimento de uma práxis política, leia-se revolução, emergente da própria lógica do “movimento” das relações sociais globalizadas, com força suficiente para fazer a devida ruptura.

De uma forma ou de outra, o que nos parece é que a globalização contemporânea é um processo irreversível, levando-se em conta que originalmente é um fenômeno de natureza tecnológica.

Partindo desse pressuposto, o que nos resta é tentar neutralizar sua gênese tecnicista e humanizá-la.

Apoiado em Carl Sagan, podemos repeti-lo afirmando que “...Nós criamos uma civilização global em que os elementos mais cruciais – o transporte, as comunicações e todas as outras indústrias, a agricultura, a medicina, a educação, o entretenimento, a proteção ao meio ambiente e até a importante instituição democrática do voto – dependem profundamente da ciência e da tecnologia. Também criamos uma ordem em que quase ninguém compreende a ciência e a tecnologia. É uma receita para o desastre. Podemos escapar ilesos por algum tempo, porém mais cedo ou mais tarde essa mistura inflamável de ignorância e poder vai explodir na nossa cara” (5).

Assim é que, a globalização contemporânea nasce de uma raiz de natureza tecnológica, de onde derivam raízes de natureza econômica, política e sócio-cultural. Naturezas essas devidamente ancoradas em uma raiz jurídica também derivada desse processo globalizante. Nosso grande desafio é, portanto, saber administrar essa planetarização da convivência que, aproxima e, ao mesmo tempo, afasta. Aproxima quando permite a conexão cultural planetária e afasta quando permite a consolidação dos interesses políticos e econômicos dos países hegemônicos. O que fica perceptível nessa nova ordem global é que a mesma não é conduzida por uma razão de natureza filosófica, mas sim por uma razão de natureza técnico-positiva que impõe uma espécie de ‘política de resultados’.

Nesse sentido, o mundo contemporâneo globalizado nos impõe dúvidas e impasses que precisam ser neutralizados. Questões como Estado, Soberania, Direitos Humanos, Políticos, Econômicos e Sociais, Meio Ambiente, entre outras questões, necessitam de novos redimensionamentos, de novas formas de relacionamentos. O que significa dizer que precisamos mais de solidariedade do que de funcionalidade ou o estabelecimento de uma funcionalidade solidária – o livro de Hans Jones, “Princípio Responsabilidade. Uma Ética Para a Civilização Tecnológica” – é referência de leitura interessante dentro dessa perspectiva.

A nova dinâmica imposta à convivência precisa, assim, de uma nova dinâmica filosófica devidamente atrelada à essa cultura global, marcadamente materialista e pragmática, conforme já referido aqui. Discutir cultura global, mundialização da economia, política planetária, soberania nacional, etc., fora da perspectiva ético-filosófica, nos parece pouco consistente pois não atinge de maneira profunda os impasses e desafios manifestos, ou seja, enquanto a discussão sobre as contradições da globalização ocorrerem dentro da lógica da funcionalidade objetiva pós-



moderna, estaremos apenas definindo quem ganha ou quem perde na nova ordem global. Vale dizer que, na superação das contradições referidas, o Direito torna-se um instituto de vital importância no redimensionamento da convivência pós-moderna, desde que desprenda-se da lógica positivista-funcionalista-objetiva e se manifeste como um princípio de natureza ético-filosófica. Essa é a responsabilidade social do Direito no século XXI, entendido como século dos novos direitos, antenado às novas demandas contemporâneas e que alguns autores chamam de Era dos Direitos.

“A projeção do Estado no cenário internacional forçou o desenvolvimento de regras de convivência internacional. Afirmou-se, por essa razão, o direito internacional público como o conjunto de regras que regula as relações entre os Estados. A expressão direito internacional foi utilizada pela primeira vez pelo filósofo e jurista inglês Jeremias Bentham em sua obra ‘Introdução aos princípios de moral e legislação (1789)’. Bentham substituiu a expressão ‘direito das gentes’ por direito internacional, e visava reconhecer a importância das relações entre os Estados nacionais, sendo estes os principais atores das relações internacionais na era moderna. No campo jurídico, a soberania nacional determina a existência de várias normas que regulam as relações interestatais. Os agentes diplomáticos dos Estados têm privilégios e imunidades para salvaguardar a soberania nacional (6).

Ainda sobre o aspecto econômico da globalização, podemos dizer que o capital ganhou caráter financeiro, o que significa dizer que perdeu o caráter localista, tornando-se apátrida e onde qualquer produto pode ser produzido em qualquer lugar e a comercialização desses produtos se estabelecendo de forma mundial. É bem verdade que a globalização econômica não é um fenômeno surgido na contemporaneidade, remonta ao início do mundo moderno e acompanha o próprio desenvolvimento do capitalismo, mas o que define a globalização econômica atual, diferenciando-a, é o aporte dado pelo desenvolvimento tecnológico contemporâneo, que amplia sua dimensão e agilidade. Nesse sentido, passamos a ter um capitalismo como ordem mundial e que impõe aos Estados nacionais o estabelecimento de normas locais para sua devida proteção. Insistimos aqui em nossa tese primeira, todo esse princípio de raiz político-econômica se impõe a partir da funcionalidade objetiva pós-moderna, onde o mundo global deixa de ser local de convivência humana, passando a ser local de convivência dos “negócios” do homem.

A certeza que temos é que a globalização contemporânea provocou impactos espetaculares na convivência humana que, em um ambiente social transformado, assume caráter tecnocrático e utilitarista, fazendo prevalecer na nova convivência global a chamada razão de natureza técnica.

Citando mais uma vez Brigagão, o que pode ser dito é que “De qualquer forma, tocamos na pele da civilização humana em que as pessoas sabem cada vez mais fazer coisas com o sentimento angustiante de pouco saber e nada controlar. Outra variante é enveredar-se pela superstição do imetismo pragmático – marca de nosso século – que gera a idolatria da eficiência: para cada coisa um especialista,

o profissional que sabe cada vez mais sobre muito menos. Conhecimento ornamental, especialista em especialidades” (7). Apesar disso, a nova ordem global, as grandes corporações, valorizam indivíduos com potencial “interdisciplinar”. Sob a ótica da funcionalidade utilitarista pós-moderna, esses indivíduos podem ser entendidos como especialistas multifuncionais, gerentes dos “negócios” globais, arautos da eficiência quantitativa ou de uma nova política, a política de resultados benéficos aos interesses das hegemonias neo-capitalistas.

A globalização é um fenômeno que transformou o mundo em um grande shopping global, onde tudo se compra, tudo se vende. Não é exagero afirmar, que a lógica do consumo permeia toda a convivência planetária contemporânea, definindo, assim, todo nosso cotidiano. Esse parece ser nosso destino, ou seja, o que nos resta fazer, e o fazemos, é uma constante adaptação à essa nova concepção de mundo. Atualmente, entre os estudiosos da globalização, apoiado em E. Costa, podemos dizer que existem quatro grandes correntes de interpretação do mundo global. Vale dizer que não são interpretações convergentes entre si. A primeira envolve os defensores da globalização, a segunda abarca aqueles que a rejeitam categoricamente, a terceira corrente entende que a globalização não é fenômeno recente, remonta ao mercantilismo de outrora, já a quarta corrente entende o mundo global contemporâneo como uma nova fase do imperialismo capitalista.

Em relação aos defensores da globalização, é um segmento que defende o Estado mínimo, entende que o mercado é o melhor regulador da convivência social e a iniciativa privada a melhor gestora desse sistema. Como se isso fosse possível, entendem o mercado como uma espécie de instituto impessoal e apolítico, neutralizador dos conflitos de interesses. Ao Estado caberia, enquanto instituição social, administrar de forma eficiente tal sistema. Essa corrente de pensamento pró-globalização, é conhecida como neoliberalismo. Apoiado por uma mídia oficial, o neoliberalismo impõe-se ideologicamente através de um discurso político manipulador de conceitos como liberdade, democracia, justiça, cidadania e ética, que são devidamente reinterpretados e adequados ao discurso neoliberal globalizado. Os conceitos tradicionais mencionados acima são adaptados à dois preceitos básicos do ideal neoliberal, a saber, o individualismo competitivo e a lógica do mercado. Assim, me – diante um discurso muito bem orquestrado através da mídia, o neoliberalismo tenta afirmar-se como sistema planetário ideal.

A segunda corrente de interpretação da globalização, ainda apoiado em E. Costa, entende que a globalização é uma simulação do neocapitalismo contemporâneo para legitimar seus interesses expansionistas, ampliar os espaços das grandes corporações nos territórios menos desenvolvidos economicamente e neutralizar a autonomia dos estados nacionais desses países. Tal estratégia, segundo os defensores dessa corrente de pensamento, é para demonstrar que a globalização é irreversível, só restando aos países periféricos adaptarem-se à nova ordem global. Ainda dentro dessa estratégia de livre-circulação do capital financeiro globalizado, há a absorção de empresas públicas e também de empresas nativas, o que acaba reduzindo ainda mais a capacidade decisória dos Estados na administração de suas economias.

Sobre isso o economista americano John Kenneth Galbraith, através de E.Costa, nos afirma categoricamente que “Globalização é um termo que nós, americanos, inventamos para dissimular nossa política de avanço econômico em outros países e para tornar respeitáveis os movimentos especulativos do capital”(8). Apenas como complementação ao raciocínio de Galbraith, o ex-secretário americano, Henry Kissinger, também adepto dessa corrente, afirma que ‘o desafio básico do que se chama globalização é na verdade outro nome para a posição dominante dos Estados Unidos’. Os argumentos dessa corrente são corretos quando expõem as intenções cruas do neocapitalismo mundializado, mas erram quando deixam de considerar a globalização como um fenômeno derivado diretamente do desenvolvimento tecnológico contemporâneo, portanto, real, contundente e transformador da convivência social em todos os sentidos, inclusive no sentido econômico. A nosso ver o neocapitalismo apenas se aproveita dessa inovação de natureza técnica para otimizar seus interesses a nível planetário.

Naquilo que nos interessa mais diretamente nesse artigo, tais interesses mencionados acima, se manifestam de maneira pontual e categórica, através de alguns segmentos institucionais, estrategicamente utilizados, no sentido de preservar a hegemonia dos países centrais na convivência global contemporânea. O que queremos demonstrar é que há uma ação conjunta entre algumas instituições sociais desses países hegemônicos, desenvolvida através de discursos argumentativos racionais ou ações concretas, com a finalidade de impor o neocapitalismo globalizado como modelo social ideal.

Assim é que, no plano político, ações são desenvolvidas no sentido de implantação regimes políticos (formalmente democráticos e representativos), convenientes aos interesses globais, não obtendo êxito nessas ações, estimular movimentos de oposição nos países em que haja governos nacionais que estejam contrariando os interesses estratégicos. No plano ideológico, promover para o mundo a divulgação de valores como modelo de civilização ideal, como vanguarda da liberdade, da democracia, dos direitos humanos, da igualdade social, econômica, religiosa e étnica. Segundo Edmilson Costa, de quem extraímos esses pressupostos, os Estados Unidos é o principal país, entre os países centrais, na propagação desse modelo ideal de sociedade planetária (9).

Concordando com Milton Santos, os atores mais poderosos dessa nova etapa da globalização reservam-se os melhores pedaços do território global e deixam restos para os outros. Mas a grande perversidade na produção da globalização atual não reside apenas na polarização entre riqueza e pobreza, na afirmação de demandas e sociedades submissas ou pela degradação ambiental. O que se evidencia como mais absurdo é a tentativa de estabelecimento de uma concepção de mundo totalizante e totalitária, que muito se aproxima perigosamente da ideologia nazi-fascista, de triste memória para a humanidade. A tirania do dinheiro, ainda dentro do raciocínio de Santos, e da informática produzida pela concentração do capital e do poder, tem hoje uma unidade técnica e uma convergência de normas sem precedentes na história do capitalismo (10).

Milton Santos, ao mesmo tempo que faz sua denúncia dentro de uma perspectiva pessimista, é otimista quando sonha com uma reação vinda de movimentos sociais espontâneos, resistentes à nova ordem neocapitalista globalizada, principalmente àqueles movimentos sociais estabelecidos nos países periféricos. Dentro dessa perspectiva, um outro modelo de globalização de natureza mais humanitária pode ser construído. É assim que Milton Santos, em seu livro *Por Uma Outra Globalização*, parte de um olhar cru e pessimista sobre a contemporaneidade planetarizada e de onde projeta um olhar idealista e otimista sobre nosso futuro globalizado.

## **O Direito e a Globalização Contemporânea**

Na aproximação entre o Direito e a globalização contemporânea, podemos já estabelecer um dado importante, ou seja, Direito e globalização possuem gêneses distintas. Enquanto o primeiro é um instituto de natureza conservadora (sentido de manter), a globalização é naturalmente inovadora, pois a lógica que lhe conduz deriva de uma razão de natureza técnica (tecnologismo). Partindo dessa percepção, fica evidenciado de imediato que, nessa interação, o direito se obriga à uma ininterrupta adequação às novas demandas tecnológicas que impõem novas demandas socio-culturais que se reproduzem na convivência globalizada, que, por derivação, passam a ser naturalmente dinâmicas.

84

Temos diante de nós uma sociedade planetarizada aparentemente sem fronteiras, o que diversifica e aproxima relações entre culturas distintas. Nesse sentido, o Direito deixa de ter um caráter “nacional” passando a ter, também, uma perspectiva “transnacional”, que vai além dos códigos locais. O que queremos dizer é que a responsabilidade do Direito no contexto social contemporâneo é adequar-se à essa nova realidade que se caracteriza por choque de interesses e permanentes conflitos. A emergência de movimentos sociais que regem a nova ordem impõem ao Direito a criação de novos parâmetros jurídicos, uma vez que o ordenamento convencional já não mais atende à essas novas demandas derivadas da convivência social.

A globalização contemporânea, está inserida no que se conhece por pós-modernidade, onde são redimensionados os princípios estabelecidos pela modernidade a partir do século XVII. No caso do Direito, ainda persiste uma estrutura rígida e marcadamente positivada que segue os paradigmas antigos que serviram de referencia à modernidade em seu nascimento. É preciso, pois, a superação por completo desses antigos paradigmas. O que ocorre, de fato, é que saímos de um mundo de certezas, como queria, pretensamente, o racionalismo científico moderno, para uma realidade repleta de incertezas. A lógica da racionalidade científica imposta pela modernidade ao se afirmar, não mais se coaduna com os novos tempos, ou seja, os discursos de certeza, verdade, segurança e estabilidade positivamente formulados perderam a consistência diante da nova ordem pós-moderna.

Ao Direito, nessa nova configuração social de natureza planetária, resta redimensionar-se, superando, ou ajustando, os antigos paradigmas formais estabelecidos para a sociedade moderna, melhor dizendo, para uma nova ordem social, é preciso um novo Direito, devidamente e radicalmente “conectado” à dinâmica social contemporânea. Vivemos uma época de grandes rupturas e é preciso, também, que se faça o mesmo no âmbito jurídico, para que não se acentue a crise de identidade do Direito contemporâneo.

Nesse sentido, a urgência maior que se antepõe ao Direito na pós-modernidade é ter a exata consciência de que vivenciamos uma realidade social globalizada de conflitos de diferentes ordens e simultaneidade. Com o estreitamento da convivência provocado pela globalização, o que temos formalmente dado é um contexto onde a palavra “crise” está implícita em todas as instituições sociais contemporâneas.

A pós-modernidade, que define a globalização contemporânea, por ser um fenômeno recente, como já sinalizamos acima, não consegue estabelecer consenso entre os teóricos que se ocupam do assunto, no que concerne a uma única definição sobre esse fenômeno. O ponto convergente que existe, entretanto, é que a pós-modernidade, como berço da globalização, representa ou expõe um momento de ruptura com os paradigmas modernos estabelecidos nos séculos XVII e XVIII. Talvez seja possível dizer que a pós-modernidade é uma releitura da modernidade e seus paradigmas racionalistas-positivistas, impostos como verdades científicas, que deveriam ser tomadas como referências na convivência social. Nesse sentido, a segunda metade do século XX, décadas de 50/60/70, podem ser entendidas como primeiros sinais dessa ruptura.

Dentro desse raciocínio, a chamada crise generalizada instaurada na globalização contemporânea, pode ser vista como a convivência entre antigos paradigmas (modernidade) e novos paradigmas (pós-modernidade), através das diferentes instituições que formam o sistema social. A globalização contemporânea, como realidade pós-moderna, põe em questão a concepção de mundo racionalista-científica condutora da Idade Moderna, que se auto-proclamava iluminista. Tal concepção definiu a convivência social ocidental durante toda a trajetória do chamado período modernista, impondo um tipo de cultura que era a expressão maior do ideal burguês liberal capitalista moderno. É justamente nesse ambiente de efervescências culturais que o Direito tem que inserir-se para atuar normativamente.

Repetindo e concordando com E. Bittar, “As revoluções que se processam afetam sobretudo a dimensão do cultural. Ora, essa afetação do cultural, por óbvio, gera um choque de culturas entre o novo e o velho, que, até que se estabilizem as crenças e se estabeleçam consensos de homogeneidades, gera expectativas, como sempre ocorre no plano cultural. É assim que se pensa estar diretamente relacionada a temática enfocada como tema central dessas reflexões, tendo em vista que todo cerne das questões jurídicas está implantado no cerne das questões culturais. Qualquer afetação dos modos pelos quais a cultura é feita

traduz-se, quase que imediatamente, em soluções ou crises, em modificações ou alterações, em inovações ou em retrocessos, que afetam diretamente o *MUNDUS IURIS*.

Prosegue Bittar, “Se o Direito pressupõe certa estabilidade de valores majoritários o consensuais para que a norma exerça seu poder de escolha de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: quais os consensos possíveis num mundo em transformação? Então passam a ser debates correntes: clonar pessoas ou proibir cientistas de realizar experiências genéticas com seres humanos? Autorizar casamentos entre homossexuais ou proibir a constituição dessas sociedades maritais? Diminuir a idade penal e reconhecer a incapacidade da sociedade de atrair novas gerações à consciência social ou deixar relativamente impunes atrocidades cometidas por menores? Diferentemente de como se concebia o Direito como centro de especulações na ideologia burguesa e iluminista dos séculos XVIII e XIX, passou-se a concebê-lo, em meio a tantas transformações sócio-culturais, como um processo em transformação, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais (11).

O fato é que a globalização contemporânea é um processo ainda em curso e que está afetando significativamente a antiga ordem moderna em todos os seus segmentos, inclusive o jurídico. Curioso é que a globalização é uma fase dentro de nossa história que suporta e convive com as próprias crises provocadas por ela própria. Para Bauman, esse é o mal-estar da pós-modernidade, confiança na planeterização da vida e do mundo e, ao mesmo tempo, medo de desconectar-se de ambos. Em outras palavras, confiamos e procuramos nos adaptar ao tecnologismo globalizante contemporâneo, mas, simultaneamente, tememos pela nossa exclusão social nessa nova realidade, ou seja, acreditamos no discurso progressista-otimista midiático globalizado, mas ficamos inseguros com a possibilidade de sermos atingidos por uma das crises mencionadas acima. Nesse sentido, os antigos referenciais jurídicos, bem como a cultura jurídica do século passado, não mais atendem plenamente as novas demandas da globalização pós-moderna.

Voltando à questão das crises, a crise instalada na cultura jurídica contemporânea, nada mais é do que reflexo de uma outra crise instaurada no âmbito político e econômico. O Direito, ao longo da modernidade, sempre esteve atrelado ao Estado e ao capitalismo modernos, atuando de maneira positiva-normativa em consonância com os interesses desses segmentos, ou seja, o atrelamento do Direito às necessidades do Estado liberal moderno, bem como o atrelamento às exigências do capitalismo afirmado, mantiveram o Direito circunscrito à uma positividade legalista formal e mantenedora do sistema político-econômico liberal moderno. Dentro desse raciocínio, as crises manifestas nesses segmentos, acabam por se entrelaçarem de maneira automática.

Isso posto, o momento atual da globalização nos mostra uma crise derivada do choque entre os paradigmas modernos e os paradigmas pós-modernos que atuam, simultaneamente, na contemporaneidade e que envolvem, naturalmente, o Direito nesse processo transitório, conforme já exposto. Assim, a crise vivida

pelas instituições jurídicas nesse cenário de confluência e choque de paradigmas, Boaventura de Souza Santos chama de transição paradigmática.

Segundo Hernandez, "Na verdade, a transição paradigmática é um tempo complexo e contestado por conta de englobar múltiplas temporalidades, sejam elas paradigmáticas ou subparadigmáticas. Na realidade, as contradições internas, ou seja, aquelas fomentadas discretamente ao longo da relação modernidade-capitalismo, representam os conflitos paradigmáticos, e os excessos e déficits sempre presentes de formas mais visíveis, alimentam as lutas subparadigmáticas. Pode-se dizer, de certa maneira, que as contradições internas se formam e eclodem a partir do auge da visibilidade do déficits e excessos da modernidade, agora não mais ocultáveis ou controláveis.

Prossegue Hernandez, agora citando Boaventura de Souza Santos, Por conta da longa duração da transição paradigmática, as lutas embasadas por ela tem que ser reduzidas ao ciclo de uma vida humana, ou seja, conceituam-se lutas paradigmáticas, mas a condução dela se dá como se fossem subparadigmáticas. Por esse motivo, a transição paradigmática caracteriza-se por uma simultânea opacidade e discrição e turbulência e vibração escancarada (12).

Portanto, a responsabilidade do Direito, hoje, é redimensionar-se, superar os atrelamentos referidos aqui e projetar-se socialmente como referencia institucional confiável, estabilizando o que precisa ser estabilizado, priorizando o que precisa ser priorizado, ou seja, tornar realidade conceitos e princípios que ao longo da modernidade e, também na pós-modernidade, são apenas discursos vazios e utilizados como instrumentos de promessas ou dominação política. Estamos nos referindo aqueles princípios desprezados pelo racionalismo técnico-pragmático-funcionalista, a serviço dos interesses hegemônicos modernos. A saber, democracia, justiça, liberdade, cidadania, solidariedade, igualdade, moralidade, enfim, todos aqueles princípios envoltos pela ética, ao invés de desprezados, devem ser priorizados em qualquer transformação que se pretenda efetivar no mundo pós-moderno. Em uma palavra, repensar o Direito dentro da globalização contemporânea pós-moderna, significa repensá-lo como um princípio filosófico, antes de repensá-lo como princípio técnico-normativo, balizador formal da convivência social.

Boaventura de Souza Santos, entretanto, possui visão um pouco diferenciada ao repensar o Direito dentro do contexto pós-moderno. Para ele, o Direito também deve desatrelar-se do Estado, contudo, a partir desse desatrelamento, alinhar-se à revolução, tida por ele como caminho natural para a mudança social. Vale dizer que o modelo de revolução pensado por Boaventura, hoje, difere dos modelos revolucionários convencionais do século passado, que fugiram aos propósitos originários da própria revolução.

Em relação ao Direito, o sociólogo português acha possível o alinhamento do Direito à revolução, uma vez que não há contrassenso nessa associação, pois o que provocou tal antagonismo foi o atrelamento do Estado moderno à política liberal capitalista, fazendo com que o Direito também assumisse o mesmo caráter liberal.

“Portanto, Boaventura ao propor um direito pós-moderno em substituição ao direito moderno, defende que o direito seja deslocado do conhecimento-regulação para o conhecimento-emancipação, ou seja, para um conhecimento que não seja auto-centrado, mas que se critique a partir da análise de suas consequências. Sendo assim, o direito pós-moderno proposto por Boaventura é um direito que reflete as lutas políticas e sociais concretas, e não se conforma com a indolência da razão moderna” (13).

Aqui um parêntesis. A nosso ver, não precisamos buscar alternativas, fora do âmbito capitalista, para emancipar a sociedade ocidental globalizada da tirania técnico-político-econômica a que está submetida na contemporaneidade. Basta que essa lógica perversa, de natureza funcional, onde o que importa são os resultados práticos, derivados de interesses políticos e/ou econômicos hegemônicos, impostos de maneira planetária, obedeça o mesmo pressuposto ético idealizado para o Direito, referenciado por nós acima. Dentro desse raciocínio, esse seria o referencial para estabelecimento da devida adequação entre os paradigmas moderno e pós-moderno, ou, no dizer de alguns teóricos da globalização, a possibilidade de estabelecimento de uma outra globalização. Fecha parêntesis.

O Direito moderno pode ser considerado, ao lado da ciência e da tecnologia, como um dos pilares de sustentação da globalização. A partir dessa conjunção institucional, o capitalismo se “apropria” desses institutos e, através de uma política muito bem orquestrada ideologicamente, não só conduz mas também define a nova ordem global contemporânea. No caso do Direito, de maneira mais específica, o que ficou comprometido, assim, nesse atrelamento, foi o princípio de justiça, razão maior da ciência jurídica.

Dentro dessa perspectiva, o princípio de justiça do Direito ficou comprometido porque, a partir dessa cooptação ao Estado liberal capitalista moderno, o Direito limitou sua visão sobre a realidade, principalmente sobre a realidade social, tornando-se, perigosamente, tão elitista quanto a nova ordem liberal capitalista globalizada. Assim, e por essa razão, só restou ao Direito assumir a lógica pragmática, funcionalista e positiva da globalização que nos conduz.

No dizer de Dias, “O direito não pode mais ser pensado apenas enquanto técnica de regulação coercitiva da vida social, pois esta não se constitui somente de ordem, organização e razão, mas também de afeto, sensibilidade, desordem, rupturas, caos... não há como expurgar a sombra da luz; todos esse elementos convivem numa relação dialética de complementariedade. E o Direito, cujo sentido de ser é ser para a sociedade, deve em sua constituição considerar todos esses elementos.

E prossegue Dias, faz-se hoje necessário revisitar o passado da ciência jurídica para se compreender sua trajetória, resignificar seu sentido e evitar, como reflete Warat, ‘que nosso desejo repita o passado no presente. O Direito precisa descobrir o novo que se anuncia no presente com toda sua força criativa. O discurso crítico sobre a ciência por fundamentar-se em referências de ordem do passado, deixou, por vezes, de apreender as complexidades do tempo presente e de ouvir os apelos concretos que o mundo da vida faz à ciência” (14).



O que podemos dizer, a partir desse raciocínio, é que a vida e o mundo são constituídos, também, de subjetividades, próprias do ser humano, e esse pressuposto não deve ser desconsiderado. Assim como a ciência moderna tem uma vocação objetiva e uma vocação subjetiva, o Direito também as possui, ou seja, a vocação objetiva impõe um agir de natureza científico-positiva e a vocação subjetiva se insere dentro da vocação objetiva impondo interesses e intenções. Nesse sentido, cabe ao Direito, através de seus intérpretes, fazer prevalecer, na vocação subjetiva da ciência jurídica, interesses e intenções virtuosas que promovam e protejam uma convivência social justa. Não podemos, assim, perder de vista que, todo fato sócio-jurídico ao se realizar concretamente na convivência social, traz consigo subjetividades tão importantes quanto o próprio fato em si.

Voltando à relação entre o Direito, a política e o capitalismo no mundo contemporâneo globalizado, as inovações tecnológicas também alteram significativamente a noção de tempo, isso porque saímos de uma realidade “mecânica” (moderna) para adentrarmos em um contexto “digital” (pós-moderno). Essa mudança de paradigma de natureza técnica provoca também mudanças nas práticas institucionais, agora, cada vez mais dinâmicas e fragmentadas, fazendo com que a temporalidade seja cada vez mais provisória e, por decorrência, instável. Confluem assim, de forma simultânea, as chamadas necessidades/realidades locais com as necessidades/realidades globais, impostas pela planetarização contemporânea. Daí surge a grande indagação, como adequar essas duas realidades que, nem sempre são convergentes?

Mais uma vez, temos que transferir para o Direito tal indagação, no sentido de definir legalmente a devida adequação de interesses. No dizer de Jose Eduardo Farias (O Estado e o Direito Depois da Crise), esse dilema antepõe quatro grandes questões para o Direito contemporâneo, a saber, o problema da unificação legislativa, o problema entre as operações globais e as regulações locais, o problema da tensão entre capitalismo e democracia e o problema da relação entre os Estados Nacionais e as crises sociais.

Como forma de uma possível neutralização desses problemas elencados, Farias, na mesma obra, elenca cinco grandes alternativas, ou seja, um Estado Mundial e um Direito global, um Estado forte com regulação normativa forte, um tipo de governo mundial e um Direito sem Estado, o estabelecimento de blocos comerciais e uma espécie de multisoberania e, por último, uma globalização econômica dotada de pluralismo jurídico.

Em outra obra (*Direito e Conjuntura*), Jose Eduardo Faria discorre sobre o assunto, fazendo, inclusive, uma alusão ao ensino jurídico na atualidade. Nos diz ele, “Diante das indagações e das rupturas epistemológicas a ela inerentes, o problema é saber se podemos continuar agindo e pensando com base em padrões, categorias, conceitos e instrumentos analíticos que privilegiam o formalismo jurídico – em suma, com base nos modelos teóricos do paradigma normativista até hoje prevalente nas faculdades de direito mais tradicionais do país, baseados no levantamento sistemático da legislação, da jurisprudência

e da doutrina predominante nos tribunais. Modelos teóricos são construções lógicas desenvolvidas para dar conta, analiticamente, de problemas, questões e conjunturas específicas.

Por isso, prossegue Faria, eles precisam de reformas, ajustamentos, adaptações, complementações e cortes que mantenham sua validade explicativa e seu vigor analítico. Todavia em nossos meios jurídicos, como é sabido, ainda predomina uma cultura essencialmente formalista que (a) insiste em associar o direito a um sistema fechado e racional de normas produzido por um legislador idealizado e (b) não costuma indagar se os sujeitos do direito cumprem ou não as normas, o motivo pelo qual o fazem e, menos ainda, se dessa conduta resultam efeitos desejados sobre a realidade. Trata-se de uma formação dogmática, de viés quase exclusivamente forense, que chega a ser constrangedoramente singela quando contrastada com o grau de complexidade do universo normativo do mundo globalizado” (15).

Uma coisa podemos afirmar com certeza, ainda sabemos muito pouco, hoje, sobre essa nossa contemporaneidade e sabemos muito pouco justamente por a estarmos vivenciando, mas isso é típico da pós-modernidade, da mesma forma que é típico das Ciências Sociais, vivenciar e, ao mesmo tempo, descrever. Tal como nos lembra Raffaele De Giorgi, na apresentação do livro *O Direito na Sociedade Complexa*, de Celso Campilongo, aquilo que conhecemos sobre sociedade é construído por meio de autodescrições. Assim, nossa representação de sociedade é formada por autodescrições da própria sociedade. Entre elas, as imagens mais acessíveis, mais ordenadas – diríamos: as imagens hipersimplificadas para o uso – que temos da sociedade são as que nos legaram os clássicos do pensamento sociológico.

A globalização contemporânea pode ser enquadrada dentro desse raciocínio, pelo fato de ser um fenômeno recentíssimo e ainda sendo teorizado, assim como o pós-modernismo e o neocapitalismo. Na esteira desse raciocínio, a organização do Estado, bem como a organização do Direito dentro da nova ordem planetária, também seguem a mesma lógica e são reinterpretados conceitualmente. No que se refere ao Estado, a globalização provoca o seu desprestígio enquanto instituto de relevância social. Tal desprestígio é decorrência direta da estratégia política utilizada pelo neocapitalismo ao se propagar mundialmente via globalização, ou seja, na economia capitalista contemporânea o Estado é importante apenas quando estabelece normas locais para adequação dos interesses de um capital que se vê como de natureza global, logo, de maior importância dentro da convivência globalizada.

No entender de Campilongo, esse esvaziamento do Estado, impõe como decorrência direta, o esvaziamento da democracia, da igualdade, da soberania e da justiça, dentre outros princípios de natureza ética. Nesse sentido, o Estado, hoje, tem que dar conta de duas imposições de natureza política: externamente, se ajustar à nova ordem global e internamente, ser capaz de atender às demandas sociais de natureza assistencialista.

Citando Campilongo, “no plano interno, há forte sensação de que o Estado é incapaz de responder com um mínimo de eficiência (pelo menos nos países em desenvolvimento) às suas funções na área de saúde, educação, segurança, emprego, ambiente, finanças públicas e justiça, para citar algumas; no plano externo, as organizações multilaterais e o sistema financeiro internacional adotam um discurso que cobra essas mesmas coisas, mas acresce ao jogo um componente perverso, pois sugere políticas econômicas e cartilhas de reformas que estimulam o fluxo oportunista de capitais, indústrias e serviços entre os países, provocam desemprego e recessão e comprometem a agenda social (16).

Em relação ao Direito, já foi dito aqui, seu papel institucional na globalização contemporânea, é aproximar os excluídos da órbita planetária das hegemônias que dominam e conduzem a convivência global; atuar como mecanismo de neutralização das desigualdades e favorecimentos, cada vez mais latentes e de forma cada vez mais explícitas. O que queremos dizer é que o Direito precisa agir com muita lucidez ética nessa realidade multiconectada, verdadeira teia social de interesses e necessidades. Melhor dizendo, o estabelecimento da chamada legalidade jurídica passa, obrigatoriamente, pelo autorreconhecimento do Direito como instituto independente, promotor do justo equilíbrio entre interesses e necessidades.

## Algumas considerações finais

O que podemos afirmar, de maneira categórica, em relação à globalização contemporânea, é que, por ser um fenômeno derivado do desenvolvimento tecnológico, impõe uma razão de natureza técnica na condução da convivência global. Dessa forma, prevalece nesse cenário planetarizado, uma convivência pragmática, utilitária e funcional, ou seja, o que temos é o estabelecimento do modelo econômico capitalista de resultados, manifesto através de uma política liberal, também de resultados concretos e imediatos. Em outras palavras, o que temos formalmente estabelecido como concepção de mundo dominante na globalização contemporânea é a lógica da funcionalidade objetiva, com a qual o Direito tem enorme dificuldade em lidar. Aderir ou tentar amenizar tal lógica, eis a grande indagação que se coloca para o Direito hoje.

A tensão que se estabelece na convivência globalizada é decorrência direta de uma grande contradição intrínseca em seu processo, ou seja, a interatividade global ao mesmo tempo em que aproxima povos e culturas, provoca distanciamentos, uma vez que a lógica da funcionalidade objetiva se manifesta na convivência, impondo interesses de natureza político-econômica nesse estreitamento entre povos e nações. Assim é que, temos formalmente estabelecido no cenário global contemporâneo, uma realidade social culturalmente diversificada, mas econômica e politicamente desigual.

Como forma de denúncia e resistência à esses interesses econômicos e políticos impostos pe los chamados países centrais, surgem nesse cenário globalizado os

movimentos sociais derivados da sociedade civil organizada, que alguns teóricos chamam de neo-socialismo, como, por exemplo, Octavio Ianni, já mencionado nesse artigo. Os movimentos sociais, de natureza reivindicatória, são formas de resistências ao racionalismo pragmático imposto pelos países hegemônicos ao mundo globalizado. Traço marcante desses movimentos é que também se utilizam das novas formas de interação social viabilizada pelo tecnologismo, propagando-se através das grandes redes digitais.

Vale dizer que o meio-ambiente e as disparidades políticas e econômicas entre as sociedades são os principais referenciadores e motivadores desses movimentos sociais que, utilizando-se da revolução tecnológica fundadora da globalização, tentam propagar a revolução neosocialista como contraponto ao neocapitalismo globalizado, esse devidamente estabelecido e consagrado dentro da convivência planetária contemporânea. Podemos dizer que os movimentos sociais, hoje, mas aí sendo visto além da perspectiva político-econômica, podem ser entendidos como espécie de “divã” para aqueles que não se identificam com a globalização pós-moderna.

Também é importante reafirmar que a globalização contemporânea tenta, de forma autoritária e pretensiosa, impor um tipo de pensamento único orquestrado pelo neocapitalismo, com intuito de “padronizar” a cultura, a economia e a política em nível planetário. Evidentemente, tal pretensão encontra resistências locais, dotadas de especificidades próprias e nem sempre convergentes ao modelo global proposto. Nessa relação tensa entre ponto (global) e contraponto (local), está emblematicamente a crise maior da globalização contemporânea. Não é exagero afirmar que o mundo globalizado é uma realidade caracterizada como uma era de confrontos latentes entre antigos e novos paradigmas.

O que queremos dizer é que, usando uma expressão de Milton Santos, já citado aqui, devemos superar o “globaltotalitarismo” e fazer prevalecer uma outra globalização, ou seja, uma globalização marcadamente excludente, como a que vivenciamos, não pode ser aceita como ideal ou entendida como democrática, pois não tem como objetivo maior agregar, proteger ou inserir todos os povos e nações como beneficiários de sua política liberal-capitalista. Se a inclusão significa democracia, a exclusão significa totalitarismo.

Nesse sentido, precisamos associar conceitos objetivos como racionalismo, pragmatismo, utilitarismo, individualismo e materialismo, a conceitos subjetivos como humanismo, solidariedade, respeito e afeto. A partir dessa associação, é possível a aproximação entre o Um (central) e o Outro (periférico).

O desafio maior, portanto, é encontrar um ponto comum que agregue e não desagregue. Nesse sentido, uma pergunta de natureza filosófica se faz necessária, isto é, o homem global possui fôlego intelectual suficiente que lhe permita refletir profundamente sobre sua própria condição no mundo atual? A lógica da funcionalidade objetiva que se impõe como concepção de mundo na globalização, outra indagação, estimula reflexões de natureza filosófica à esse homem global sobre o mundo que lhe envolve? De pronto, respondemos que não, uma vez

que a lógica da funcionalidade objetiva, aqui aludida como referência maior da globalização, deixa implícito, como forma de cultura, o pensamento de que não há tempo a perder com questões que contrariem ou obstruam filosoficamente tal lógica.

Por ser um fenômeno de natureza técnica, a globalização contemporânea submete a natureza humana à uma condição de submissão tirânica nunca antes experimentada. Nesse sentido, o tecnologismo e sua lógica operativa e utilitária obstrui o livre-pensar ou o pensar mais profundamente sobre. Na verdade, esse homem global pós-moderno é dotado de muito conhecimento de natureza técnica, mas de pouca sabedoria de natureza filosófica, ou seja, vivemos a era das especializações técnicas, onde os especialistas conhecem cada vez mais de parcelas cada vez mais ínfimas do conhecimento. Essa condição, tira do homem global a plena capacidade de pensar a totalidade do mundo que lhe cerca. Por derivação, lhe falta capacidade intelectual para estabelecer o devido enfrentamento ético com essa realidade tecnológica que o conduz.

Portanto, concluímos, se é possível reduzir a uma palavra o grande mal que assola a globalização contemporânea, a palavra é ÉTICA, mas uma ética devidamente “conectada” à concepção de mundo excludente e prevalente na convivência planetária atual, isto é, ética como princípio absoluto (interior) e não valor relativo (norma). Melhor dizendo, a ética deve ter como morada a alma e daí projetar-se na convivência como referencial do agir concreto, o que significa dizer, é preciso que a economia, a política e o Direito, antes de se realizarem técnica e normativamente na convivência social, devem se reconhecer como referências institucionais propagadoras da economia virtuosa, da política virtuosa e do Direito virtuoso.

Se assumirmos a ética como crença e vocação, é possível uma globalização menos tensa.

## Referências bibliográficas

- (1) Para um aprofundamento ver DREIFUSS, Rene. *A época das perplexidades*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- (2) Idem, p. 267 e seg.
- (3) Para um aprofundamento ver IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 87 e seg.
- (4) Idem, p. 264 e seg.
- (5) Para um aprofundamento ver SAGAN, Carl. *O Mundo Assombrado pelos Demônios*. São Paulo: Cia das Letras, 1997, p. 15.
- (6) Para um aprofundamento ver BRIGAGÃO, Clóvis. *Globalização à Olho Nu*, 2.ed., São Paulo: Moderna, 2010, p. 28 e seg.
- (7) Idem, p.123 e seg.
- (8) Para um aprofundamento ver COSTA, Edmilson. *A globalização e o capitalismo contemporâneo*, São Paulo: Expressão Popular, 2008, p.16 e seg.
- (9) Idem, p.21.

(10) Para um aprofundamento ver SANTOS, Milton. *Por uma globalização*. 19.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

(11) Para um aprofundamento ver BITTAR, Eduardo C.B. *O direito na pós-modernidade*. In: Revista Sequencia, 57, 2008, p. 135 e seg.

(12) Para um aprofundamento ver HERNANDEZ, Matheus de C. *Boaventura de Souza Santos e o direito pós-moderno*. São Paulo: PPCS/UNESP, p.11, Disponível em: <www.dhnet.org.br/di>. Acesso em: 05 dez 2014.

(13) Idem, p.18.

(14) Para um aprofundamento ver DIAS, Maria da G. S. *Direito e pós-modernidade*. Itajai: FUNVALI, Revista do NEJ, 1, vol.11, 2006, p.109 e seg.

(15) Para um aprofundamento ver FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Conjuntura*. São Paulo: Saraiva, Direito GV, 2008, p.114 e seg.

(16) Para um aprofundamento ver CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*,.2.ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.119.

# Portée et Justiciabilité des Droits Sociaux et Protection de Quelques Catégories de Personnes Défavorisées en France<sup>1</sup>

Véronique Champeil-Desplats<sup>2</sup>

## Introduction

La France de l'après Seconde guerre mondiale se caractérise, en matière de droits et de libertés, par l'affirmation, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, d'une liste de principes économiques et sociaux considérés « particulièrement nécessaires à notre temps ». Jusqu'au tournant néo-libéral de la fin des années 1980, de la droite chrétienne jusqu'à la gauche communiste, il existe une conviction partagée que l'Etat doit assurer des fonctions essentielles de protection et de redistribution sociales.

Les principaux droits sociaux proclamés sont l'égalité entre les hommes et les femmes, le devoir de travailler et d'obtenir un emploi sans discrimination en raison de ses origines, opinions ou croyances, la liberté syndicale, le droit de grève, le droit à la négociation et aux conventions collectives, la garantie à l'individu et à la famille des conditions nécessaires à son développement, la garantie « à tous, et spécialement à l'enfant, à la mère et aux anciens travailleurs, la protection de la santé, de sécurité matérielle, au repos et au loisir », le droit d'obtenir de la collectivité les moyens nécessaires de subsistance, la solidarité et l'égalité face aux charges résultant de calamités nationales, la garantie de l'égalité d'accès des enfants et des adultes à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture et, en conséquence, le devoir de l'Etat d'organiser un enseignement public gratuit et laïc à tous les niveaux<sup>3</sup>. Ce préambule de la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République auquel renvoie celui de l'actuelle Constitution du 4 octobre 1958 peut aujourd'hui être opposé tant aux actes administratifs<sup>4</sup>, qu'au pouvoir législatif<sup>5</sup>.

Trois observations peuvent d'ores et déjà être formulées. Tout d'abord, les constituants de 1946 accordaient une grande importance à l'organisation

<sup>1</sup> Este artigo também será publicado na Revista jurídica de *investigacion e innovacion educativa*.

<sup>2</sup> Profesora de derecho publico a la Universidad de Paris Ouest- Nanterre, Francia

<sup>3</sup> Voir RIVERO J. et VEDEL G. dans leur célèbre article « Principes économiques et sociaux de la Constitution », *Droit social*, 1947, pp. 13-35, rééd. in *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, t. 1, p. 101.

<sup>4</sup> Conseil d'État, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, rec.* 426.

<sup>5</sup> Décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *rec.* 29 et n° 75-54 DC du 15 janvier 1975, *rec.* 19.

des services publics pour assurer l'effectivité des droits sociaux, la création d'un organisme national de sécurité sociale immédiatement à la fin de la Seconde guerre mondiale en reste l'illustration la plus éclatante<sup>6</sup>. Ensuite, plus tard, le Conseil constitutionnel a enrichi cette liste par la formulation de principes implicites et, plus précisément, par celle d'un « objectif à valeur constitutionnelle d'accès à un logement décent »<sup>7</sup>. Enfin et, surtout, en France, comme dans d'autres Etats, s'est engagée, depuis une dizaine d'années, une réflexion tant sur la capacité des droits sociaux à s'imposer comme justification juridique de l'intervention publique et, en particulier, des politiques sociales de redistribution des richesses, que sur leur justiciabilité, c'est-à-dire sur la possibilité de les invoquer devant les juges de la même façon que les droits et libertés individuelles afin d'obtenir leur garantie.

Dès lors, bien que les évolutions soient aujourd'hui significatives, persiste, en France, une conception classique des droits sociaux qui conteste tant leur justiciabilité que leur qualité même de droit. Au terme d'une argumentation circulaire mais restée longtemps dominante et partagée, les droits sociaux ne seraient pas de vrais droits parce qu'ils ne seraient pas justiciables, et ils ne seraient pas justiciables parce qu'ils ne seraient pas de vrais droits (I).

Ce préconçu n'est pas le seul frein conceptuel à la conduite de politiques sociales, en particulier en faveur des personnes identifiées comme vulnérables. Il existe également, en France, une forte imprégnation de l'idéal universaliste qui conduit à une prédominance, sauf exception, d'une approche formelle du principe d'égalité. Cette approche constitue le principal obstacle à la détermination d'actions positives en faveur de certaines catégories de personnes qui peuvent se trouver dans une situation de vulnérabilité (II).

## Les droits sociaux: quelle justiciabilité?

En France, comme dans de nombreux autres Etats<sup>8</sup>, la possibilité d'invoquer des droits sociaux devant un juge divise la doctrine (1). Pourtant, la possibilité de leur justiciabilité peut trouver un appui non seulement dans les décisions des juridictions de droit commun que dans l'existence d'une justice sociale (2).

<sup>6</sup> Voir CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le service public dans les débats constitutifs de 1946 », *Histoire et Service public*, GUGLIELMI G. (dir.), P.U.F., 2004, pp. 231-245 ; CHAMPEIL-DESPLATS V. « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutifs de 1946 », in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *La Déclaration des droits de l'homme (1948-2008)- Réalité d'un idéal commun ?*, Paris, 2009, La Documentation Française, pp. 31-40.

<sup>7</sup> Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *J.O.*, 21 janvier 1995, *rec.* 176.

<sup>8</sup> Voir par exemple, CHAMPEIL-DESPLATS V., « La justiciabilité des droits sociaux en Amérique Latine », in ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 1, juin 2012 <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf> ; Voir aussi, ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 47.



## Aspects théoriques: le débat sur la justiciabilité des droits sociaux

La thèse selon laquelle les droits sociaux ne sont que des normes programmatiques et donc, à la différence des droits civils et politiques, ne sont pas justiciables, a en France longtemps prédominé (A). Toutefois, depuis une dizaine d'années, un nouveau courant doctrinal conteste de façon très argumentée cette conception en s'appuyant tout particulièrement sur les débats internationaux et le droit comparé (B).

### A. Le rejet classique de la justiciabilité des droits sociaux

Le rejet de la justiciabilité des droits sociaux repose essentiellement sur une distinction radicale des catégories de droits de l'homme. Cette divisibilité est fondée, d'une part, sur une reconstruction de l'histoire de ces droits en génération. La consécration des droits civils et politiques dits de première génération précéderait celle des droits sociaux dits de seconde génération, puis celle des droits « solidarité » (paix, protection de l'environnement...) dits de troisième génération<sup>9</sup>. D'autre part, l'argument de la divisibilité des droits prend appui sur le découplage, au niveau international, des droits civils et politiques, d'un côté, et des droits sociaux de l'autre, dans les deux Pactes de New York de décembre 1966, le premier sur les droits civils et politiques, le second sur les droits économiques, sociaux et culturels. Cette dualité des Pactes remettrait en cause l'unité des droits qu'avait réussi à consacrer la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948.

A ces éléments historiques, sont alors associées des conséquences juridiques, tout particulièrement des types différents d'obligations pesant sur les autorités publiques ou les tiers. Les droits civils et politiques impliqueraient des abstentions d'action, une non-ingérence de la part de l'Etat ou des tiers. Leur violation pourrait être invoquée devant le juge pour la faire cesser et obtenir réparation : le contrôle juridictionnel se limiterait ainsi à l'annulation ou à la condamnation des actes qui les enfreignent. Les droits sociaux, quant à eux, présenteraient un caractère symbolique, programmatique et à faible potentiel juridique. Ils n'exprimeraient que des obligations politiques abstraites. Ils seraient des droits-créances, des « droits à » obtenir des prestations de la part de l'Etat ou des autorités publiques<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Voir par exemple, ROBERT J. et DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2009, pp. 58-65.

<sup>10</sup> On trouve cette conception dorénavant très classique exprimée en France dès 1947 par RIVERO J. et VEDEL G. qui opposent les droits économiques et sociaux « aux libertés publiques traditionnelles » définissant « un ensemble de droits qui ne supposent de la part de l'Etat que l'abstention ou l'égalité de traitement » : « les droits économiques et sociaux au contraire répondent en général à des catégories nouvelles. Ces droits doivent s'entendre comme supposant de la part de l'Etat une action positive soit en vue de fournir des prestations aux individus (protection de la santé ou de la famille, droit à la culture, etc...), soit en vue d'organiser la vie économique (association des travailleurs à la gestion des entreprises, progressivité de l'impôt, droit de propriété », in« Principes économiques et sociaux de la Constitution », *op. cit.*, p. 101. Voir également plus généralement, ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 420, où les droits sociaux sont présentés comme des « droits à prestation au sens strict ».

Leur réalisation engagerait un coût pour la collectivité. Leur justiciabilité serait conditionnée à l'existence d'une loi qui les met en œuvre mais c'est alors sur cette loi que les recours juridictionnels devraient être fondés. A défaut, notamment en raison des coûts qu'elle engendrerait et des injonctions qu'elle supposerait à l'égard de l'administration, voire du législateur, la justiciabilité des droits sociaux mettrait à mal le principe de séparation des pouvoirs. En tout état de cause, les mécanismes juridictionnels seraient inadaptés et peu appropriés pour assurer la garantie des droits sociaux.

#### B. Le dépassement des arguments classiques

Aucun des arguments précédents n'est incontestable<sup>11</sup>. Ils ne reposent sur aucune caractéristique substantielle ou intrinsèque des droits et libertés mais résultent de diverses croyances et présupposés. Leur relativisation se fonde sur les principes d'indivisibilité et d'interdépendance des droits de l'Homme. Cinq principaux arguments peuvent le justifier.

En premier lieu, le découpage des droits en génération s'avère, à y regarder de plus près, trop schématique : des préoccupations sociales existaient dès 1789 et, réciproquement, certains droits et libertés « individuels » ont été formulés et consacrés après l'entrée dans le droit positif de droits sociaux (interdiction de la peine de mort, protection de la vie privée...). En outre, la coexistence des deux pactes internationaux de New York ne remet pas nécessairement en cause le principe d'indivisibilité des droits ; rien n'interdit de les concevoir sur le mode de la complémentarité plutôt que sur celui de l'opposition.

En deuxième lieu, les droits sociaux ne sont pas plus abstraits ou imprécis que les droits civils et politiques. Les termes d'égalité, de liberté, de propriété ou d'accès au logement ne posent pas aux juges de problèmes de compréhension, d'interprétation ou de mise en œuvre très différents.

En troisième lieu, l'opposition entre des droits et libertés qui n'impliqueraient que des abstentions de la part des tiers et des droits sociaux dont la garantie n'exigerait que des prestations se révèle également grossière. Ces conséquences juridiques ne caractérisent pas des catégories de droits ou de libertés spécifiques et distinctes. Chaque droit ou liberté s'avère porteur, certes dans des proportions variables, d'obligations de respecter, de protéger, de garantir et de promouvoir. Ces obligations impliquent tout autant des abstentions que des actions de la part des débiteurs ou des tiers<sup>12</sup>. Par exemple, la garantie de la liberté d'aller et venir suppose ainsi aussi bien de ne pas être arrêté arbitrairement que de disposer d'infrastructures routières pour circuler. Le droit au logement permet de

<sup>11</sup> Voir van HOOFF G. H. J., *The legal nature of economic, social and cultural rights. A rebuttal of some traditional views*, in ALSTON P. et TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Utrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 97-110 ; SCHUTTER O. de, « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, PULIM, p. 13, ABRAMOVICH V., COURTIS C., *op. cit.*

<sup>12</sup> van HOOFF G. H. J., *op. cit.*, pp. 97-110.

prémunir contre des expulsions arbitraires comme il peut justifier la construction de logements sociaux.

En quatrième lieu, s'il est possible que la justiciabilité des droits sociaux n'implique pas les mêmes procédures ou voies d'exécution que celle des droits civils et politiques, cela ne signifie pas que leur absence de garantie échappe à toute sanction juridictionnelle. D'ailleurs, l'observation des pratiques juridictionnelles révèle que les tribunaux peuvent recourir à une gamme très variée de moyens pour obtenir la mise en œuvre ou sanctionner la violation d'un droit social: annulation d'actes portant atteinte à tel ou tel droit, modulation des effets dans le temps d'annulation de décisions administratives portant atteinte aux droits acquis, mesures d'injonction avec ou sans astreinte, amende, réparation...<sup>13</sup>.

En cinquième lieu, enfin, il n'est pas certain que certaines mesures de réparation des violations de libertés individuelles soient dans tous les cas moins coûteuses que celles mettant en œuvre les droits sociaux. L'argument des coûts est donc souvent brandi au terme d'une minimisation de ceux engendrés par la garantie des droits civils et politiques et d'une maximisation de ceux relatifs à la mise en œuvre des droits sociaux.

Aucun des traits distinctifs classiquement conférés par la doctrine aux droits sociaux pour les distinguer des libertés individuelles, ne peut être considéré comme « faux, mais aucun n'est exclusif » ou déterminant<sup>14</sup>. Les frontières entre les types de droits de l'homme s'avèrent donc beaucoup plus brouillées que les représentations doctrinales classiques l'ont laissé pendant longtemps penser.

## De la justiciabilité des droits sociaux devant les juridictions de droit commun aux juridictions sociales

Le droit français connaît plusieurs formes de justiciabilité des droits sociaux. Celles-ci peuvent être observées tant devant les juges de droit de commun (A) que devant des juridictions spécialisées. Ces dernières visent à instituer une justice sociale dont certains ont d'ailleurs, un temps, pu revendiquer l'autonomisation à l'égard des ordres de juridiction administrative et judiciaire (B).

### A. Bref aperçu des formes de justiciabilité des droits sociaux devant les juridictions de droit commun

Il existe de nombreuses et diverses décisions juridictionnelles qui se fondent directement ou indirectement sur des droits sociaux<sup>15</sup>. Tout d'abord, on peut

<sup>13</sup> Voir ABRAMOVICH V., COUTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, op. cit.; Voir par exemple, ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit.

<sup>14</sup> C. HERRERA, *Les droits sociaux*, PUF, Que Sais-je ?, 2011, p. 9.

<sup>15</sup> Voir pour une étude complète et détaillée, ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit. ; ROMAN D. (dir.), *La*

relever que la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel ont reconnu la valeur constitutionnelle de ces droits, ce qui permet de les invoquer, en principe, à l'encontre d'actes de droit privé, d'actes administratifs ou de la loi. A l'occasion de décisions relatives à la Charte de l'environnement, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel notamment<sup>16</sup> ont affirmé que « l'ensemble des droits et devoirs » définit dans la Charte, « à l'instar de toutes » les dispositions qui « procèdent du Préambule de la Constitution (...) ont valeur constitutionnelle ; (...) elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif ».

Par ailleurs, dès lors qu'il existe une loi qui les énonce et en prévoit des mécanismes de garantie, les droits sociaux peuvent faire l'objet de décisions juridictionnelles. Le droit du travail, le droit à l'éducation, la santé publique ont leur Code qui nourrit un abondant contentieux. De même, le droit au logement affirmé par l'article 1 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs comme étant un droit fondamental a été au fondement de quelques arrêts de la Cour de cassation<sup>17</sup>.

Enfin, certains droits sociaux – certes, pas tous ceux qui ont été invoqués<sup>18</sup> –, ont pu bénéficier de la procédure d'urgence qu'est le référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 du code de justice administrative qui permet au juge administratif d'ordonner à l'administration toute mesure de nature à faire cesser la violation d'une liberté fondamentale. Le Conseil d'Etat l'a d'abord admis à l'égard du principe d'égal accès à l'instruction justifiant la scolarisation des enfants handicapés<sup>19</sup>, cas qui s'inscrit dans la lignée d'un engagement de la responsabilité de l'Etat pour ne pas avoir déployé les moyens nécessaires à la scolarisation de ces enfants<sup>20</sup>. Le Conseil d'Etat a également considéré comme une liberté fondamentale pouvant être invoquée dans le cadre du référé-liberté, le droit à l'hébergement d'urgence<sup>21</sup>.

100

Ce mouvement en faveur de la justiciabilité des droits sociaux connaît toutefois quelques limites. Tout d'abord, en l'absence de loi, les juges se montrent frileux à se fonder directement sur les droits sociaux énoncés dans la constitution ou dans les textes internationaux, d'autant que ceux-ci sont le plus souvent conçus, en la matière, comme relevant du *soft law*.

Par ailleurs, quand la loi existe, sa portée peut être limitée notamment par le principe de spécialité législative. Celui-ci justifie une interprétation stricte du champ d'application des lois affirmant des droits sociaux. Le cas

*justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012.

<sup>16</sup> Décision n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, cons. 18, *rec.* 313 ; Conseil d'Etat, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, req. n° 297931, *AJDA*, 2008, p. 2166.

<sup>17</sup> Cass. Civ. 3ème, 2 oct. 2002, req. n° 01-00589.

<sup>18</sup> Voir sur le droit le refus de considérer le droit au logement comme liberté fondamentale au sens de l'art. L. 521-2 du Code de justice administrative, Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, *AJDA*, 2002, n° 11, p. 818.

<sup>19</sup> Conseil d'Etat, 15 décembre 2010, *M. P.*, *AJDA*, 2010, p. 858.

<sup>20</sup> Conseil d'Etat, 8 avril 2009, *M. et Mme Laruelle*, req. n° 311434 ; *AJDA*, 2009, p. 1263.

<sup>21</sup> Conseil d'Etat, 10 février 2012, *Karamoko*, req. n° 356456.

du droit au logement est particulièrement intéressant. Alors que le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence d'un objectif à valeur constitutionnelle d'accès à un logement décent (*supra*), et que, on l'a évoqué, l'article de la loi du 6 juillet 1989 affirme le caractère fondamental du droit au logement, le Conseil d'Etat a pourtant refusé de qualifier le droit au logement de liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative<sup>22</sup>.

Enfin, l'admission de la justiciabilité des droits sociaux se présente à géométrie variable, et ne gagne pas de la même façon tous les types de contentieux. Le Conseil d'Etat, notamment, reste ancré dans l'idée que « la portée *concrète* d'un principe » varie « selon son degré de précision, selon son objet, ou selon la nature du contentieux »<sup>23</sup>. Il a ainsi pu estimer que le 12<sup>ème</sup> alinéa du préambule de 1946 selon lequel « *la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant de calamités nationales* » ne pouvait servir de « base à une action contentieuse en indemnité »<sup>24</sup>, mais qu'il peut être invoqué le cadre d'un recours pour excès de pouvoir<sup>25</sup>.

#### B. L'institution de juridictions sociales

A la possibilité d'invoquer les droits sociaux devant les juridictions de droit commun, s'ajoute en France celle de saisir des juridictions sociales spécialisées. Le plus souvent, celles-ci interviennent en première instance, mais certaines sont aussi accompagnées d'une juridiction d'appel spécialisée. Les plus vieilles sont les Conseils des Prud'hommes (209 dans toute la France) créés pour le contentieux lié au contrat de travail. Mais il existe aussi des Tribunaux des affaires sociales pour le contentieux relatifs à la Sécurité sociale (au nombre de 115). Plus récemment a été créé un tribunal par région pour le contentieux relatif au handicap (l'appel s'effectue aussi devant une juridiction spécialisée). De même, en matière de logement social, la loi du 5 mars 2007 sur le droit au logement opposable a institué une procédure précontentieuse spécifique suivie de la possibilité d'un recours devant le tribunal administratif statuant en formation spéciale. Dans un avis du 2 juillet 2010, le Conseil d'Etat a précisé que les dispositions législatives de 2007 « ouvrent au justiciable qu'elles visent le droit d'accéder à un tribunal doté de pouvoirs effectifs » ; elles peuvent « conduire le juge à ordonner leur logement, relogement ou leur hébergement et à assortir cette injonction d'une astreinte » ; « l'inaction de l'Etat est susceptible d'être sanctionnée, le cas échéant, par le juge saisi d'un recours en responsabilité »<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Conseil d'Etat, 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, req. n°245687.

<sup>23</sup> Voir conclusions Y. Aguila, sous Conseil d'Etat, 3 oct. 2008, *Commune d'Annecy*, précit.

<sup>24</sup> Conseil d'Etat, 10 décembre 1962, *Société indochinoise de constructions électriques*, rec. 675; Conseil d'Etat, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, rec. 607.

<sup>25</sup> Conseil d'Etat, 5 juillet 2000, *Association nationale de défense des rapatriés*, rec. 1116.

<sup>26</sup> Conseil d'Etat, avis 2 juillet 2010, *Abdelkrim*, req. n° 332824.

Il reste que le fonctionnement de ces dispositifs juridictionnels (hormis le cas spécifique des Conseils des Prud'hommes) fait l'objet de quelques désenchantements. Par de nombreux aspects, la justice sociale se présente comme une « justice au rabais » : les droits des pauvres apparaissent comme de pauvres droits<sup>27</sup>, la justice des pauvres, comme une pauvre justice<sup>28</sup>.

En effet, tout d'abord, le caractère spécialisé de ces juridictions a pour contrepartie une spécialité (et donc un aménagement du droit commun) des procédures et des règles de compétence. Cette spécialisation est alors facteur de complexité, d'opacité et de méconnaissance pour les justiciables et leur avocats. La détermination de la juridiction compétente, une des juridictions spécialisées ou, le cas échéant une juridiction de droit commun s'avère parfois compliquée, et il n'est pas rare que les juridictions saisies se renvoient la balle des dossiers difficiles, souvent ceux des personnes les plus défavorisées...

Ensuite, les juridictions spécialisées manquent souvent de moyens matériels et humains. Cette situation provoque des dysfonctionnements qui ont été plusieurs fois relevés et critiqués par des rapports publics du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes : absence de greffiers pour enregistrer les recours, difficulté à assurer le principe du contradictoire...

Car, enfin, dans ce contexte, le contentieux social suscite aujourd'hui peu de vocations, que ce soient de la part des magistrats ou des avocats. S'agissant des avocats, le contentieux des pauvres n'est pas très rémunérateur. Les avocats sont le plus souvent commis d'office. A tout le moins rencontre-t-on quelques avocats engagés ou militants qui acceptent de plaider *pro bono*<sup>29</sup>. S'agissant des juges, le contentieux des pauvres n'est pas considéré comme des plus valorisants dans une carrière ; il suppose une certaine vocation. Les juridictions sociales, on l'a souligné, manquent en effet cruellement de moyens. Finalement, comme le souligne Pierre Joxe, dans les cas où il existe une justiciabilité des droits sociaux et une justice des droits sociaux, le problème est que les juges font défaut : « la justice du droit social [ou des droits sociaux] manquent de juges »<sup>30</sup>.

Par conséquent, l'ambivalence de la justice sociale spécialisée est que, d'un côté, si elle fonctionne correctement, elle peut être conçue comme la garantie de voir des cas, souvent difficiles tant du point de vue humain que de la technique contentieuse, traités par des juges et avocats hautement formés et s'étant forgés une expertise des questions sociales. Mais, d'un autre côté, si cette justice ne dysfonctionne, elle se convertit en une justice des pauvres, une justice des « sans » (les « sans logement », « sans travail », « sans argent », « sans mobilité ») qui s'engouffre dans l'institution d'une justice à deux vitesses<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Voir ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, La Revue des Droits de l'Homme, op. cit.

<sup>28</sup> Lire JOXE P., *Soif de justice. Au secours des juridictions sociales*, Paris, Fayard, 2014.

<sup>29</sup> Voir JOXE P., *ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 196.

## Les politiques sociales face à la conception formelle du principe d'égalité

Le principe d'égalité se situe au cœur des justifications des politiques sociales. Toutefois, son usage est, en droit français, ambivalent. La conception du principe d'égalité reste en effet essentiellement formelle (1). Lu au prisme des principes d'universalité et d'indivisibilité de la République, le principe d'égalité peut aussi bien justifier des mesures de non-discrimination et de protection de certaines catégories de personnes victimes d'un traitement défavorable, qu'il peut, à l'inverse, jouer le rôle de frein à la définition de certaines politiques sociales et à l'adoption de mesures particulières dès lors qu'elles sont jugées constitutives de discriminations positives (2). Face à une société française multiculturelle en mutation, confrontée à une diversité et à une complexité croissante des phénomènes d'inégalité, les politiques sociales mettent en place des stratégies plus ou moins convaincantes d'objectivation des critères destinés à lutter contre les exclusions (3).

## La prédominance d'une conception formelle du principe d'égalité

La prédominance d'une conception formelle du principe d'égalité s'explique en partie par le lien étroit qui unit celui-ci avec les principes d'universalité et d'indivisibilité de la République. Ce lien explique notamment aujourd'hui que la France reste très hostile à la reconnaissance juridique de minorités ou de groupes communautaires, comme l'illustrent les réserves émises aux dispositions internationales se référant à cette notion (article 27 du Pacte international des droits civils et politiques, l'article 30 de la Convention des droits de l'enfant) ou les difficultés de ratification de la Charte européenne des langues régionales.

Cette position de principe qui structure aujourd'hui l'ordre juridique français est en partie héritée de la Révolution française. A cette époque, la promotion du principe d'égalité exprime avant tout la volonté de rompre avec les privilèges qui structuraient la société de l'Ancien Régime. Rappelons, à cet égard, que la Déclaration du 26 août 1789 a été précédée par l'acte d'abolition des privilèges, la nuit du 4 août 1789. Le concept de privilège désignait tout autant les traitements de faveur réservés à certaines catégories sociales que l'existence de réglementations spécifiques à des groupes professionnels, à des corporations ou à certains territoires perçues comme un obstacle au développement économique. La notion de privilège se comprend donc au sens étymologique, à savoir celui de "*privata lex*", « lois particulières ».

Depuis lors, la conception du principe d'égalité qui prévaut dans l'ordre juridique français est essentiellement formelle, autrement dit « la loi est la même pour tous ». Plus précisément, selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : la loi « doit être la même pour tous,

soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Cet article est aujourd'hui au fondement de plusieurs décisions juridictionnelles qui s'opposent à l'adoption de mesures en faveur de catégories de personnes définies selon certains critères et s'impose comme une limite à l'institution de discriminations positives. Le pari est qu'une égalité de traitement, corrélée à une interdiction de discriminations en fonction de certains critères (l'appartenance ethnique, les croyances religieuses, les idées politiques, le genre, la sexualité, la santé...), doit suffire à assurer une égalité réelle. Cette interdiction n'admet que très peu d'exceptions qui sont limitativement interprétées (*infra*).

L'une des conséquences de la prédominance d'une conception formelle du principe d'égalité est que l'idée que la réalisation de l'égalité puisse supposer une différence de traitement entre des catégories d'individus se trouvant dans des situations différentes n'a été que tardivement formulée par les juges français. Elle l'a été d'abord en 1974 par le Conseil d'Etat<sup>32</sup> qui admet que diverses catégories d'usagers puissent être traitées de façon différentes face à un service rendu par l'administration, à condition toutefois que cette différence de traitement soit « la conséquence nécessaire d'une loi, qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables » et « une nécessité d'intérêt général ». Cette interprétation du principe d'égalité permet par exemple de justifier certaines modulations de tarifs des services publics en fonction du nombre d'enfants dans les familles (tarifs familles nombreuses) ou du quotient familial... Une telle formulation du principe d'égalité a été reprise par le Conseil constitutionnel qui, dans une décision du 12 juillet 1979<sup>33</sup>, admet que « si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes ».

Toutefois la différence de traitement résultant d'une différence de situation ne constitue en France, qu'une possibilité, une option que peuvent ou non lever les autorités publiques, et non une obligation<sup>34</sup>. La conséquence est qu'il n'est pas possible d'imposer juridiquement des politiques publiques de redistribution générales et systématiques au bénéfice de personnes en situation défavorisées ou de vulnérabilité. C'est en tout cas ce que suggère une décision du Conseil constitutionnel relative à la prise en charge de soins pour les personnes les plus démunies. Après avoir rappelé que le législateur s'était en l'occurrence « fixé

<sup>32</sup> Conseil d'Etat, Section, du 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, req. n°88032 et n° 88148, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007643192>.

<sup>33</sup> Décision n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *rec.* 31 ; voir pour la formulation actuelle du principe la décision n° 2013-346 QPC, 11 octobre 2013, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-346-qpc/decision-n-2013-346-qpc-du-11-octobre-2013.138283.html>.

<sup>34</sup> Voir Conseil d'Etat, 28 mars 1997, *Société Baxter*, req. n° 179049 et 179054, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007928526&dateTexte=> ; Cass. soc. 24 mars 1998, *Azad c/ Chamsidine, Dr. soc.*, 1998, p. 615



pour objectif (...) d'offrir une couverture de base aux personnes n'ayant 'droit à aucun autre titre aux prestations en nature d'un régime d'assurance maladie et maternité', le Conseil conclut que « le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce, comme en l'espèce, de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes »<sup>35</sup>. En d'autres termes, le législateur dispose de toute latitude pour déterminer les différences de situations sociales ou économiques auxquelles il souhaite remédier, et même dans ces cas-là, il est libre de déterminer la portée de ses mesures.

## L'interdiction de principe des discriminations positives et ses exceptions

Après avoir précisé en quel sens il est possible de considérer que l'ordre juridique français exclut les discriminations positives (A), on verra, avec le cas des mesures prises en faveur de la présence des femmes dans les instances de décisions, comment des exceptions peuvent être envisagées (B).

### A. Les difficultés de définition de la notion de discrimination positive

La notion de discrimination positive fait l'objet de diverses conceptions. Elle peut notamment être définie dans un sens large ou dans un sens strict.

Au sens large, cette notion désigne l'ensemble des mesures adoptées en faveur de catégories d'individus identifiés en raison de leur situation défavorable au regard de l'ensemble d'une population. Cette première approche présente au moins deux difficultés. Elle suppose, d'une part, que puisse être identifiée et mesurée la différence de situation de la catégorie d'individus considérée ainsi que le caractère inégal ou défavorisé de leur position. Elle implique, d'autre part, que toute politique publique ou de redistribution sociale en faveur de catégories d'individus identifiés comme défavorisés, quelle que soit la caractéristique commune qui les unit, soit considérée comme une discrimination positive. Une telle conception de la notion de discrimination positive ne remplit alors aucune fonction conceptuelle ou cognitive particulière au regard de celle de redistribution sociale par exemple.

Dès lors, les références, en France ou ailleurs, à la notion de discrimination positive, supposent souvent un sens plus restreint. Elles visent plus spécifiquement de *certaines* mesures prises en faveur de *certaines* catégories d'individus défavorisés. La question devient alors de déterminer ces mesures et catégories spécifiques. Le plus souvent, les mesures dont il s'agit prennent la forme de quotas pour l'accès à certaines fonctions, certains biens ou services, et les personnes bénéficiaires sont désignées en fonction de critères distinctifs déterminés. Ce sont en général tout ou partie des critères pour lesquels sont prohibés des mesures discriminatoires

<sup>35</sup> Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Couverture maladie universelle*, rec. 100.

au sens négatif, c'est-à-dire défavorables. Leur nombre et leur qualité peuvent varier selon les époques et les contextes socio-culturels. Ces critères se trouvent souvent énumérés dans des normes à visée antidiscriminatoire. En Europe et, donc en France aujourd'hui, ces critères sont essentiellement relatifs à l'origine raciale ou ethnique, aux croyances religieuses, politiques, idéologiques, au genre, aux préférences sexuelles, à l'état de santé, au handicap... Relevons qu'il existe actuellement en France un débat sur l'opportunité d'ajouter, au sein des listes de lutte contre les discriminations, le critère de la pauvreté<sup>36</sup>.

C'est cette définition de la notion de discrimination positive que l'on retiendra ici : une discrimination positive est une mesure prise en faveur d'une catégorie d'individus que les normes législatives, internationales ou constitutionnelles protègent contre les discriminations « négatives ». En ce sens, la lecture universaliste de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, plus généralement, du principe d'égalité prohibe, en France, ce type de mesures. A ce titre, par exemple, la France refuse d'appliquer l'article 5 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à l'application du principe d'égalité des personnes indépendamment de leur origine raciale ou ethnique qui prévoit qu'afin de garantir l'effectivité d'une entière égalité -, le principe d'égalité n'interdira pas aux Etats membres de maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques pour prévenir ou compenser les désavantages qui affectent les personnes d'une certaine origine raciale ou ethnique. Autrement dit, une conception formelle du principe d'égalité ne doit pas être un obstacle à l'égalité réelle, ce à quoi ne veut pas s'engager la France dès lors que cette position principe implique d'adopter des mesures en faveur de catégories de personnes identifiées par leur supposée origine raciale ou ethnique.

Les exceptions à ce rejet de mesures en faveur de catégories protégées par le principe de non-discrimination sont rares, et sont interprétées strictement et limitativement. Elles concernent aujourd'hui les personnes handicapées (quotas d'emplois dans la fonction publique ou dans certaines entreprises) et les femmes. Ce dernier cas est le plus intéressant pour comprendre le domaine des possibles mais aussi la prudence qui demeurent en France.

#### B. Etude de cas: les mesures juridiques en faveur des femmes

Traditionnellement, tant le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel adoptent une lecture universaliste du principe d'égalité qui les porte à sanctionner toute mesure distinctive entre les hommes et les femmes. Plus exactement, le Conseil d'Etat en admet certaines mais dans des conditions très strictes, concernant l'organisation de concours d'accès à la fonction publique distincts pour les hommes et pour les femmes. Le Conseil d'Etat n'accepte des dérogations qu'à titre exceptionnel, lorsqu'elles sont justifiées par des conditions d'exercice

<sup>36</sup> ATD-Quartmonde, *Discrimination et pauvreté*, Livre Blanc, octobre 2013, <http://www.atd-quartmonde.fr/livreblanc/>

des fonctions ou par des motifs d'intérêt général. Par exemple, s'il estime que le recrutement séparé « homme/femme » des gardiens de prison est justifié par les conditions d'exercice de la fonction (les hommes dans les prisons d'hommes, les femmes dans les prisons de femmes), en revanche, il rejette une mesure de représentation distincte homme/femmes au sein des conseils de discipline des maîtres d'internat et des surveillants d'externat d'école<sup>37</sup>. De même, estime-t-il illégale une limitation à 20% des candidats le nombre des femmes recrutées dans le corps des commissaires de l'armée de terre<sup>38</sup>.

Dans la même perspective, le Conseil constitutionnel s'est opposé, dans sa décision du 18 novembre 1982<sup>39</sup>, à une loi qui prévoyait que les listes de candidats aux élections municipales ne pouvaient comporter plus de 75% de personnes du même sexe. Le Conseil considère qu'une telle mesure est contraire au principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ainsi qu'à l'article 3 de la Constitution qui énonce l'égalité et l'universalité de l'expression du suffrage.

La chose paraissait donc entendue ; le législateur ne s'est longtemps plus risqué à imposer ce type de mesure. Mais, à la suite d'un débat public initié à la fin des années 1990 sur la possibilité de promouvoir les femmes au sein des assemblées politiques (parlement, assemblée locales), le parlement a adopté une nouvelle loi obligeant les partis politiques à assurer la parité homme/femme sur les listes de candidats présentés aux élections régionales. Saisi, le Conseil constitutionnel réaffirme sa position classique. Toutefois, il précise – chose nouvelle – que celle-ci est liée à « l'état du droit » : « en l'état du droit, (...) la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans les conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tenant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe »<sup>40</sup>. Par conséquent, il ne tient qu'au pouvoir constituant de changer cet état du droit.

Chose fut historiquement faite, pour la première fois, avec la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999. Elle ajoute, d'une part, un 4<sup>ème</sup> alinéa à l'article de 3 de la constitution selon lequel « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux fonctions électives » et d'autre part, un 2<sup>ème</sup> alinéa à l'article 4 qui prévoit dorénavant que les partis et groupements politiques « contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi ». Sur cette révision et la portée que le Conseil constitutionnel lui a conférée au fil de ses contrôles des lois la mettant en œuvre, on formulera plusieurs observations.

<sup>37</sup> Conseil d'Etat, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de recherche*, [http://basedaj.aphp.fr/daj/public/index/display/id\\_theme/113/id\\_fiche/4275](http://basedaj.aphp.fr/daj/public/index/display/id_theme/113/id_fiche/4275)

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, 11 mai 1998, *Mlle Aldige*, rec. 708.

<sup>39</sup> Décision n° 82-146, 18 novembre 1982, rec. 66.

<sup>40</sup> Décision n° 98-407, 14 janvier 1999, rec. 21.

Tout d'abord, la réforme constitutionnelle a fait l'objet d'un débat très animé, en particulier au Sénat où elle a rencontré une forte opposition menée sur le fondement d'une conception universaliste du principe d'égalité. Une des craintes essentielles étaient d'ouvrir une boîte de Pandore : aujourd'hui les femmes, demain les personnes issues de l'immigration, les bretons ou les homosexuels... A ce titre, le mot même « parité » promu par les partisans de la réforme peut être interprété comme l'expression d'un compromis afin d'éviter une référence plus polémique à celui de « quota ».

Ensuite, lue à la lettre, la révision constitutionnelle n'oblige pas le législateur à imposer des mesures paritaires. Elle lui ouvre la possibilité, dans une perspective promotionnelle pour le dire dans les termes de Norberto Bobbio<sup>41</sup>, de « favoriser l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux fonctions électives ». Les partis politiques sont, sur la base volontarisme qui avait la préférence des sénateurs, mis à contribution pour atteindre cet objectif.

Enfin, le Conseil constitutionnel impose une interprétation stricte de la portée de la révision, tout particulièrement de la notion « de mandats électoraux et de fonctions électives ». Ainsi, dans une décision du 19 juin 2001 portant sur une loi organique au Conseil supérieur de la Magistrature<sup>42</sup>, il refuse de considérer que les fonctions exercées au sein du Conseil de la magistrature constituent des mandats électoraux ou des fonctions électives. L'élection au Conseil supérieur de la Magistrature présente un caractère professionnel et n'entre pas conséquent pas, selon lui, dans le champ de la réforme adoptée par le pouvoir constituant. Le Conseil déclare alors contraire au principe d'égalité, et notamment à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme, la disposition législative qui imposait la parité entre les candidats de l'un et l'autre sexe. Il réitère cette position dans des décisions relatives à la loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, puis à la loi relative à l'égalité des chances, à l'égard de quotas définis, respectivement, au sein d'instances juridictionnelles et d'organes délibératifs professionnels des secteurs publics et privés: conseils d'administration et de surveillance des établissements publics, des entreprises publiques et des sociétés du secteur public, commissions administratives, comité d'entreprises, délégués du personnel, conseil de prud'homme. En se fondant une nouvelle fois sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel estime non seulement que ces mesures n'entrent pas dans le champ de la révision constitutionnelle de 1999 mais, également, que si la recherche de l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas en soi inconstitutionnelle, elle ne saurait aboutir à faire prévaloir le critère du sexe de la personne sur celui de ses capacités<sup>43</sup>.

Le Conseil se montre toutefois plus souple s'agissant de la composition des jurys de concours, à condition, toutefois là encore, que les mesures visant à assurer une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes n'aient « pas pour objet » ni « pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution » des « jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes

<sup>41</sup> BOBBIO N., *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, Coll. Rivage du droit, 2012, pp. 41 et s.

<sup>42</sup> Décision n° 2001-445, 19 juin 2001, *rec.* 63.

<sup>43</sup> Voir décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *rec.* 39.

et des qualifications »<sup>44</sup>. En d'autres termes, il ne s'agit pas de promouvoir une personne sur la seule considération e qu'elle est une femme. Par ailleurs, la constitutionnalité des mesures envisagées reposent aussi sur le fait que celles-ci ne sont pas impératives mais incitatives. Elles visent « à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ». Finalement, le Conseil tend donc à appréhender les mesures en faveur des femmes comme une obligation de moyen plutôt que de résultat.

La jurisprudence du Conseil d'Etat se situe dans la droite lignée de cette conception<sup>45</sup>. Pour ne citer qu'un des cas les plus récents, relatifs à la présence des femmes dans instances des fédérations sportives (jugé après une nouvelle révision constitutionnelle de juillet 2008 (*infra*) mais à propos d'actes antérieurs), le Conseil d'Etat rappelle que « si le principe constitutionnel d'égalité ne fait pas obstacle à la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités, il interdit, réserve faite de dispositions constitutionnelles particulières, de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »<sup>46</sup>.

Seule une nouvelle révision de la constitution pouvait donc surmonter l'obstacle de l'interprétation stricte de la révision de 1999 imposée par le Conseil constitutionnel. Celle-ci est intervenue le 23 juillet 2008 à l'occasion d'une réforme plus vaste dite de modernisation des institutions. L'article 1 de la constitution française prévoit dorénavant que « la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Plusieurs lois et décrets, dont la récente loi du 23 juillet 2014 ont été adoptées pour concrétiser cette révision. Ces textes fixent notamment des pourcentages minima de présence des femmes en particulier là où les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat les avaient exclus.

On observera que la position de la Cour de Justice de l'Union européenne n'est pas si éloignée des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français. Celle-ci a ainsi pu considérer contraire au droit de l'Union une loi suédoise qui prévoyait que les femmes bénéficiaient de manière automatique d'un accès prioritaire aux emplois publics, y compris lorsqu'elles présentaient un niveau de qualification inférieure à celui des hommes<sup>47</sup>. Plus généralement, la Cour estime que le droit de l'Union européenne, et notamment la directive n°76/207/CEE, s'oppose à toute mesure de priorité automatique, y compris à qualification égale<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *rec.* 49. Voir aussi sur l'objectif d'accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formations professionnelles instituées par les régions, décision n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *précit.* ; voir les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2006, n° 20, p. 45.

<sup>45</sup> Conseil d'Etat, 22 juin 2007, *M. Lesourd, RFDA*, 2007, p. 1077.

<sup>46</sup> Conseil d'Etat, 10 octobre 2013, *Fédération française de gymnastique*, <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/precision-du-conseil-detat-concernant-le-principe-degalite//h/0bddf260e32c7453fc6dd1c7ba413547.html>

<sup>47</sup> CJCE, 6 juillet 2000, *Katarina Abrahamsson*, aff. C-407/98.

<sup>48</sup> CJCE, 17 octobre 1995, *Kalanke c. Land de Brême*, aff. C-450/93.

## Politiques sociales et lutte contre les discriminations

L'ancrage de l'esprit universaliste explique également, en France, une forte prudence, pour ne pas dire méfiance, à l'égard de certains instruments de mesure des disparités sociales. L'opportunité d'élaborer des statistiques ethniques qui pourraient ensuite servir de fondement à la conduite de politiques sociales reste notamment très débattue (A). En conséquence, l'administration et le législateur français font preuve d'inventivité pour trouver des critères et des notions « objectivés » qui visent, sans prioritairement certaines catégories de personnes sans les nommer explicitement (B).

### A. Le débat autour des statistiques ethniques

A l'interdiction de principe de définir des mesures de discriminations positives fait écho celle d'établir des données au moyen de statistiques sur le fondement de critères dit « sensibles », en particulièrement ceux relatifs à une supposée appartenance ethnique. Or, les crises économiques et sociales de ces dernières décennies ont créé des situations d'exclusion et d'inégalités sociales qui ont touché plus sensiblement des personnes étrangères, issues de l'immigration ou des anciennes colonies françaises. Certains sociologues ont ainsi pu attirer l'attention sur l'institution d'un clivage de type « social-racial »<sup>49</sup>.

110

Pour mesurer plus précisément ce phénomène, certains ont préconisé de recourir à des statistiques conduites sur la base des origines ethniques des individus. Celles-ci permettraient ainsi de disposer de données plus fines sur les phénomènes de discrimination, d'inégalité et d'exclusion afin d'y remédier de façon plus appropriées. Certains Etats y recourent d'ailleurs depuis longtemps (Royaume-Uni, Pays-Bas, Canada...) et l'Union européenne les envisage au nombre des instruments de lutte contre les discriminations. Enfin, ce type de statistique n'est pas entièrement inconnu en France qui en fait usage dans les territoires d'Outre-mer<sup>50</sup>.

Il reste que ces statistiques font aussi l'objet de vives critiques, fondées sur une approche universaliste du genre humain mais aussi sur des expériences historiques dramatiques. Il est ainsi objecté que les critères dits ethniques sont « insaisissables et relatifs », notamment dans la société française qui se caractérise par un fort métissage et des appartenances multiples. Leur intégration au sein de données officielles comporterait alors le risque de les « essentialiser ». Elle heurterait « l'attachement au modèle républicain qui doit rester 'aveuglé' aux origines » et serait, plus spécifiquement, contraire au principe de non-discrimination inscrit à l'article 1 de la constitution selon lequel « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale qui garantit l'égalité devant la loi de tous les

<sup>49</sup> CORCUFF P., « Clivage national-racial contre question sociale – Un cadre d'analyse socio-politique pour interpréter les progrès de l'extrême-droite en France », *Contre Temps*, septembre 2003, n° 8, pp.42-50, <http://www.contretemps.eu/sites/default/files/Contretemps%2008.pdf>

<sup>50</sup> Voir LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010, p 113.

citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion...». Enfin, le souvenir de l'usage antisémite de ce type de données sous le gouvernement de Vichy reste traumatique<sup>51</sup>.

Finalement, appelé à se prononcer sur la question, le Conseil constitutionnel s'est, sans surprise, opposé à ce type de statistique. Relevant que la disposition législative contestée devant lui tendait à permettre, en vue d'études sur la mesure de la diversité des origines et sur des phénomènes de discrimination et d'intégration, la réalisation de traitements de données à caractère personnel dans lesquels seraient apparus, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques des personnes, il conclut que ce type d'étude ne peut se référer qu'à « des données objectives », et ne peut par conséquent, sans méconnaître l'article premier de la constitution, se fonder sur l'origine ethnique ou sur la race<sup>52</sup>.

Certaines solutions de compromis sont alors envisagées. Elles pourraient, d'une part, comme cela est proposé au Brésil par exemple, consister à réaliser des statistiques sur la base de l'expression individuelle et subjective « de sentiment d'appartenance ». D'autre part, on pourrait « distinguer entre les modalités de collectes des données et les usages que l'on veut en faire »<sup>53</sup>, ce qui conduirait à admettre des statistiques établies aux seules fins de la connaissance sur la base de l'anonymat et du volontariat, après l'autorisation d'une commission indépendante.

#### B. La fragile objectivation des critères des politiques publiques et le renforcement des mesures antidiscriminatoires

Face à l'interdiction de fonder des politiques publiques de résorption des inégalités sur certains critères, quelles voies juridiques emprunter? A ce stade, force est de constater que si, officiellement, la prise en considération de critères ethniques ou d'autres critères sensibles est prohibée, il existe, d'un côté, des “non-dits” (qu'il reste, par définition, difficile de prouver), mais, surtout, d'un autre côté, des stratégies et des techniques d'objectivation des critères retenus pour définir des politiques publiques.

Cette dernière tendance existe depuis longtemps. Historiquement, l'un des critères les plus communs pour fonder des mesures compensatoires ou de redistribution sociale est celui des revenus ou du quotient familial. Le législateur se réfère également au caractère “isolée” de la personne, sachant que ce critère concerne le plus souvent des femmes. Ces dernières années, les promoteurs des politiques publiques font preuve d'une grande inventivité de vocabulaire pour éviter de se référer à des termes qui pourraient donner à leurs mesures le caractère de discriminations positives prohibées. Plutôt que de mentionner l'origine ethnique ou les pratiques religieuses par exemple, les politiques publiques françaises ont tendance à se présenter comme des politiques de promotion de la « mixité » ou de la « diversité » ; ou encore, elles définissent des zones territoriales prioritaires.

<sup>51</sup> LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité, op. cit.*, pp. 113-114.

<sup>52</sup> Décision n° 2007-557 DC 15 novembre 2007, *rec.* 360.

<sup>53</sup> LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité, op. cit.*, p. 115.

L'ouverture du recrutement des élèves de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris offre un cas particulièrement significatif. L'Institut s'est donné pour objectif, il y a quelques années, de compenser les résultats de son concours de recrutement très sélectif qui favorise notoirement les classes socio-culturelles les plus élevées par l'intégration d'élèves venant de milieux défavorisés. Oui, mais sur le fondement de quels critères ? Plutôt que de se référer à une origine quelconque des enfants ou des parents ou au niveau de revenus, l'Institut s'est engagé à signer, avec des établissements secondaires librement choisis, des conventions fixant des « modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré ». Saisi pour contrôler le dispositif législatif qui a déterminé ces conventions, le Conseil constitutionnel en a admis la constitutionnalité « à la condition que les modalités particulières » fixée aux fins de la diversification « reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction »<sup>54</sup>. En d'autres termes, la diversification à l'œuvre ne doit pas aboutir à une politique de quotas à l'américaine. Les « critères objectifs », ou plutôt objectivés, reposent en l'occurrence, comme dans d'autres cas de politiques publiques relatives à l'éducation, au logement ou au soutien à l'emploi et aux investissements, sur une appréhension spécifique des répartitions des classes sociales sur le territoire national. Le découpage ou « le zonage » social du territoire fait donc office de « critère objectif » pour mener des politiques de redistribution ou de compensation. C'est ainsi que les pouvoirs publics définissent des « zones d'éducation prioritaires », des « zones urbaines sensibles », des « zones de redynamisation urbaine » ou encore des « zones d'entreprises ». Compte tenu du taux de corrélation de ces zonages avec les répartitions territoriales des personnes étrangères ou françaises issues de l'immigration, ces politiques sont parfois qualifiées de « discriminations positives ethniques indirectes ». Pourtant cette association de zones territoriales à des situations d'immigration, d'exclusion et de pauvreté reste partiellement exacte. La délimitation géographique par zone territoriale n'appréhende que de façon schématique et parfois intuitive des phénomènes d'inégalité, de vulnérabilité ou de pauvreté résultant le plus souvent de facteurs pluriels et complexes.

A côté de ces politiques publiques, sous l'impulsion de l'Union européenne, la France s'est ces quinze dernières années également distinguée par un renforcement sensible des mesures et des dispositifs antidiscriminatoires. Outre la création d'une instance spécifique, la Haute autorité de Lutte contre les discriminations créée au début des années 2000 qui a été absorbée en 2011 au sein du « Défenseur des droits », les services de l'Etat, les lois et les juridictions ont particulièrement élargi la liste des critères constitutifs de discriminations prohibées (santé, genre, orientation sexuelle, handicap...), de même qu'ils ont affiné l'appréhension des formes de discrimination (discrimination directe, indirecte ou par ricochet..), leurs modalités d'identification et de preuve (*testing*) ou encore renforcé les dispositifs d'information.

<sup>54</sup> Décision n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *rec.* 82.



Tout se passe alors comme si le renforcement de la lutte contre les discriminations « négatives » servait de palliatif à l'impossibilité de déterminer des mesures de discrimination positive ou à se fonder sur certains critères pour définir des politiques sociales. Autrement dit, ce renforcement semble supposer rendre inutile des politiques volontaristes au bénéfice de catégories de personnes victimes de traitements défavorables. Il reste que si l'on peut comprendre les réticences de principe à vouloir fonder des politiques publiques sur certaines caractéristiques attribuées à des individus, plus discutable est la tendance à vouloir réduire la promotion de l'égalité à la lutte contre les discriminations. Cette dernière ne peut constituer qu'un élément partiel des politiques sociales de redistribution des richesses.

## Bibliographie

- ATD-Quartmonde, *Discrimination et pauvreté*, Livre Blanc, octobre 2013, <http://www.atd-quartmonde.fr/livreblanc/>
- ABRAMOVICH V., COURTIS C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993.
- BOBBIO N., *De la structure à la fonction*, Paris, Dalloz, Coll. Rivage du droit, 2012.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le service public dans les débats constitutants de 1946 », *Histoire et Service public*, GUGLIELMI G. (dir.), P.U.F., 2004, pp. 231-245
- CHAMPEIL-DESPLATS V. « Normativité et effectivité des droits économiques et sociaux dans les débats constitutants de 1946 », in Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *La Déclaration des droits de l'homme (1948-2008)- Réalité d'un idéal commun ?*, Paris, 2009, La Documentation Française, pp. 31-40.
- CORCUFF P., « Clivage national-racial contre question sociale – Un cadre d'analyse socio-politique pour interpréter les progrès de l'extrême-droite en France », *ContreTemps*, septembre 2003, n°8, pp. 42-50, <http://www.contretemps.eu/sites/default/files/Contretemps%2008.pdf>
- HERRERA C. M. , *Les droits sociaux*, PUF, Que Sais-je ?, 2011
- JOXE P., *Soif de justice. Au secours des juridictions sociales*, Paris, Fayard, 2014
- van HOOFF G. H. J., *The legal nature of economic, social and cultural rights. A rebuttal of some traditional views*, in ALSTON P. et TOMAŠEVSKI K. (eds.), *The right to food*, Utrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1984, pp. 97-110
- LOCHAK D., *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris, PUF, 2010
- RIVERO J. et VEDEL G. dans leur célèbre article « Principes économiques et sociaux de la Constitution », *Droit social*, 1947, pp. 13-35
- ROBERT J. et DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd., 2009
- ROMAN D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, *La Revue des Droits de l'Homme*, n° 1, juin 2012 <http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/la-justiciabilitc3a9-des-droits-sociaux-en-amc3a9rique-du-sud3.pdf>
- ROMAN D. (dir.), *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012
- de SCHUTTER O., « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in OMIJ (dir.), *Juger les droits sociaux*, PULIM, pp. 12-25



# Psicologia, Poder e Modernidade

---

Hugo Baracho de Magalhães<sup>1</sup>  
José Luiz Quadros de Magalhães<sup>2</sup>

*O problema político essencial para o intelectual não é criticar os conteúdos ideológicos que estariam ligados à ciência ou fazer com que sua prática científica seja acompanhada por uma ideologia justa; mas saber se é possível constituir uma nova política da verdade. O problema não é mudar a “consciência” das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade.*

(Foucault, 2013, p. 54)

## Resumo

O objetivo deste trabalho é compreender o processo de formação desse Estado Moderno e demonstrar que vivemos ainda no mesmo, enfatizando o papel da Psicologia na sua manutenção e entendimento.

**Palavras-chave:** Psicologia; poder; modernidade.

## Abstract

The objective of this study is to understand the process of formation of this modern state and demonstrate that we still live in it, emphasizing the role of psychology in maintaining and understanding.

**Keywords:** Psychology ; power; modernity.

## Introdução

O conceito de Estado Moderno é diverso. Vários autores, em áreas de conhecimento diferentes buscam fundamentos históricos e constroem conceitos também distintos. Alguns acreditam que a modernidade alcançou seu fim, afirmando que vivemos atualmente em uma pós-modernidade, conceito também impreciso e com significados diferentes em diversas áreas de conhecimento, compreensão e pesquisa. O objetivo deste trabalho é compreender o processo de formação desse Estado Moderno e demonstrar que vivemos ainda no mesmo, enfatizando o papel da Psicologia na sua manutenção e entendimento. Para compreendermos como a psicologia atua a favor do Estado Moderno, primeiro temos que entender o conceito de modernidade, seu processo de construção e de desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> Advogado, graduando em Psicologia e Pesquisador.

<sup>2</sup> Professor da PUC-MG, UFMG e Faculdades Santo Agostinho de Montes Claros. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG.

Para iniciar nossa análise histórica sobre a formação do Estado Moderno, escolhemos, juntamente com vários Autores, entre eles Henrique Dussel, a data simbólica de 1492. Este ano foi caracterizado por três eventos marcantes que darão início ao processo de formação do Estado Moderno: o início da invasão das Américas pelos europeus; a expulsão dos Muçumanos com a queda de Granada (que marca o início da Espanha moderna como Estado nacional); e a adoção da gramática normativa do Castelhana, idioma que passa a ser obrigatório na nascente Espanha e marca o momento em que o Estado moderno, em formação, começa o processo de uniformização e controle de sua população para a construção da identidade nacional.

Como consequência desses eventos, inicia-se a construção de um sentimento que mais tarde virá a ser chamado de nacionalismo e com este, a ideia do direito moderno uniformizado e uniformizador; o exército nacional; o banco nacional; a bandeira nacional; o hino nacional; a moeda nacional; a polícia; a burocracia estatal; o liberalismo; o capitalismo; o socialismo; o fascismo e o nazismo; o trabalho científico; o padrão científico; as ciências humanas, exatas e biológicas; entre outras ideias que irão auxiliar o Estado Moderno a se reafirmar.

Entretanto, para que servem todos estes institutos sociopolíticos? Qual o objetivo para a construção de um Estado Moderno? Podemos tentar uma hipótese: o Estado Moderno foi planejado e construído em uma época de revoltas dos servos, com objetivo de proteger os interesses da nobreza, do rei e da burguesia.

O Estado moderno nasce na forma absolutista caracterizada pela centralização de poder não existindo descentralização (ou separação vertical de poderes) como tampouco a divisão horizontal de funções, que passou a ser chamada de separação de poderes nas teorias que passaram a defender a construção de um Estado constitucional em substituição ao absolutismo, algum tempo mais tarde, no processo de transformação e afirmação do estado moderno sob a forma constitucional burguesa. Sob a proteção do Rei a burguesia acumula poder econômico, o que permite a busca e conquista do poder político. Este é o momento das revoluções burguesas, dentre elas a Revolução Francesa.

Diante disso, não precisa de muito para concluir, que a finalidade das Constituições liberais é de trazer segurança nos negócios burgueses, com a intenção de evitar a intervenção do rei (estado) no mesmo. Portanto, da mesma forma que o estado moderno tinha como finalidade a proteção dos interesses dos nobres, dos burgueses e do rei, a finalidade do estado constitucional é principalmente de defender os interesses da burguesia. Por meio da Constituição, a burguesia conseguiu afastar a intervenção do estado em seus negócios privados, garantindo assim a segurança individual e a propriedade privada.

O constitucionalismo não nasceu democrático. Em sua versão liberal o mesmo rejeitava a democracia. A finalidade da Constituição moderna liberal e construção um espaço de segurança jurídica e proteção da propriedade privada dos homens brancos e proprietários. A ideia de democracia majoritária só será aceita pelo constitucionalismo e por este incorporada, a partir das lutas dos

trabalhadores (o proletariado), nova classe que se organiza no século XIX.

As novas constituições visam, também, ajudar a construir a identidade nacional do povo que se encontra nos limites do território nacional. Entretanto, como já trabalhado, a Constituição não se destina a todas as pessoas que se encontram no território. Grande parcela da população permanece fora da declaração e proteção dos novos direitos fundamentais. A Constituição foi construída por e para um grupo social específico.

Contudo, nota-se que ainda nos dias de hoje, a identidade deste sujeito nacional constitucional, representada pela Constituição da República de 1988, não se aplica ainda a uma parcela da população que tem seus direitos fundamentais não reconhecidos e logo, diariamente desrespeitados. Afinal, não são poucos os exemplos de conflitos decorrentes da luta pela moradia, pela terra e por uma vida digna. A estas pessoas têm sido negados direitos constitucionais. Sobre estas pessoas que não têm a efetiva proteção constitucional, não se pode dizer que se identificam com o conteúdo nela vigente. Logo, não se pode dizer que essa identidade nacional é para todos os cidadãos. Há cidadãos e não cidadãos. A lógica binária subalterna da equação “nós x eles”, que marca a modernidade, está claramente presente nas relações sociais, interpessoais e institucionais, que permeiam nossa vida diária.

Este Estado moderno necessita de diversos aparatos responsáveis pela manutenção de sua legitimação. Afinal, o território correspondente à soberania estatal engloba uma pluralidade de culturas, etnias e subjetividades, nas quais nem todas se identificam com a finalidade da atuação estatal. Diante deste contexto, percebe-se a necessidade de um estudo que permita compreender as micro-relações e o papel de tais aparatos (aparelhos e dispositivos). Isto é necessário para que se possa fazer um estudo da função que certas instituições têm exercido diante da população, objetivando desocultar pequenas técnicas e artifícios que atuam em favor da uniformização e normalização, ocultando e destruindo a pluralidade.

É a partir desta afirmativa, que iremos desenvolver a primeira parte de nossa reflexão. O foco inicial será na construção do Estado Moderno, passando pelos pontos mais importantes e que nos permitirão entender que o atual Estado Democrático de Direito, na sua origem, não foi construído por e para todos, resultando em uma transformação de uma epistemologia uniformizadora e excludente.

Em um segundo momento de nossa pesquisa crítica reflexiva, iremos focar no surgimento da psicologia como Ciência Humana e da Saúde. Para isto passaremos pela história da criação das prisões, da doença mental, dos manicômios, da psiquiatria com a proposta de um estudo científico das doenças mentais, para então chegarmos ao surgimento da psicologia e de suas abordagens. Posteriormente, estudaremos como a psicologia tem sido aplicada ao longo de seus anos de existência, atuando de forma limitada, com o objetivo de enquadrar certos sujeitos no parâmetro da normalidade e, por outro lado, excluir aqueles que não se mostrarem coerentes com tal normalidade.

Por fim, iremos fazer uma análise crítica da história da psicologia, levando em conta as micro-relações de poder que estabeleceram a teoria psicológica como verdadeira, resultando na aceitação da mesma como uma disciplina científica, apesar de sua gênese epistemológica ser frágil e escassa. Perceberemos que a psicologia ao estabelecer alianças de poder, passa a ser diretamente moldada aos interesses de tal poder, da mesma forma que as autoridades sociais passam a ser moldadas pela própria disciplina psicológica.

Queremos demonstrar que a psicologia se apresenta como o aparato recente na criação de mecanismos de manutenção do poder, assim como atua de forma sutil na construção da subjetividade dos indivíduos (pessoas), fazendo com que estes questionem e policiem a si mesmos, desconstruindo as crenças e costumes destes sujeitos, tornando-os mais dóceis para aceitar a dinâmica da vida centrada no capital.

Nos limites deste artigo, levando em consideração o objetivo do livro que integra, abordaremos a atuação do Estado moderno na normalização dos sujeitos.

## **A atuação do Estado Moderno na normalização dos sujeitos**

Como já cuidadosamente relatado na primeira parte deste trabalho, no processo de construção do Estado Nacional foi necessária a invenção histórica de identidades nacionais por sobre as identidades coletivas preexistentes. Isto foi fundamental para que, com uniformização de comportamentos e valores dos grupos étnicos existentes dentro do território do Estado nacional, houvesse a possibilidade do exercício de um poder central único e fortemente hierarquizado. Para o reconhecimento deste poder central era necessário que este não se identificasse com nenhum grupo étnico específico. Por isto a construção de uma nova identidade nacional que fosse capaz de promover um reconhecimento entre as pessoas e os grupos sociais a partir de uma nova nacionalidade inventada e cuidadosamente mantida. Da identificação entre as pessoas e grupos sociais dentro do território dependia a identificação do poder do Estado. Neste novo Estado nacional, centralizado e uniformizado não havia lugar para os diferentes, não havia lugar para divergentes. A nova identidade nacional construiu-se a partir de uma lógica binária de subalternização do diferente (muçulmano e judeu) expulso do território dos primeiros estados nacionais: Portugal e Espanha. O sentimento de nacionalidade constrói-se de forma narcisista: sou nacional pois não sou o outro subalterno, índio, africano, mulher, selvagem, bárbaro, etc.

Podemos começar a entender por este processo a necessidade, mais adiante no tempo cronológico da construção do Estado moderno, de seus sofisticados aparatos de exclusão, uniformização e controle como, entre vários outros dos presídios e manicômios, lugar de depósito das pessoas não adaptadas.

## O Surgimento dos Presídios

A análise histórica e social das prisões como medida institucional do Estado para coerção e exclusão, se mostra de extrema importância em nosso estudo, para entendermos como esta medida foi eficaz para promover uma higienização do panorama social, visando preservar e aprofundar a uniformização necessária de um Estado Nacional.

Apesar de parecer estranho para grande parte das pessoas, a pena privativa de liberdade é uma invenção histórica recente. Isso ocorre devido a naturalização da ideia de encarceramento, já que a prisão atualmente se apresenta como medida indispensável e imutável para coerção estatal.

Ocorre que até o século XVIII há registros de confinamentos que serviam principalmente para deter os suspeitos, ou os culpados por crimes que aguardavam a administração de sua sentença. Portanto, nessa época, as penas não visavam a privação de liberdade, e sim diversos tipos de castigos corporais, como chicotadas, marcas de ferro, mutilação, e até mesmo a morte com ou sem tortura. Estas penas eram complementadas pelo banimento do sujeito, ou pela condenação a trabalhos forçados.

Em seu livro *“As duas faces do gueto”*, Loïc Wacquant<sup>3</sup> apresenta a seguinte ideia:

Só com o advento da individualidade moderna, a qual, supõe-se, deve desfrutar de liberdade pessoal e ser dotada de um direito natural à integridade física (que não pode ser retirado nem pela família nem pelo Estado, exceto em casos extremos), é que privar pessoas de sua liberdade tornou-se uma punição em si mesma e uma sentença criminal por excelência. Isso se deu a um tal ponto que se tornou difícil conceber ou implementar outras sanções penais sem que parecessem pouco severas. Lembrarmos que a prisão é uma instituição bastante jovem na história da humanidade é reiterar a ideia de que seu crescimento e sua permanência não são coisas já definidas. (WACQUANT, 2008, p. 95)

Uma vez normalizada a ideia de encarceramento como sanção criminal, este pode ocupar, simultânea ou sucessivamente, algumas funções. A primeira delas, definida pelo sociólogo Claude Faugeron e citada por Wacquant<sup>4</sup>, é o que ele chama de “encarceramento de segurança”, no qual visa impedir que indivíduos considerados socialmente perigosos causem danos à sociedade; outra função de extrema importância no conteúdo deste trabalho é o “encarceramento de

<sup>3</sup> WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, pag. 95.

<sup>4</sup> WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, pag.95.

diferenciação”, que consiste em excluir grupos sociais considerados indesejáveis ao contexto histórico. Percebe-se aqui a prisão como medida institucional qualificada para o processo de uniformização, fundamental para o reconhecimento do poder do Estado Nacional em processo de formação, em meados do século XVIII; por fim, tem-se o “encarceramento de autoridade”, cujo objetivo é reafirmar a soberania estatal, que por sua vez também é muito útil para a afirmação da identidade nacional.

Essa diversidade de funções do encarceramento não impede que uma predomine sobre a outra para satisfazer as necessidades daqueles que ditam o poder. Sendo assim, percebemos com certa frequência nos dias de hoje o uso do “encarceramento de diferenciação” nos países europeus, aplicado continuamente a estrangeiros não-europeus, que são encarados como parasitas no corpo social de uma Europa civilizada. Já nos Estados Unidos da América, apesar de localizarmos com frequência o uso do “encarceramento de diferenciação” em relação, por exemplo, a imigrantes mexicanos que buscam por uma vida melhor neste território, o uso mais frequente deste instrumento é destinado aos *“guetos negros como um instrumento de controle e contenção de populações consideradas castas inferiores, com as quais não se deve misturar.”*<sup>5</sup>

Além destas duas claras demonstrações do uso das prisões como medida de rejeitar a diferença social, importante ressaltar também o processo de higienização feito em Paris no século XIX. O projeto realizado pelo Barão de Haussmann (no período do segundo Império com Napoleão III, Luís Bonaparte), pretendia além de modernizar e embelezar a velha cidade, cessar com as barricadas, insurreições e combates populares que ameaçavam desmistificar a nova ordem política. Para tal, o projeto consistia em expulsar os miseráveis e a classe trabalhadora de suas casas nos centros urbanos, para as periferias, demolindo assim as ruas e as construções antigas para uma nova aparência arquitetônica de ruas largas e casas e comércios idênticos.

Com a remodelação das ruas de Paris a possibilidade de controle e repressão movimentos sociais foi muito maior, uma vez que antes as ruas estreitas possibilitavam as barricadas, as pessoas desapareciam no emaranhado de ruas, e o confronto frente a frente entre civis e militares poderia ser mais equilibrado, ao passo que as ruas largas e retas possibilitava o uso de armamentos pesados para então massacrar e conter os movimentos populares.

Neste cenário é nítido o uso da força estatal perante os civis insatisfeitos com o panorama social, o que nos remete ao termo já supracitado de “encarceramento de autoridade”, no qual o Estado afirma o seu poder por meio da repressão daqueles que o desafiam.

<sup>5</sup> WACQUANT, Loic. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008, pag. 96.



## A Constituição Histórica da Doença Mental

Para uma doença ser reconhecida como tal é importante que se faça uma análise sócio-cultural dos valores e costumes daquele meio. Cada cultura irá embasar o diagnóstico de doença mental nas virtudes antropológicas que aquele sujeito negligencia ou reprime. Sendo assim, em um cenário como o já descrito ao longo deste artigo, o conceito de doença mental será embasado em uma cultura criada para proliferar a circulação do capital.

Segundo Foucault, citado por Gonçalves<sup>6</sup>, a loucura recebeu o nome de doença mental em uma época relativamente recente. Importante destacar aqui que a época citada por Foucault é a virada do século XVIII ao século XIX, mesma época destacada anteriormente na criação das prisões. Entretanto, antes do século XIX a loucura assumia posições bastante diferenciadas ao longo da história.

Dessa forma, no século XV a loucura é presenciada de forma livre. Ela faz parte do cenário social. Era para cada um uma experiência cotidiana que se procurava mais ressaltar do que reprimir. A servir de exemplo, há na França loucos famosos, no qual o público de forma geral gostava de se expressar por meio deles. Alguns escreviam livros que foram publicados e lidos como obras da loucura. Apesar de se poder afirmar que até cerca de 1650, a cultura ocidental encarava de forma mais aberta à interpretação da loucura, ainda no século XV a Espanha e em seguida a Itália criaram estabelecimentos direcionados aos loucos, onde o tratamento era inspirado em grande parte na medicina árabe. Porém à exceção de episódios isolados como estes, a grande parte dos loucos circulava livres pelas cidades<sup>7</sup>.

Foucault<sup>8</sup> identifica a “idade clássica” (século XVII e XVIII) o momento em que houve uma ruptura entre a razão e a desrazão. Esta época foi a que o filósofo chamou de “A grande internação”, foram criadas por toda parte da Europa asilos para a internação não só dos loucos, mas de todos sujeitos que não eram úteis ao modelo de sociedade vigente, ou seja, os pobres, os velhos na miséria, os mendigos, os desempregados, os portadores de doenças venéreas, os libertinos de todas espécies, pessoas a quem a família ou o poder real queriam evitar um castigo público, pais de família dissipadores, eclesiásticos em infração. Enfim, todos aqueles que são divergentes ou inúteis para a ordem econômica, social e moral. Foucault cita como referência o édito do rei da França, que em 1676, determinou a criação de um Hospital Geral em cada cidade do reino<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. n° 12, 1998. p. 124-130.

<sup>7</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. n° 12, 1998. p. 124-130.

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 45-78.

<sup>9</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. n° 12, 1998. p. 124-130.

Estes asilos não possuíam nenhum tipo de foco médico ou terapêutico para a ressocialização do sujeito, eram apenas depósitos de pessoas que, por culpa ou não, eram incapazes de produzir, circular ou acumular riquezas, e por isso não tinham lugar na sociedade. Nos hospitais gerais os indivíduos eram submetidos a trabalhos forçados, no qual os objetos produzidos eram vendidos no mercado a preços baixos para que o lucro então fizesse o hospital funcionar.

Em um contexto burguês como o da Europa a partir do século XV, o grande pecado capital era o ócio. Estas pessoas foram excluídas e depositadas em um asilo pelo simples fato de não serem úteis ao mercado de trabalho e, portanto, ociosas. O internamento nas suas origens e no seu sentido primordial está ligado diretamente à higienização do espaço social.

Esta primeira função do internamento, ignorar e silenciar os divergentes, não durou mais de um século. A partir do meio do século XVIII a situação começou a mudar, a Revolução Francesa foi responsável pelo combate a diversas praticas desta época. Sendo assim, inclusive o internamento foi combatido como símbolo da antiga opressão, restringindo na medida do possível a internação hospitalar como medida cabível para uma classe miserável. Procurou-se uma forma de auxiliar financeiramente e medicinalmente os pobres em suas próprias casas, evitando com que este fosse hospitalizado sem nenhum motivo plausível.

Entretanto, com os loucos era diferente, uma vez que restituídos ao convívio social, estes poderiam se tornar perigosos para a sociedade. Sendo assim, havia a necessidade de contê-los, e as casas de confinamento se tornaram então reservadas apenas aos loucos, estes se tornaram sucessores naturais das velhas medidas de exclusão da diferença. O confinamento dos loucos passa a ganhar novas atenções. Não se tratava mais de apenas uma ruptura entre razão e desrazão, mas de um equilíbrio entre exclusão e cuidados médicos.

Este fenômeno que voltava as atenções a loucura, agora tomava cena em toda Europa, sendo seus maiores representantes Pinel na França, Tuke na Inglaterra e Wagnitz na Alemanha. Para Tuke, a construção de seu asilo ideal em York consistia em um controle moral e social ininterrupto sobre o louco. Para o psiquiatra, a cura do alienado consistia em um processo de reeducar sentimentos de dependência, humildade, culpa, reconhecimento, sentimentos estes que eram o cerne da moral familiar. Para atingir tal objetivo, deveria se utilizar de meios como ameaças, castigos, privações alimentares, humilhações, tudo que alcançaria o objetivo de infantilizar o louco, para que assim fossem implantadas ideias de culpa.<sup>10</sup> (GONÇALVES, 1998)

Pinel, por sua vez, utilizará de métodos muito parecidos aos de Tuke. De certo modo, Pinel fez com que as repressões físicas dos loucos fossem extintas, entretanto, o psiquiatra reconstruiu em torno do encarceramento todo um mecanismo de repressão moral, o que fez com que os asilos se tornassem verdadeiras

<sup>10</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p. 124-130.

casa de julgamentos constantes. Em seu método, o alienado deveria ser vigiado permanentemente em seus atos, contradizendo seus delírios, ridicularizando seus erros, os rebaixando em suas pretensões. As sanções deveriam ser aplicadas imediatamente após cada delito, ou seja, da mesma maneira que se adentra um animal para ser domesticado. Este é o chamado tratamento moral.

De certo modo, foi na idade clássica que as práticas médicas referentes à loucura se desenvolveram. O grande porém destes desenvolvimentos ligados a fisiologia da época é que destruíam, tanto fisicamente quanto psicologicamente, a integridade do louco. Submetia-se o doente a ducha de banho para “refrescar seu espírito”; injetavam sangue fresco para renovar sua circulação “perturbada”; procuravam provocar, nos doentes, sensações vivas para alterar o curso de suas ideias. Apesar destas ideias arcaicas, de uma fisiologia abandonada, Pinel e seus seguidores, em um contexto estritamente repressivo e intolerante, adotaram tais medidas, não mais com o objetivo tão inocente de “refrescar seu espírito”, e sim com a intenção de punir quando o doente cometia um erro.<sup>11</sup>

Para Foucault (1968), o asilo fundado por Pinel não representava a “medicalização de um espaço social de exclusão, mas sim a confusão no interior de um regime moral único cujas técnicas tinham algumas um caráter de precaução social e outras de estratégicas médicas.<sup>12</sup>

A partir deste momento a loucura deixa de ser enxergada como algo que limitava a produtividade humana, ou alguma patologia ligada ao corpo e a alma da pessoa. Os alienados nesse momento passaram a ser vistos como desregulados moralmente, como algo que estava profundamente perturbado em sua interioridade. A loucura passa a ser rotulada pela primeira vez no mundo ocidental e ideias sobre a estrutura e significações psicológicas passaram a surgir. Vale lembrar que o contexto em que a psicologia ganha espaço era uma época em que prevalecia a intolerância em relação a diferença e objetivava-se a criação de uma identidade comum, de um sentimento de nação. O louco por se diferenciar da forma de pensar, de agir e de trabalhar, era reduzido a um incapaz, ou seja, a uma criança e era culpado por ter em sua subjetividade a diferenciação.

Nota-se que primeiro veio a “Grande Internação”, já trabalhada acima; com o advento da Revolução Francesa, os asilos passaram a ser especialmente para os loucos. Com os alienados já internados, cria-se então um espaço de observação da loucura, onde se podia olhar, escutar e testar a mesma. É neste momento em que se inicia um estudo científico. Cria-se então um grande paradoxo, afinal:

<sup>11</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p. 124-130.

<sup>12</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p.126.

[...] o mesmo lugar de abolição da loucura é aquele que lhe oferece um palco para aparecer e formular um discurso que é próprio, e é neste palco que começam a se desenvolver, então, as teorias médicas da cura da loucura. Diz Foucault: “No silêncio do internamento a loucura conquistou estranhamente uma linguagem que é sua”.<sup>13</sup>

O momento em que a loucura é excluída socialmente, separada até mesmo de outras formas de marginalidade, passa a levantar questionamentos sobre a liberdade: o que antes era uma consequência para a inadequação social, passa a ser um fundamento, uma essência para a loucura. Na verdade, a internação dos loucos apenas reflete uma intolerância conquistada em nível psicológico, transformando a loucura em uma “*experiência de um confronto absoluto entre razão e desatino*” e passando-se “*a um jogo sempre relativo, sempre móvel, entre liberdade e seus limites*”<sup>14</sup>

A partir de 1801, Bichat passa a dar bases anátomo-clínica da doença mental, no qual consistia em uma lesão local que explicava o quadro clínico, e a loucura era apenas um sintoma de uma alteração dos tecidos cerebrais. Com a contribuição da visão biológica de Bichat, a partir dos anos 50 do século XX, inicia-se o uso das medicações antipsicóticas, os neurolépticos. Estes, por sua vez, faziam com que os pacientes não ficassem tão sedados, e pudessem trabalhar e produzir melhor.<sup>15</sup>

124

Foi só no século XX, com as ideias de Freud, é que cria-se uma visão diferenciada dos conceitos de loucura e suas formações psíquicas. Freud traz um choque imenso à comunidade médica, ao desvencilhar a loucura de formações biológicas, atribuindo-lhe um universo subjetivo e simbólico. As ideias freudianas afirmam que os delírios seriam uma forma de dar sentido a uma experiência psíquica. Sendo assim, os delírios deveriam ser escutados e analisados, ao invés de punidos ou corrigidos. Antes prevalecia a ideia de que todos devem ser iguais e aquele que se diferenciava da moral prevalecente, deve ser trazido para o caminho certo, deve ser tirado da desrazão e trazido para a razão. Agora, passa a ser questionado pela ideia freudiana de que não somos todos iguais, há muitas diferenças de um sujeito para outro, é preciso tratar do sofrimento decorrente da diferença, e não excluí-la.

<sup>13</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p.126.

<sup>14</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p. 124-130.

<sup>15</sup> GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p. 124-130.

## Conclusão

Nota-se que o contexto de surgimento do Estado moderno era de um notável conflito entre classes. Aqueles que eram oprimidos à época (os sevos) passaram a se revoltar com as condições impostas deixando a classe dominante (nobres e burgueses) insegura. Esta realidade gera uma aliança entre monarca, clero, nobreza e burguesia, com o intuito de centralizar o poder e atuar de forma incisiva e intolerante com aqueles que estavam insatisfeitos.

Nesse momento, criou-se uma representação para a unificação desse poder, que consiste na ideia de Estado moderno, no qual só se podia fazer parte aqueles que tivessem uma identificação com os ideais religiosos, políticos e econômicos dessa classe dominante. Aqueles que não fizessem parte de tais interesses seriam massacrados, oprimidos e expulsos do novo território nacional.

Com isso, passa a ser construída a ideia de nação, ou seja, um sentimento comum entre todos no território do Estado, capaz de unir as pessoas mesmo se elas nunca se viram e nunca irão se conhecer. Trata-se da construção do “povo nacional”. Constrói-se uma nacionalidade comum sobre as “nacionalidades” pré-existentes por meio de um processo violento de uniformização e negação da diferença e de sua subordinação ou extinção.

Esse sentimento foi fundamental para o projeto de Estado Nacional uma vez que era capaz de unir toda a população em prol de um ideal comum em torno do poder central. Uniformizar, normalizar, padronizar são palavras essenciais para compreender o Direito e o Estado modernos. Da mesma forma, aqueles que não concordavam com os ideais do Estado moderno e não contribuíam para a legitimação do poder estatal, eram vistos como inimigos do Estado, ou melhor, inimigos da burguesia, da nobreza, do clero e do monarca.

Para que o Estado tivesse uma força repressora, são gradualmente construídos os denominados aparelhos repressivos de Estado, bem como os aparelhos ideológicos de Estado. O primeiro é exemplificado com a criação do exercito nacional e principalmente com o surgimento dos presídios, que tiveram papel fundamental na exclusão daqueles que não eram úteis para os interesses estatais. Em um primeiro momento os presídios eram lugares de depósitos de pessoas que fossem contra os ideais das classes dominantes no qual o Estado por meio de sua força opressora, enclausurava as pessoas que desafiavam as imposições do poder estatal. Para ser mais explícito, aqueles que não se identificavam com os aparatos nacionais, assim como a bandeira nacional, a religião nacional, a moeda nacional, o hino nacional, a escola nacional e assim por diante, não deveriam permanecer livres para confrontar o poder nacional. Portanto, tais pessoas eram encarceradas apenas para legitimar tal poder, demonstrando que aqueles que seguissem o mesmo caminho estariam sujeitos às mesmas intervenções.

Nesse sentido os asilos foram criados com a intenção de excluir socialmente aqueles que não eram úteis para o desenvolvimento dos interesses burgueses.

Sendo assim, houve uma grande internação de idosos, boêmios, loucos, mendigos, incapazes, entre outros sujeitos que não poderiam exercer uma atividade que servisse aos interesses da burguesia.

Entretanto, essa lógica seria sutilmente mudada com o advento da revolução científica, que passou a questionar todas essas formas de imposição arbitrária de autoridade. Ou seja, a ciência passou a questionar o próprio poder monarca, afinal, tal poder era concedido por meio de uma lei natural. Para o Iluminismo isso era absurdo, vez que este movimento passou a buscar fundamentos racionais para explicar os fenômenos sociais.

Com o surgimento da razão como único meio plausível de se justificar os fenômenos, a igreja perde força junto com o próprio rei, oportunidade perfeita para a burguesia iniciar suas revoluções e instaurar o Estado constitucional que resguardaria agora os interesses da única classe dominante, a burguesia. Além disso, tal movimento científico foi responsável por livrar todos aqueles que estavam encarcerados nos asilos por serem de desinteresse do comércio. Entretanto, aqueles sujeitos considerados loucos ainda eram vistos como perigosos para a sociedade, o que seria objeto de estudo da ciência, que mais tarde seria embasamento para a criação das psico-ciências.

Assim, em um primeiro momento, o exercício de governar limitava-se à manutenção e ao aumento do poder estatal por meio do acúmulo de riquezas, assim como a atuação do exército nacional servia para manter o Estado como soberano, sem que houvessem grupos sociais opositores a esta soberania. Entretanto, em meados do século XVIII, com a progressão da revolução científica essa forma de governar passou a ser reavaliada. Agora o foco do governo não era apenas garantir a soberania sobre suas terras de modo que somente aqueles com interesses iguais poderiam permanecer na sociedade, mas da mesma forma, o objeto de governo deveria ser também a sua população, de modo que os ali presentes no território nacional pudessem ser incluídos na sociedade sem que houvessem conflitos entre o governante e o governado. O Estado passou a ser reconhecido como soberano na medida em que este fosse capaz de manter a ordem e a boa convivência entre as pessoas e os bens de sua soberania. Mas para que o Estado pudesse interferir na subjetividade das pessoas, era preciso contar com diferentes cálculos e técnicas racionais, para que assim pudessem desenvolver métodos de interferência na vida dos indivíduos e da população como um todo.<sup>16</sup>

Nota-se que a ciência foi fundamental para a legitimação dos interesses da burguesia, o que resultaria em uma aliança entre estes dois grupos sociais para que ambos os interesses prevalecessem. Dessa forma, a ciência passaria a trabalhar em prol da burguesia, que por sua vez iria dar legitimidade aos conceitos científicos através da aplicação e reprodução de teorias e técnicas nas formas de governar o Estado.

<sup>16</sup> ROSE, Nikolas. *Inventando nossos selfs: psicologia, poder e subjetividade*. Coordenação da tradução Arthur Arruda Leal Ferreira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. 308 p. (Coleção Psicologia Social).

Sendo assim, a partir de meados do século XIX em diante, a psicologia passou a conquistar espaço entre as ciências, sendo *disciplinarizada*. Acontece que para se consolidar como uma verdade, era preciso que a psicologia fizesse alianças, não somente com a classe dominante, mas também com vários outros aparelhos repressivos e ideológicos de estado. Afinal, só com a consolidação de alianças capazes de *traduzir* os conceitos e técnicas psicológicas é que se pode ganhar o *status* de verdade.<sup>17</sup>

Acontece que para psicologia se estabelecer como verdade, ela tinha que disponibilizar um conjunto de técnicas e práticas capazes de controlar e modelar a população e seus indivíduos. Afinal, para constituir as alianças necessárias era preciso se mostrar capaz de atuar em prol dos interesses de seus aliados. Em consequência, a formação dessa aliança foi responsável por desenvolver um conhecimento positivo sobre o sujeito, proporcionando um conjunto de qualificações a respeito da raça, sexo, patologia, inteligência e caráter dos indivíduos.

A psicologia ainda nos dias de hoje é uma disciplina em formação, seus estudos ainda estão sendo aprofundados e modelados à realidade do século XXI. Além disso, dentro da própria disciplina ainda há o conflito de verdades. A psicologia é dotada de dezenas de abordagens diferentes, com teóricos distintos. Entretanto, essa pluralidade de disciplina não é harmoniosa, ou seja, a psicanálise, por exemplo, não condiz em nada com a abordagem humanista, ao contrário. Isto é válido não somente para as abordagens citadas, mas para várias outras abordagens.

Portanto, a psicologia não conseguiu estabelecer uma verdade própria da disciplina, afinal, ela é composta por diversas abordagens diferentes que afirmam verdades diferentes de acordo com as alianças estabelecidas por cada uma delas. Isso nos remete de volta a meados do século XIX, em que a psicologia produzia uma pluralidade de conceitos e técnicas que disputavam entre si para estabelecer uma verdade. Isto ainda é uma realidade para a disciplina. Ainda se buscam alianças para formalizar uma só verdade psicológica, e tais alianças são realizadas com autoridades sociais que, por sua vez, alcançaram tal *status* por serem coerentes com os ideais capitalistas.

Em segundo lugar, a psicologia trabalha diretamente com a subjetividade das pessoas, proporcionando métodos, conceitos e técnicas para que estes sujeitos aprendam como gerenciar e policiar suas próprias vidas. Acontece que em uma sociedade capitalista o Estado deve respeitar de qualquer forma a individualidade dos sujeitos, ou seja, os espaços individuais como a família, o mercado, o ciclo social e assim por diante devem ser respeitados de acordo com a própria ideologia neoliberal. Entretanto, isso pode ser perigoso para o poder hegemônico pois dificulta o controle sobre os indivíduos. Dessa forma, o Estado precisa de aliados para que controle a individualidade dos sujeitos, sem que o poder público seja

<sup>17</sup> ROSE, Nikolas. *Inventando nossos selfs: psicologia, poder e subjetividade*. Coordenação da tradução Arthur Arruda Leal Ferreira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. 308 p. (Coleção Psicologia Social).

questionado por contradizer seus próprios ideais. Nesse momento que as teorias psicológicas ganham muita força por serem capazes de controlar, policiar e moldar a subjetividade de cada indivíduo.

Sendo assim, a psicologia estabelece alianças na medida que esta agrada os interesses neoliberais de controle da individualidade do sujeito. Da mesma forma, a disciplina estabelece laços com os próprios indivíduos, uma vez que ela reafirma às pessoas a sua autonomia de escolha. Ela é capaz de despertar nos sujeitos o sentimento de que são livres para escolher, mas ao mesmo tempo atua de forma particular com cada indivíduo para que este aprenda a gerenciar sua vida de acordo com os métodos e técnicas psicológicas, fazendo suas escolhas de forma consciente para a manutenção do quadro social e dos espaços individuais.

De várias formas, a psicologia atua sobre o indivíduo de forma bastante sutil, interferindo em sua subjetividade para que tal pessoa se torne mais dócil, para que aprenda meios de se controlar e ser aceito em uma sociedade capitalista. Quando afirmo que os métodos psicológicos são sutis, quero dizer que essa interferência na subjetividade é quase que imperceptível para o sujeito. Através de técnicas psicológicas o profissional é capaz de moldar aos poucos a forma que o indivíduo se relaciona com a sociedade. Outra observação que se faz dessa interferência sutil nas pessoas diz respeito especialmente à psiquiatria, que atua predominantemente por meio de remédios psicoativos que são capazes de anestesiar as angustias e revoltas que as pessoas têm ao lidar por exemplo, com o capitalismo selvagem presente nos cenários sociais modernos.

Mas ao se tratar exclusivamente da psicologia, podemos adotar como exemplos os testes psicométricos que atuam quantificando a inteligência, o caráter, a motivação, entre outras características da subjetividade que servirão para avaliar se um sujeito é apto ou não a exercer certa função em uma empresa, por exemplo. Acontece que através deste teste o sujeito terá a informação do que ele precisa para ser aceito em uma instituição e logo tentará se adaptar às exigências do mercado. Nota-se que, por meio de um mecanismo quantitativo com a intenção explícita de avaliar o sujeito, torna-se possível modelar o sujeito para as intenções capitalistas. Do mesmo modo podemos citar como exemplo os métodos psicanalíticos, que atuam explicitamente de forma sutil no sujeito, condizendo com sua própria teoria; assim como os métodos comportamentais, que irão ensinar o sujeito a se comportar de certa forma diante de tal ou qual situação, por meio das mesmas técnicas usadas para “civilizar” um cachorro, por exemplo.

Por fim, gostaria de deixar claro que o objetivo deste trabalho não é desmoralizar a psicologia, muito menos dizer que esta serve somente para adequar as pessoas ao modo de produção capitalista. Mas, em vez disso, ao proporcionar uma desconstrução crítica da disciplina, torna-se possível compreender melhor o papel social que ela tem exercido, auxiliando um desocultamento nas formas de constituição da disciplina, que pode servir como embasamento para desenvolver



novas teorias e técnicas capazes de remodelar a atuação do psicólogo. Afinal, como visto ao longo destes estudos, a psicologia tem se tornado cada vez mais essencial para o ser humano desenvolver métodos de se conhecer melhor e, através disso, aprender a lidar com suas angústias e revoltas da existência humana.

## Referências bibliográficas

- ALTHUSSER, Louis. Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado, in, ZIZEK, Slavoj. *Um Mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 105-142.
- ANDERSON, Benedict R. *Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo*. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BOCK, Ana M. B.; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de L. T. *Psicologias: Uma introdução ao estudo de psicologia*. 13. ed. reform. e ampl. São Paulo, 1999. p. 31-44.
- BRAICK, Patrícia Ramos; MOTA, Myriam Becho. *História: das cavernas ao terceiro milênio*. 3. ed. reform. e atual. São Paulo: Moderna, 2007. p. 150-160.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na idade clássica*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. p. 45-78.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26. ed. São Paulo: Graal, 2013. 431 p.
- GONÇALVES, L.M.N. *Uma morte anunciada: considerações sobre a assistência no Instituto de Psiquiatria a partir da análise de um caso*. Cadernos do IPUB. nº 12, 1998. p. 124-130.
- HOBBSBAWN, Eric; RANGER, Terence. *A invenção das tradições*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Coleção Pensamento Crítico; v. 55)
- LOPEZ, Marília A. *Contexto geral do diagnóstico psicológico*, in, TRINCA, Walter. *Diagnóstico Psicológico: a prática clínica*. São Paulo: E.P.U, 2006. p. 01-13.
- MAGALHÃES, José Luiz Q. de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012, 104 p. (Coleção Para Entender).
- ROSE, Nikolas. *Inventando nossos selfs: psicologia, poder e subjetividade*. Coordenação da tradução Arthur Arruda Leal Ferreira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. 308 p. (Coleção Psicologia Social).
- WACQUANT, Loic. *As duas faces do gueto*. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007. 137. p.
- ZIZEK, Slavoj. *Primeiro como tragédia, depois como farsa*. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011. 133. p.



# Esboço sobre a Relação entre Ética e Política através da ideia de Justiça, segundo Aristóteles

Wellington Trotta<sup>1</sup>

## Resumo

Este esboço é o resultado de alguns anos de pesquisa sobre o pensamento ético-político de Aristóteles, especificamente no que tange à reflexão aristotélica acerca da justiça. Vale ressaltar que a ideia central de justiça, para Aristóteles, significa virtude total, ou melhor, moralidade pública. Porém, cabe destacar que o conceito de justiça no pensamento do filósofo é polissêmico, pois assume diversos significados conforme o campo específico de ação política.

**Palavras-chave:** Aristóteles; política; ética; justiça; bem.

## Abstract

This paper is the result of several years of research on the ethical-political thought of Aristotle, specifically concerning the Aristotelian reflection about justice. It is noteworthy that the central idea of justice for Aristotle means total virtue, in other words, public morality. However, it is worth noticing that the concept of justice of the philosopher's thought is polysemic, since it assumes different meanings depending on the specific field of political action.

**Keywords:** Aristotle; policy; ethics; justice; well.

## Introdução

O objetivo deste texto é rascunhar os resultados provisórios da investigação sobre o pensamento ético-político de Aristóteles, ressaltando o significado e relevância da ideia de justiça, considerando que esse conceito é nuclear na abordagem do estagirita acerca da vida comunitária e suas exigências determinadas pela concepção de felicidade.

Este trabalho foi dividido em três partes e uma conclusão. A primeira parte, denominada de *Elementos do pensamento aristotélico*, trata de analisar a relação entre o plano teórico com o prático, sinalizando ao leitor o detalhe de que o olhar ético-político decorre da visão teórica do filósofo. A segunda parte, intitulada *O bem como princípio ético-político, segundo Aristóteles*, estuda a ideia de felicidade e o bem comum como finalidades políticas, ressaltando que a vida

<sup>1</sup> O autor tem Graduação de Direito (UGF) e Filosofia (UERJ), Mestrado em Ciência Política (IFCS-UFRJ), Doutorado (IFCS-UFRJ) e Pós-Doc (IFCS-UFRJ). Leciona Filosofia na UNESA, além de ser responsável pelo Núcleo de Pesquisa de Ciências e Jurídicas Sociais da UNESA-Cabo Frio.

em sociedade está no marco das ações nobilitantes. Por último, a terceira parte investiga, especificamente, as elaborações teóricas de Aristóteles sobre o que é justiça no Livro V de sua *Ética a Nicômaco*. No final, uma conclusão reflexiva no lugar de um simples resumo.

## Elementos do Pensamento Aristotélico

Aristóteles elaborou seu método de pesquisa através da análise dos problemas filosóficos, examinando, pormenorizadamente, as opiniões de seus antecessores e coetâneos, privilegiando, essencialmente, suas críticas às concepções filosóficas de Platão.<sup>2</sup> O filósofo entende o conhecimento como processo cumulativo, partindo da sensação (sentidos) em direção à memória (retenção dos dados), em seguida à experiência (capacidade de estabelecer relações entre os dados sensoriais), alcançando o nível da teoria-ciência que chamou de *episteme* (conhecimento de conceitos e princípios).<sup>3</sup> Esse conhecimento, segundo o livro VI da *Metafísica*, estaria subdividido em áreas de concentração, a saber: *conhecimento prático (práxis)*, campo em que estão as reflexões sobre ética e política; *conhecimento produtivo (poíesis)*, no qual são examinados os problemas da arte produtiva (poética); *conhecimento teórico (theoría)*, dividido em física (aborda o mundo natural), matemática (trata da quantidade e do número) e metafísica, que analisa o ser primeiro ou as causas primeiras – ciências das essências (Met. 1025a).<sup>4</sup>

132

Para Aristóteles, a realidade sensível é também inteligível, sendo o entendimento humano capaz de descobrir, por meio da abstração, o significado oculto dos objetos (Da. 424a, Da. 431b, Met. 1061a e S. anal. 81b). De acordo com essa inteligibilidade da realidade sensível, ele formulou sua teoria teleológica segundo a qual todas as coisas existem para um fim e alcançam a perfeição na medida em que cumprem esse *thelos* (Met. 996b). Essa ideia baseia-se no princípio de que o todo é anterior às partes, pois cada objeto só é compreensível em função do todo que o pressupõe, ideal finalista que influenciou sua teoria ético-política (Met. 980a-983b - Pol. 1253a).

O pensador italiano Enrico Berti aborda a relação entre teoria e prática no pensamento aristotélico ao asseverar que a filosofia “*prática, portanto, tem em comum com a filosofia teórica o fato de procurar a verdade, ou seja, o conhecimento de como são efetivamente as coisas, e também a causa de como são, ou seja, o fato de ser ciência*” (2002, p. 116).<sup>5</sup> Segundo a filosofia teórica, o fim é a verdade em si mesma sem consequências imediatas, a filosofia prática busca a verdade como um meio para atingir fins na ordem da ação; estuda o porquê de uma determinada

<sup>2</sup> Pode-se dizer que Aristóteles, além de formular o seu método de investigação a partir de leituras e críticas sobre sistemas anteriores ao seu, nesse sentido, foi o primeiro historiador da filosofia.

<sup>3</sup> “No exame da alma, é necessário, ao mesmo tempo em que se expõem as dificuldades cuja solução deverá ser encontrada à medida que se avança, recolher as opiniões de todos” (DA. 403b).

<sup>4</sup> Essa tripartição do conhecimento aristotélico opõe-se à da Academia: lógica, filosofia da natureza e ética.

<sup>5</sup> “Ora, não conhecemos a verdade sem conhecer a causa” (Met. 993b).

ação, pesquisa o valor de uma conduta, indaga sobre o sentido dos costumes e suas implicações antropológicas etc. É um meio para atingir outro meio (PERINE, 2006, p. 83).

Vale ressaltar que essa ação visa um tempo, e esse tempo presente a modificação para fins válidos no espaço político, por isso a “*denominação de prática deriva do objeto desta ciência, constituído pelas coisas praticáveis, isto é, pelas ações, pela ‘práxis’, que têm princípio na escolha, na iniciativa do homem*” (BERTI, 2002, p. 117). A filosofia prática consiste na pesquisa do sentido das ações humanas, sua escolha e seus motivos, ou seja, ela leva em conta as perspectivas do indivíduo e do cidadão, tanto pela reflexão ética como pela análise política, ou econômica, considerando a domesticidade como interesse imediato (BARRERA, 2007, p. 51).

A ação é objeto da filosofia prática por ter como propósito a transformação e o aperfeiçoamento do estado de coisas no espaço da convivência humana. Essa modificação da realidade, ou estado de coisas, é tudo aquilo que concerne ao homem como agente político. Aristóteles defende a ideia de que o fim do homem é a felicidade (eudaimonia) como um bem, e esse bem só é possível no plano da convivência humana. Dessa forma, segundo Berti a:

Filosofia prática é tudo menos ‘neutra’, ‘calculadora’, nas relações com a realidade (humana), mas ao contrário, julga o valor desta última, avalia o que nela é bom e o que é mau, a fim de melhorá-la. Ao fazê-lo, no entanto, não renuncia em conhecer a verdade, isto é, a ser ciência, a verificar não apenas como estão as coisas, mas também quais são suas causas (2002, p. 118).

Em última instância, a filosofia prática se desdobra em duas perspectivas: a primeira, como ciência-arte, ao descrever o sentido das ações e os meios para materializá-las socialmente no escopo do bem comum; a segunda, como ciência, ao inquirir as causas de sua existência e o seu sentido, ou seja, os princípios. Logo, ela é uma área do conhecimento que, ao buscar os fins e os meios de transformação, melhora e corrige a estrutura social em que vive o homem. Por isso, Berti salienta que a filosofia política não é neutra, uma vez que valora e deseja compreender para agir.<sup>6</sup> Na *Ética a Nicômaco*, como na *Política*, Aristóteles nomeia a ciência política como campo do saber destinado a analisar os meios institucionais para o bem comum, além de determinar como e onde se deve estudar as outras ciências, pois uma vez que tudo visa um bem, as ações humanas não poderiam ser diferentes, visto que também se determinam por um bem, o que Berti chama de “*objeto do desejo*” (2002, p. 118).

<sup>6</sup> Nesse particular, Aristóteles se afasta do intelectualismo-ético socrático (EE, 1216b). Sua teoria leva em conta a vontade, ao passo que Sócrates compreende que toda ação estaria subordinada a um rigor intelectual que a determinaria. Logo, a vontade estaria submetida à razão. Mais tarde essa tese é retomada por Kant ao elaborar o imperativo categórico como comando das exigências da moral baseada na razão. Não se pode olvidar, contudo, as influências cristã e estoica sobre a obra moral kantiana.

Levando em consideração a noção de “ato e potência” (Met.1048b), esse bem se torna realizável por meio de mecanismos que a ciência política pode disponibilizar.<sup>7</sup> Esse bem a que Aristóteles direciona sua pesquisa, se dá na esfera coletiva ao desdobrar-se na esfera individual, constituindo a alma da cidade.<sup>8</sup> Logo, a ciência política tem dois objetivos, a saber: conhecer o bem necessário e importante à vida, e disponibilizar as condições de materializá-lo, pois a:

Ciência Política não tem somente o objetivo de conhecer o que é o bem supremo, mas propõe-se também a realizá-lo; ou melhor, diz Aristóteles, o conhecimento dele tem grande importância justamente, porque, mirando-o como a um alvo, como fazem os arqueiros, *conseqüiremos realizar melhor o que deve ser* (BERTI, 2002, p. 119).

Segundo Berti, a ciência política é legisladora porque tanto conhece o bem em sua determinação como o ordena por meio de legislação necessária ao bem-estar da *pólis*, seja o bem como causa (o que se deve conhecer) ou o bem como ordenação (o dever-ser). Por conta disso, a ciência política se constitui, epistemicamente, através do método que não procura ser tão exato como o da metafísica, visto que a pesquisa só “*será adequada se tiver a clareza compatível com o assunto, pois não se pode aspirar à mesma precisão em todas as discussões, da mesma forma que não se pode atingi-las em todas as profissões*” (EN 1094b). Esta passagem da *Ética a Nicômaco* é complementada, para Berti, por outra nos *Tópicos*, em que o filósofo afirma que;

Tomemos o que ficou dito como uma descrição sumária dos *diferentes* tipos de raciocínio. Em termos gerais, estas são as distinções que pretendemos estabelecer quanto ao que atrás ficou dito e quanto ao que diremos em seguida, porquanto não é nosso propósito fazer uma exposição exaustiva sobre nenhum desses tipos, mas apenas fazer-lhes referência de forma sumária; entendemos ser mais do que bastante, segundo o método proposto, sermos capazes de distinguir de algum modo cada um dos tipos *de raciocínio* (101a).

Conforme Berti, o objetivo não é tomar da metafísica sua expressão mais exata ou mesmo a precisão do conhecimento perfeito, mas o conteúdo de sua exposição como inspiração quanto ao método da ciência política. Não se trata

<sup>7</sup> “Esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum” (Pol. 1283a).

<sup>8</sup> A justiça, como identificação política, representa a esfera da moralidade pública, levando em conta o bem para os cidadãos, por isso o objeto central da teoria da justiça é a equidade, sem esquecer que ela é um bem público. Outra ideia de justiça retirada das reflexões aristotélicas pode ser pensada como virtude total. Numa comunidade que busca a equidade nas relações sociais, a *Ética* preocupa-se em estudar os princípios do bom homem, ao passo que a *Política* investiga o bom cidadão.

de transportar métodos, pois os objetos são diferentes, e sim buscar orientação de conduta naquele que é mais preciso. A exposição, na ciência teórica, tem um fim em si mesmo que é diferente da ciência prática, visto que a precisão não chega à exatidão causal, bastando apenas entender determinada ação, porque “*não é necessário exaurir o argumento até os detalhes, pois a exposição não é um fim em si mesmo, mas é em vista de outro*” (BERTI, 2002, p. 120).

No entendimento de Richard Bodéüs, “*a Política está estritamente ligada às Éticas*” (2007, p. 13) pelo fato de o filósofo ter pensado primeiro no que seria o homem, sua condição, valores, fins etc., para depois cogitar como esse homem pode organizar a cidade para materializar os fins da existência. Aliás, Aristóteles afirma, no final da *Ética a Nicômaco* (1181b), que passará ao estudo das constituições, pontuando a *Política* como análise de estrutura institucional.

Logo, pensar felicidade é concebê-la humanamente, porquanto, para Bodéüs, “*a ideia de felicidade é, pois, o que permite que o filósofo passe a procurar um gênero de atividade que seja racionalmente o fim último da existência humana.*” (2007, p. 13). Se o fim último dos indivíduos é a felicidade, bem-estar ou prosperidade, ele também é o da cidade, refletindo nos indivíduos que a compõem. Pode-se considerar a política como uma ação humana que, para ser consciente, necessita de uma formação teórica que a ciência política forneceria para a organização institucional da cidade, a partir daquilo que ficou definido como soberano bem para o cidadão através da reflexão ética. Segundo observação de Bodéüs, “*essa convicção, no filósofo, explica por que as questões de que ele trata nas Éticas, de maneira a estabelecer de modo crítico em que consiste o soberano bem do homem, são questões que ele apresenta com a cor de uma busca explicitamente chamada de política*” (2007, p. 14).

Após refletir sobre ser a felicidade o bem perseguido pelo cidadão e pela cidade, Aristóteles investiga a possibilidade de um projeto institucional capaz de materializar esse sumo bem. Assim, tanto a *Política* como a *Ética* são tratados sobre o *polites* (cidadão) que deseja agir. É, nesse sentido, que Aristóteles trata o homem como ser político, dotado de condições para ser um bom governante e um bom governado em virtude da excelência moral (Pol. 1253a).

Dessa forma, a felicidade é, ao mesmo tempo, o bem que o indivíduo visa para si no seio da cidade, e o que deseja o governo para ela como totalidade articulada. Como o indivíduo procura um fio condutor que dê sentido à sua vida em meio a multiplicidade de objetos e interesses, o homem público deve buscar esse fio condutor para a cidade, onde o projeto governativo consistiria “*em coordenar todas as atividades diferentes da cidade em função de uma meta última*”. (BODÉÜS, 2007, p. 13). Nesse caso, um outro significado de justiça, para o filósofo, consiste na publicidade da educação para os *politikói* – cidadãos (Pol. 1337a).

Um dos sentidos da política é a ação, e toda ação precisa ser compreendida como um fim, perseguida como um bem no intuito de segurança da cidade e do bem-estar dos seus cidadãos. Assim, o indivíduo é a própria razão necessária

da existência da cidade, ela só existe porque é um produto racional da vida nobilitante como necessidade. Por isso o homem é ser gregário por dois motivos: primeiro por buscar a satisfação e o desenvolvimento de suas aptidões; depois, na ordem lógica, essas aptidões só se desenvolvem socialmente pela educação como necessidade política.<sup>9</sup>

Aristóteles pondera, ainda, que na *Ética a Nicômaco* (1184b) que a *Política* tem por princípio o estudo dos costumes que envolvem os homens e, por conseguinte, a cidade. É obvio que, ao procurar compreender ou pensar uma cidade, deve-se partir dos elementos substantivos: os indivíduos associados e os valores que os identificam, pois estes constituem o núcleo central do homem como ser racional e potencialmente político. Segundo Aristóteles, todos aqueles que estudam a natureza dos governos e suas formas deveriam fazer a pergunta: “*o que é uma cidade?*” Assim, Aristóteles nos remete ao sentido do que é um bem, a que ele se destina e qual a função da cidade. É evidente que a pergunta implica uma série de raciocínios possíveis, dentre os quais aquele de que os membros de uma comunidade, formada por homens iguais em liberdade, possuem talentos que levem o bom cidadão a ser o homem de bem por excelência (Pol. 1277b).

Investigando a natureza do cidadão para saber o que significa a cidadania e suas implicações, Aristóteles assevera que “*um cidadão integral pode ser definido por nada mais nada menos que o direito de administrar justiça e exercer funções públicas*” (Pol. 1275b), o que, por sua vez, legitimaria uma administração de natureza rotativa. Se uma cidade é definida pela constituição que adota, tal constituição é legítima por estar conforme o povo e, nesse caso, cidadão é aquele que expressa essa legitimidade no exercício das funções públicas, elegendo como grande fim político a preocupação com a segurança da cidade, que estará relacionada com a boa condução de sua administração. O cidadão é posto como homem público, pois aquele que está preparado para obedecer encontra-se também em condição de saber mandar. Um bom governante é bom cidadão simplesmente por querer segurança para cidade, bem em vista da justiça (Pol. 1277a). Esse princípio caracteriza-se como ato de justiça porque o bom cidadão deve, além de conhecer, ser capaz de governar e ser governado, ou seja, o bom cidadão reconhece que um governo de homens livres sobrepõe-se às paixões, reconhecendo os seus limites. Assim, *polites*:

É o homem que partilha os privilégios da cidade. Mas, deve-se observar que quem é excluído dos privilégios da cidade, é como um estrangeiro domiciliado na mesma. Em certas cidades, todavia, esta exclusão é dissimulada, com o objetivo de permitir que as classes privilegiadas enganem os seus habitantes (Pol.1278b).

Esta passagem de a *Política* apresenta um alto grau de realismo com respeito ao sentido de cidadão, pois, se o objetivo da vida comunitária é o melhor

<sup>9</sup> “A justiça é a base da sociedade; sua aplicação assegura ordem na comunidade social” (Pol. 1253a).



para todos, estabelecendo-se um governo com fins a perseguir esse melhor, os princípios essenciais de justiça devem ser estruturados numa constituição (governo, legislação) cujo escopo é o bem comum, fundamento de uma cidade, que *“deve ser uma comunidade de homens bons”* (Pol. 1279a). Destarte, a meta da vida comunitária é satisfazer necessidades por meio de uma solidariedade que contemple a todos, tendo a constituição como organização institucional. Logo, uma cidade não seria apenas aliança de interesses, mas uma relação social em que se almejaría a justiça enquanto laço integrador, devendo *“existir para a prática de ações nobilitantes, e não somente para a convivência”* (Pol. 1281a).

Um dos critérios mais importantes para o bom cidadão é a excelência moral, disposições naturais que os homens guardam como possibilidades, e que, através da educação, tornam-se hábitos. Aristóteles alerta que *“muitas vezes se reconhece uma disposição de alma graças a outra contrária, e muitas vezes as disposições são identificadas por via das pessoas nas quais elas se manifestam”* (EN 1129a).

## O Bem como Princípio Ético-político, segundo Aristóteles

No início do seu tratado ético-político-epistemológico, a *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define com precisão sua preocupação no campo da pesquisa das ações humanas ao afirmar que *“toda arte e toda indagação, assim como toda ação e todo propósito, visam a algum bem; por isto foi dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam”* (1094a). Essa perspectiva ficou convencionalizada como *ética dos fins*, a que busca o bem; e Aristóteles dedica-se a estudar que bem é esse, considerando que os bens são os resultados a que as atividades visam.<sup>10</sup>

As reflexões aristotélicas levam em consideração o interesse de um e de todos ao mesmo tempo. Esse *um* é a Cidade enquanto totalidade dos interesses, ao mesmo tempo em que *todos* são os indivíduos e suas múltiplas expectativas. Porém, o escopo da Cidade é superior ao propósito do homem isolado. Se o homem é um ser social ou político como acentua o estagirita (EN 1097b - Pol.1253a), seu fim é viver em sociedade e através dela conseguir a *vida melhor* (Pol. 1278b).

Nesse caso, a vida boa na cidade visa condições apropriadas para os indivíduos que nela vivem comunitariamente, guardando, obviamente, a liberdade, entendida como condição de o homem poder deliberar sobre si (EN 1113a – Met. 982b). Logo, o objeto de investigação da *Ética a Nicômacos* é o bem individual-coletivo na vida cidadina, sendo seu objetivo compreender os costumes e os princípios que os homens estabelecem entre si a partir de valores integradores, pois, no mundo grego, o indivíduo não se dissocia do meio social em que vive, já que dele se sente devedor pelas imensas vantagens de viver em grupo (MACINTYRE, 2001, p. 145-146).

Uma vez que a *Ética a Nicômacos* investiga o fato de *“todo conhecimento e todo propósito visarem a algum bem”* (EN 1095a), e como esse bem se busca pela atividade, pelas ações justas, elas têm na ciência política o instrumento que as

<sup>10</sup> “Esta ciência é a política, e o bem em política é a justiça, ou seja, o interesse comum” (Pol. 1283a).

pode legitimar. Nesse sentido, a suprema ciência política organizaria a vida social com vista à felicidade como supremo bem (EN 1098b), pois, sendo a *“felicidade uma atividade da alma”* (EN 1102a), constituindo o princípio dos bens (fins) como algo perfeito, torna-se, então, a preocupação central da política a melhoria intelectual e moral do cidadão por meio de suas ações e, conseqüentemente, torná-lo racionalmente obediente às leis como princípio do bem comum (EN 1099b).

Tanto o esforço pessoal como o conjunto das instituições da cidade devem *“desenvolver nossas atividades de uma maneira predeterminada, pois nossas disposições morais correspondem às diferenças entre nossas atividades.”* (EN 1103b). Aristóteles assevera, nesse particular, que nossas disposições morais resultam das atividades correspondentes às mesmas, ou seja, do *“princípio de mudança ou de movimento que se encontra em outra coisa ou na própria coisa enquanto outra”* (Met. 1019a), depreendendo, assim, que as disposições morais devem ser pensadas como possibilidades de aprimoramento da faculdade associativa porque, em última instância, o escopo da *Ética* não é só conhecer o conteúdo intelectual da excelência moral, mas conhecer para tornar o indivíduo melhor (EN 1104a). A partir dessa reflexão, Aristóteles enfatiza o sentido de excelência moral como meio termo, isto é, aquilo que nos coloca *“equidistantes em relação a cada um dos extremos, e que é único e o mesmo em relação a todos os homens; por ‘meio termo em relação a nós’ quero significar aquilo que não é nem demais nem muito pouco, e isto não é único nem o mesmo para todos”* (EN 1106a).

A excelência moral se caracteriza, portanto, pela disposição do indivíduo impor a si mesmo moderação pelo justo meio, elemento geométrico pelo qual o homem virtuoso se colocaria entre os extremos, evitando as imposições do excesso e também fugindo às angústias da carência. Nota-se quanto Platão influencia o pensamento de Aristóteles através da concepção da temperança como virtude cardinal e norteadora da vida política. Essa temperança pode ser pensada como mediania, que visa *“às situações intermediárias nas emoções e nas ações”* (EN 1109a).

Para Ingemar Düring, a pergunta fundamental da *Ética a Nicômaco* é a seguinte: *“Qué es bueno y cómo se sabe es bueno?”* (1990, p. 671). Essa pergunta implicará na sistematização de toda filosofia prática aristotélica, uma vez que o bem que perseguimos pode ser um ou muitos, mas, mesmo assim, ele ou eles só existem no mundo político, no plano das relações concretas entre os indivíduos; assim, Aristóteles afirma que *“de fato o bem do exército está na ordem [como] todas as coisas são coordenadas a um fim único”* (Met. 1075a), ou se *“há um fim visado em tudo o que fazemos, este fim é o bem atingível pela atividade, e se há mais de um, estes são os bens atingíveis pela atividade”* (EN 1097a). O sentido de bem está associado à finalidade da ação, diferenciando-se do bem platônico, que seria algo em si a dirigir todas as demais virtudes como um centro solar.

Segundo Düring, *“la tesis central de la ética aristotélica é que esos tres valores juntos fundan a felicidad de la vida”* (1990, p. 672), a saber: o bem compreendido filosoficamente, a virtude “moral” e o prazer. Esse bem entendido filosoficamente

é a compreensão de que toda ação deve ter um fim,<sup>11</sup> logo a intenção dos atos responsabiliza seus autores, contraindo obrigação por parte dos agentes no seio da comunidade, ao passo que a virtude intelectual age no sentido de compreender o caráter deliberativo das ações. Desse modo, a virtude ética (moral) é uma totalidade que irmana os princípios do conhecimento com os da intenção, culminando no prazer supremo que é a vida justa. Dessa forma, Düring alerta que:

Hoy día distinguimos entre ética individual y ética social, según que se refiere a un solo individuo o a la sociedad humana. Mas, según Aristóteles, el objetivo es idéntico para el individuo y para el Estado, y se manifiesta más claramente en el Estado (1990, p. 672).

Ainda, segundo Düring, a concepção ética aristotélica é social por se tratar de uma filosofia da consciência humana, pois as lições de Aristóteles apelam para a noção de relação entre indivíduos, e do indivíduo com o Estado.<sup>12</sup> A filosofia moderna e, decorrente dela, sua filosofia política, separou a ética da política, transferindo aquela ao mundo subjetivo e privado como um valor moral, liberando a política de certas implicações para que fosse criado o seu próprio estatuto de legitimação prática. Düring acentua que na filosofia política aristotélica um e muitos não estão dissociados. Nessa linha de raciocínio, David Ross afirma que “a ética de Aristóteles é, sem dúvida, social, e a sua política é ética. Na *Ética*, não se esquece de que o homem individual é essencialmente um membro da sociedade. Nem, na *Política*, que a virtude do estado está conforme a virtude dos seus cidadãos” (1987, p. 193).

Isso significa que a *Ética* preocupa-se em estudar os princípios que substanciam a ação do bom homem, ao passo que a *Política* investiga as atividades do bom cidadão. Essas lições de Aristóteles estão preocupadas com uma ordem institucional que leve em conta a lei como princípio valorativo, desdobrada do costume estudado pela racionalização filosófica, pois “os primeiros princípios da ética encontram-se muito profundamente imersos nas circunstâncias da conduta para serem, desse modo, deslindados, e a substância ética consiste, precisamente, em deslindá-los” (ROSS, 1987, p. 195).

Para Ross, a ética aristotélica estuda a natureza do bem partindo dos fatos e não do princípio do dever *a priori*; ocupa-se com coisas contingentes, objetivando a aquisição de um saber prático sobre as consequências imediatas das ações. A ética de Aristóteles, obviamente, pauta-se por princípios, mas

<sup>11</sup> “Chamamos geralmente de bens pertinentes à alma de bens no verdadeiro sentido da palavra e no mais alto grau, e atribuímos à própria alma as ações e atividades psíquicas” (EN 1098b).

<sup>12</sup> “A cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um homem que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (...) E um homem incapaz de integrar-se numa comunidade, ou que seja autossuficiente a ponto de não ter necessidade de fazê-lo, não é parte de uma cidade, por ser animal selvagem ou um deus” (Pol. 1253a).

toda sua análise é empírica, pois trabalha ao modo do estudo de casos,<sup>13</sup> e tem um caráter antropológico; começa por analisar as opiniões existentes e depois as examina, comparando umas com as outras pelo exercício do intelecto.

De outro modo, Düring aborda o fato de que contemporaneamente se fala de olhar ético, agir ético etc., como se ética fosse uma técnica de conduta, um padrão moral. Ética é parte da filosofia prática que investiga a natureza dos atos morais, fins e objetos. Pode-se dizer que a Ética estuda a natureza do bem, a conduta e o caráter humanos. *“Aristóteles pode hablar sobre proposiciones ‘éticas’ y no rara vez emplea el adjetivo ‘ético’; mas nunca habla de una techné ética. Sus escritos éticos y los escritos que fueron reunidos en su Política se conectan de cerca por ser objeto”* (DÜRING, 1990, p. 673). Se o homem é um ser que pensa, fala e age, distinguindo-se de outras espécies, seu fim (ato) é efetivar sua perfeição que consiste na felicidade como possibilidade realizável na *polis* que é *“sólo em la comunidad urbana”* (DÜRING, 1990, p. 674). Assim, a felicidade do indivíduo está associada à sua posição no Estado e, para o filósofo, a felicidade é a vida contemplativa, pois:

Su filosofía ética desemboca en la tesis de que el ser-bueno, la moralidad y la virtud se llevan a afecto mediante la interacción del elemento espiritual que reflexiona, y del elemento ético, para quien arregla su vida según este principio, ella le será rica en alegría; claridad de entendimiento, carácter y un gozoso ser-activo fundan em común la dicha de la vida” (DÜRING, 1990, p. 676-677).

Logo, o especular ético sobre como o ser humano deve agir passa pelo crivo de uma vida rica em compreender seu ambiente natural, que é a convivência social. Corroborando Düring, John Morral sustenta que, historicamente:

Um antigo equívoco sobre o tratamento dado à política por Aristóteles é o de que se trata de um campo de pesquisa separado do seu sistema ético, ainda que a ele estritamente ligado. Na verdade, não existe qualquer texto escrito que apoie a crença de que Aristóteles reconhecesse uma ciência ética separada (2000, p. 41).

O próprio Aristóteles, no final da *Ética a Nicômacos*, esclarece que aquele trabalho é o preâmbulo do que se desdobra na *Política* (EN, 1481b). Isso indica que as bases de uma discussão sobre a natureza da vida comunitária estão na investigação sobre a natureza dos bens, do homem, do valor, da justiça, da

<sup>13</sup> “Todos adquirem o saber desse modo: procedendo por meio de coisas naturalmente menos cognoscíveis na direção das que são por natureza mais cognoscíveis. E como nas ações devemos partir daquelas que são bens para o indivíduo e fazer com que o bem universal se torne bem para o indivíduo, assim também no saber devemos partir das coisas que são mais cognoscíveis para o indivíduo...” (Met.1029b).

amizade, da felicidade, da virtude etc. Aliás, Aristóteles pensa sistemas políticos a partir dos indivíduos que os compõem socialmente, pois o bem individual tem seu valor considerado na dimensão do bem coletivo que o toma e o abarca concomitantemente. Segundo Morrall, deve-se buscar mais na experiência que na dedução a explicação dos problemas ético-políticos. Tais problemas devem ser estudados sem prescindir da experiência, pois a explicação deve ser fruto da observação sobre o mundo político, até porque “o conhecimento é posterior à aprendizagem” (Ret. 1362a).<sup>14</sup>

Morrall ainda observa que “a interconexão entre a ética e a política é demonstrada pela proeminência em ambas da *faculdade de phronêsis, ou prudência prática*” (1987, p. 42), ou seja, a sabedoria com a finalidade de agir sensivelmente, ou ponderadamente. Com mais cuidado, Morrall atenta para o aspecto de que a *Ética* é uma investigação sobre a justiça como meio termo.

A *phronêsis*, a virtude suprema tanto na política quanto na ética, se apoia na aplicação de um padrão central de sanidade em meio a um milhão de circunstâncias variáveis e imprevisíveis. Não é possível formular regras rígidas; mas o caminho da salvação está no treinamento do intelecto prático mediante a experiência e o hábito de escolher o curso correto de ação em cada caso específico que ocorra (1987, p. 43).

Observa-se que a ciência política determina-se pelo objeto ação que surge como um processo desde a intenção, passando pela eleição até atingir a decisão, levando em consideração que qualquer ação é sempre uma dimensão individual em meio ao mundo coletivo, já que vivemos gregariamente. Então, pode-se considerar que o bem como atividade é um dado que o indivíduo não pode olvidar. Atividade que em si se constitui como um fim necessário, pois as deliberações só o são quando têm o propósito de atingir o fim determinado; é com razão que a ética aristotélica, como sua política, também é denominada de teleológica. É justificada que sua filosofia prática se ocupe dos fins como bem, já que se vive no mundo dos homens, e se pensa e age a partir da convivência humana. Por isso, o filósofo acentua a *phronêsis* como virtude prática, sabedoria que se definiria no mundo da *práxis*, determinando em que medida o agir deve partir da reflexão necessária de um homem prudente. Salienta-se que Aristóteles, elegendo a *phronêsis* como síntese do saber agir, ensinou ao agente uma categoria conceitual de análise que lhe possibilita identificar as circunstâncias desse saber-agir.

<sup>14</sup> “Como há um fim único para a cidade toda, é óbvio que a educação deve ser necessariamente uma só e a mesma para todos, e que sua supervisão deve ser um encargo público, e não privado” (Pol. 1337a). Para Aristóteles, a educação é pensada como elemento de justiça com fim de preparar os cidadãos para a mediania. Essa mediania consiste no elemento sensível de um agente público preocupado com a segurança da cidade, que não é outro senão a realização das disposições naturais dos seus cidadãos.

## O Sentido de Justiça como Bem último

Ao estudar o problema da justiça, antes de defini-la, Aristóteles orienta seu raciocínio para a necessidade de conhecê-la através daqueles que promovem tanto os atos justos como os injustos. Justiça e injustiça estão relacionadas com suas respectivas ações, isso implica considerar que, “*com vistas à justiça e à injustiça, devemos indagar quais são as espécies de ações com as quais elas se relacionam, que espécie de meio é a justiça.*” (EN 1128b). Então, em primeiro lugar, com o critério estabelecido pelo filósofo, o termo injustiça se define pelos atos injustos baseados na ilegalidade quando infringem a lei, desmedidos ao ambicionar acima do direito e eivados de iniquidade quando incorretos (EN, 1129a).

Para Aristóteles, a justiça se fundamenta nos atos justos consoantes à legalidade, à justa medida e à equidade entre os homens na cidade. Portanto, obviamente, a justiça se constitui como medida primordial no cenário das ações humanas. Nesse particular, os atos injustos assumem sua condição de injusto por materializar o que se tem por socialmente desmedido. Logo, a excelência moral enseja a justiça como fundamento racional a partir da noção de império da lei. Essa legalidade, que em si não é suficiente para caracterizar a justiça, encontra seu critério de legitimidade ao tomar por princípio uma lei oriunda dos melhores costumes da sociedade, nesse caso, a justiça se caracteriza como virtude, ação fundada na excelência moral do hábito (AUBENQUE, 2008, p. 69).

142

Essa excelência moral que Aristóteles tanto enaltece é o fio condutor do homem probo que decide a partir de uma razão objetiva (reta razão), e, aqui, Aristóteles apela para a etimologia dos termos que pretende como necessários a sua ideia de justiça. O filósofo elabora seu conceito de igual para relacionar justiça à equidade:

O igual é o meio termo entre a linha maior e a menor de acordo com a proporção aritmética. Esta linha é a origem da palavra *dikaion* (= justo); ela quer dizer *dikha* (= dividida no meio), como se devesse entender esta última palavra no sentido *dikaion*; e um *dikastés* (= juiz), é aquele que divide ao meio - *dikhastés* (EN 1132a).

O justo é equidistante porque se coloca no centro em relação aos extremos e na condição de homem comprometido com atitudes pautadas pela prudência. O homem equânime (AUBENQUE, 2008, p. 76) se comporta como juiz porque é virtuoso em razão do exercício do justo meio nas atividades privadas e públicas, pois, realizando atos justos, torna-se justo, adquirindo a virtude da justiça, cuja explicação metodológica Aristóteles busca na aritmética, muito embora sua origem, segundo Agnes Heller, estivesse no mundo econômico, passando pela dimensão moral e social, encontrando o seu apogeu no plano estético, antes de vigorar como valor na dimensão do trabalho (1981, p. 305).

Aristóteles adota a tese de que justiça e injustiça estão relacionadas à disposição da alma para fazer, agir e desejar o justo e o injusto, respectivamente, pois “*uma disposição da alma que leva a certo resultado não pode levar ao resultado contrário*” (EN 1129a). A disposição de uma alma pode ser reconhecida pela sua ação contrária, dessa forma a justiça é tomada pelos atos justos, assim como a injustiça é tomada pelos atos injustos. Logo, justiça e injustiça são termos ambíguos com seus respectivos significados. A ambiguidade ocorre quando um termo tem dois ou mais sentidos semelhantes, mesmo que imperceptíveis no primeiro momento. Para Aristóteles, justiça e injustiça, a partir dos seus conteúdos opostos, podem ser percebidas respectivamente como *Legalidade, Justa medida e Equidade; Ilegalidade, Desmedida (Ambição) e Iniquidade*.

As pessoas injustas, além de nunca se conformarem com os bens repartidos, são injustas porque não respeitam as normas e por não terem o sentido de medida, ao passo que a justiça, excelência na sua plenitude, impõe a prática de certos atos e proíbe outros. A justiça será perfeita quando o justo praticá-la na sua completude (EN 1130a). Por outro lado, uma pessoa é injusta porque tem uma deficiência moral como, por exemplo, a ambição, mas, por outro, não é perversa ou ímproba. E as diversas formas de injustiça manifestam-se “*na convivência entre as pessoas*” (EN 1130b). Isso implica considerar que a injustiça é uma ideia tirada da vida política e que é estudada pela *Ética*.

Se o princípio essencial da justiça é a relação entre lei e igualdade, Aristóteles compreende que uma cidade determina-se pela proporcionalidade dos bens em seu interior, nesse caso, lembra que a relação entre bens produzidos, negociados etc., deve ser ajustada por padrão. Por isso, a justiça se efetiva quando  $\Omega$  não dá a si mesmo além do que oferece a  $\beta$ , ou quando  $\Omega$  não oferece menos a  $\beta$  do que ofereceria a si mesmo, assinalando a justiça como proporção, medida e equivalência (EN 1134b). Assim, a pesquisa sobre a justiça consiste em investigar o justo no sentido estrito das relações sociais e o justo político na estrutura institucional da cidade.<sup>15</sup> Dessa análise decorre a necessidade de retomar a *Política* para refletir sobre a melhor forma de comunidade associada ao interesse em promover as melhores condições de governo da cidade, pois, para Aristóteles, a alternância no governo é importante como sentido de igualdade e critério de diversidade (BODÉÛS, 2007, p. 61-79). Assim, Aristóteles, através do seu realismo, diz que uma das causas do insucesso administrativo que incita à injustiça são:

As revoluções, aliás, são causadas não somente pela distribuição desigual de bens, mas também pela de honorarias, embora os dois motivos atuem de maneiras opostas – as massas manifestam descontentamento se os bens são desigualmente distribuídos, e os mais favorecidos se as honorarias são igualmente distribuídas (Pol. 1267a).

<sup>15</sup> Aristóteles faz considerações importantes na *EN* quanto à troca de bens, trabalho e tomando o dinheiro como equivalência (o que será retomado por Marx, em *O capital*, no capítulo referente à mercadoria). Essa ilação leva o autor a ponderar quanto à possibilidade de um ponto axial como padrão de justiça (1133a–b).

Segundo Aristóteles, as revoluções só são extremos por serem reações a extremos, por isso só podem ser debeladas por governos cujos cidadãos se comprometem com a justiça, e se se comprometer com essa excelência moral é se ater à profunda compreensão da vida política. Aristóteles entende, assim, que todos os problemas são políticos, e, como tais, devem ser resolvidos politicamente pela relação governado-governante (Pol. 1277a).

Após ter estudado inúmeras legislações de sua época, Aristóteles observa que a “*constituição é a forma de organização dos habitantes de uma cidade*” (Pol. 1275a) porque o governo das leis deve sobrepor-se ao governo dos homens por medida de estabilidade das relações dos indivíduos na comunidade. O governo das leis, por princípio, teria como meta direcionar a vida social em segurança, na qual seria estabelecida uma associação de homens bons para fins nobilitantes (Pol. 1279a). Nesse sentido, “*o discernimento é a única qualidade específica de um governante*” (Pol. 1277b) a serviço de todos, inclusive da segurança da cidade, pois os bens deveriam ser regulados por leis que determinem que cada um usufrua daquilo que lhe pertence sem se lançar sobre os bens alheios, pois, segundo Aristóteles, “*justiça é a virtude, pela qual cada um possui os seus bens em conformidade com a lei*” (Ret. 1366b).

Segundo Denis Silveira, é possível perceber, no pensamento de Aristóteles, certa complementaridade entre as *éticas da virtude e do princípio*,<sup>16</sup> pois, para ele, os princípios de justiça estão na relação direta entre igualdade-liberdade, sendo a justiça natural orientadora da justiça política. Conforme o autor, Aristóteles realiza uma identificação “*entre a justiça universal e o ordenamento legal, pois o que é determinado pela lei visa a atender ao interesse comum da comunidade política, tanto em relação aos interesses de todos os indivíduos quanto aos interesses de grupos específicos*” (2007, p. 38). A justiça, como identificação política, representa a esfera da moralidade pública, levando em consideração que, para os indivíduos, a justiça é vista como um bem na comunidade, por isso o objeto central da teoria da justiça aristotélica é a garantia da equidade nas relações sociais, visto que os problemas relacionados à justiça identificam-se com os problemas intersubjetivos referentes à honra, à segurança e aos bens.

Para cada sentido de justiça, há um justo meio específico, vale dizer, uma mediania correlata. É sensato pensar dessa forma porque, do ponto de vista aristotélico, inclusive, a esfera pública contempla o indivíduo. Se a justiça é o plano do público, pensando justiça como ordem pública a partir de instituições que possibilitem o bem comum, esses indivíduos, governantes e governados, devem agir virtuosamente como homens da cidade: “*a lei deve garantir o*

<sup>16</sup> “Sendo bom, é agradável porque é bom. E se isto é belo, então a virtude é necessariamente bela; pois sendo boa, é digna de louvor. A virtude é, como parece, o poder de produzir e conservar os bens, a faculdade de prestar muitos e relevantes serviços de toda a sorte e em todos os casos” (Ret. 1366a). “Aquilo que produz um bem por si mesmo é preferível ao que o produz por acidente, como sucede com a *virtude* em relação à *sorte*” (Top. 116b).



*princípio da igualdade-liberdade e o princípio da diferença. É por isso que, nas relações públicas, quem deve possuir primazia é a lei e não um indivíduo isolado*” (SILVEIRA, 2007, p. 47).

Essa análise é coerente já que assinala o aspecto de que tanto os indivíduos quanto o coletivo estão limitados pela dimensão essencial da justiça como ordem legal-moral, assim como estão também limitados pelo plano da contingência, interesses do coletivo e do indivíduo, sendo o direito natural ideia orientadora do direito positivo. Outro detalhe relevante da complexa teoria da justiça em Aristóteles, destacado por Silveira, é o seu caráter antropológico, considerando que, mesmo existindo um justo natural que seria válido em qualquer sociedade, ela leva em conta a possibilidade de que o justo legal se determine, também, a partir da constituição histórica de cada povo, ou seja, Aristóteles considera a cultura como valor ao sentido de justiça. “*Este espaço de ação da justiça legal é o espaço de indeterminação da justiça natural, de forma que as regras de justiça passam a ter um caráter procedimental*” (p. SILVEIRA, 2007, p. 50). Nesse caso, o direito natural seria uma ideia orientadora, porque é pensado como *princípios gerais de justiça*.

Segundo Agnes Heller em sua obra *Aristóteles y el mundo antiguo*, o filósofo se distingue dos que o antecederam por um detalhe peculiar: o estagirita analisa os fatos a partir da lógica de que um ato é desdobramento de uma possibilidade como causa, empiricamente, ou seja, o plano concreto da existência e das possibilidades existentes são perfeitamente possíveis na relação dialética (HELLER, 1981, p. 176). Segundo a autora, o pensamento de Aristóteles pôde captar com agudeza os diversos planos da realidade dos objetos, vide o exemplo da justiça que, estudado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, é tomada desde excelência moral como virtude, até o sentido de conjunto de instituições, além de determinar a relevância da justiça corretiva como subcaso de justiça particular. Conforme Heller, em *Para além da justiça*, Aristóteles teve o mérito de descobrir:

O caráter polissêmico da noção de ‘justiça’ e distinguiu claramente os diferentes usos desse termo. Entretanto, dentre essas distinções ele preservou intacto o conceito ético-político de justiça. Justiça enquanto ‘a soma total das virtudes’ é o conceito de justiça (certeza), que tem sua contraparte política, o sistema. É na política, o estado justo, que a virtude do bom cidadão e aquela do bom homem coincidem (1998, p. 111).

De acordo com Heller, Aristóteles manteve o sentido ético-político de justiça por considerar que os atos justos se constituem no seio da comunidade política, e, nesse caso, cada ação deve corresponder ao interesse previamente determinado pelos costumes enquanto um valor bom. Esse valor bom é aquele que pode harmonizar o direito de um com o direito de todos. Entretanto, o pensamento de Aristóteles se torna complexo quando enfatiza que o justo é, na medida do razoável, a coincidência entre o bom cidadão e o bom homem.

Na perspectiva de Cornelius Castoriadis, a justiça, na concepção aristotélica, visa o todo da cidade: justiça total. A justiça não é parte da virtude, ela é a virtude perfeita, pois é legal porque é sempre lei, portanto “a justiça total é constituição-instituição da comunidade, e de acordo com o fim dessa instituição, sua mais pesada parte é a que concerne a Paideia, a formação do indivíduo tendo em vista sua vida na comunidade, a socialização do ser humano” (CASTORIADIS, 1987, p. 366).

Castoriadis observa a importância das instituições como mecanismo de viabilização da vida cidadina, dessa forma ressalta que a cidadania é uma condição cultural a partir da vida urbana. Violar a justiça é violar a igualdade, pois esta é parte importante da justiça, que possibilita a liberdade do cidadão e a “desigualdade é sempre violação da lei” (1987, p. 368). Violar a igualdade é violar o sentido estrito da lei. A justiça deve separar e reunir o partilhável e o participável, constituir-los e instituir-los, pois, dessa forma, a justiça é a instituição por excelência da sociedade que transforma homens em cidadãos porque, sendo a totalidade da cidade, faz com que o cidadão participe do partilhável, cujo fundamento é a justiça como igualdade e proporcionalidade, visto que na “justiça distributiva igualdade significa proporcionalidade geométrica, na justiça corretiva trata-se de ‘proporção aritmética’ de igualdade quantitativa no sentido corrente” (CASTORIADIS, 1987, p. 380).

A socialização da lei segue ao fato de que o *logos* deve ser percebido como espaço ocupado pelos iguais. Segundo leitura da passagem acima, Aristóteles manteve o sentido ético-político de justiça por considerar que os atos justos se constituem na comunidade política, e cada ação deve corresponder ao interesse previamente determinado pelos costumes enquanto um valor bom. Esse valor é aquele que contempla o direito de cada cidadão e da cidade em conjunto, o que, para Ross, revela que o entendimento de justiça no mundo grego era identificado com a totalidade daquilo que está certo, de maneira que:

Aristóteles pensa que a lei deveria controlar a totalidade da vida humana, bem como assegurar, senão a moralidade, uma vez que esta é importante para assegurar que os homens ajam no sentido de salvaguarda do nobre, pelo menos as ações apropriadas a todas as virtudes [...] O termo *justiça* refere-se ao caráter social, implícito a toda a virtude moral, enquanto o termo virtude não chama a atenção para este caráter (ROSS, 1987, p.215).

Esse cuidado de Aristóteles em elevar a lei à condição de síntese da totalidade articulada no espaço das ações políticas, deve-se à preocupação do estagirita com o caráter impessoal da ordem pública, levando em consideração o fato de que o governo da cidade não deve ficar somente afeto ao mais preparado dos cidadãos, mesmo que esse cidadão seja um filósofo como pensou Platão na *República*. Para o estagirita, é extremamente importante e necessária que as:

Leis bem feitas determinem tudo com o maior rigor e exatidão, e deixem o menos possível à decisão dos juízes. Primeiro, porque é mais fácil encontrar um ou poucos homens que sejam prudentes [...] Segundo, porque as leis se promulgam depois de uma longa experiência de deliberação (Ret. 1354a).

Esse cuidado em limitar a discricionariedade dos juízes se baseia no princípio de que a cidade deve ser estruturada a partir de leis que direcionem as decisões conforme o bem comum. Tanto os magistrados como os que deliberam leis devem se submeter ao império da noção de lei como ordem necessária da cidade, a qual, do contrário, sucumbiria pelo interesse da particularidade que destruiria o sentido de comunidade política. Dessa forma, a justiça, para Aristóteles, é bem por excelência em razão de ser o esteio da sociedade, elemento de coesão social. Se o homem busca sua felicidade como fim a que sua natureza tende, a justiça é o elemento central ao constituir-se como meio-fim. Meio, por organizar os mecanismos políticos de ordem jurídico-administrativa; fim, em razão de ser a excelência moral, e, nesse caso, a justiça é uma ordem legal-moral ao assinalar o compromisso dos cidadãos com a cidade (EN. 1130a).

## Conclusão

Na teoria ético-política de Aristóteles, o sentido da vida em sociedade é uma arte e os indivíduos devem conhecê-la com vista à felicidade, em que pese esse conceito ser polissêmico na sistemática aristotélica. Talvez esse amplo leque de significados esteja relacionado à sua dificuldade conceitual, pois não é tarefa das mais fáceis definir o que possa ser bom para todos. Nesse contexto, o filósofo procurou passar em revista os principais aspectos concernentes à felicidade, desde o sentido de prosperidade imediata à complexa perspectiva de sua associação à vida contemplativa. Essa vida associativa implica a felicidade não ser pensada somente pelo ângulo subjetivo, pois, no pensamento do estagirita, consoante aos elementos culturais do mundo grego, o débito do indivíduo para com a sociedade é refletido na figura do outro como condição de comunidade política, visto que a sociedade só é um valor na medida em que precede ao indivíduo, não o excluindo como condição de sua própria e factual existência.

A noção de alteridade, fundamental ao pensamento político grego, sobretudo aos impulsos da discussão sobre o valor da democracia, é um conceito de justiça que tem início com Sócrates e é levado adiante pelas análises de Platão e Aristóteles, porque, sendo a justiça virtude total, sua prática está em relação com o outro de modo consciente, pois se destina à realização do seu elemento fundamental: a igualdade. Essa dimensão do *outro*, observado como ser racional e fundamental para a realização da justiça, afigura-se como fazer o bem dentro da ordem coletiva. Esse ato de justiça exige a mediação da vontade que só se realiza conscientemente. Hoje essa noção de alteridade parece estar perdida em meio ao complexo mundo das relações de troca, por conta de uma concepção valorativa

que enseja, por sua vez, uma lógica individualista que desconsidera a dimensão humana total.

Aristóteles refletiu, ainda, sobre a importância de mudanças políticas por meio da educação, tomando-a como esforço político e a situou dentro do interesse público como dever do Estado, entendendo que transformações estruturais só são possíveis mediante reformas individuais e sociais, implicando tomada de consciência por parte dos agentes da administração comunitária.

Se a vida é um complexo biossocial, o bem, que de imediato parece ser a felicidade humana na *polis*, torna-se suplementar quando se pensa em como efetivar esse *supremus bonus* numa ordem em que todos devam ser levados em consideração. O problema da justiça, na concepção de Aristóteles, não pode ser tomado como uma reflexão do homem isolado como pensam aqueles que defendem a tese do individualismo, segundo a qual os homens participam da vida coletiva unicamente para a satisfação de necessidades vitais como defesas da propriedade, da segurança, da vida etc. Segundo o que parece, Aristóteles pensou a sociedade como uma forma de organização capaz de possibilitar àqueles que a compõem, o pleno desenvolvimento de suas disposições naturais (possibilidades), acreditando em suas respectivas perfectibilidades como motor excelente da vida.

Essa perfectibilidade, que obedece ao princípio de movimento posto pela concepção de *ato e potência*, vislumbra o raciocínio de que as sociedades também se modificam, e para melhor, uma vez que a própria comunidade se reúne com a responsabilidade de, por meio da educação, levar em consideração o outro como dimensão de justiça, desenvolvendo as qualidades intelectuais e morais dos seus membros. Essa construção teórica faculta a compreensão de que os homens não só são responsáveis pelos seus atos como também são capazes de superar as dificuldades postas pela diversidade da vida comunitária. Logo, Aristóteles é original por elaborar respostas satisfatórias aos múltiplos conflitos da vida cidadina, elevando a política à condição de instância mediadora.

Ao se defender a tese de que a justiça é o grande bem, conforme leitura realizada do sistema ético-político elaborado por Aristóteles, julga-se poder compreender porque o filósofo elege a relação necessária entre igualdade e liberdade como princípio-chave do seu pensamento político. A liberdade que o estagirita imagina está circunscrita ao ideal de uma comunidade onde todos possam encontrar o significado de suas respectivas vidas, ao passo que a liberdade imaginada hoje deixa escapar a responsabilidade com o outro. Talvez esta seja a escolha dos dias atuais: liberdade que ignora a equidade como critério de justiça.

Os elementos que compõem o conceito de justiça, para Aristóteles, são harmonia da *polis*, o outro, a consciência do ato, a legalidade e o bem comum. Esses elementos tornam-se inseparáveis se levarmos em consideração que a legalidade só tem sentido em uma organização comunitária onde o bem comum seja o eixo em torno do qual os indivíduos se agrupam para a vida em comunidade. Esta vida é a condição da existência simultânea do indivíduo e do cidadão, em que o eu é remetido ao outro em cadeias sucessivas de relações integradoras. Pode-se

apreender do pensamento de Aristóteles o aspecto de que toda comunidade é uma associação de homens livres na qual se trocam necessidades por satisfações; assim como que a convivência se destina à prática de ações nobilitantes. Portanto, se é verdadeiro que a justiça é o maior dos bens a ser perseguido pelos homens em razão de sua condição de *zoon politikós*, ela constitui-se como essência moral da vida humana, sem a qual nos assemelharíamos aos animais e as suas necessidades.

## Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. SP: Martins Fontes, 2007. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Banedetti.
- ARAÚJO, Vandyck N. *Fundamentos aristotélicos do direito natural*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: UNB, 1997. Tradução de Mário da Gama Kury.
- \_\_\_\_\_. *Ética*. Brasília: UNB, 2001. Tradução de Mário da Gama Kury.
- \_\_\_\_\_. *Metafísica*. SP: Loyola, 2002. Tradução de Marcelo Perine.
- \_\_\_\_\_. *De anima*. São Paulo: Editora 34, 2007. Tradução de Maria C. Gomes dos Reis.
- \_\_\_\_\_. *Tópicos*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2007. Tradução de Levi Condinho.
- \_\_\_\_\_. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2008. Tradução de Manuel Alexandre etti elli.
- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. SP: Paulus, 2008. Tradução de Marisa Lopes.
- BAILLY, A. *Dictionarie grec-français*. Paris: Hachette, 1950.
- BARRERA, Jorge M. *A política em Aristóteles e Santo Tomás*. Rio de Janeiro: Sétimo Selo, 2007. Carlos Ancède Nougé.
- BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2002. Tradução de Dion David Macedo.
- BITTAR, Eduardo C.B. *A justiça em Aristóteles*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BODÉÛS, Richard. *Aristóteles: a justiça e a cidade*. São Paulo: Loyola, 2007. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário.
- CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2013. Tradução Magda Lopes.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto – 1*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. Tradução de Carmen Sylvia Guedes e Rosa Maria Boaventura.
- DÜRING, Ingmar. *Aristóteles*. México/DF:UNAM, 1990. Traducción de Bernabé Navarro.
- FARIA, Maria do C. B. *Direito e ética – Aristóteles, Hobbes e Kant*. São Paulo: Paulus, 2007.
- HELLER, Agnes. *Aristóteles y o mundo antiguo*. Barcelona: Ediciones Península, 1983. Traducción José Francisco Yvars e Antonio Prometeo Moya.
- \_\_\_\_\_. *Além da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. Tradução de Savannah Hartmann.
- JAEGER, W. *Aristóteles*. México/DF: Fondo de Cultura, 1992. Traducción de José Gaos.
- KREMER-MARIETTI, Angèle. *A ética*. São Paulo: Papirus, 1989. Tradução de Constança Marcondes Cesar.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de que? Qual racionalidade?* São Paulo: Edições Loyola, 1991. Tradução de Marcelo Pimenta Marques.
- \_\_\_\_\_. *Depois da virtude*. Bauru: Edusc, 2001. Tradução de Jussara Simões.
- MORRAL, John B. *Aristóteles*. Brasília: UNB, 2000. Tradução de Sérgio Duarte.
- OLIVEIRA, Manfredo A. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1993.
- RICKEN, Friedo. *O bem-viver em comunidade: a vida boa segundo Platão e Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 2008. Tradução Inês Antônia Lohbauer.

- ROSS, David. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987. Tradução de Luiz Felipe Ferreira.
- SILVEIRA, Denis C. *Complementaridade entre uma ética das virtudes e dos princípios na teoria da justiça de Aristóteles*. V.52, nº 2. Porto Alegre: Veritas, 2007, p. 35-55.
- URBINA, José M. P. S. de. *Diccionario Manual Griego clásico-Español*. Barcelona: Vox, 2009.
- VAZ, Henrique C.L. *Antropologia filosófica*. Vol. I. São Paulo: Loyola, 1993.
- VERGNIÈRES, Solange. *Ética e política em Aristóteles*. São Paulo: Paulus, 1998.
- VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. São Paulo: Bertrand Brasil, 1992. Tradução de Ísis Borges B. da Fonseca.
- ZINGANO, Marco. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Paulus e Discurso Editorial, 2009.
- WOLF, Ursula. *A Ética a Nicômaco de Aristóteles*. São Paulo: Edições Loyola, 2010. Tradução de Enio Paulo Giachini.

# O Consentimento e a Informação nos Cuidados Médicos

---

Fernanda G. Galhego Martins<sup>1</sup>

## Resumo

Esse estudo analisa a dinâmica da relação médico-paciente e o enquadramento do consentimento informado no direito brasileiro, avaliando criticamente a capacidade dos mecanismos jurídicos atuais salvaguardarem a autodeterminação individual.

**Palavras-chave:** Relação médico-paciente; autonomia; consentimento informado.

## Abstract

This study analyses the dynamics of the doctor-patient relationship and the framework of the informed consent in Brazilian law, critically assessing the ability of legal mechanisms to guarantee individual self-determination.

**Keywords:** Medical doctor-patient relationship; autonomy; informed consent.

## Introdução

O presente ensaio pretende tecer algumas considerações sobre o papel do indivíduo sob cuidados nas decisões concernentes às intervenções e aos tratamentos médicos afetos à sua própria saúde. As reflexões que se apresentam partem da ideia da superação do paternalismo médico, não para reproduzir a realidade da evolução social, mas sim para transmitir o enquadramento temático necessário à análise crítica das soluções jurídicas vislumbradas pelo ordenamento brasileiro para amparar a figura do «consentimento informado» e proteger o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde.

## A relação médico-paciente

A evolução da relação médico-paciente de um esquema vertical, onde o princípio da beneficência era seguido sem que fosse considerada a opinião do indivíduo sob cuidados, visto como um desvalido<sup>2</sup>, para um horizontal, no

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, investigadora bolseira do CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasil – Doutorado Pleno no Exterior), com Pós-Graduação em Direito da Farmácia e do Medicamento pelo Instituto de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra e em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Advogada.

<sup>2</sup> PEREIRA, 2004, p.: 29.

qual o profissional de saúde deixa de ser encarado como um «tutor» e ambos passam a uma situação de igualdade<sup>3</sup>, permitiu conceber o paciente como «centro autônomo de decisão»<sup>4</sup> e afastar os tempos em que, como dogma, valia sua não participação volitiva no núcleo gerador da decisão médica<sup>5</sup>. A partir desse novo modelo de assistência, o indivíduo não é apenas um solicitador do auxílio que deve se comportar como um mero espectador enquanto o médico “decide por ele porém sem ele”<sup>6</sup>, mas sim um agente capaz de se autodeterminar e a quem devem ser facultados os elementos necessários para conhecer e compreender as intervenções indicadas antes de tomar sua decisão<sup>7</sup>.

A relação médico-paciente transmuta-se, então, de um modelo em que o profissional se sentia legitimado a ignorar e a transgredir as opções e disposições dos indivíduos sob cuidados quando contrastassem com as suas<sup>8</sup> para um novo modelo de respeito à vontade do paciente. Se, por um lado, a «autoridade teórica»<sup>9</sup> exercida pelo profissional de medicina agora se revela insuficiente para legitimar por si só a atuação médica a despeito das deliberações individuais, por outro, ela se mostra imprescindível para ajudar o indivíduo sob cuidados a representar adequadamente a sua situação e tomar decisões realistas frente a situação em que se encontra.

Nesse novo cenário, o “triunfo da autonomia sobre a velha medicina hipocrática de orientação paternalista”<sup>10-11</sup> denota o respeito que se deve ter

<sup>3</sup> Para a evolução da relação cf. NEVES, 2001.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, 1995, p.: 103.

<sup>5</sup> RAPOSO, 1992, p.: 06.

<sup>6</sup> RETUERTO BUADES / SISO MARTÍN, 2001, pág.: 799 (livre tradução).

<sup>7</sup> RODRIGUES, 2001, pág.: 17.

<sup>8</sup> “*Si reteneva, in un passato non molto lontano, che quando il paziente aveva necessità di ricorrere al medico implicitamente si remetteva a tutte le sue decisioni sugli accertamenti ritenuti più idonei sul piano diagnostico e sui trattamenti ritenuti più appropriati; il paziente cioè assumeva un ruolo passivo e la figura del medico si rivestiva di una funzione paternalistica con facoltà di disporre e decidere a suo giudizio nell’interesse, (da lui) ritenuto, dello stesso paziente. Quello che andava fatto, a prescindere dai reali interessi del paziente, lo decideva solo il medico dall’altro del suo giudizio professionale.*” (BILANCETTI, 2001, p.: 528).

<sup>9</sup> A autoridade teórica transmite ‘as diretivas de natureza técnica’, determinando, assim, através da ‘apelação a conclusões científicas e a convicções bem fundamentadas’, o caminho mais adequado para proceder caso se deseje alcançar um fim determinado – por exemplo, que a ‘saúde se reestabeleça’ (LAPORTA SANMIGUEL, 2010, pág.: 22, cujas as expressões foram livremente traduzidas).

<sup>10</sup> CANCIO MELIÁ, 2012, p.: 103.

<sup>11</sup> A expressão «paternalismo médico» traduz a situação em que o bem do paciente apenas é conhecido pelo médico, tendo este o poder de decidir o que considera melhor para o paciente (BARBOSA, 2004, p.: 7), denotando a adoção prevalente do princípio da beneficência, segundo a qual o paciente deveria confiar no médico com uma atitude de «tranquila passividade» (NEVES, 2001, p.: 11). Nas palavras de Tom Beauchamp e James Childress, “*el paternalismo es la desautorización intencionada de las preferencias o acciones conocidas de una persona, donde la persona que las autoriza justifica su acción con el propósito de beneficiar a o evitar el daño a la persona cuya voluntad está desautorizando*” (BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 260).



pela dignidade da pessoa “sentida e expressa pelo corpo humano como suporte biológico da existência”<sup>12</sup> e o derradeiro apelo a esses dois incindíveis princípios<sup>13</sup> reclama que o indivíduo sob cuidados seja tratado como um sujeito portador de um valor absoluto<sup>14</sup>. Logo, já não é possível encará-lo como um mero objeto do tratamento, mas sim como uma pessoa com direito a ser ouvida<sup>15</sup>, o que gera a necessidade de uma postura médica orientada a facultar ao paciente os elementos para que este, conhecendo e compreendendo os dados referentes à sua própria situação, possa exercer o seu poder de decisão<sup>16</sup>.

## A Mudança de Paradigma

O reconhecimento do paciente enquanto indivíduo capaz e dotado de direitos e valores próprios possibilitou o abandono de uma posição passiva de submissão às decisões do profissional de saúde. Ao longo do tempo, “o nascimento da teoria dos direitos fundamentais e o reconhecimento da autonomia dos cidadãos modificou a relação terapêutica e temperou o princípio da beneficência”<sup>17</sup>, conferindo progressivamente as condições básicas para construção de uma relação mais equilibrada com a consideração do indivíduo sob cuidados como um centro de decisão.

No plano internacional, uma série de instrumentos refletem parte dessa evolução. Numa enumeração meramente exemplificativa, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948; a Declaração de Helsinki sobre os Princípios Éticos Aplicáveis às Investigações Médicas em Seres Humanos, adotada em 1964 pela Associação Médica Mundial e sucessivamente revisada / alterada em Tóquio (1975), Veneza (1983), Hong-Kong (1989), Sommerset West (1996), Edimburgo (2000), Washington (2002), Tóquio (2004), Seul (2008) e Fortaleza (2013); a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 11 de Novembro de 1997; a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos adotada pela Conferência Geral da UNESCO, em 16 de Outubro de 2003; a Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente, adotada pela 34ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, em Setembro de 1995; a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano no que toca à Aplicação da Biologia e da Medicina, em Oviedo (1997/ 1999)<sup>18</sup>, com os seus Protocolos adicionais; a

<sup>12</sup> JOAQUIM, 2000, p.: 22.

<sup>13</sup> MIRANDA / MEDEIROS, 2005, p.: 57.

<sup>14</sup> MELO, 2007, p.: 74.

<sup>15</sup> PEREIRA, 2015, p. 377.

<sup>16</sup> RODRIGUES, 2001, p. 17.

<sup>17</sup> OLIVEIRA, 1995, p.: 103.

<sup>18</sup> Adotada e aberta à assinatura em Oviedo (1997) e com entrada em vigor na ordem internacional em Dezembro de 1999.



No panorama deontológico, as regras previstas pela própria classe médica vão mais além na tentativa de conferir algum equilíbrio à relação médico-paciente e, dentro dos seus próprios limites, indiciam uma mudança de paradigma, na medida em que mediatizam e contribuem para o equilíbrio da relação assistencial. No intento de estabelecer ou reafirmar padrões de conduta profissional que inspirem e guiem a atuação médica<sup>24</sup>, o Código de Ética Médica prescreve, dentre os princípios fundamentais para o exercício da profissão, que, no processo de tomada de decisões, «o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos», desde que sejam adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas<sup>25</sup> e, ao impor uma série de vedações à conduta profissional, no reverso da moeda, gera para o médico as obrigações de «esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença»<sup>26</sup>; «obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte»<sup>27</sup>; «garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar»<sup>28</sup>; e respeitar «o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte»<sup>29</sup>.

## A tomada de decisão nos cuidados de saúde

Quando o paciente deixa de ser considerado apenas um solicitador do auxílio que deve se comportar como um mero espectador enquanto o seu bem estar é heteronamente determinado<sup>30</sup>, o abandono de uma relação assimétrica marcada pela prevalência do princípio da beneficência impõe ao médico a modificação de sua posição<sup>31</sup> com vista a assegurar, para além do plano teórico, a participação volitiva do indivíduo sob cuidados nas decisões relativas a sua saúde. Como

<sup>24</sup> LIZARRAGA BONELLI, 2001, p.: 365.

<sup>25</sup> Capítulo 1, inciso XXI do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

<sup>26</sup> Art. 13 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

<sup>27</sup> Art. 22 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

<sup>28</sup> Art. 24 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

<sup>29</sup> Art. 31 do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009.

<sup>30</sup> Um exemplo desses tempos é trazido na obra de CALVET DE MAGALHAES: “[N]um opúsculo notável, «A alma do cirurgião», o eminente operador Jena Louis Faure escreve estas corajosas palavras que têm servido de apoio aos defensores do direito de cura: «Eu penso que há até o direito de se operar sempre, até contra a vontade do doente. Penso e tenho-o feito. Nestas conjunturas, a vontade do cirurgião deve prevalecer sobre a vontade do enfermo que, por ignorância, não pode apreciar a gravidade da sua recusa. Basta proceder às claras e em frente de testemunhas. Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra a sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos. Operei-os e salvei-os. Foram mais tarde eles próprios os primeiros a agradecer a minha violência; e se o caso se repetisse, oporia sempre à obstinada recusa, igual constrangimento»” (MAGALHAES, 1945, p.: 65, *ipsis litteris*).

<sup>31</sup> CANCIO MELIÁ, 2012, p.: 103.

pressuposto necessário ao exercício da autodeterminação, o acesso à informação concernente às práticas médicas a serem desenvolvidas possibilita o abandono de uma posição passiva de submissão às decisões do profissional de saúde e a consideração do paciente como centro de decisão<sup>32</sup>.

## O Dever Médico de esclarecer o Paciente

O relevo conferido ao princípio da autonomia honra a vontade do paciente<sup>33</sup>, mas, em razão da assimetria muitas vezes existente entre os conhecimentos do profissional de medicina e do paciente, bem pouco ou nada adiantaria conferir a este último o poder de decidir sobre os seus cuidados de saúde sem lhe proporcionar as condições necessárias para que as suas escolhas sejam efetivamente viáveis<sup>34</sup>. As deliberações individuais não seriam nada mais do que a mera “aquiescência ou rechaço por qualquer razão ou sem razão”<sup>35</sup> da intervenção indicada.

A cooperação ativa do profissional de medicina se revela essencial à horizontalização da relação médico-paciente ou, noutras palavras, à igualdade nas relações entre o médico e o paciente<sup>36</sup>. Na medida em que a tomada de decisões autônomas no âmbito dos cuidados de saúde nem sempre seria possível sem a ajuda de um profissional capacitado, a relevância conferida à vontade do paciente impõe ao médico o dever de lhe proporcionar os esclarecimentos necessários para garantir uma conscienciosa tomada de decisão.

156

Nesse enquadramento de ideias, os esclarecimentos médicos denotam a sua importância para que o paciente compreenda as implicações envolvidas nas alternativas apresentadas para os cuidados de saúde. Embora a «autoridade teórica» exercida pelo profissional de medicina seja, em regra, insuficiente para por si só legitimar a atuação médica a despeito das deliberações individuais, ela desempenha um papel fundamental para que o paciente consiga representar adequadamente as suas opções e tomar decisões realistas frente à situação em que se encontra.

A consideração da vontade do indivíduo nas decisões afetas à sua saúde requer, então, que os esclarecimentos e as alternativas indicadas sejam levantadas e avaliadas pelo médico em conjunto com o paciente. Independente do indivíduo sob cuidados ser um leigo ou um profissional de saúde sem a formação específica ou o distanciamento necessário para uma

<sup>32</sup> Ns. v. Declaração de Lisboa sobre os Direitos do Paciente (Adotada pela 34<sup>a</sup> Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Lisboa, Portugal, setembro/outubro de 1981 e emendada pela 47<sup>a</sup> Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Bali, Indonésia, Setembro de 1995), CPDHBio; LBS.

<sup>33</sup> NEUMANN, 2010, p.: 281.

<sup>34</sup> Como salientam Tom Beauchamp e James Childress, “[M]uchos actos autónomos no serían posibles sin la cooperación activa de otros que permita que las opciones sean viables” (BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 119).

<sup>35</sup> LAPORTA SANMIGUEL, 2010, p.: 26 (livre tradução).

<sup>36</sup> ALONSO ÁLAMO, 2010, p.: 98.

objetiva avaliação, o respeito devido a esse agente autônomo envolve não só a consideração do “seu direito a ter opiniões próprias, escolher e realizar ações baseadas tanto nos seus valores como em suas crenças pessoais”, mas também a obrigação de lhe “assegurar as condições necessárias para que a sua deliberação seja autônoma”, mitigando “as circunstâncias que possam dificultar ou impedir a autonomia do ato”<sup>37</sup>.

O fim primordial desse processo informativo consiste em ajudar o paciente a decidir conforme seu próprio sistema de valores<sup>38</sup>. E, para tanto, a transmissão da informação deve envolver os elementos relevantes para sustentar a tomada de decisão pelo paciente, permitindo-lhe previamente compreender a sua situação, o significado de sua decisão e as consequências envolvidas em suas opções para conscienciosamente estabelecer, a partir de suas próprias concepções pessoais, os limites do que está disposto a suportar.

### A indicação médica e a decisão individual

A cooperação ativa do profissional de medicina ajuda a propiciar as condições necessárias para a tomada de decisões autônomas por indivíduos competentes<sup>39</sup>. Em virtude dos seus conhecimentos práticos e teóricos, o médico detém as condições necessárias para interpretar, estabelecer e expor as medidas que considere mais recomendadas e também para ajudar o paciente a formar “uma clara representação” da intervenção ou tratamento médico<sup>40</sup> proposto, mas, ao fim, numa relação equilibrada, o seu agir depende, por via de regra, da vontade do paciente.

A prática do ato médico<sup>41</sup> suscita, portanto, um encontro de vontades. Ainda que o profissional de saúde tenha a autoridade teórica sobre a matéria<sup>42</sup>, a decisão final compete ao paciente a quem devem ser facultados os elementos necessários para conhecer e compreender as intervenções indicadas antes de tomar sua decisão<sup>43-44</sup>.

<sup>37</sup> BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 117 e 118 (em livre tradução).

<sup>38</sup> CANCIO MELIÁ, 2013, p.: 271 e também em CANCIO MELIÁ, 2012, p.: 68.

<sup>39</sup> BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 119.

<sup>40</sup> PIERANGELI, 2001, p.: 202.

<sup>41</sup> Entendido como uma ação profissional que admite diversas técnicas, métodos e finalidades relacionadas ao paciente.

<sup>42</sup> A autoridade teórica transmite “as diretivas de natureza técnica”, determinando, através da “apelação a conclusões científicas e a convicções bem fundamentadas”, o caminho mais adequado para proceder caso se deseje alcançar um fim determinado, por exemplo, o reestabelecimento da saúde (LAPORTA SANMIGUEL, 2010, p.: 22, em livre tradução).

<sup>43</sup> RODRIGUES, 2001, p.: 17.

<sup>44</sup> Nessa perspectiva, Brody Howard entende que o consentimento do paciente deve ser considerado um ingrediente essencial do bom atendimento ao paciente e um médico que não tem as habilidades para informar os pacientes de forma adequada e obter o consentimento apropriado não possui as habilidades médicas essenciais para a sua prática profissional (HOWARD, 1989, p.: 05).



*para la salud pública) o que se atente contra sus propias creencias o convicciones científicas o éticas, ya que él posee en calidad de persona los mismos derechos que el paciente (...)*<sup>52</sup>

Obviamente, nem sempre o bem buscado pelo médico coincide com a noção pessoal do paciente. E, na medida em que a vontade livre e informada possibilita o exercício do direito à autodeterminação de um indivíduo capaz<sup>53</sup>, desde que presentes esses pressupostos, o reconhecimento do princípio da autonomia impõe ao profissional de saúde o dever de respeitar o direito de cada paciente decidir sobre os assuntos de sua vida e de sua saúde<sup>54</sup>, o que engloba tanto o consentimento como a recusa livre e esclarecida das intervenções e tratamentos que lhe são medicamente recomendados.

## O consentimento informado e a autodeterminação individual

Nos cuidados de saúde, a estreita ligação entre a informação e o consentimento tem suas raízes na jurisprudência americana. O termo consentimento informado deriva de uma tradução da expressão *informed consent*, cuja origem é atribuída ao caso *Salgo x Leland Stanford Junior University Board of Trustees*<sup>55</sup>, julgado na Califórnia, em de 1957<sup>56</sup>. Nessa decisão, o Tribunal analisou, dentre outros aspectos respeitantes à negligência médica, a responsabilidade dos médicos envolvidos na assistência de um paciente, cujos membros inferiores ficaram paralisados após ter sido submetido a exames de raio x e aortografia com o emprego de contraste<sup>57</sup> sem que os profissionais encarregados dos cuidados tenham lhe informado sobre os detalhes e os riscos envolvidos na realização desse último procedimento diagnóstico<sup>58</sup>. Em breves linhas, uma vez que, os próprios médicos responsáveis pelos cuidados admitiram que os detalhes e os riscos da aortografia não foram explicados ao paciente, o entendimento judicial expresso na sentença pontificou que o médico viola o seu dever para com seu paciente e se sujeita à responsabilidade quando ele retém quaisquer fatos que sejam necessários para formar a base de um consentimento inteligente por parte do paciente, não cabendo a ele “minimizar os perigos conhecidos” de uma intervenção “a fim de induzir o consentimento de seu paciente”, mas sim proporcionar “a divulgação completa dos fatos necessários para um consentimento informado”<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> CRIADO DEL RIO, 2001, pág.: 98.

<sup>53</sup> Esta confere ao paciente o direito a “não ter uma vontade extrínseca imposta sobre si, lhe permite determinar-se de acordo com a própria vontade” (COSTA, 2007, p.: 119).

<sup>54</sup> LAPORTA SANMIGUEL, 2010, p.: 23.

<sup>55</sup> COLOMBO, 2009, pág.: 21 e TENENBAUM, 2012, p.: 705.

<sup>56</sup> 154 Cal.App.2d 560.

<sup>57</sup> 154 Cal.App.2d 560, p.: 04.

<sup>58</sup> Nesse caso, 154 Cal.App.2d 560, p.: 09.

<sup>59</sup> 154 Cal.App.2d 560, p.: 09, em livre tradução.





Em *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, a decisão reconhece que a inobservância da vontade da paciente produz um dano à autodeterminação individual<sup>67</sup>. De acordo com o entendimento naquela manifestado, a intervenção sem o consentimento do paciente não mais vulnera apenas o direito à integridade física – como anteriormente entendido nos seus precedentes<sup>68</sup> – mas lesa o direito à autodeterminação – independente de qualquer dano físico<sup>69</sup>.

## A Informação Prévia à Intervenção Médica e o Sistema Normativo Brasileiro

No ordenamento pátrio, por mais que seja efetivamente possível encontrar algumas referências esparsas – anteriormente citadas – sobre o tema do consentimento do paciente na legislação especial, a ausência de uma norma específica para tratar apropriadamente a matéria no contexto da prática clínica inspira a busca por alternativas aptas a consolidar a aplicação do consentimento informado. Esse intuito leva a jurisprudência a buscar a fundamentação legal do direito à informação prévia aos cuidados de saúde na aplicação do art. 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) – o qual dispõe que são “direitos básicos do consumidor” (*caput*) “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (inciso III) – interpretado em conjunto com o

<sup>67</sup> “*In the case at hand, the wrong complained of is not merely negligence. It is trespass. Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent, commits an assault, for which he is liable in damages.*” (211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03).

<sup>68</sup> Em especial, *Pratt v. Davis*, 224 Ill. 300 e *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, os quais foram expressamente mencionados em *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* (211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03). Em *Pratt v. Davis*, a paciente teve seu útero e ovários retirados sem o seu consentimento, após ter sido comunicada apenas que se tratava de intervenção leve (JOOST, 1967, p.: 120). O médico, em sua defesa, argumentou que, de acordo com a sua própria concepção, ela não era mentalmente competente para dar o seu consentimento e que, portanto, o consentimento havia sido obtido a partir de seu marido (JOOST, 1967, p.: 120). Diante disto, o tribunal considerou que a falta de capacidade mental do paciente para consentir não pode se basear apenas no fato do médico achar a condição mental da paciente insuficiente para informá-la e, portanto, qualquer consentimento dado pelo marido não nega responsabilidade daquele (JOOST, 1967, p.: 120).

No caso *Mohr v. Williams*, a paciente consentiu com uma operação em sua orelha direita, mas o médico durante a intervenção decidiu que era a esquerda que necessitava da intervenção (BEAUCHAMP / CHILDRESS, 2002, p.: 136), intervindo sem que houvesse uma situação de urgência que impedisse a futura realização dessa intervenção com o consentimento da paciente (POWELL, 1961, p.:200). Após traçados os aspectos gerais de *Mohr v. Williams* e *Pratt v. Davis*, importa ressaltar que em ambos seria possível ao médico, antes da intervenção ou, com o cancelamento da intervenção, noutra oportunidade, informar ao indivíduo sob cuidados e dar-lhe a oportunidade de decidir sobre a intervenção.

<sup>69</sup> 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914), p.: 03.

art. 34 do Código Ética Médica/Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009<sup>70\_71\_72</sup>.

A aplicação da norma consumerista parte da caracterização da relação de consumo existente entre o médico e o paciente e, conseqüentemente, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos aspectos dela emergentes. A partir da definição de consumidor como «*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*» (art. 2.º da Lei 8.078/90, grifo ora apostro) e de fornecedor como «*toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços*» (art. 3.º da Lei 8.078/90, grifo ora apostro) – entendida como «*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de carácter trabalhista*» (art. 3.º, § 2.º da Lei 8.078/90, grifo ora apostro) –; as expressões em destaque ajudam a ilustrar que o paciente exerce o papel de consumidor e o médico o de fornecedor do seu serviço – que pode englobar, por exemplo, a consulta, o acompanhamento clínico e uma série de intervenções realizadas em razão da assistência.

Através da configuração da relação de consumo, em razão da contratação pelo paciente de um serviço médico, a aplicação da norma consumerista translada ao profissional / fornecedor de serviços o dever de informar o paciente /

<sup>70</sup> STJ, REsp 1180815 / MG, 3ª Turma, Rel. Min<sup>a</sup>. Nancy Andri ghi, DJe de 26/08/2010 e, no mesmo sentido, o entendimento manifesto no REsp 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 10/2/2003 do mesmo Tribunal e também adotado na Justiça Estadual, como se nota, por exemplo, nas Apelações Cíveis: n.º 70048922017, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 12/12/2012; n.º 70042067538, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 25/05/2011; n.º 70042520502, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012; n.º 70043775782, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/09/2011; n.º 70047562269, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/06/2012; n.º 70047424775, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 28/11/2012, n.º 70042026286, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 19/10/2011; 70046322400, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 29/02/2012.

<sup>71</sup> Vale observar que, como anteriormente afirmado, a «preservação da autonomia da pessoa na defesa de sua integridade física e moral» e «o direito à informação às pessoas assistidas» são expressa e respectivamente previstos no art. 7.º, incisos III e V da Lei 8.080/90 que «[D]ispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências».

<sup>72</sup> “É vedado ao médico: Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação ao seu representante legal.”

consumidor, nos termos do art. 3.º, III, sobre «os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem» – abordando, conforme o art. 8.º da norma consumerista, as questões «necessárias e adequadas a seu respeito» e expando, em função do art. 9.º, «de maneira ostensiva e adequada», «a nocividade ou periculosidade» do serviço. O último recurso ao art. 6.º, III do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) ajuda a aproximar o desenvolvimento legislativo pátrio ao discurso doutrinário e ao panorama internacional, uma vez que deixa claro que o consumidor / paciente tem o direito à «informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem».

Embora não exista uma vinculação legal expressamente estabelecida entre o consentimento do paciente para o desempenho da atuação médica na prática clínica e o seu direito à correspondente informação, a fundamentação do consentimento do paciente pode se dar através da conjugação do art. 7.º, *caput* e incisos III e V da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, com o art. 22 e 24 do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009. Nessa associação normativa, a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “[D]ispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, estabelece, como princípio (art. 7.º *caput*), “a preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (art. 7.º, III) e “o direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde” (art. 7.º, V)<sup>73</sup>; já, a orientação encontrada na redação peculiar do Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1931, de 17 de Setembro de 2009, ajuda o intérprete a ajustar enquadramento legal ao vedar ao médico: “[D]eixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado” (art. 22) e “[D]eixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” (art. 24)<sup>74</sup>.

A dinâmica legal operada tem o mérito de suprir as carências normativas. Porém, chamar de consentimento informado ou esclarecido o direito à informação ou querer assemelhar a articulação legal a um instituto orientado à salvaguarda da autodeterminação individual sublima a realidade. O problema não está na redação das normas, nem na interpretação conjunta dos dois dispositivos, mas sim na incapacidade dessa articulação proteger um bem tão relevante como a autodeterminação individual. Apesar da norma consumerista garantir o direito à informação, sobretudo quando as escolhas do paciente diverjam da opção de médica, o silêncio do art. 15. do Código Civil sobre as intervenções médicas em que não haja «risco de vida» e a incapacidade das disposições deontológicas anteriormente mencionadas para dissuadir

<sup>73</sup> Texto legal expressamente citado.

<sup>74</sup> Redação normativa expressamente citada.

eficazmente comportamentos atentatórios a um bem jurídico tão caro como a liberdade individual poderia conduzir à adoção de medidas contrárias às deliberações individuais<sup>75</sup>.

O caminho até agora traçado faz lembrar as considerações do professor Jay Katz:

(...) In listening to people talk about informed consent, I have been struck again and again by their childlike conviction that the phrase has meaning, that it does not require painstaking definition before one can even begin to discuss it. This propensity to suspend reality-testing recalls dreams of our own when everything, however impenetrable or absurd, appeared so remarkably sensible, at least until we are fully awake. Dreams, fairy tales, even legal phrases and medical terminology have much in common; they seduce us to surrender our adult critical judgment. We remain all too prone to such surrenders so that, as fairy tales again instruct us, we can go to great lengths in denying that the emperor has no clothes. (...) <sup>76</sup>

O direito a autodeterminação 'não pode ser adequadamente garantido apenas por meio de regras deontológicas<sup>77</sup> e tampouco a norma consumerista apresenta uma alternativa apta a proteger o paciente de atuações médicas eticamente reprováveis. Além das disposições deontológicas anteriormente referidas não protegerem satisfatoriamente o direito à autodeterminação corporal enquanto expressão do direito à liberdade individual, os preceitos consumeristas usualmente empregues pela jurisprudência para fundamentar o direito do paciente ao consentimento informado se prestam a tutelar a relação de consumo estabelecida entre o médico e o paciente e, mesmo que viabilizem o conhecimento de determinadas informações relativas à prestação do serviço, somente indiretamente mediatizam o exercício da autonomia do paciente e são insuficientes para dissuadir eficazmente comportamentos atentatórios a um bem jurídico tão caro como a liberdade individual<sup>78</sup>.

## Considerações finais

pós mais de 60 anos do caso Salgo e depois da intensa evolução legislativa e doutrinária no plano internacional, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer norma que trate especificamente do consentimento livre e

<sup>75</sup> Nesse contexto, desde que não houvesse o emprego de violência ou grave ameaça ou a redução da capacidade de resistência do paciente previamente informado, a conduta médica nem sequer teria relevância penal.

<sup>76</sup> KATZ, 1977, pág.: 137-138.

<sup>77</sup> FABRIS, 2000, pág.: 100 (livre tradução).

<sup>78</sup> Numa direção aproximada, Eduardo Dantas sinaliza que “as normativas legais relacionadas ao consentimento, especialmente na área da saúde, precisam ser repensadas” (DANTAS, 2009, pág.: 101).

esclarecido do paciente no contexto da prática clínica. Não se põe em causa que o exercício interpretativo e integrativo das normas gerais que tratam indiretamente o assunto confirmam fundamentação legal ao direito à informação e que, de fato, o art. 15 do Código Civil tenha contribuído para afastar a ideia de coisificação do paciente, mas, ao atribuir a estas o significado e alcance que o termo consentimento informado ou, mas propriamente, o consentimento livre e esclarecido invoca, em última análise, reduz os problemas emergentes da relação médico-paciente a uma encantadora e ilusória simplicidade.

O valor da autodeterminação individual e a necessidade de garantir a liberdade do paciente impõem um esforço maior não só para proteger o indivíduo de uma arbitrária intervenção como também para lhe garantir possibilidade de participar do processo decisório e discutir as soluções e alternativas viáveis para a sua situação. Ainda que a lei não seja feita de palavras mágicas que, ao modo dos contos de fadas, transformem “*frog-patients*” em “*autonomous princes*”<sup>79</sup>, o rompimento do silêncio ou o abandono de meias-palavras ajuda a garantir a segurança jurídica, definindo as regras do jogo e, assim, diminuindo as margens para o subjetivismo criativo do aplicador do direito.

## Referências bibliográficas

- ALONSO ALÁMO, Mercedes. *El consentimiento informado del paciente en el tratamiento médico. Bases jurídicas e implicaciones penales*, In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía Personal y Decisiones Médicas, Cuestiones éticas y jurídicas*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- BARBOSA, Heloísa Helena. Autonomia da Vontade e a Relação Médico-Paciente no Brasil, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, Ano 1, n.º 2, p. 5 - 14, 2004.
- BEAUCHAMP, Tom L. / CHILDRESS, F. James. *Principios de ética biomédica*. Reimpresión. Barcelona: MASSON S.A., 2002.
- BILANCETTI, Mauro. *La responsabilità Penale e Civile del Medico*. Quarta Edizione. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2001.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía. Algunas reflexiones desde la perspectiva española, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 96, p. , 53-72, 2012.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía*, In: COSTA, José de Faria, URS, Kindhäuser. *O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- COLOMBO, Cristina. Il consenso informato: quale spazio per il testamento biológico e l'amministrazione di sostegno?, *Rivista penale, rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Piacenza, Gennaio, n.º 1, p. 21-30, 2009.
- COSTA, Breno Rego Pinto Rodrigues. *Autonomia, Saúde e Constituição – Um olhar sobre os internamentos obrigatórios de portadores de doenças infecciosas no ordenamento constitucional brasileiro e português*. Coimbra: Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra, 2007. Originalmente apresentado como tese de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito de Coimbra da Universidade de Coimbra – Portugal.
- CRIADO DEL RIO, María Teresa. Visión Médico Legal del Secreto Profesional Médico y del Consentimiento Informado: su aplicación en la función médico pericial, *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, Coimbra, ano X, n.º 11, p. 77-127, 2001.

<sup>79</sup> KATZ, 1977, pág.: 137.

- DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- FABRIS, Elisabetta Pallermo. *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.
- FRAGA MANDIÁN, Antonio Fraga, LAMAS MEILÁN, Manuel María. *El Consentimiento Informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*. Pontevedra: Revista Xurídica Galega, 1999.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. 3.<sup>a</sup> Edición. Barcelona: Bosch, 2013.
- HOWARD, Brody Source. Transparency: Informed Consent in Primary Care, The Hastings Center Report, New York, vol. 19, n.º 5 (Sep. – Oct), p. 5-9, 1989.
- JOAQUIM, Teresa. *Documento de Trabalho 26/CNEVC/99, Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana, Documentação Vol. VI (1999) do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros, 2000.
- JOOST, William J.. *Consent, Chicago-Kent Law Review*, Chicago, n.º 44 , p. 116-125, 1967.
- KATZ, Jay. Informed Consent – A Fairy Tale?, *University of Pittsburg Law Review*, Pittsburg, vol. 2, n.º 2, winter, p. 137-174, 1977.
- KING, Jaime Staples. MOULTON, Benjamin. Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making, *American Journal of Law, Medicine & Ethics*, Boston, vol. 32, n.º 4, p. 429-501, 2006.
- LAPORTA SANMIGUEL, Francisco Javier. *Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos*. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía Personal y Decisiones Médicas, Cuestiones éticas y jurídicas*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- LIZARRAGA BONELLI, Emilio. *El médico ante los colegios profesionales. Deontología médica*, In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario - Tomo I Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 2001.
- LOUREIRO, João Carlos. Adeus a Delfos? Saber, não saber a medicina preditiva, *Lex Medicinæ Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, ano 8, n.º 15, p. 5-27, 2011.
- MAGALHÃES, José Calvet de. *A responsabilidade Penal do Médico. Em caso de morte do doente, Coleção Studivm*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1945.
- MELO, Helena Pereira de. Os direitos da pessoa doente, *Sub Judice Justiça e Sociedade*, Lisboa, n.º 38, Jan-Mar p. 63-75, 2007.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I – Introdução, Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- NEUMANN, Ulfrid. *Problemas Actuales de la Eutanasia en Derecho Penal Alemán*. In: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía Personal y Decisiones Médicas, Cuestiones éticas y jurídicas*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2010.
- NEVES, M. Patrão. Repensar a Ética Hipocrática, *Cadernos de Bioética*, Coimbra, ano XI, n.º. 26, Agosto, p. 5-20, 2001.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. O Fim da «Arte Silenciosa» (O dever de informação dos médicos), *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, 128 º, n.º 3853, p. 101-104, 1995.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra: Coimbra Editora: 2015.
- PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3.<sup>a</sup> edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- POWELL, Robert E.; Consent to operative procedures, *Maryland Law Review*, Maryland, vol. XXI, n.º 3, p. 189-218, 1961.

RAPOSO, Mário. *Palavras de Abertura ditas pelo Presidente do Conselho Nacional de Ética para Ciências da Vida na Sessão Inaugural do I Seminário sobre Bioética – Consentimento Informado e Responsabilidade Médica (30 de março de 1992)*. In: DVAA. *O Consentimento Informado – Actas do I Seminário Promovido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1992.

RETUERTO BUADES, Margarita, SISO MARTÍN, Juan. *La Salud, el Sistema Sanitario Público. Su Protagonista, El Usuario. Derecho y Deberes del Usuario de la Sanidad*. In: MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, LORENZO Y MONTERO, Ricardo de. *Derecho Médico Tratado de Derecho Sanitario – Tomo I Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Colex, 2001.

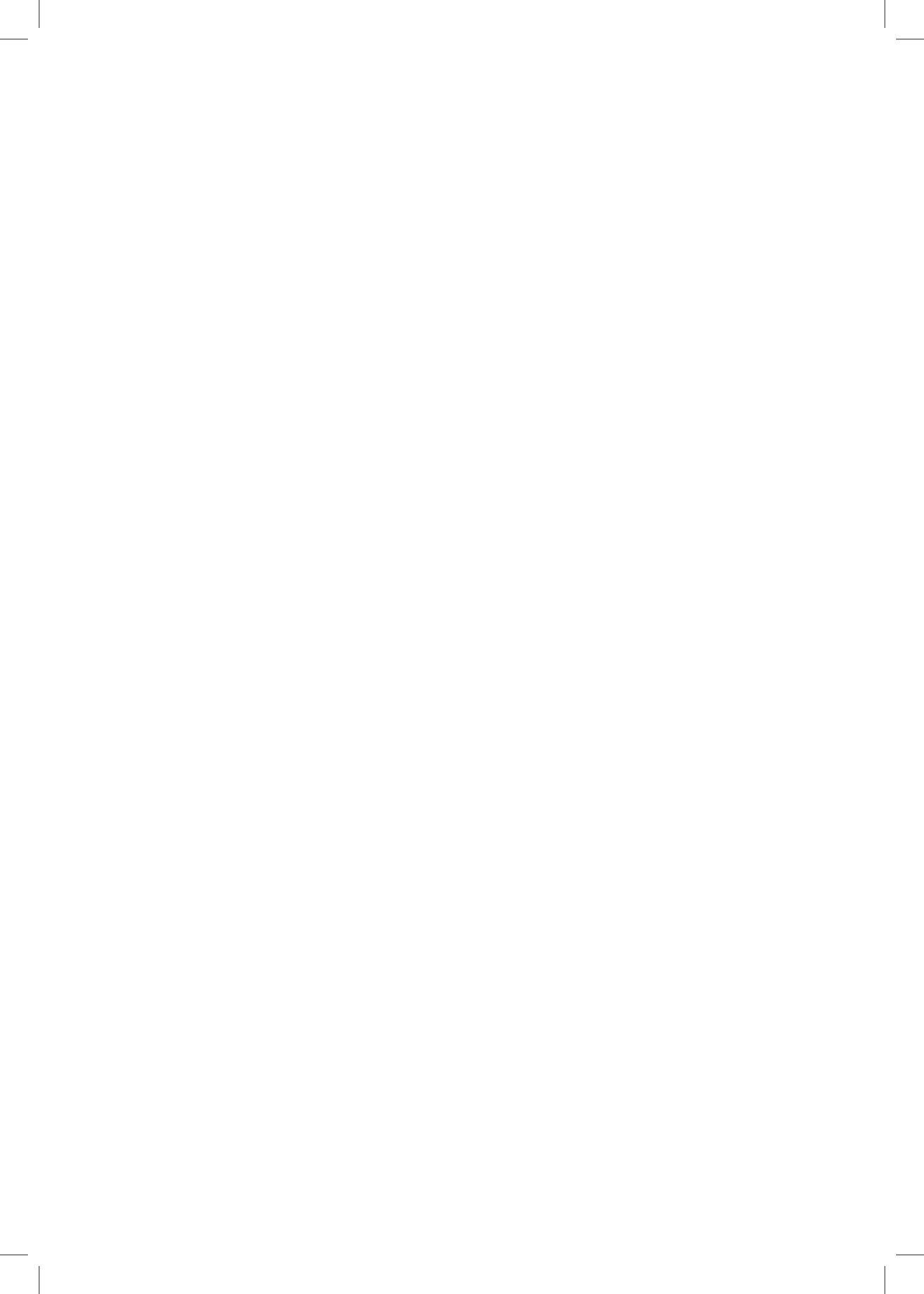
RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El Médico y el derecho penal. TomoI, 1*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

S. AIZENBERG, Marisa, J. ROITMAN, Adriel. *El derecho de la salud en Argentina: Transitando el pasaje del modelo médico hegemónico al modelo del paciente autónomo. El reconocimiento de los derechos de los pacientes a través de la Ley núm. 26.529*. In: TOMILLO URBINA, Jorge, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín. *Estudios sobre Derecho de la Salud Selección de intervenciones en el III Encuentro Interautonómico sobre protección jurídica del paciente como consumidor*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 2011.

TARODO SORIA, Salvador. La doctrina del Consentimento Informado en el ordenamiento jurídico norteamericano, *Derecho y Salud*, Valencia, vol. 14, n.º 1, Enero – Junio, p. 127-148, 2006.

TENENBAUM, M. Evelyn. Revitalizing Informed consent and protecting patient autonomy: an appeal to abandon objective causation, Symposium: Oklahoma's 21st Century Water Challenges, *Oklahoma Law Review*, Oklahoma, vol. 64, n.º 4, summer 2012, p. 697-758, 2012.





# Análise dos Fundamentos Epistemológicos da Jusfilosofia de Hans Kelsen<sup>1</sup>

---

Daniel Nunes Pereira<sup>2</sup>  
Patrick de Almeida Saigg<sup>3</sup>  
Samira Costa Arcanjo<sup>4</sup>

## Resumo

O presente artigo visa desfazer alguns entevoros na interpretação da obra de Hans Kelsen, desconstruir o mito de um positivismo exegeta inexistente na jusfilosofia do mestre de Viena. Especificamente, a premência de uma Jurisdição Constitucional, a partir da teoria Kelseneana necessita de subsídios filosóficos de grande amplitude temática e elaborada complexidade, que constantemente não são adequadamente descritos ou interpretados. A argumentação constitucional do autor deriva de constructos filosóficos próprios, coerentes entre si, nos quais jazem os arcabouços epistemológicos próprios.

**Palavras-chave:** Hans Kelsen; epistemologia; jusfilosofia; teoria do direito.

## Abstract

This paper aims to undo some donnybrook in the interpretation of the work of Hans Kelsen, and to deconstruct the myth of a nonexistent exegete positivism of the Viennese master's philosophy. Specifically, the urgency of a Constitutional Jurisdiction from Kelsenean theory requires philosophical furtherance of large-scale theme and elaborate complexity that constantly are not adequately described or interpreted. The constitutional argument of the author derives from his own philosophical constructs, consistent with each other, in which lie his own epistemological frameworks

**Keywords:** Hans Kelsen; epistemology; philosophy of law; jurisprudence.

---

<sup>1</sup> Artigo originalmente apresentado no “Seminário Comemorativo dos 80 Anos da Teoria Pura do Direito da Teoria da Norma à Teoria do Ordenamento” ocorrido entre os dias 1 e 3 de outubro de 2014 na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

<sup>2</sup> Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito e Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Bacharel em Direito (UFF). Especialista CPE em História Europeia (U.U.-Utrecht). Professor do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida (Teoria do Direito e Ciência Política). Professor Adjunto (Direito Público) da Faculdade de Valença. Brasil. Contato: danielnunes@id.uff.br .

<sup>3</sup> Graduando em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca/RJ. Brasil. Monitor da disciplina “Introdução à Ciência do Direito” (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: patrick-al-saigg@hotmail.com.

<sup>4</sup> Graduanda em Direito – Universidade Veiga de Almeida – Campus Tijuca/RJ. Brasil. Monitora da disciplina “Hermenêutica Jurídica” (2014.2). Membro participante do programa institucional de Iniciação Científica – PIC/UVA-2014. Contato: samira\_arcanjo@live.com .

## Introdução - *Dramatis Personae*

Kelsen nasceu em Praga<sup>5</sup> em onze de outubro 1881. Com a idade de três anos, sua família, de origem germânica, judaica e de classe média, mudou-se para a cosmopolita Viena, onde Kelsen prosseguiu os seus estudos acadêmicos. Em 1906 ele alcançou seu doutorado em direito, apesar de os seus interesses ao longo da vida tenham se concentrado em temas mais humanistas, como filosofia, arte e política. Sua paixão pelo conhecimento nestas áreas no entanto claramente exerceu uma importante influência sobre grande parte do seu trabalho ao longo de sua vida, sendo nomeado em 1919 professor catedrático de Direito Público. Antes disso, durante a Primeira Guerra, trabalhou como conselheiro junto a administração militar do Império Austro Húngaro, e em 1918, ao fim da Guerra, foi contratado como professor associado junto à Universidade de Viena.

O ano de 1919 foi particularmente importante para Kelsen. Não só ele garantiu um avanço significativo na sua carreira acadêmica como o fundador e editor da Revista de Direito Público, mas ele também se tornou uma personalidade importante na história de seu país pois a ele foi confiada a tarefa de elaboração da nova Constituição austríaca. Adotado em 1920, o documento manteve-se quase inalterado até hoje em seus princípios fundamentais.

Os próximos dez anos constituíram um período altamente gratificante e estimulante de ensino e pesquisa. Muitos de seus alunos tornaram-se importantes teóricos do direito, com, por exemplo, Alfred Verdross, Erich Voegelin, Alf Ross e Luis Legaz y Lacambra. Juntos, esses intelectuais notáveis formaram o movimento cultural conhecido como o *Wiener Schule*. Kelsen também esteve em contato com estudiosos de renome em seu país, como os austromarxistas Otto Bauer e Max Adler e os liberais Joseph Schumpeter e Ludwig van Mises. Politicamente alegava manter-se neutro, todavia era clara sua simpatia aos socialdemocratas.

Em 1921 Hans Kelsen foi nomeado como membro do Tribunal Constitucional austríaco, onde exerceu uma forte influência com suas decisões. Ele saiu da Corte em 1930 por motivos políticos, especialmente um embate com o Partido Social Cristão. Os ataques políticos contra Kelsen foram tão fortes que ele decidiu se mudar para Colônia, na Alemanha, durante o conturbado período da República de Weimar.

Em Colônia ele ministrou aulas de Direito Internacional na universidade local, focando em particular a então nova área do Direito Internacional positivo. Até este ponto em sua carreira acadêmica ele refletiu, principalmente, sobre a relação entre a lei nacional e as normas internacionais, concentrando sua atenção sobre o conceito de soberania.

Em 1931 ele publicou “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein*”, uma resposta a Carl Schmitt e a problemática da jurisdição constitucional. No entanto, quando os nazistas tomaram o poder, em 1933, a situação na Universidade de Colônia

<sup>5</sup> Embora nascido em Praga, atualmente capital da República Tcheca, sua família era germânica, e a referida cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro.

mudou rapidamente, e Kelsen, por sua ascendência judia, foi removido de suas funções. Junto com sua esposa e duas filhas, ele partiu para Genebra no outono de 1933 para iniciar uma nova carreira acadêmica. Seu trabalho acadêmico prosperou na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo sua Teoria Pura do Direito e sua obra acerca do Direito Internacional, deveras proficua ao estabelecimento da Organização das Nações Unidas.

## Ontologia Político-Jurídica

O desiderato de Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Kelsen faz uma analogia entre teoria política e disciplinas da filosofia, quais sejam, a epistemologia e a teoria dos valores. Na teoria de Kelsen, em última análise, com fito meramente argumentativo e didático, há duas formas de Estado antagonônicas: a democracia e a autocracia. E na filosofia, tanto na epistemologia como na teoria dos valores, existe o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico.

(...) não existe apenas um paralelismo externo, mas uma relação interna entre o antagonismo autocracia/democracia, por um lado, e absolutismo filosófico/relativismo filosófico, por outro; que a autocracia como absolutismo político está coordenada com o absolutismo filosófico, enquanto a democracia, como relativismo político, está coordenada com o relativismo filosófico (KELSEN, 2000: 161).

Decorre de tal raciocínio a conclusão lógica de que as doutrinas absolutas, inclusive as que concernem a abstração Justiça, concorrem para a autocracia. O relativismo axiológico teria o condão de impedir a formação de regimes políticos despóticos, os quais usualmente, conforme atesta a história, se fundam em valores absolutos. Ou seja, é preciso entender que, por exemplo, Justiça é aquilo que os homens consensualmente definem como tal – as *Nürnberger Gesetze*<sup>6</sup>, exempli gratia, consubstanciavam a mais pura concepção de Justiça do III Reich.

Nota-se que Kelsen escapa do idealismo hegeliano, uma vez que não confunde o conceito com a realidade. Da mesma forma, não incorre no pensamento de Platão, que as ideias, como por exemplo a Justiça, formam a realidade universal, entendida como a verdade absoluta da existência.

Assim, para Kelsen, o relativismo de valores no que concerne á definição da Justiça, implica na afirmação da autonomia moral do homem<sup>7</sup> e na necessidade

<sup>6</sup> As Leis de Nuremberg eram basicamente o principal corpo legal do Terceiro Reich, com a transcrição para instrumentos legislativos de toda a ideologia antisemita do nazismo, de tal sorte que permitiram processual e juridicamente a perseguição de determinados grupos sociais.

<sup>7</sup> A ênfase que Hans Kelsen dá às escolhas e ações do homem como independentes de ordens cosmológico-metafísicas dadas a priori, portanto, de inteira responsabilidade humana, permite

de um acordo dialógico sobre valores. Não há, portanto, como criticam outros pensadores, negação de toda moral. Kelsen admite, entretanto, que o objetivo de todo ordenamento jurídico é eudemonista, ou seja, serão consideradas moralmente boas as condutas que levam à felicidade da sociedade ou do indivíduo.

Eis o antitético paroxismo da ontologia kelseneana: é axiomático o relativismo epistêmico, em outras palavras, há uma “Verdade” e ela diz que não há “Verdades”. Assevera-se o caráter normativo de tal assertiva – Kelsen não diz haver ou não “Verdade”, apenas alega que devemos tomar como certa a pluralidade de “Verdades” cognoscíveis e defensáveis. Assim é que, por não saber se há determinado valor absoluto último, ou, se houver, não sendo cognoscível, adota-se metodologicamente o Relativismo como axioma. Tal raciocínio parece derivar da influência Kantiana<sup>8</sup> na obra de Kelsen, visto que o pensador de Königsberg acreditava haver o Uno (como em Plotino), o Absoluto, mas negava qualquer possibilidade de cognoscibilidade.

*People have always spoken of the absolutely necessary being, and have taken pains, not so much to understand whether and how a thing of this kind can even be thought, but rather to prove its existence.... if by means of the word unconditioned I dismiss all the conditions that the understanding always requires in order to regard something as necessary, this does not come close to enabling me to understand whether I then still think something through a concept of an unconditionally necessary being, or perhaps think nothing at all through it. (KANT, 2003: Cap III, Sec. IV).*

Essa crença na impossibilidade de gnose acerca de determinado valor absoluto, conjuga-se com o ceticismo de Kelsen quanto ao sujeito deste processo epistêmico, ou seja, decorre de uma determinada e específica compreensão do gênero humano.

## Antropologia Política

Antropologia política, em uma delimitação disciplinar realista e conservadora, consiste no estudo dos aspectos sociais e políticas de uma sociedade e suas conexões (ABÉLÈS, 1990: 49). Neste recorte, preocupa-se, entre outras questões, com a questão do poder e sua origem e seu papel na sociedade, bem como a relação entre os indivíduos e da distribuição do poder (ABÉLÈS, 1990:

---

inferir, segundo Cossio (1954: 114) haver forte influência do Existencialismo de Kierkegaard (posteriormente Camus e Sartre, não contemporâneos à obra em comentário) e Fenomenologia de Husserl, na obra do jusfilósofo.

<sup>8</sup> É polêmica a questão de Kelsen ser ou não tributário de Kant, todavia, optamos pela afirmativa, havendo suporte fático em correspondência do jusfilósofo austríaco ao amigo Renato Tréves (filósofo e sociólogo italiano adepto do neokantismo de Marburgo), na qual se lê: : “É absolutamente verdadeiro que o fundamento filosófico da Teoria Pura do Direito se esteia na filosofia kantiana...”. (KELSEN, 1984: 327).

52). Algumas das questões examinadas em antropologia política incluem o papel de autoridade e liderança, o papel da burocracia em sociedades complexas. Em sua teleologia, Antropologia política há de envolver instituições sociais, como estruturas religiosas e familiares, instituições econômicas e sistema político (ABÉLÈS, 1990: 56). É esta teleologia que interessa ao estudo, sobretudo pelo fato de que esta disciplina, de tal maneira recortada, não é anunciada ou confessada nem na obra de Schmitt nem de Kelsen. É central, todavia, pois ao apontar determinado arranjo institucional, presume-se o sujeito que há de operá-lo – adota-se determinada configuração pela crença de como o gênero humano age, de maneira mais ou menos generalizada, em algum contexto em questão. Id est, no caso em comento, qual entendimento do Homem justifica mais ou menos uma jurisdição Constitucional, seja coadunada ao Judiciário ou ao Poder Executivo.

Kelsen constrói sua Antropologia Políticas inconfessa a partir de *Weltanschauung* específica oriunda da Crise Antropológica havida na virada do século XIX na *Mitteleuropa*.

Kelsen, em seus primeiros anos como Universitário lidou com a Crise Antropológica da Vienna Fin-De-Siècle, trabalhando com seus frutos já no primeiro quartel do século XX. A narrativa histórico-política, ocorrida entre 1848 e 1897 reflete a transformação simultânea nas diversas áreas culturais, cotejando a referida Crise Antropológica. Após a *débâcle* de 1848 e os ataques liberais às tradições da aristocracia, que durante séculos ocupou o governo, bem como as reações e desdobramentos dessas investidas, ditaram a evolução da arquitetura, da arte, da política e dos movimentos sociais (SCHORSKE, 1981: 117). A “l’âge d’or” do liberalismo austríaco se manteve enquanto o absolutismo se manifestava como seu opositor direto, havendo decadência das estruturas de poder aristocráticas. Em decorrência dos acontecimentos posteriores a 1848, os liberais moderados se aproximaram do poder, o que coincide com o estabelecimento de um regime constitucional, por volta da década de sessenta do século dezenove (SCHORSKE, 1981: 117). Ocorre que a ascensão ao poder dos liberais austríacos não decorreu de uma luta organizada e perene, não havendo, por conseguinte, força política suficiente para remover definitivamente a aristocracia do poder, de tal sorte que este, na verdade, precisou ser compartilhado com a antiga burocracia imperial (SCHORSKE, 1981: 117).

Em decorrência do fracasso Liberal (SCHORSKE, 1981: 5), nos anos oitenta do século XIX, novos grupos tentaram alcançar o poder, a saber, socialistas, anti-semitas, sociais-cristãos, e nacionalistas eslavos (SCHORSKE, 1981: 118). Ao final da década de 90, os sócias-cristãos (anti-semitas), foram alçados ao poder, o que, expôs as principais contradições do liberalismo austríaco. Por fim, a sociedade austríaca fracassou em seguir o projeto burguês, sendo que ao final do século dezenove o expediente liberal, originalmente direcionado contra a aristocracia, ocasionou o levante dos populares. Ou seja, os liberais conseguiram despertar as massas, mas contra si próprios e não contra a nobreza (SCHORSKE, 1981: 7). Esse fracasso causou intensas repercussões psicológicas, quais sejam, impotência e decadência (SCHORSKE, 1981: 19). Havia



Na primeira categoria, qual seja, a Renúncia, entende-se que homem renuncia a seus instintos agressivos substituindo-os pelas agressões estatais (FREUD, 2010a: 50, 86) ou seja, vis-à-vis com a teoria weberiana, o Estado proíbe ao indivíduo infrações, não para aboli-las, mas, sim, para monopolizá-las.

No que concerne a Autoridade, central à Teoria do Estado de Kelsen, Freud reproduz em grande medida o exposto por Burke (1823: 106), na medida em que admite a positividade das restrições sociais que nos livram da escravidão às paixões. Assinala Freud, todavia, a presença concomitante do amor e da autoridade, havendo, portanto, ambivalência.

Sabendo que Kelsen é tributário dos clássicos contratualistas, resta informar que os alcança mediante a noção Freudiana de Contrato Social. Se em Hobbes, Locke e Rousseau, tal figura explica a legitimidade original da sociedade política, em Freud, a sociedade contratual política corresponde ao desejo irracional do homem em restaurar a Autoridade. Após a morte do pai primitivo (canibalizado pela Horda Primeva), surge no homem a “Nostalgia do pai”<sup>11</sup> (FREUD, 2010b: 18, 23, 24). Para ele, o governo não surge de um contrato social, mas, de uma resposta contrarrevolucionária, que emerge após a queda do governo patriarcal e representa o desejo majoritário dos cidadãos-irmãos, ou seja, diferentemente dos clássicos contratualistas, não é uma manifestação de prudência do grupo. Os mitos do contrato social, no universo psicanalítico, podem ser vistos como reafirmação da vontade do pai acima dos impulsos rebeldes dos filhos. Isso também explica a sobreposição de Religião e Política, havendo transferências, de matrizes edípicas, da figura paterna para o espaço público.

*The primal parricide, the guilt and ambivalence from this act become the prop that enables to elucidate the origin of religion and politics. The religious phenomenon, as well as contractualist comprehension of politics, are deemed on the prospect of neurosis and Oedipus complex. Religion and politics, from the bias of neurosis, provide resources to the individual that allows the revival of the phantasmatic relationship with his Father (then elevated to the rank of god and king). In this ambivalent relationship affectionate and hostile feelings blend into the individual, perpetuating the Oedipal structure, making the relationship between politics and religion inevitably complicated since it is overlapping other neuroses. (NUNES PEREIRA, 2013: 52).*

## Estado

Na teoria kelseneana o Estado surge como ontologicamente necessário, tendo em vista, conforme explanado anteriormente, a Antropologia Política que destaca as temáticas da Autoridade e do Contrato Social face a uma natureza humana temerária (seja a partir de Hobbes ou Freud). Todavia, na História das Ideias sempre pareceu difícil elaborar o conceito de Estado, tendo em vista as

<sup>11</sup> O termo original é “*Vatersehnsucht*”, a edição francesa, aqui utilizada, traduz como “*Désirance pour le Père*”, optando-se utilizar no presente trabalho a tradução aceita na Psicanálise lusófona.





entre Kelsen e Weber, o Estado é organização também política, visto que regula o uso da força, monopolizada por ele mesmo (KELSEN, 1990: 27).

Não obstante em criticar as acepções de Estado majoritariamente aceitas, como Jellinek e Weber, Kelsen também pôs sua teoria contra as reformulações teóricas contemporâneas à República de Weimar. Em seu ensaio “Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre” (KELSEN, 1929 apud KELSEN, 2003b: 43) a preocupação de Kelsen era defender seu método contra ataques teóricos substantivos, bem como aos métodos concernentes à Teoria do Estado, que, segundo ele, objetivariam a própria República de Weimar. As teorias de Kelsen quanto ao Estado foram denunciadas tanto pela Direita como pela Esquerda – o seu formalismo metodológico foi denunciado pelos conservadores como “esquerdismo” e pelos marxistas como “fascismo”.

Se a sua batalha contra as teorias de Jellinek e Weber se dava contra uma tradição teórica já há muito fundamentada, seu embate com Rudolf Smend<sup>12</sup> foi uma resposta às novas Teorias do Estado surgidas após a Guerra, as quais informariam em grande medida a obra de Schmitt (SCHMITT, 1926 apud KELSEN, 2003b: 43). Com sua teoria da integração, Rudolf Smend estava na vanguarda da corrente na Teoria do Estado Alemã que se opôs o positivismo jurídico de Viena. Em “Der Staat als Integration” Kelsen empreendeu “um debate sobre os princípios” (conforme consignado no subtítulo), criticando a falta de clareza metodológica no conceito de integração proposto por Smend e revelando a sua velada natureza política, no sentido ideológico (KELSEN, 2003b: 7, 62). De acordo com Kelsen, a conceituação do Estado exclusivamente em termos dos caminhos “não precisamente constitucionais” no fluxo da existência estatal na sua esfera extra-constitucional, levaria a lógica conclusão de legitimação pseudocientífica de violações constitucionais (KELSEN, 2003b: 94, 115).

## Democracia

A obra política de Kelsen parece tentar dar conta da pergunta a qual a Democracia responde. A saber, é uma resposta à crise do fundamento da autoridade e também questionamentos oriundos de uma crise da justificação das regras.

Para Kelsen liberdade combinada com a igualdade fundamenta a democracia, de tal forma que assegure a participação direta ou indireta do povo na criação e aplicação da ordem jurídica, sendo precípuas tanto a manutenção de um caráter contraditório-discursivo na criação da referida ordem, como proteção de minorias através da positivação de direitos fundamentais (1993:, 67, 69).

Assevera Kelsen que também a Religião tenta responder às referidas perguntas, cooptando para si a fundamentação da Democracia (KELSEN, 2000: 205). Eventualmente, de acordo com o jusfilósofo austríaco, devido a incapacidade, temor ou indisposição dos indivíduos em tomar decisões relativas aos valores a

<sup>12</sup> Smend e Schmitt também se relacionaram, antes e depois da Guerra, inclusive com histórias parecidas. Cf. Sosa Wagner (2008: 84)

serem implementados na fundamentação de uma democracia, com a consequente corajosa aceitação dessas escolhas livres<sup>13</sup>, aparecem teorias que transferem tais decisões a patamares religioso-metafísicos. A teologia cristã ao tentar fundamentar a democracia, a eiva de valores não-relativistas, respondendo à pusilanimidade do homem moderno com o conforto de um fundamento aparentemente absoluto (KELSEN, 2000: 206). Kelsen, a partir de uma análise crítica do pensamento teológico-democrático de Emil Brunner, Reinhold Niebuhr e Jacques Maritain (KELSEN, 2000: 205), aponta o equívoco destes exercícios de fundamentação teológica absoluta da democracia no cristianismo, consistindo na fundamentação da democracia como valor relativo subjugado a valores absolutos outros ligado à própria fé e lógica religiosa. É, portanto, para Kelsen, um contrassenso qualquer associação entre democracia e religião cristã.

O homem moderno, para Kelsen, em referência aos pensadores supracitados, ao abrigar-se sob o pálio de valores absolutos, se nega a entender sua própria escolha livre como formadora das normas e valores sob os quais de fato se abriga. O esforço crítico kelseneano aponta o caráter essencialmente relativista da justificação, erroneamente pensada como absoluta, do valor da democracia pela teologia cristã. Atentar para a oposição absolutismo e relativismo filosófico, conforme posto acerca da ontologia do autor (KELSEN, 2000: 345).

Justamente por causa de seu caráter relativista, a democracia procedimental é capaz de criar a ordem social coletiva, ou seja, esta é a forma de governo que prevê regras e procedimentos que possibilitam aos cidadãos tomarem decisões baseadas em standards de conduta estipulados dialogicamente, e não por parâmetros absolutos postos aprioristicamente. Sendo as regras fundamentadas em relativismos (KELSEN, 2000: 103), a regra da maioria, assim entendida, surge como característica essencial da democracia procedimental, de tal forma que preserva a liberdade do maior número de indivíduos da sociedade, sem recorrer a absolutizações indisponíveis ao governantes e comandados.

Se em Kelsen a “Regra da Maioria” é a forma da Democracia, a materialidade desta é dada pela ilegitimidade de uma eventual ditadura da maioria (KELSEN, 2000: 178, 179), o que nos permite inferir que o austríaco compartilha da exposição de Tocqueville, no que concerne às minorias em meio aos entreveros de uma massa revolucionária (TOCQUEVILLE, 2005: 293). Em consonância com o pensamento do nobre francês, depreende-se que, embora a vontade da maioria constitua um Estado democrático, é necessário evitar que o arbítrio majoritário se transforme numa ditadura na maioria, frustrando a própria teleologia da democracia. Para Tocqueville a defesa a tal situação resta na politização da Sociedade Civil (TOCQUEVILLE, 2005: 294) que em Kelsen se procedimentaliza pela observância do sistema normativo escalonado a partir de Norma Fundamental hipotética, garantindo tanto a regra da maioria como a tolerância e o espaço dialógico da minoria (KELSEN, 2000: 178-182).

---

<sup>13</sup> Reitera-se o caráter existencialista da obra de Kelsen, conforme a nota de número 18.

A importância dos procedimentos dialógicos para Kelsen se justifica no fato de que a democracia consiste em um processo dialético de elaboração normativa, baseado no relativismo filosófico. Por isso Kelsen ensina que o princípio da supremacia do voto da maioria não pode jamais ser absoluto, sob pena de se desvirtuar a Democracia em uma autocracia da maioria. A importância dada por Kelsen (2000, p. 67) a esse embate e compromisso decorrente desta relação entre a maioria e a minoria, é tão grande que ele chega a afirmar que o direito de existência da maioria pressupõe o direito de existência de uma minoria como sendo uma necessidade para a progressão das ideias e desenvolvimento da sociedade, bem como uma característica intrínseca do processo social humano.

É interessante observar como Kelsen e Habermas, apesar da diferença de método e do fato de Habermas, ao contrário de Kelsen, incorporar em sua teoria os avanços decorrentes da virada da linguagem ocorrida na filosofia do século XX, possuem visões muito similares do processo democrático. Ambos ressaltam a importância do caráter dialético e procedimental como essenciais à Democracia, que só pode se realizar através da ordem jurídica (HABERMAS, 1997: 242).

Enquanto o método dialógico afigura-se para a Democracia Kelseniana, o mesmo não se pode dizer da estrita separação dos Três poderes, tampouco o controle de um sobre os demais.

“Do ponto de vista da ideologia, uma separação dos poderes, atribuição da legislação e da execução a órgãos diferentes, não corresponde em absoluto à ideia de que o povo só deva ser governado por si mesmo. (...) É quase ironia da história que uma república como a dos EUA aceite fielmente o dogma da separação dos poderes e que o leve a extremos exatamente em nome da democracia” (KELSEN, 2000: 89,90).

O princípio de uma separação de poderes, em uma compreensão literal, não guarda a essência da Democracia. Desta forma, em nome do Princípio da Tripartição de Poderes não se pode suplantar a legitimidade primeira da Democracia, que jaz na vontade popular – e isso informará diretamente a cealuma concernente à Jurisdição Constitucional

Por outro lado, Kelsen tensiona a ideia de “vontade geral”, entendendo-a como fetiche, pois a representação do povo na democracia moderna seria ficção. Nenhuma das democracias existentes ditas “representativas” seriam de fato representativas (KELSEN, 1990: 283). São opostas, portanto a ideologia democrática e a democracia real, sendo que aquela implica a ausência de liderança, enquanto que nesta há necessariamente a figura do Presidente, Primeiro-Ministro e Monarca como a principal representação política democrática.

Essa elasticidade Pro Bono da teoria kelseniana inclusive o fez asseverar, durante a Guerra Fria, ser possível implementar o socialismo em democracias.

“Afirmo que (..) a democracia seja compatível com o socialismo. Contudo, nego enfaticamente que, para realizar esse programa, seja necessário redefinir o conceito de democracia. É possível substituir o capitalismo por uma democracia socialista sem que, para tanto, seja preciso mudar o significado de democracia” (KELSEN, 2000: 264).

Há uma identificação, por conseguinte, entre democracia e liberalismo político para Kelsen, mas o mesmo não vale para o liberalismo econômico. Ademais, Kelsen entende que a relação entre liberalismo econômico e Estado é de tolerância, isto, pois, a burguesia o vê como um eficaz instrumento para defender a propriedade privada<sup>14</sup> (HERRERA, 1998: 204).

## Direito

A Teoria Pura do Direito de Kelsen foi elaborada entre 1910 e 1934, havendo neste período o desenvolvimento de suas Teorias do Estado e da Constituição. É uma tentativa de refundar a Teoria Jurídica sem que seja eivada materialmente por elementos estranhos ao Direito, como a Filosofia e a Sociologia, embora estes sejam admitidos metodologicamente, sobretudo na própria concatenação da teoria kelseneana.

180

Na questão valorativa, a teoria de Kelsen é tributária de Kant, enquanto que no quesito “científico”, está inserida no contexto do Círculo de Viena, sobretudo por conta dos paralelos com as ciências naturais (POSNER, 2001 : 3). Todavia, é de maior importância a herança kantiana relacionada a uma leitura particular da obra de David Hume, em especial seu “Tratado da Natureza Humana”.

*In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary ways of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when all of a sudden I am surpris'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not. This change is imperceptible; but is however, of the last consequence. For as this ought, or ought not, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it should be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given; for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it. But as authors do not commonly use this precaution, I shall presume to recommend it to the readers; and am persuas'd, that this small attention would subvert*

<sup>14</sup> Um dos progenitores do Neoliberalismo, Friedrich Hayek, “acusava” Kelsen de socialista e o seu positivismo jurídico de antiliberal (HERRERA, 1998: 203), embora o jusfilósofo austríaco também fosse crítico do marxismo ortodoxo, apontando falhas em seus aspectos políticos e jurídicos (KELSEN, 1957).

*all the vulgar systems of morality, and let us see, that the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects, nor is perceived by reason.* (HUME, 2011: 335)

Hume nega, portanto, a eventual possibilidade de se inferir uma regra de conduta a partir de uma descrição de algo que simplesmente ocorre no mundo da empiria. Como consequência lógica, torna-se inviável construir um sistema moral-normativo a partir da ontologia, sendo aparentemente impossível transitar do “Ser” ao “Dever-Ser”, ou seja, inferir valores a partir de fatos. Kant (2003), diferencia esta separação de juízos e valorações entre a Razão Teórica que se exprime no indicativo acerca dos julgamentos sobre a realidade (Sein), e a Razão Prática, que é expressa por imperativos (Sollen).

A partir da interpretação kantiana da obra de Hume, Kelsen estrutura sua teoria acerca da normatividade, a partir de proposições mandamentais. Para Kelsen o objeto da ciência do Direito (que é o Direito em si) pode até certo ponto ser explicado partir de metodologias explicativas oriundas ciências da natureza, as quais almejam explicar o comportamento efetivo e factual de materialidade. Tal explicação estabelece relação causal ao resultado empírico, presente no mundo sensível, o qual “tem que necessariamente” (muß) ocorrer (KELSEN, 2003a: 86) e que pode ser expresso de maneira semelhante às leis naturais (gemußt). À lei natural causa e efeito não admitem exceções, portanto “tem que” ocorrer (müssen). A norma jurídica, ao contrário da lei natural, não consegue nem pode expressar a ocorrência factual de algo, ou seja no plano empírico do “Ser” (Sein), não sendo, por conseguinte, resultado lógico e obrigatório de uma relação necessária de causa e efeito (gemußt). Diferentemente da Lei Natural, a norma jurídica estatui que, em determinada circunstância, algo é necessariamente devido em sentido normativo (gesollt). Portanto, o Direito, objeto de sua própria ciência, há de consistir em agrupamentos de enunciados de “dever-ser” (Sollen). Tais enunciados são observados pela Ciência do Direito a partir de proposições jurídicas, as quais consistem em nexos causais normativos entre algum suporte fático (Tatbestand) que faz descrição de um eventual ilícito e a reação do Estado (KELSEN, 2003a: 121, 126).

Essas relações de “Ser” e “Dever-Ser”, estruturam a dimensão estática do Direito (KELSEN, 2003a: 121-140), enquanto que a lógica hierárquica e escalonada das normas constitui a dinâmica jurídica, a qual terá um vértice detentor de legitimidade última perante as demais normas (KELSEN, 2003a: 215, 221).

Para Kelsen, portanto, o Direito é conceituado como “Sistema de Regras”, cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo, portanto, ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa. A ciência do Direito positivo é distinta de uma filosofia de valores aplicada ao Direito, ainda que se valha desta na metodologia da sua formação legiferante.

Com isso, Kelsen opõe sua teoria ao Direito natural, pois alega não ser possível conceber direitos a priori da formação jurídica do Estado (o que é um pleonasma

kelseneano) ou inalienáveis constituídos antes da formação do Estado. Por exemplo, no que concerne ao contratualismo liberal de Locke, Kelsen tensiona o entendimento da propriedade como um direito natural, sendo para ele mera tentativa de tornar absolutas norma e regra que, historicamente, ou seja, em determinadas condições políticas e econômicas, acabou por se tornar Direito Positivo (KELSEN, 2003a: 18). O Direito é posto<sup>15</sup> pelos homens ao seu próprio serviço.]

## Considerações finais

Kelsen lidou com a Crise Antropológica da Vienna Fin-De-Siècle, momento e locus de crítica e indagação sobre as formas tradicionais de se pensar o homem e o mundo decorrentes de um descrédito existencial estabelecido pela desilusão com os projetos liberal e Iluminista (SCHORSKE, 1981: 181). A compreensão deste momento histórico é condição necessária para crítica cética à imanência do objeto intelectual a ser estudado (ADORNO, 1988: 207). Ou seja, a teoria kelseneana é construída a partir de uma Weltanschauung específica fundada na Crise Antropológica da Mitteleuropa. Ao contrário da mitificação de um positivismo autoritário, o autor estudado em sua acepção político-jurídica de Constitucionalismo migrou do Monarquismo à fundação da República Austríaca, sempre pela senda da socialdemocracia, nunca a dialogar com o obscurantismo que geraria a “experiência” Dollfuß (*Stenographische Protokolle*, 1918-1919: 32-33 apud LAGI, 2012: 276).

182

O desiderato de Kelsen concernente a Estado, Democracia e Direito, depende de uma Ontologia específica, paradoxalmente, uma negação metafísica de qualquer crença ontológica última. Na teoria de Kelsen, em última análise, há duas formas político-jurídico antagônicas entre si: absolutismo filosófico e relativismo filosófico (KELSEN, 2000: 161), ao contrário da caricatura de um totalitarismo exegético por vezes esboçada.

A Antropologia Política de Kelsen é eclética Ao tratar da questão antropológica do poder Kelsen atenta a três importantes categorias da Teoria Política: Renúncia (FREUD, 2010a: 50, 86), Autoridade (BURKE, 1823: 106) e Contrato Social Parricida (FREUD, 2010b: 18, 23, 24).

Outro tema importante no constitucionalismo de Kelsen é o Estado, proposto em termos jurídicos e ontológicos, enquanto fenômeno e também enquanto personalidade distinta dos indivíduos que representasse determinada comunidade enquanto ordem jurídica nacional, autônomo de ordenações jurídicas internacionais (KELSEN, 1990: 188). Assim é que seu Constitucionalismo parte de algumas críticas e também concordâncias às Teorias do Estado de Weber e Jellinek (MOTTA, 2011: 10), concluindo que o “Estado é a sua ordem jurídica” (KELSEN, 1990: 185).

Ao contrário do mito de um Kelsen “totalitário” seus escritos que tratam de Estado e Constituição evidenciam um defensor de ideais democráticos e

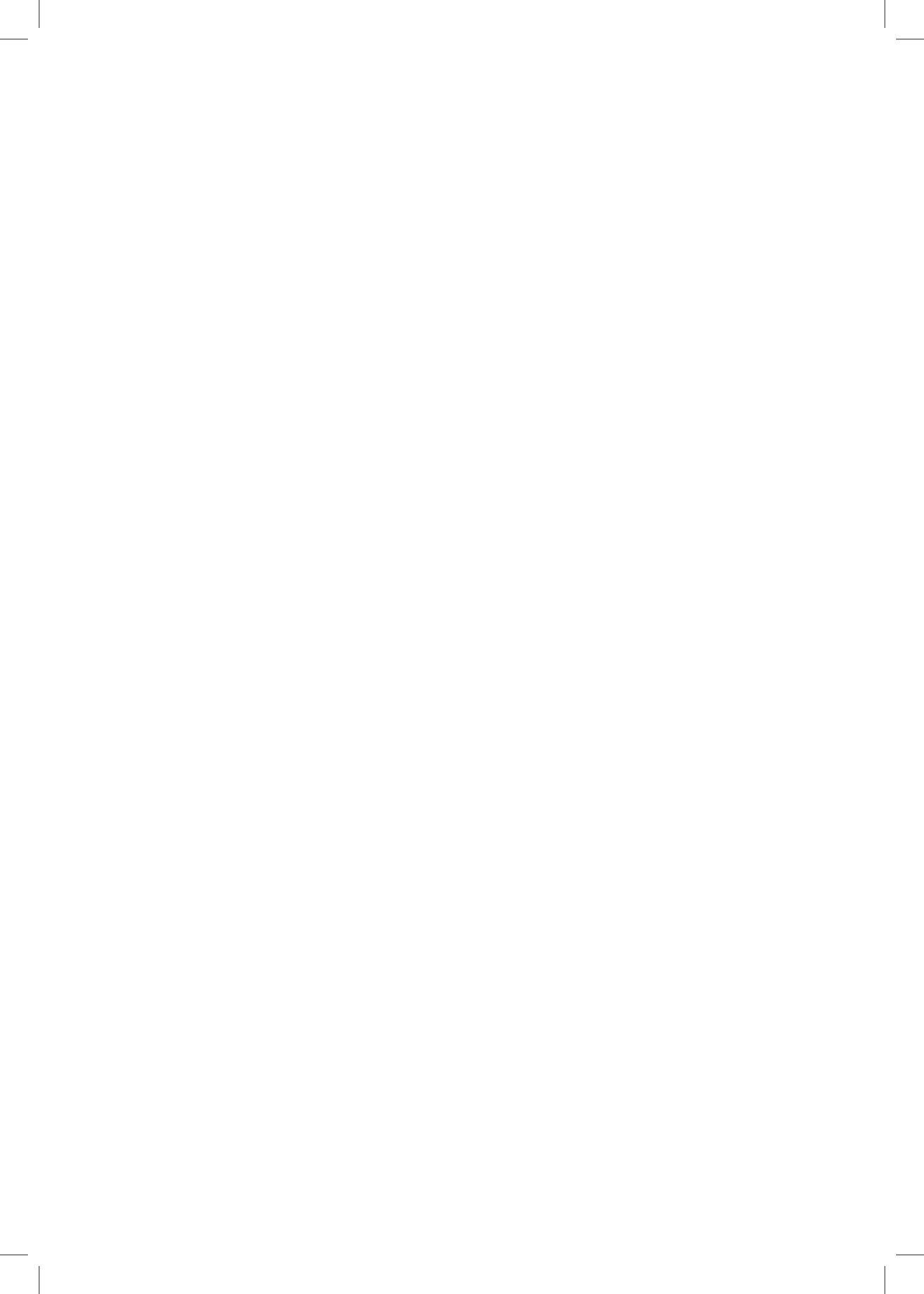
<sup>15</sup> *Jus Positum*, “Direito Posto”, por isso Juspositivismo.

dialógicos, crítico direto de Schmitt, Smend e Forsthoff (SOSA WAGNER, 2008: 84). O formalismo metodológico de significava a intensa luta pela Democracia material e pelo Direito como meio e não fim para consecução dos ideais de emancipação humana. O Estado Constitucional e Democrático para Kelsen impescinde de dialogia, razão crítica e Regra da Maioria em respeito à minoria como em Tocqueville (KELSEN, 1990: 283).

Para Kelsen, portanto, o Direito é conceituado como “Sistema de Regras”, cuja principal característica é a positividade lógica, se opondo ao Direito entendido como justiça, caracterizado por posição valorativa (KELSEN, 2003a: 18), é um meio para a Democracia material e não um fim em si mesmo. A revisitação ora proposta evidencia Kelsen como um campeão do Constitucionalismo Democrático, ao contrário da caricatura esboçada pela dogmática dita crítica.

## Referências bibliográficas

- ABÉLÈS, Marc. *Anthropologie de l'État*. Paris: Armand Colin. 1990
- ADORNO, Theodor. *Teoria Estética*. Lisboa: Edições 70, 1988
- BURKE, Edmund. *Réflexions Sur La Révolutions de France*. Lyon: Egron. 1823
- FREUD, Sigmund. *L'Avenir D'une Illusion*. Paris: Presses Universitaires de France / Quadrige: 2010b.
- \_\_\_\_\_. *O Mal Estar na Civilização – Obras Completas Vol. 18*. São Paulo: Companhia das Letras. 2010a.
- JABLONER, Clemens. *Kelsen and his Circle: The Viennese Years*. In. European Journal of International Law. Vol. 9, N.2 . Firenze: European University Institute.1998.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica. 2004.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2001.
- \_\_\_\_\_. *The Critique of Pure Reason*. The Project Gutenberg EBook. 2003. Disponível em <http://www.gutenberg.org/ebooks/4280> . Acessado em 5 de junho de 2013.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O Estado como Integração*. São Paulo: Martins Fontes. 2003b.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes. 1990.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003a.
- LAGI, Sara. *Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)*. In. Co-herencia vol.9 N°.16. Medellín. 2012.
- MAIA, Paulo Sávio N. *O Guardião da Constituição na Polêmica Kelsen-Schmit: Rechtsstaat como Referência Semântica na Memória de Weimar*. Mimeo. Dissertação – Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília. Brasília: 2007. Disponível em <http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/3525>. Acesso em abril de 2013.
- MOTTA, Luiz. *Direito, estado e poder: poulantzas e o seu confronto com Kelsen*. In. Revista de Sociologia e Política. vol.19 no. 38. Curitiba. Fevereiro. 2011.
- NUNES PEREIRA, Daniel. *Political Cosmogony: Three Matrices of Political Theology*, In. Politikon: IAPSS Political Science Journal Vol.1 N°.19. Maio. Nijmegen: International Association of Political Science Students. 2013
- SCHORSKE, Carl E. *Fin-de-Siècle Vienna*. Vintage Book Edition. Nova Iorque: Vintage Books. 1981.
- SOSA WAGNER, Francisco. *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y Confidencias*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S/A. 2008.





# A Europa que repudia o Outro: o avanço da Voz da Extrema Direita e suas implicações na Tutela de Direitos Fundamentais e na Construção de uma Identidade Europeia<sup>1</sup>

---

Heron Abdon Souza<sup>2</sup>  
Beatriz Cesário de Abreu<sup>3</sup>  
Jéssica Fonseca Machado<sup>4</sup>  
Juliana de Oliveira Silva<sup>5</sup>

## Resumo

A integração europeia é tema obrigatório nas agendas dos partidos políticos e pleitos europeus. A maior resistência à integração social tem sido identificada por simpatizantes que regularmente votam em partidos de retóricas radicais. Fortalece-se uma tendência de politização de temas como imigração e identidade. Os partidos dessa nova extrema direita europeia são identificados como um produto da sociedade pós-industrial e classificados como partidos antisistêmicos. O artigo investiga o posicionamento intolerante e xenóforo de três partidos políticos europeus – Frente Nacional (França), PVV (Holanda) e UKIP (Reino Unido) – em relação à integração e seu contínuo aumento de apoio pelos eleitores.

**Palavras-chave:** Europa; integração; intolerância; partidos.

## Abstract

European Integration is a obliged issue on schedules of politician parties and Europeans claims. A bigger resistance to social integration has been identified by sympathizes that regularly votes on parties of radical rhetorical. There is a

---

<sup>1</sup> O presente artigo é o resultado de Projeto de Pesquisa (Iniciação Científica) financiado pela FUNEMAC (2014) e PROPPI/UFF (2014/2015).

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense, lotado no Departamento de Direito (ICM-Macaé).

<sup>3</sup> Bacharelada em Direito. Universidade Federal Fluminense (ICM-Macaé). Bolsista de Iniciação Científica. Financiador: FUNEMAC (2014)

<sup>4</sup> Bacharelada em Direito. Universidade Federal Fluminense (ICM-Macaé). Bolsista de Iniciação Científica. Financiador: PROPPI/UFF (2014/2015)

<sup>5</sup> Bacharelada em Direito. Universidade Federal Fluminense (ICM-Macaé). Bolsista de Iniciação Científica. Financiador: FUNEMAC (2014)

empowering tendency of polarization of themes such as immigration and identity. The parties of these new extremist right-wing orientation in Europe are identified as a product from the post-industrial society and classified as asymmetrical parties. The article investigates the intolerant and xenophobic position of three European parties – National Front (France), PVV (Netherlands) and UKIP (United Kingdom) – in relation of the integration and its continuous increase of support by electors.

**Keywords:** Europe; integration; intolerance; parties.

## Introdução

Ao longo dos anos uma possível união europeia foi frequentemente objeto das conjecturas de vários escritores, poetas e filósofos, os quais, com suas obras, contribuíram para a formação de uma verdadeira consciência europeia. O século XIX está repleto de intelectuais que se dedicaram a este tema, entre eles: Lamartine, Michelet, Gioberti, Heine, Mazzini e o principal deles, Victor Hugo, que chegou a sugerir a formação dos Estados Unidos da Europa.<sup>6</sup> Entre filósofos e teóricos que propuseram modelos concretos a serem adotados, muitos podem ser citados ao longo dos séculos: Pierre Dubois e Antoine Marini, no século XV; Emeric Crucé, Willeam Penn e Leibniz, no século XVII; Saint Pierre, Voltaire, Montesquieu e Kant, no século XVIII; Saint-Simon e Proudhon, no século XIX; e Jüngen Habermas na atualidade.

186

Historicamente a Europa sempre teve dificuldade de constituir uma verdadeira unidade. Hobsbawm afirma, categoricamente, que “(...) aqueles que a procuram estão na pista errada” pois “Nunca houve uma Europa única. A diferença não pode ser eliminada de nossa história.”<sup>7</sup>

Desde a divisão em três do Império de Carlos Magno, a Europa sempre se caracterizou por secessões. Isso ficou bem claro com a Guerra dos Cem Anos entre França e Inglaterra e rivalidade pela hegemonia europeia entre a França e os Habsburgos da Espanha, Países Baixos e Áustria. Durante a Guerra dos Trinta Anos, a Europa católica opôs-se à Europa protestante e, ao longo do século XIX, a Santa Aliança da Restauração combateu a Europa revolucionária. Na Primeira Guerra Mundial, as potências centrais lutavam contra as potências da Entente, uma constelação que se repetiu na Segunda Guerra Mundial entre as potências do Eixo e os Aliados. Enfim, em 1945, na Guerra Fria, a Europa do leste comunista contrapunha-se à Europa das democracias ocidentais.

A Europa ocidental e do leste encontravam-se em 1945 e 1989 em situações bem diferentes e contrapostas, embora a circunstância de transição de regimes autoritários/totalitários para a democracia fosse semelhante. Enquanto no Ocidente após 1945 o nacionalismo, por causa de sua extrapolação nas duas guerras mundiais, tenha se tornado obsoleto e aberto às tendências transnacionais, o Leste

<sup>6</sup> WINOCK, Michel. *Victor Hugo na Arena Política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008, p.107.

<sup>7</sup> HOBSBAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p.241 e pp.236-237

após 1989, no qual o internacionalismo proletário imposto se tornou obsoleto, conheceu um renascimento do Estado como um quadro de referência identitária. A Europa ocidental desfez-se do nacionalismo para abrir-se ao internacionalismo, enquanto a Europa do leste, ao se desfazer do internacionalismo, procura no nacionalismo sua nova identidade. Isso certamente dificulta a integração nos dias atuais.

Historicamente, portanto, a Europa é um grande mosaico de culturas e povos que rivalizaram ou mesmo se combateram ao longo dos séculos passados, dentro e fora dela. Ações comuns europeias ocorreram apenas muito raramente, como por ocasião das cruzadas.

Unidade e diversidade não foram na Europa uma contradição, representaram uma realidade que variou de época para época<sup>8</sup>. A heterogeneidade cultural da Europa corresponde hoje, em sua diversidade, a uma dialética de unidade e diferença.<sup>9</sup> Não se pode deixar de aplicar, no processo de integração atual, a noção de que a identidade e o modo de vida “dos europeus foi moldada pelo que os uniu quanto pelo que os dividiu (...)”<sup>10</sup>

A crise financeira sofrida na zona do euro a partir de 2010<sup>11</sup>, refletindo a desconfiança dos bancos europeus gerada pela crise imobiliária americana de 2008, veio por abalar a política de bem-estar social e a sustentabilidade do Estado-providência<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> “A própria noção de Europa, baseada em uma identidade comum, é bastante questionável.” (CASTELLS, Manuel. *Fim de Milênio*. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p.385)

<sup>9</sup> “(...) como alcançar a unidade na (apesar da?) diferença e como preservar a diferença na (apesar da?) unidade” BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, p.48

<sup>10</sup> JUDT, Tony. *Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008, p.749.

<sup>11</sup> Países como Portugal, Espanha, Itália, Irlanda e, em especial, a Grécia, comprometeram suas balanças comerciais e recorreram a financiamentos e, conseqüentemente, acumularam dívidas que comprometeram o limite de 60% estabelecido pelo Tratado de Maastricht. As dívidas públicas dos cinco países, somadas, ultrapassava os 3 trilhões de euros, o que correspondia a um comprometimento de 144,9% do PIB grego (mais que o dobro do limite estabelecido em Maastricht), 118,4% do PIB italiano, 94,9% do PIB irlandês, 93,3% do PIB português e 61% do PIB espanhol. (Disponível em [http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index_pt.htm). Acesso em 01/11/2011). Em 2011 a taxa de desemprego nos 17 países da zona do euro era de 10,2% da população economicamente ativa, atingindo mais de 16 milhões de pessoas. A Espanha estava em piores condições: 22,6% (sendo que a taxa chega a 48% para os jovens com até 25 anos). Nos 27 países da União Europeia, em 2011, o desemprego atingia mais de 23 milhões de pessoas. (Disponível em [http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index\\_pt.htm](http://europa.eu/documentation/statistics-polls/index_pt.htm). Acesso em 01/11/2011). Em novembro de 2014, a taxa de desemprego dos 28 países da União Europeia era de 10%, a Espanha liderava o ranking com 23,9% e Portugal, com 13,9%, ficou em 4º colocado. (<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=teilm020>. Acesso em 15/01/2015). Em setembro de 2014, a taxa de desemprego dos jovens entre 15 e 24 anos nos 28 países da União Europeia era de 21,6%, sendo de 53,7% na Espanha. (Disponível em [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/2015/jeu2015\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/2015/jeu2015_pt.pdf). Acesso em 15/01/2015).

<sup>12</sup> HABERMAS, Jürgen. Está em jogo a democracia. *Jornal Le Monde* de 25 de outubro de 2011. Disponível em <http://www.presseurop.eu/pt/content/article/1106151-juergen-habermas-esta-em-jogo-democracia>. Acesso em 01/11/2011.

As medidas de austeridade econômica praticadas pelos governos europeus (congelamento de salários, queda do padrão de vida e demissões em massa) para gerenciar a crise acabou por desenvolver um ambiente propício ao fortalecimento de forças políticas que pregam a hostilidade (xenofobismo, etnocentrismo, racismo, nacionalismo, intolerâncias cultural e religiosa) ao “outro” – o imigrante do leste europeu e norte africano, o islâmico e o judeu – e a aversão à União Europeia. Essas práticas políticas são difundidas, e cada vez mais legitimadas nas urnas<sup>13</sup>, por integrantes de partidos que, nesse artigo, serão denominados de extrema direita e, também, patrocinadas e instituídas pelos governantes. O artigo propõe-se a analisar esse fenômeno e implicações em três países: França, Holanda e Reino Unido.

## França

A França é, na atualidade, o principal palco europeu de práticas ultradireitistas. Com o crescente sentimento de descrença nas soluções propostas pelos políticos de tradicionais partidos franceses<sup>14</sup> à crise econômica, a inabilidade destes em lidar com as questões imigratória e islâmica e a permanência dos altos índices de desemprego<sup>15</sup>, a Frente Nacional, partido de extrema direita fundado em 1972 por Jean-Marie Le Pen, ganhou força e visibilidade nas últimas eleições.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Eleições para o Parlamento Europeu (porcentagem dos votos): Frente Nacional – França (6,3% em 2009 e 24,83% em 2014 – 1º colocado no país); United Kingdom Independence Party - UKIP (Partido da Independência do Reino Unido, em livre tradução), obteve 16,9% em 2009 e 26,77% em 2014 (1º colocado no país); Dansk Folkeparti (Partido Popular da Dinamarca, em livre tradução), obteve 26,60% em 2014 – 1º colocado no país; Österreichische Volkspartei – ÖVP (Partido Popular Austríaco, em livre tradução), obteve 26,98% em 2014 – 1º colocado no país; Jobbik Magyarorszáért Mozgalom (Movimento por uma Hungria Melhor, em livre tradução), obteve 14,67% em 2014 – 2º colocado no país; PVV - Partij voor de Vrijheid (Partido para a Liberdade, em livre tradução) – Holanda (obteve 13,32% em 2014 – 3º colocado no país); Χρυσή Αυγή/Golden Dawn (Aurora Dourada, em livre tradução) – Grécia (obteve 9,39% em 2014 - 3ª colocado no país); e Perussuomalaiset – PS (Partido dos Verdadeiros Filandeses, em livre tradução), obteve 12,9% em 2014 - 3º colocado no país (Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results>>, com acréscimo de <-fr-2014.html>; <-uk-2014.html>; <-dk-2014.html>; <-at-2014.html>;<-hu-2014.html>;<-nl-2014.html>; < el-2014.html>; < -fi-2014.html> para identificar o país. Acesso em 15/01/2015)

<sup>14</sup> Union pour un mouvement populaire (UMP) e o Parti socialiste (PS)

<sup>15</sup> Entre dezembro de 2013 e novembro de 2014, a taxa de desemprego oscilou entre 10,1% e 10,4% da população economicamente ativa. Disponível em <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=teilm020&tableSelection=1&plugin=1>. Acesso em 10/01/2015.

<sup>16</sup> Nas eleições municipais de 2008 o partido obteve 0,9% dos votos nacionais, já na última eleição esse índice subiu para 7% dos votos nacionais. (Extrema-direita com forte crescimento nas eleições francesas. Disponível em: [http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content\\_id=3774277](http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=3774277) Acesso em 20/02/2015. Nas eleições para a Assembleia Nacional, a Frente Nacional obteve 4,29% em 2007 e 13,6% em 2012. Disponível em <http://eed>.

Na eleição para o Parlamento Europeu de 2009<sup>17</sup>, a Frente Nacional foi o 5º colocado em seu país, conseguindo 3 assentos (dos 72 reservados à França), o que representou aproximadamente um milhão de votos (6,3%). Já na eleição de 2014<sup>18</sup>, o partido ficou em primeiro colocado, conseguindo 23 assentos (dos 74 reservados à França) no Parlamento Europeu, o que representou aproximadamente 5 milhões de votos (24,86%), conseguindo chegar, pela primeira vez na sua história, à frente dos demais partidos<sup>19</sup> em uma votação de nível nacional.<sup>20</sup>

Marine Le Pen, atual presidente da Frente Nacional, tenta suavizar as ideias do partido demonstrando-as de uma forma menos radical e extremista<sup>21</sup>. Com tal conduta conseguiu se tornar uma figura pública presente nos debates políticos e aumentar a popularidade do partido, defendendo em seu programa político<sup>22</sup> o fim do euro, a saída do país da União Europeia, a repressão à imigração, um referendo sobre a reintrodução da pena de morte e o combate ao islamismo, com recente notoriedade deste após os ataques de terroristas islâmicos em Paris, iniciados com o massacre na revista Charlie Hebdo, em 07/01/2015.<sup>23</sup>

---

nsd.uib.no/webview/index.jsp?study=http%3A%2F%2F129.177.90.166%3A80%2Fobj%2FfStudy%2FFRPA2007\_Display&mode=cube&v=2&cube=http%3A%2F%2F129.177.90.166%3A80%2Fobj%2FfCube%2FFRPA2007\_Display\_C1&top=yes e [http://www.interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/elecresult\\_\\_LG2012/\(path\)/LG2012//FE.html](http://www.interieur.gouv.fr/Elections/Les-resultats/Legislatives/elecresult__LG2012/(path)/LG2012//FE.html). Acesso em 10/01/2015. Nas eleições para a Presidência da República, Jean-Marie Le Pen obteve 10,4% em 2007 e sua filha, Marine Le Pen, 17,9% em 2012. Disponível em [http://eed.nsd.uib.no/webview/index.jsp?study=http://129.177.90.166:80/obj/fStudy/FRPR20071\\_Display&mode=cube&v=2&cube=http://129.177.90.166:80/obj/fCube/FRPR20071\\_Display\\_C1&top=yes](http://eed.nsd.uib.no/webview/index.jsp?study=http://129.177.90.166:80/obj/fStudy/FRPR20071_Display&mode=cube&v=2&cube=http://129.177.90.166:80/obj/fCube/FRPR20071_Display_C1&top=yes) e [http://www.nsd.uib.no/european\\_election\\_database/country/france/](http://www.nsd.uib.no/european_election_database/country/france/). Acesso em 11/01/2015.

<sup>17</sup> Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results-fr-2009.html>. Acesso em 13/01/2015.

<sup>18</sup> Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results-fr-2014.html>. Acesso em 13/01/2015.

<sup>19</sup> O 2ª colocado foi o UMP com 20,81% e o 3º foi o PS com 13,98%. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results-fr-2014.html>. Acesso em 13/01/2015.

<sup>20</sup> Segundo o cientista político Gaspard Estrada, do Instituto de Estudos Políticos de Paris, o “(...) resultado mostra que os franceses não estão contentes com o processo de construção da União Europeia, consideram que ele afeta os interesses da França e decidiram mandar ao Parlamento deputados que são contra essa linha de integração” (Extrema-direita francesa vence eleição para o Parlamento Europeu. Disponível em: <<http://www.portugues.rfi.fr/geral/20140525-extrema-direita-francesa-vence-eleicao-para-o-parlamento-europeu>> Acesso em 21/09/2014).

<sup>21</sup> Em maio de 2014, Jean-Marie Le Pen “has suggested the deadly virus Ebola could solve the global ‘population explosion’ and by extension Europe’s ‘immigration problem’”. Disponível em <http://www.theguardian.com/world/2014/may/21/jean-marie-le-pen-ebola-population-explosion-europe-immigration>. Acesso em 05/10/2014.

<sup>22</sup> Disponível em <http://www.frontnational.com/>. Acesso em 15/01/2015.

<sup>23</sup> Em 09/01/2015, Jean-Marie Le Pen postou em seu twinter uma foto de Marie Le Pen com a citação “KEEP CALM AND VOTE LE PEN” (Disponível em <https://twitter.com/lepenjm/status/553546024560889856/photo/1>. Acesso em 13/01/2015). Nesse sentido,

Um dos efeitos do avanço dos ideais de extrema direita é a sua capacidade de influenciar as decisões governamentais que acabam por se curvar as tendências radicais com medo de perder apoio popular.<sup>24</sup>

Percebe-se por parte do atual governo socialista de Francois Hollande um endurecimento da fiscalização migratória, como no caso da cigana Leonarda Dibrani e sua família.<sup>25</sup>

No dia 07 de outubro de 2010, o Conselho Constitucional da França aprovou a Lei 2010-1192 (outrora aprovada em setembro de 2010 pelo Parlamento francês) que proíbe o uso de véus islâmicos em lugares públicos (com exceção dos cultos abertos). A França foi o primeiro país da Europa a proibir o uso da niqba (vestimenta que deixa apenas os olhos à mostra) e/ou a burca (vestimenta em que os olhos são visíveis apenas através de uma tela/rede) aos imigrantes e descendentes islâmicos. A lei impõe uma multa de 150 euros para quem os utilize e uma multa de 30 mil euros sobre qualquer um que force uma mulher a usá-los. Como justificativa foi alegado que a lei inibiria possíveis ataques por pessoas com rosto oculto.

Opiniões contrárias a lei afirmaram<sup>26</sup> que as muçulmanas ficariam impossibilitadas de professar devidamente a sua fé e que esta era uma afronta ao direito da liberdade religiosa. Bem como, seria uma forma de reprimir as culturas diferentes dentro da França, eliminando os valores trazidos pelos imigrantes, tentando padronizar a cultura francesa e não assumindo a sua pluralidade.

entende o cientista político Stéphane Monclaire, da Universidade da Sorbonne, que o “atentado pode reforçar a posição de Marine Le Pen no curto prazo e permitir a banalização de suas ideias” pois “parte da população que está emocionada e chocada com o ataque pode ser atraída por discursos populistas e aderir às ideias do Front National”. (Disponível em [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/01/150109\\_ataque\\_hebdo\\_direita\\_franca\\_df?ocid=socialflow\\_facebook](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/01/150109_ataque_hebdo_direita_franca_df?ocid=socialflow_facebook). Acesso em 13/01/2015). Marine Le Pen declarou que “A partir de amanhã vai começar o debate sobre o que não foi feito. Será que a política internacional da França é a boa política? Será que são utilizados todos os meios para combater o islamismo na França?” (Disponível em [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/01/150109\\_ataque\\_hebdo\\_direita\\_franca\\_df?ocid=socialflow\\_facebook](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2015/01/150109_ataque_hebdo_direita_franca_df?ocid=socialflow_facebook). Acesso em 13/01/2015).

<sup>24</sup> CELESTINO, Helena. Extrema-direita, volver. Disponível em <http://oglobo.globo.com/mundo/extrema-direita-volver-por-helena-celestino-8392418>. Acesso em 22/09/2014.

<sup>25</sup> A adolescente de 15 anos foi detida pela polícia francesa enquanto fazia uma excursão pela fábrica da Peugeot com os colegas do Colégio André Malraux, da localidade de Pointalier, no leste da França. Após ser detida na frente de seus colegas, Leonarda foi deportada da França, com seus familiares, por nenhum deles possuir documentação de permanência no país. A jovem e sua família já residiam na França há quatro anos e dez meses, faltando dois anos e meio para que pudessem cumprir o prazo legal que permite ao imigrante ter a permissão de residir no país. Ocorre que, desde que a família chegou à França em 2009, solicitou asilo político por três vezes em razão de estarem fugindo do Kosovo, contudo as autoridades administrativas e judiciais francesas negaram o pedido e lhes emitiram duas ordens compulsórias de expulsão. (MORA, Miguel. Os Dibrani, os apátridas da Europa. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/os-dibrani-os-apatridas-da-europa-10438274>. Acesso em 25/09/2014.

<sup>26</sup> Schuck, Elena de Oliveira. Goldmeier, Gabriel. A proibição da burca: uma lei em defesa ou contrária à liberdade e à dignidade humana? Disponível em: [http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/28\\_6\\_2012\\_19\\_13\\_2.pdf](http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/28_6_2012_19_13_2.pdf) Acesso em 20/02/2015.

Em 1º de julho de 2014 o Tribunal Europeu de Direitos Humanos julgou improcedente a Reclamação 43835/11, formulada por uma francesa muçulmana de origem paquistanesa, em face da República Francesa.<sup>27</sup> A Reclamante alegara ofensa aos artigos 8º, 9º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Embora reconhecesse que a referida lei pudesse ter efeitos negativos sobre as muçulmanas, o Tribunal defendeu a sua aplicabilidade, considerando-a uma interferência necessária em uma sociedade democrática, que destina a preservar a segurança pública e a proteger os direitos e as liberdades de terceiros.<sup>28</sup>

## Holanda

A Holanda sempre se destacou no cenário internacional pelo multiculturalismo e pelo diálogo democrático amplo, principalmente, em face da questão migratória. Entretanto, após o atentado de 11 de setembro de 2001, as diretrizes estatais vêm sofrendo profundas mudanças com adoção de políticas restritivas, principalmente, em relação à recepção de imigrantes do Marrocos, Turquia, Antilhas e Suriname, países com maior parte da população muçulmana.

A partir do início dos anos 60 o governo holandês incentivou massivamente a imigração temporária de jovens oriundos de países muçulmanos para trabalharem na indústria ferroviária em expansão no país. Como o intuito era de que os imigrantes retornassem para os seus respectivos países muito rapidamente, o governo incentivava que estes mantivessem suas identidades culturais e linguísticas.<sup>29</sup> Foi muito natural que a cada dia se percebesse a criação de novas mesquitas e que se ouvissem cada vez mais idiomas diferentes do holandês e inglês.

Entre as décadas de 70 de 90 o número de imigrantes cresceu vertiginosamente. No ano de 1975 estima-se que aproximadamente metade da população do Suriname (certa de 200 mil pessoas) tenha imigrado para a Holanda<sup>30</sup>, posto que do ato de independência do país lhes foi oferecido a oportunidade de optar pela nacionalidade holandesa. Somando-se ao fato de que mesmo aqueles que não poderiam optar pela troca ou dupla nacionalidade simplesmente não desejavam permanecer nas difíceis condições de seus países de origem em decorrência das flexíveis políticas de imigração do governo da Holanda à época, que permitiam que familiares também imigrassem por motivo de reunião familiar no país pelo

<sup>27</sup> O Governo do Reino da Bélgica participou como terceiro interveniente, especialmente em razão de haver aprovado uma lei semelhante à francesa, que entrou em vigor em 23/07/2011.

<sup>28</sup> Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/lei-francesa-proibe-uso-burca-nao-ferre.pdf>. Acesso em 20/08/2014.

<sup>29</sup> BARAHIMI, Mina, OSTOWAR, Djeyhoun. The Political Participation of Dutch Muslims: A Dilemma for a Multicultural Society. Disponível em: <http://www.humanityinaction.org/knowledgebase/41-the-political-participation-of-dutch-muslims-a-dilemma-for-a-multicultural-society>. Acesso em 25/10/2014.

<sup>30</sup> VAN AMERSFOORT, Hans. How the Dutch Government stimulated the unwanted immigration from Suriname. Disponível em: <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/wp/wp-47-11>. Acesso em 26/01/2015.

período que assim desejassem. A procura laboral de serviços sem qualificação técnica tornou-se insustentável frente a demanda, o que inevitavelmente começou a ocasionar um certo clima de hostilidade entre os nacionais holandeses e os imigrantes, conforme relata Priemus, Professor da Universidade Tecnológica de Delft.<sup>31</sup>

A partir da década de 90, partidos com o viés mais nacionalista começaram a ganhar destaque no cenário político holandês.<sup>32</sup>

Atualmente Geert Wilders é o líder do PVV - Partij voor de Vrijheid<sup>33</sup> (PVV), partido com bandeira preponderantemente anti-marroquina e anti-islâmica. Na eleição de maio de 2014 para o Parlamento Europeu, o PVV obteve 13,32% dos votos (3º lugar)<sup>34</sup>, percentual muito próximo do 1º colocado, o Democraten 66 (DD6), que obteve 15,4% dos votos.<sup>35</sup>

Em 13 de novembro de 2013 o PVV aliou-se a Frente Nacional francesa. Estes partidos uniram forças para a criação da chamada “Aliança Para a Liberdade Europeia”, coligação partidária que também conta com o apoio de representantes da Bélgica, Áustria, Itália e Eslováquia.<sup>36</sup> Trata-se de um movimento político que hostiliza imigrantes, defende a retirada de países membros da zona do euro e o fim da União Europeia<sup>37</sup>.

Geert Wilders vem se destacando ao longo dos anos por manifestações impactantes, como, por exemplo, a comparação do Corão com a obra Mein Kampf, de Adolf Hitler, além de chamar as mesquitas de “palácios de ódio”<sup>38</sup>.

<sup>31</sup> POOT, Jacques, VAN DER PAS, Suzan. THE TRANSFORMATION OF IMMIGRANT COMMUNITIES: THE CASE OF DUTCH KIWIS. Disponível em: [http://newsettlers.massey.ac.nz/publications\\_pdfs/The%20Transformation%20of%20Immigrant%20Communities.pdf](http://newsettlers.massey.ac.nz/publications_pdfs/The%20Transformation%20of%20Immigrant%20Communities.pdf). Acesso em 26/01/2015.

<sup>32</sup> BARAHIMI, Mina, OSTOWAR, Djeyhoun. The Political Participation of Dutch Muslims: A Dilemma for a Multicultural Society. Disponível em: <http://www.humanityinaction.org/knowledgebase/41-the-political-participation-of-dutch-muslims-a-dilemma-for-a-multicultural-society>. Acesso em 25/10/2014.

<sup>33</sup> Partido para a Liberdade, em livre tradução.

<sup>34</sup> Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results-nl-2014.html>. Acesso em 15/01/2015

<sup>35</sup> Europhiles take the lead in Dutch EU elections, exit polls show. Disponível em: <http://www.euractiv.com/sections/eu-elections-2014/europhiles-take-lead-dutch-eu-elections-exit-polls-show-302324>. Acesso em 25/09/2014.

<sup>36</sup> Farage WILL form far right alliance with France's Marine Le Pen, claims outspoken Dutch MP Geert Wilders. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2621320/Farage-break-promise-form-far-right-alliance-Frances-Marine-Le-Pen-claims-outspoken-Dutch-MP-Geert-Wilders.html#ixzz3HI76rwRv>. Acesso em 09/10/2014.

<sup>37</sup> Vale citar a instabilidade da aliança, haja vista a postura anti-semita de Le Pen e o apoio incondicional ao Estado de Israel fornecido por Wilders. Disponível em [http://policy-network.net/pno\\_detail.aspx?ID=4572&title=The-%E2%80%98Le-Pen-Wilders-alliance-will-change-European-politics](http://policy-network.net/pno_detail.aspx?ID=4572&title=The-%E2%80%98Le-Pen-Wilders-alliance-will-change-European-politics). Acesso em 09/10/2014.

<sup>38</sup> ERLANGER, Steven. Amid Rise of Multiculturalism, Dutch Confront Their Questions of Identity. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&_r=0). Acesso em 24/10/2014.



Nesse diapasão, Wilders ordenou que os muçulmanos<sup>39</sup> se adaptassem a cultura holandesa e, no caso de desrespeito às leis nacionais ou se comportassem de forma considerada problemática ou preguiçosa, deveriam ser deportados e, ainda, os acusou de estarem transformando o continente europeu numa “eurábia”<sup>40</sup>. Este comportamento foi questionado perante a Corte Nacional em 2009 e julgado improcedente em 2011 sob o argumento de que as acusações do líder partidário, apesar de “grosseiras e difamatórias”, não configuravam crime de incitação ao ódio sendo a decisão não sujeita a grau recursal.<sup>41</sup>

Após os ataques de extremistas islâmicos em Paris, iniciados com o massacre na revista Charlie Hebdo, em 07/01/2015, Geert Wilders declarou que

“(…) claro, nem todos os muçulmanos são terroristas. Mas quase todos os terroristas de hoje são muçulmanos. E quem ainda se atreve a negar que há uma ligação entre o terrorismo e o Islã é um louco. (...) Islamização é aceitar uma vida sob grande perigo. Durante décadas, vivenciamos uma imigração em massa de centenas de milhares de pessoas de uma cultura estranha na Europa. No nosso país. Por que importar toda essa miséria?”<sup>42</sup>

Os assassinatos dos políticos e intelectuais holandeses Pim Fortuyn (2002) and Theo van Gogh (2004), defensores ferrenhos do controle imigratório de muçulmanos, impulsionaram o discurso de Wilders. Theo van Gogh foi assassinado por um muçulmano que, após os tiros fatais, ainda tentou decapitá-lo. Este assassinato, somado à declaração de guerra ao “terror” do ex-presidente norte americano George W. Bush, após atentado 11 de setembro de 2001, foram o estopim que tornaram recorrentes discursos anti-islâmicos na Holanda.

<sup>39</sup> Estima-se que vivem, hoje, na Holanda cerca de 1 milhão e 200 mil muçulmanos, o que equivale a 6% da população total no país, a maioria vivendo das grandes cidades, como Amsterdã, Rotterdam e Hague. (Disponível em [http://en.wikipedia.org/wiki/Islam\\_in\\_the\\_Netherlands](http://en.wikipedia.org/wiki/Islam_in_the_Netherlands). Acesso em 15/01/2015).

<sup>40</sup> Disponível em: [http://www.expatica.com/nl/news/country-news/Dutch-parliament-rejects-anti-immigrant-website\\_328861.html](http://www.expatica.com/nl/news/country-news/Dutch-parliament-rejects-anti-immigrant-website_328861.html). Acesso em 26/01/2015.

<sup>41</sup> Islam film Dutch MP to be charged. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7842344.stm>. Acesso em 25/10/2014. Vale destacar o que prescreve a Constituição holandesa (2002) em seus artigos 1º “All persons in the Netherlands shall be treated equally in equal circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or on any other grounds whatsoever shall not be permitted” e 6º “Everyone shall have the right to profess freely his religion or belief, either individually or in community with others, without prejudice to his responsibility under the law.”

<sup>42</sup> Tradução livre para “(...) natuurlijk zijn niet alle moslims terroristen. Maar wel zo ongeveer alle terroristen vandaag de dag zijn moslim. En wie nu nog durft te ontkennen dat er een verband bestaat tussen de terreur en de islam is knettergek. (...), de islamisering is een levensgroot gevaar. Al decennialang brengt die massa-immigratie ons honderdduizenden mensen van een wezensvreemde cultuur Europa binnen. Ons land binnen. Waarom importeren we al die ellende?” (Disponível em: <http://www.pvv.nl/index.php/36-fj-related/geert-wilders/8103-gespreken-tekst-geert-wilders-bij-debat-over-aanslag-parijs.html>. Acesso em 27/01/2015).

Em 2008 o PVV produziu o filme *Fitna*<sup>43</sup>. Durante 16 minutos são realizadas montagens com trechos do Alcorão ao lado de imagens de violência, transmitindo uma mensagem associativa entre islamismo e terrorismo. O filme foi denunciado perante a Corte Europeia e sua circulação foi proibida, haja vista violar flagrantemente os princípios fundadores da União Europeia.<sup>44</sup>

A voz da extrema direita holandesa, personificada em Wilders, ecoa na sociedade holandesa.<sup>45</sup> Vejamos dois exemplos ilustrativos:

A Sr<sup>a</sup> Kuhlman, moradora há 36 anos na região de Slotervaart, vizinhança da cidade de Amsterdã, afirmou que “Sometimes I’m afraid of Islam. They’re taking over the neighborhood and they’re very strong. I don’t love Wilders. He’s a pig, but he says what many people think.”<sup>46</sup> A região onde esta moradora habita possui quase 60% da população composta por imigrantes, a maioria turcos e marroquinos, e é um dos únicos locais do país com elevado índice de criminalidade (crescente).<sup>47</sup> O Sr. Willem Stuyter, afirmou, em tom apocalíptico, que já é tarde demais e em 10 anos a Holanda será um Estado islâmico.<sup>48</sup> Nesse sentido, leciona Walter Laqueur:

“(...) o que era considerado um problema menor em nível local vai se tornando um tema político relevante, ainda mais quando cresce a resistência por parte da população nativa, que se ressent de estar virando estrangeira em suas próprias pátrias.”<sup>49</sup>

<sup>43</sup> Significa “violência” em árabe.

<sup>44</sup> Disponível em: [http://www.expatica.com/nl/news/country-news/Dutch-parliament-rejects-anti-immigrant-website\\_328861.html](http://www.expatica.com/nl/news/country-news/Dutch-parliament-rejects-anti-immigrant-website_328861.html). Acesso em 26/01/2015.

<sup>45</sup> Em pesquisas de opinião realizadas no país, 68% da população afirmou que a imigração islâmica na Holanda já é suficiente. (Disponível em Reaction Geert Wilders do Islam Poll: The Netherlands Has Had Enough to Islam. Disponível em: <http://www.geertwilders.nl/index.php/in-english-mainmenu-98/in-the-press-mainmenu-101/77-in-thepress/1828-reaction-geert-wilders-to-islam-poll-the-netherlands-has-had-enough-of-islam>. Acesso em 26/10/2014. De acordo com uma pesquisa publicada no jornal de centro-direita *Trouw*, de junho de 2011, 74% dos holandeses defendem políticas de integração mais repressivas (KERN, Soeren. The Netherlands to Abandon Multiculturalism. Disponível em: <http://www.gatestoneinstitute.org/2219/netherlands-abandons-multiculturalism>. Acesso em 26/10/2014).

<sup>46</sup> ERLANGER, Steven. Amid Rise of Multiculturalism, Dutch Confront Their Questions of Identity. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&_r=0). Acesso em 24/10/2014.

<sup>47</sup> ERLANGER, Steven. Amid Rise of Multiculturalism, Dutch Confront Their Questions of Identity. Disponível em: [http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&_r=0). Acesso em 24/10/2014.

<sup>48</sup> Disponível em: [http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&\\_r=0](http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html?pagewanted=all&_r=0). Acesso em 26/01/2015.

<sup>49</sup> LAQUEUR, Walter. Os últimos dias da Europa: Epitáfio para um velho continente. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007, p.22.

Em 2014 o PVV lançou uma página na internet onde os cidadãos holandeses podem denunciar comportamentos considerados inadequados praticados por imigrantes.<sup>50</sup> A Comissão Europeia de Direitos Humanos denunciou o conteúdo afirmando este ser “totalmente contrário aos princípios da livre circulação em vigor na União Europeia”.<sup>51</sup>

Existe atualmente no país um sentimento controverso e de desconfiança frente aos conceitos de multiculturalismo e o medo da perda de identidade nacional. Nesse sentido, o Professor da Universidade de Lieden, Paul Nieuwenburg, elenca muitas razões levam ao medo ao islã: o terrorismo, a globalização, os choques laborais, a influência de partidos como o de Wilders, a austeridade provocada pela crise de 2010 e o aumento da criminalidade entre jovens de origem marroquina e das Antilhas.<sup>52</sup> O Pesquisador na Universidade de Amsterdã, Henk Overbeek, expõe que qualquer visão positiva sobre o multiculturalismo tem perdido a credibilidade.<sup>53</sup>

Entidades de defesa dos imigrantes, como a Samenwerkingsverband van Marokkaanse Nederlanders e a Contactorgaan Moslims en Overheid, entendem que uma forma de aproximar holandeses, muçulmanos ou não, seria a abertura das mesquitas a visitantes e adoção de práticas que incentivem a troca de experiências culturais. Segundo Mehmet Yamali, representante da Mesquita Fahit, localizada em Amsterdã, a ação por parte dos fiéis e das mesquitas é fundamental para o reconhecimento da população e conseqüentemente do enfraquecimento dos radicais no parlamento.<sup>54</sup>

A atual lei sobre imigração, em vigor desde 1º de janeiro de 2007, apresenta alguns requerimentos para a permanência de imigrantes residentes na Holanda. Exige a aprovação em um exame que consiste, primeiramente, em atestar o domínio do idioma nacional, para que, num segundo momento, seja auferido conhecimento a respeito da sociedade holandesa. O teste tornou-se obrigatório para todos os imigrantes, mesmo aqueles que já viviam há muitos anos no país.<sup>55</sup> O exame já ocorria antes da vigência da atual lei de imigração, entretanto, apenas a partir de 2010 adquiriu natureza coercitiva, com aplicação de multa, dependendo da nacionalidade, da condição do imigrante e a observação de diversas exceções.

<sup>50</sup> Wilders cria um site para denunciar imigrantes na Holanda. Disponível em: [http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content\\_id=2312499](http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=2312499). Acesso em 17/10/2014.

<sup>51</sup> Wilders cria um site para denunciar imigrantes na Holanda. Disponível em: [http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content\\_id=2312499](http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=2312499). Acesso em 17/10/2014.

<sup>52</sup> Disponível em: <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,2025413,00.html>. Acesso em 26/01/2015.

<sup>53</sup> Disponível em: <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,2025413,00.html>. Acesso em 26/01/2015.

<sup>54</sup> BARAHIMI, Mina, OSTOWAR, Djeyhoun. The Political Participation of Dutch Muslims: A Dilemma for a Multicultural Society. Disponível em: <http://www.humanityinaction.org/knowledgebase/41-the-political-participation-of-dutch-muslims-a-dilemma-for-a-multicultural-society>. Acesso em 25/10/2014.

<sup>55</sup> Disponível em: <http://newsfeed.time.com/2011/04/12/netherlands-to-immigrants-learn-dutch-or-fear-deportation/>. Acesso em 27/01/2015.

Em 2011, o Ministro do Interior, Piet Hein Donner, propôs uma alteração muito controversa à Lei de Integração Cultural. O texto legal foi redigido em conjunto pelo partido de centro-direita Volkspartij voor Vrijheid en Democratie (VVD) e o Partido Cristão, apoiado fortemente pelo PVV de Wilders. De forma sucinta, a alteração normativa atinge diretamente os muçulmanos, na medida que prevê o fim de subsídios especiais a imigrantes islâmicos, proíbe casamentos forçados e restringe o uso de vestimentas tradicionais como a burca (seu uso é permitido, exclusivamente, nos espaços religiosos, nos aeroportos e aviões).<sup>56</sup> Em janeiro de 2012 o parlamento holandês criminalizou o uso da burca e impôs uma multa de 390 Euros.<sup>57</sup> Segundo o Professor Amersfoort, Universidade de Amsterdã, a política de multiculturalismo na Holanda serve paradoxalmente como uma “política de segregação”.<sup>58</sup>

## Reino Unido

No Reino Unido, a eleição para o Parlamento Europeu de maio de 2014 foi marcada pelo surpreendente<sup>59</sup> crescimento do partido de extrema direita UKIP, que na eleição de 2009 obteve 16,09% dos votos.<sup>60</sup> Em 2014, o partido de Nigel Farage<sup>61</sup> obteve 26,77% dos votos, à frente tanto do Partido Trabalhista, que obteve 24,74% quanto do Partido Conservador de David Cameron, que obteve 23,31%.<sup>62</sup> O UKIP conquistou 24 das 73 cadeiras reservadas ao Reino Unido no Parlamento Europeu.

O UKIP conquistou os eleitores britânicos com propostas de reduzir as taxas de desemprego<sup>63</sup>; questionar o princípio da livre circulação de trabalhadores

<sup>56</sup> KERN, Soeren. The Netherlands to Abandon Multiculturalism. (Disponível em: <http://www.gatestoneinstitute.org/2219/netherlands-abandons-multiculturalism>. Acesso em 26/10/2014).

<sup>57</sup> De acordo com uma pesquisa publicada no jornal de centro-direita Trouw, de junho de 2011, 83% defendem que as burcas sejam de fato, proibidas, trazendo forte legitimidade à sua criminalização. (KERN, Soeren. The Netherlands to Abandon Multiculturalism. Disponível em: <http://www.gatestoneinstitute.org/2219/netherlands-abandons-multiculturalism>. Acesso em 26/10/2014).

<sup>58</sup> VAN AMERSFOORT, Hans. How the Dutch Government stimulated the unwanted immigration from Suriname. Disponível em: <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/wp/wp-47-11>. Acesso em 26/01/2015.

<sup>59</sup> David Cameron, Primeiro-Ministro Britânico, qualificava-os em 2006 como “um grupo de excêntricos, loucos e racistas”. Disponível em <http://www.lbc.co.uk/david-cameron-ukip-fruitcakes-and-loonies-63456>. Acesso em 23/10/2014.

<sup>60</sup> Disponível <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results-uk-2009.html>. Acesso em 10/09/2014.

<sup>61</sup> Líder do UKIP e membro do Parlamento europeu pelo distrito eleitoral de South East England.

<sup>62</sup> Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/pt/country-results-uk-2014.html>. Acesso em 10/09/2014.

<sup>63</sup> Entre dezembro de 2013 e setembro de 2014, a taxa de desemprego oscilou entre 5,9% e 7,1% da população economicamente ativa. Disponível em <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/>

previsto nos tratados European Free Trade Area e European Economic Area; deixar a União Europeia<sup>64</sup>; defender os valores britânicos nas escolas; questionar a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos; e revogar o Human Rights Act, substituindo-a pelo British Bill of Rights.<sup>65</sup>

Quanto a política imigratória, o UKIP defende que a expedição de autorização de trabalho seja concedida apenas aos imigrantes cujas qualificações não sejam preenchidas pelo trabalhador nacional<sup>66</sup> e a obrigatoriedade do imigrante demonstrar previamente que compreende o inglês, possui lugar para estadia no Reino Unido e que seu seguro-saúde está aprovado<sup>67</sup> e, uma vez residindo, suprir com recursos apenas próprios às necessidades de educação, moradia e saúde (exceto cuidados médicos de emergência)<sup>68</sup>. Já o britânico que migrar para Estados islâmicos, para lutar pelos ideais de grupos extremistas, ficaria proibido de retornar.<sup>69</sup>

O acolhimento das ideias do UKIP pela população britânica teve um grande impacto nos demais partidos. Para não perder o nicho eleitoral, vêm apresentando propostas no mesmo tom, como a medida do governo britânico de confinar as pessoas em busca de refúgio em campos de processamento de trânsito cuidadosamente distantes de qualquer lugar em que elas possam começar uma nova vida.<sup>70</sup>

---

table.do?tab=table&language=en&pcode=teilm020&tableSelection=1&plugin=1. Acesso em 07/12/2014. Segundo o UKIP, a saída da União Europeia gerará 800 mil postos de trabalho aos britânicos, que atualmente são ofertados aos imigrantes. Disponível em <http://www.ukip.org/issues>. Acesso em 20/09/2014.

<sup>64</sup> Para John Bickley, candidato do Ukip no Wythenshawe and Sale East by-election: “Somos o único partido que realmente é patriótico. Os outros partidos (...) venderam a nossa soberania para a União Europeia” (...) “Só o UKIP está realmente dizendo que queremos representar o povo britânico e para isso temos de ser totalmente soberanos. Isso significa que não podemos fazer parte da UE. A UE quer ser os Estados Unidos da Europa e certamente não é do interesse do povo britânico ser parte de algo que acaba parecendo a URSS” (Disponível em <http://www.dw.de/ukip-britains-winning-ticket-in-europe/a-17501699>. Acesso em 15/10/2014.

<sup>65</sup> Disponível em [http://www.ukip.org/policies\\_for\\_people](http://www.ukip.org/policies_for_people). Acesso em 20/09/2014.

<sup>66</sup> “(...) they depend on us for jobs - not the other way around”. Disponível em <http://www.ukip.org/issues>. Acesso em 20/09/2014.

<sup>67</sup> Disponível em [http://www.ukip.org/policies\\_for\\_people](http://www.ukip.org/policies_for_people). Acesso em 20/09/2014.

<sup>68</sup> Disponível em <http://www.ukip.org/issues>. Acesso em 20/09/2014.

<sup>69</sup> “The Islamic State Militants are a group like no other. The sheer barbarism we are witnessing in countries like Iraq is without precedent in the modern era. It would be totally unforgivable and unacceptable for UK nationals who have made the decision to go and fight for Islamic State militants in the middle-east to be permitted to return to the UK and quietly slide back into our communities to take advantage of all that modern Britain has to offer. We simply cannot have a situation where militants return and benefit from NHS treatment, welfare benefits, council housing and so forth when they have chosen to go abroad and fight western values in the most appalling way possible. We also cannot risk these militants coming back to the UK and bringing with them their ideologies and barbarous practices.” (Disponível em <http://www.ukip.org/issues>. Acesso em 20/09/2014).

<sup>70</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Europa: Uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006, p.106.

A Ministra do Interior Theresa May (partido conservador) propôs em 2013 uma nova lei imigratória – Immigration Act. 2014 cc. 22<sup>71</sup> – que aumenta o período comprobatório para a investigação da veracidade de casamentos e uniões homoafetivas de 28 para 70 dias; autoriza a extradição independente da apreciação da devida apelação; diminui a possibilidade de interpor recurso em um número de ações judiciais, de 17 para 4; aumenta o valor da multa para contratação de imigrante ilegal, de 10 mil libras para 20 mil libras; institui a necessidade de comprovação da estadia legal no território britânico para poder alugar uma casa (podendo o proprietário ser multado, caso não verifique tal documento), abertura de conta corrente, liberação de crédito e expedição de carteira de habilitação de motorista; contribuição compulsória ao Serviço Nacional de Saúde para ter acesso gratuito a serviços médicos e ambulatoriais e, em caso de inadimplência, pagamento por cada serviço médico prestado.

O Reino Unido obriga que os imigrantes se submetam a um teste – o Life in the UK – que abrange conhecimento do idioma, legislação, história, cultura e costumes do país, avaliando o nível de integração social como requisito<sup>72</sup> para obter a autorização de residência permanente em território britânico.<sup>73</sup> Algumas perguntas aplicadas no exame: Em qual idade você pode votar nas eleições gerais? Quais são as duas razões que podemos nos lembrar de Henrique VIII? Os valores e princípios britânicos são baseados na história e nas tradições?<sup>74</sup> Apenas 49% dos imigrantes de 18 a 24 anos que realizam a prova são aprovados<sup>75</sup>, já dos 25 a 39 anos a aprovação se encontra em 65%, na faixa etária dos 40 a 59 anos é de 78% e acima dos 60 anos, a aprovação é de 92%.<sup>76</sup>

## Conclusão

O processo integracionista europeu assumiu, ao longo de sua evolução, uma natureza singular e papel protagonista nos estudos do regionalismo. Vinte e oito países fazem parte de um destino comum mas ainda procuram como construir, em face da diversidade de que são portadores, uma cultura e uma legitimidade que os unifique como europeus.

<sup>71</sup> Disponível em <http://services.parliament.uk/bills/2013-14/immigration/documents.html>. Acesso em 15/10/2015.

<sup>72</sup> Exige-se 75% de acertos para aprovação.

<sup>73</sup> Disponível em: [http://www.findlaw.co.uk/law/immigration\\_emigration/citizenship/applying\\_for\\_british\\_citizenship/30223.html](http://www.findlaw.co.uk/law/immigration_emigration/citizenship/applying_for_british_citizenship/30223.html) Acesso em 01/10/2014.

<sup>74</sup> Disponível em <https://youngov.co.uk/news/2014/08/21/half-young-people-would-fail-national-citizenship-/> Acesso em 01/10/2014.

<sup>75</sup> 50% dos britânicos que se submeteram, experimentalmente, ao Like in the UK não foram aprovados. (Disponível em: <http://youngov.co.uk/news/2014/08/21/half-young-people-would-fail-national-citizenship-/>. Acesso em 01/10/2014)

<sup>76</sup> Disponível em: <http://youngov.co.uk/news/2014/08/21/half-young-people-would-fail-national-citizenship-/> Acesso em 01/10/2014.

O xenofobismo, etnocentrismo, racismo, nacionalismo e as intolerâncias cultural e religiosa passaram a estar na agenda da extrema direita europeia pois os políticos perceberam o favorável retorno eleitoral do hostil discurso.

Em uma sociedade supranacional, que pretende ser construída num espaço comum, a tolerância é essencial. Tolerância significa, no cenário europeu, reconhecer os direitos fundamentais das minorias representados por questões linguísticas, étnicas e religiosas.

A unidade e continuidade do processo de integração estão na garantia de uma convivência pacífica multicultural.

## Referências bibliográficas

- BARAHIMI, Mina, OSTOWAR, Djeyhoun. *The Political Participation of Dutch Muslims: A Dilemma for a Multicultural Society*. Disponível em: <http://www.humanityinaction.org/.../41-the-political-particip>
- BARÃO, Fernanda. *UKIP, o partido que faz tremer os Tories*. Disponível em <http://www.voxeurop.eu/pt/content/article/3145411-ukip-o-partido-que-faz-tremer-os-tories>.
- BAUMAN, Zygmunt. *Europa: Uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- BEVANGER, Lars. *UKIP: Britain's winning ticket in Europe?* Disponível em <http://www.dw.de/ukip-britains-winning-ticket-in-europe/a-17501699>.
- CASTELLS, Manuel. *Fim de Milênio*. São Paulo: Paz e Terra, 2007
- CELESTINO DE LONDRES, Helena. *A União da Europa Racista*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/a-uniao-da-europa-racista-10826940>
- \_\_\_\_\_. *Extrema-direita, volver*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/extrema-direita-volver-por-helena-celestino-8392418>
- CROWTHER, Steve on behalf of UKIP, Lexdrum House, King Charles Business Park, Newton Abbot, Devon. Disponível em <http://www.ukip.org/issues>
- EICHENBERG, Fernando. *Extrema-direita vence na França e ganha terreno em toda a EU*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/extrema-direita-vence-na-franca-ganha-terreno-em-toda-ue-12601419>
- \_\_\_\_\_. *Em pequena cidade francesa até imigrantes declaram voto na xenófoba Frente Nacional*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/em-pequena-cidade-francesa-ate-imigrantes-declaram-voto-na-xenofoba-frente-nacional-12032657>
- ERLANGER, Steven. *Amid Rise of Multiculturalism, Dutch Confront Their Questions of Identity*. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/08/14/world/europe/14dutch.html>
- ERLANGER, Steven, CASTLE Stephen. *Britain's Discontent Lifts Populist Party to Even Stronger Vote Tally Than Expected*. Disponível em <http://www.nytimes.com/2014/05/24/world/europe/britain-elections.html>
- HABERMAS, Jürgen. *Está em jogo a democracia*. Jornal Le Monde de 25 de outubro de 2011. Disponível em <http://www.presseurop.eu/pt/content/article/1106151-juergen-habermas-esta-em-jogo-democracia>.
- HOBBSBAWM, Eric. *Sobre História*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- JUDT, Tony. *Pós-Guerra: uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008
- KERN, Soeren. *The Netherlands to Abandon Multiculturalism*. Disponível em: <http://www.gatestoneinstitute.org/.../netherlands-abandons-mu>
- LAQUEUR, Walter. *Os últimos dias da Europa: Epitáfio para um velho continente*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007

MORA, Miguel. *Os Dibrani, os apátridas da Europa*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/os-dibrani-os-apatridas-da-europa-10438274>>

POOT, Jacques, VAN DER PAS, Suzan. *The Transformation of Immigrant Communities: The Case of Dutch Kiwis*. Disponível em: <http://newsettlers.massey.ac.nz/.../The%20Transformation%20of>

RABIN, Cláudio Goldberg. *Saiba quem e o que defendem os principais partidos de extrema direita da Europa*. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/05/saiba-quem-e-o-que-defendem-os-principais-partidos-de-extrema-direita-da-europa-4513968.html>>

SCHUCK, Elena de Oliveira, GOLDMEIER, Gabriel. *A proibição da burca: uma lei em defesa ou contrária à liberdade e à dignidade humana?* Disponível em: <[http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/28\\_6\\_2012\\_19\\_13\\_2.pdf](http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/28_6_2012_19_13_2.pdf)>

TOSTES, Ana Paula. *Razões da intolerância na Europa integrada*. Dados, Rio de Janeiro, v. 52, n. 2, June 2009. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582009000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000200003&lng=en&nrm=iso)>

VAN AMERSFOORT, Hans. *How the Dutch Government stimulated the unwanted immigration from Suriname*. Disponível em: <http://www.imi.ox.ac.uk/pdfs/wp/wp-47-11>.

WILL, Farage. *Form far right alliance with France's Marine Le Pen, claims outspoken Dutch MP Geert Wilders*. Disponível em: <http://www.dailymail.co.uk/.../Farage-break-promise-form-far>

WINOCK, Michel. *Victor Hugo na Arena Política*. Rio de Janeiro: Difel, 2008.



# Reflexões acerca da ideia de Sistema na Ciência do Direito

---

Eva Dias Costa<sup>1</sup>

## Resumo

A atividade de interpretação decorre da própria necessidade de aplicação da lei. A missão do intérprete, aplicador do Direito, é construir conteúdos de sentidos, ou significações, a partir dos dispositivos legais, com a aplicação do Direito aos casos concretos.

Contudo, não se pode ignorar que as normas só atingem o seu conteúdo em harmonia com as demais normas se for tomada em consideração a relação sistemática que entre elas existe.

A metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito (indício da ideia de sistema), como se comprova, por exemplo, pela regra da interpretação sistemática ou pela pesquisa dos princípios gerais de Direito. O que, aliás, evita o casuísmo ao estabelecer os limites da interpretação provenientes da comparação entre os textos normativos. O intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.

Por força das concepções racionalistas, dominantes nos séculos XVII e XVIII, nas quais preponderava a valoração da lei como expressão máxima do Direito, não havia preocupações com a interpretação.

Considerada a lei clara e precisa, de modo a prever todos os conflitos humanos, restava ao juiz a função de aplicá-la, sem qualquer valoração, como se de uma tarefa mecânica se tratasse – *in claris non fit interpretatio*.

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Não pretende apenas descrever os métodos aplicados na ciência, mas compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites.

A necessidade e a justificação do método decorrem do significado, da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode, portanto, tratar da ciência do Direito sem simultaneamente tratar do próprio Direito.

**Palavras-chave:** Sistema; metodologia; ciência jurídica.

## Resumen

La actividad de interpretación se eleva de la propia necesidad de hacer cumplir la ley. La misión de la intérprete, aplicador de la ley, es de crear el contenido de los sentidos o significados, de las disposiciones legales, con la aplicación de la ley a casos concretos.

Sin embargo, no se puede ignorar que las reglas sólo llegan a su contenido en armonía con otras reglas si se tiene en cuenta la relación sistemática que existe entre ellos.

La metodología jurídica parte en sus postulados de la existencia de una unidad fundamental en el derecho (indicio de una idea de sistema), como lo

---

<sup>1</sup> Professora Assistente do Departamento de Direito; Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense; Coordenadora Departamental de Estágios.

demuestra, por ejemplo, la regla de la interpretación sistemática o la búsqueda de los principios generales del derecho. Lo que, de hecho, impide la casuística para establecer los límites de una interpretación que se eleva de la comparación entre los textos normativos. El intérprete no sólo construye pero reconstruye sentido, dada la existencia de significados implícitos en el uso del lenguaje construidos en la comunidad de hablantes.

Bajo las concepciones racionalistas, dominante en los siglos XVII y XVIII, en el que predominaba la valoración de la ley como la más alta expresión del derecho, no quedaban preocupaciones con la interpretación. Considerada la ley clara y precisa con el fin de proveer a todos los conflictos humanos, quedaba al juez simplemente la tarea de su aplicación, sin ningún tipo de valoración, como si se tratara de una tarea mecánica – *in claris non fit interpretatio*.

La metodología de la ciencia es su reflexión sobre la propia actividad. No se pretende solamente describir los métodos utilizados en la ciencia, sino entenderlos, es decir, conocer sus necesidades, sus razones y sus límites.

La necesidad y la justificación del método de derivar el significado y la especificidad estructural del objeto a través de él deben ser aclaradas. Uno no puede, por tanto, tratar de la ciencia del derecho sin abordar simultáneamente la propia ley.

**Palabras-clave:** Sistemas; metodología; ciencia jurídica.

**Abstract**

The act of interpreting derives from the very necessity of enforcing the law. The mission of the interpreter, the applicator of the law, is to build a content of senses or meanings from the legal provisions, and to able to apply the law to specific cases.

However, one cannot ignore that rules only reach their full meaning and significance in harmony with other rules if one takes into account the systematic relationship that exists between them.

Legal methodology postulates the existence of a fundamental legal *system*, as evidenced by the rule of systematic interpretation or the search for general principles of law. The interpreter not only builds but reconstructs sense, given the existence of meanings embedded in the language use and built into the community.

Under rationalistic conceptions which prevailed in the seventeenth and eighteenth centuries, the *text* of the law was regarded as its' highest expression of the law, therefore there were no concerns with interpretation. The law was regarded to be clear and precise so as to provide for all human conflict, and the judge was left with the simple task of implementing it, without any valuation, as if it were a mechanical task – *in claris non fit interpretatio*.

The methodology of a science is a self-reflection. It is not intended only to describe the methods it uses, but also to understand them, that is to comprehend its' necessity, its' reasons and its' limits.

The need and justification for the method of deriving meaning must therefore be explained. One cannot deal with the *science of law* without simultaneously addressing the law itself.

**Keywords:** System; methodology; legal science.

## Metodologias da Ciência do Direito

Toda a metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito ou implica-a, pelo menos, e apresenta um duplo rosto: um, voltado para a dogmática jurídica e outro, para a teoria do Direito e dessa forma, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia.

Enquanto tal, a metodologia é o estudo dos passos e da forma como se desenvolve o raciocínio e engloba, portanto, a análise de diversos pontos estruturais de uma teoria. Entre estes pontos está o *sistema* enquanto condição da cientificidade do pensamento: o sistema é responsável pela formação da unidade entre a pluralidade dos elementos que o compõem, proporcionando, desse modo, a simplificação e o controle da matéria.

Naturalmente, as suas diretrizes e características têm uma íntima conexão com as características do conteúdo que se vai sistematizar, pelo que há implicação recíproca, mas não dialética entre a forma do sistema e o objeto do sistema<sup>2</sup>.

Estas considerações não se furtam à sistematização própria da ciência do Direito, tendo em vista que as decisões e conclusões jurídicas devem ser, ao menos, objetiváveis, controláveis e racionais, ou seja, não arbitrárias, autoritárias ou excessivamente discricionárias, pelo que existe um dever de vinculação à objetividade, de fundamentação, que deve realizar-se na conformação do próprio sistema jurídico.

A objetividade não é, todavia, absoluta, é a própria das ciências do espírito, gradual e que só se obtém dentro de uma comunidade crítica<sup>3</sup>.

Segundo POPPER<sup>4</sup>, a objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico, o que significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica é objetivo.

A objetividade da ciência não é matéria dos cientistas individuais, antes o resultado das suas recíprocas críticas, da sua cooperação e também da sua competição. A pureza da ciência pura é um ideal presumidamente inalcançável; mas é um ideal para o qual se luta constantemente por intermédio da crítica<sup>5</sup>.

Logo, uma teoria é objetiva se consegue fundamentar as suas conclusões o mais racional e sistematicamente possível e se consegue responder aos problemas que lhe são postos. Quando a força explicativa dos seus argumentos não consegue levar a cabo tais tarefas, perde-se a sua objetividade.

No caso da ciência do Direito, é impossível fugir das valorações, o que se justifica pela própria natureza do Direito positivo, que, por meio de disposições explícitas, expressa preferências e, portanto, juízos de valor acerca das condutas humanas. Nesse sentido, valores indicam preferências, o que se reflete na regulação

<sup>2</sup> MONTEIRO, *Reflexões Metodológicas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito*.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>4</sup> *In Lógica das Ciências Sociais*, p. 16.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 23-28.



determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida, as valorações passam a ser suscetíveis de confirmação e passíveis de crítica racional<sup>9</sup>.

Há, portanto, para o raciocínio jurídico uma exigência de forma e uma exigência de conteúdo.

A forma há-de ser sistemática, ainda que não é unívoca, dependente que está da própria ideia de Direito que se adote.

O conteúdo é considerado a partir do momento em que se reconheça como insuficiente a postura meramente formal da ciência jurídica, o que conduz à necessidade do estabelecimento de conexões de sentido entre o Direito positivo e os enunciados da ciência do Direito, ainda que com a consideração das situações concretas reguladas e do fim da regulação<sup>10</sup>.

Falamos já bastantes vezes, ao longo destas poucas linhas, em sistema jurídico, querendo referir-nos ao *plano* que o enforma e que impõe a integração das lacunas que nele surgem. Devíamos ter começado talvez por defini-lo.

## A Origem da ideia de Sistema Jurídico

Na era do positivismo jurídico, da negação do Direito natural, a própria *possibilidade* do sistema jurídico foi a principal disputa entre a *jurisprudência dos conceitos*, de JHERING e SAVIGNY, e a *jurisprudência dos interesses*, de HECK.

Tradicionalmente o sistema era encarado como axiomático. Todavia, a evolução da filosofia e da teoria do conhecimento, a própria condição do pensamento científico na atualidade, impôs se tentasse a apreensão do conceito pela forma sistemática.

Tarefa para a qual não foi despiciendo o contributo da moderna teoria geral dos sistemas e da teoria da linguagem, com implicações na construção dos sistemas sociais autopoieticos, dos quais o Direito é espécie<sup>11</sup>, bem como a feição valorativa e teleológica do sistema jurídico, agora concebido conforme a essência do próprio Direito, enquanto seu objeto<sup>12</sup>.

A conceção de *ordenamento jurídico* como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado Moderno e o desenvolvimento do capitalismo.

A palavra introduziu-se no pensamento jurídico só no século XVI e tornou-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até a atualidade.

O conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática e incluem-se nele elementos normativos (as normas), que são os principais, e elementos não normativos (definições, critérios de classificação, preâmbulos); na

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

<sup>11</sup> Vide LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto* (Trad. para italiano do original *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*).

<sup>12</sup> Cf. ALMEIDA, *O Direito Como Sistema Autopoietico*.

sua estrutura revelam-se regras de vários tipos e o Direito contemporâneo tende a vê-lo como um conjunto sistemático<sup>13</sup>.

Prevalece a ideia de sistema dinâmico, em contraposição ao estático, oriunda de KELSEN<sup>14</sup>, que capta as normas dentro de um processo de contínua transformação.

As normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações introduzidas nas situações reguladas. O sistema acaba por ser apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social.

A dogmática entende o ordenamento de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade dos conflitos, na medida em que a *ideia de sistema* implica uma noção de limite, traça contornos, cria uma linha diferencial abstrata que permite identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora.

Dessa forma, o Direito soberano ou nacional transforma-se num Direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão estatal e está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas<sup>15</sup>.

## Conceções Teóricas sobre o Sistema Jurídico: de SAVIGNY até a Jurisprudência dos Conceitos

206

SAVIGNY<sup>16</sup> foi talvez o primeiro teórico do Direito a empreender uma construção metodológica efetiva e, portanto, um sistema jurídico em bases mais sólidas do que a cultura anterior havia realizado. Equiparou, nos seus primeiros escritos, os termos *sistemático* e *filosófico*, nas palavras seguintes: todo o sistema conduz à filosofia.

Sustentava que o Direito era uma ciência que se deveria elaborar *histórica e filosoficamente*. A esses dois termos, porém, atribuía um significado muito diverso do que eles têm no discurso comum atual.

Ao afirmar que o Direito deveria ser filosófico, não queria SAVIGNY dizer que o deveria subordinar-se às noções filosóficas de justiça nem ater-se ao jus naturalismo dominante. Queria tão só explicar ciência jurídica deve ser elaborada de forma sistemática, por meio de conceitos organizados, constituindo um campo de conhecimentos com unidade e organicidade. Portanto, o conhecimento do Direito não pode reduzir-se a uma mera exposição fragmentária do sentido das normas, antes deve ser capaz de organizar sistematicamente todos os conceitos jurídicos.

No que respeita ao elemento histórico da ciência jurídica, SAVIGNY não o assinalava para indicar a relatividade de toda a construção jurídica nem a

<sup>13</sup> FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 177-181.

<sup>14</sup> *In Teoria Pura do Direito*.

<sup>15</sup> MONTEIRO, *op. cit.*

<sup>16</sup> *Apud* LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 10.

necessidade de que os juízes adaptassem o sentido das normas à realidade histórica de seu tempo.

Pelo contrário: a historicidade constitui, para o Autor, um elemento na busca de uma interpretação objetiva, historicamente determinada pelo momento em que a lei foi elaborada. Não se trata, pois, de um historicismo atualizador ou prospetivo, mas de um historicismo retrospectivo e conservador, que liga o Direito às raízes históricas de sua criação, impedindo as tentativas de adaptar as soluções jurídicas às condições históricas do momento da aplicação do Direito.

Esse caráter conservador das ideias historicistas de SAVIGNY, que se opunha firmemente às inovações trazidas pela Revolução Francesa e pelo *Code Civil*, é essencial para a compreensão de sua teoria, na qual o elemento histórico funcionava como um critério que poderia dar maior objetividade à aplicação do Direito<sup>17</sup>.

A exposição de um simples sistema histórico conduz a uma unidade, a um ideal, em que aquela se baseia – e isto é filosofia.

Com o que, porém, vem SAVIGNY a distinguir a teoria filosófica do Direito em si mesma, ou o Direito natural, do elemento filosófico ou sistemático da ciência (positiva) do Direito: a última pode ser estudada tanto com o Direito natural como sem ele, já que, segundo ele, para o jurista, a filosofia não é necessária, mesmo como simples conhecimento prévio.

No elemento filosófico da ciência do Direito não deve, pois, subtender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, apenas a orientação que é comum à ciência do Direito e à filosofia.

SAVIGNY<sup>18</sup> rejeita uma interpretação teleológica: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação.

O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador – tem apenas que executá-la: um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, nunca do juiz.

Por fim, o elemento sistemático refere-se ao nexos interno que liga numa grande unidade todos os institutos e regras jurídicas.

De facto, para SAVIGNY, o Estado é fruto da necessidade humana de haver um limite para a arbitrariedade de uns contra os outros, limite que deve precisamente ser estabelecido pela lei.

Dizia que “*seria melhor que existisse algo totalmente objetivo, algo de todo independente e distante de toda convicção individual: a lei. [...] A lei deveria, pois, ser completamente objetiva, conforme sua finalidade original, isto é, tão perfeita que quem a aplique não tenha nada a agregar-lhe de si mesmo*”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> COSTA, *Hermenéutica Jurídica*, pp. 58-60.

<sup>18</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, p. 12.

<sup>19</sup> *In Metodologia Jurídica*, p. 42, *apud* COSTA, *op.cit.*, p. 58.

Defendia, pois, a existência de uma interpretação objetiva, que possibilitasse a identificação do *verdadeiro sentido da lei*.

Expressão dessa busca de objetividade também é a negação das interpretações tanto extensivas quanto restritivas, por considerar que, nesses casos, o juiz não se limita a reconstruir o sentido da lei, mas insere seus próprios valores, alterando a norma em vez de interpretá-la, numa operação tão arbitrária que não se pode falar de uma verdadeira interpretação, pois aquilo que o juiz deve agregar à lei, apenas por este facto, não pode ser considerado objetivo<sup>20</sup>.

Qual deveria ser, então, esse sentido objetivo das normas?

Como os demais hermeneutas de seu tempo, SAVIGNY fliava-se na corrente que identificava na busca da vontade do autor o núcleo da interpretação legislativa, afirmando que *toda a lei deve expressar um pensamento em forma tal que valha como norma. Quem interpreta, pois, uma lei, deve investigar o conteúdo da lei. Interpretação é, assim, antes de mais, reconstrução do conteúdo da lei, pelo que o intérprete deve colocar-se no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente o seu pensamento*<sup>21</sup>.

Nisso estava de acordo tanto com os teóricos franceses quanto com a tradição germânica que influenciou, como ao diante veremos, SCHLEIERMACHER.

Porém, reconhecia como uma meia verdade a afirmação de que, na interpretação, tudo depende da vontade do legislador, pois, segundo ele, não bastava que o legislador tivesse uma vontade, era preciso que ele a evidenciasse na lei para que essa sua intenção vinculasse o intérprete, de tal forma que ele define interpretação não apenas como identificação da vontade do legislador, mas como reconstrução do pensamento expressado na lei, enquanto, ainda que obscuro, seja cognoscível a partir da lei<sup>22</sup>.

Assim, diversamente da escola francesa, SAVIGNY não propunha uma investigação autónoma da vontade do legislador, baseada em análises dos trabalhos preparatórios, mas subordinava a reconstrução do pensamento legislativo ao estudo dos próprios textos efetivamente legislados, o que indica a sua grande vinculação ao elemento gramatical da interpretação.

Essa especial relevância da literalidade das normas, contudo, não fez com que SAVIGNY se limitasse aos aspetos gramaticais da interpretação, sendo que ele afirmava que, na reconstrução do pensamento do legislador, o intérprete deveria realizar uma tríplice atividade, inserindo uma terceira espécie de interpretação (a histórica) no antigo modelo bipartido que diferenciava a interpretação em lógica e gramatical.

Com isso, a interpretação deveria constituir-se em uma atividade dividida em três partes: uma, lógica, que consiste na apresentação do conteúdo da lei na sua origem e na apresenta a relação das partes entre si; outra, gramatical, condição necessária da parte lógica e, finalmente, a parte histórica, na medida em que a

<sup>20</sup> COSTA, *ibidem*.

<sup>21</sup> SAVIGNY, *Metodologia Jurídica*, p. 13, *apud* COSTA, *op. cit.*, p. 59.

<sup>22</sup> *Metodologia*, p. 14, *apud* COSTA, *ibidem*.



compreensão da lei só é possível pela compreensão do momento em que a lei existe.

Inseriu o elemento histórico na hermenêutica como uma forma de garantir que a interpretação deveria observar as condições históricas do momento da elaboração da lei, pois toda lei é fruto de determinadas circunstâncias históricas, e não para afirmar que a lei deveria ser interpretada de forma a adaptar-se aos valores históricos do momento em que ela fosse aplicada.

Trata-se, pois, de uma utilização conservadora do elemento histórico, na medida em que vincula o sentido da lei ao momento de sua elaboração e que, portanto, se opõe ao projeto *modernizador* do positivismo<sup>23</sup>.

Inaugurando essa concepção mais consistente do sistema, criou condições para o desenvolvimento segundo os moldes da lógica formal, que veio a dar-se com os cultores da jurisprudência dos conceitos<sup>24</sup>.

De acordo as lições de LARENZ<sup>25</sup>, a ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito natural, embora tivesse também raízes profundas na filosofia do idealismo alemão.

Os idealistas alemães pós-kantianos, nos quais é usual contar FICHTE, SCHELLING, SCHLEIERMACHER, tentaram construir o mundo a partir de um único ponto, de um princípio último transcendental, *i.e.*, apreendê-lo reflexivamente.

FICHTE sustentou que que o motivo fundamental pelo qual o idealismo deve considerar-se superior ao realismo, seria, sobretudo, moral, uma *questão de caráter*.

Realismo significaria passividade, acomodação, fraqueza, debilidade; ao passo que idealismo, isto é, imanentismo, significaria atividade, independência, liberdade, posse de si mesmo.

Assentado isto, FICHTE concebe idealisticamente toda a realidade, tanto espiritual quanto material, como uma produção do eu.

Trata-se, naturalmente, de um *eu* universal, absoluto, transcendental, isto é, *Eu puro*, de que o *eu empírico*, os diversos *eus empíricos* seriam concretizações particulares, no tempo e no espaço: nesses *eus empíricos*, e unicamente neles, o *Eu puro* vive, opera, desenvolve-se, em um processo infinito, ético, no qual reside a sua divindade.

Desenvolvendo a doutrina kantiana do primado da razão prática, FICHTE pensa que a natureza íntima, profunda, originária do eu seja atividade, moralidade.

Para realizá-la, o *eu* criaria o mundo da natureza, poria a si mesmo o *não-eu*.

Este seria precisamente como que o campo da sua atividade, o obstáculo a superar para realizar a sua função ética, a antítese que ele põe como tese, a fim de que seja possível a síntese ética.

<sup>23</sup> COSTA, *op. cit.*, pp. 63.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*, p. 16.

<sup>25</sup> LARENZ, *op. cit.*, p. 21.



SCHLEIERMACHER quer libertar a religião não só da ciência, mas também da moral, para celebrar uma religiosidade estética. Pensa ele – como SCHELLING – que o Absoluto é atingido mediante a intuição estética, a que julga poder dar um específico valor religioso<sup>28</sup>.

HEGEL, por sua vez, projetou apresentar o verdadeiro como o todo, isto é, como o movimento do conceito concreto girando sobre si próprio e não só englobando como em si superando o respetivo contrário.

O sistema significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira pela qual é possível que o espírito cognoscente se assegure da verdade: o critério da racionalidade intrínseca como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade<sup>29</sup>.

Por isso é que SAVIGNY (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do caráter histórico, e com idêntica importância, o caráter filosófico ou sistemático da ciência do Direito – vindo a segui-lo, de resto, nesta elevada valoração do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX. A matéria, obtiveram-na sobretudo a partir das fontes de Direito romanas, cuja sistematização foi a principal tarefa e o principal contributo da pandectista do século XIX.

A *ideia de sistema* significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido.

No entanto, essa unidade que o sistema há-de exprimir pode pensar-se de duas maneiras diferentes e alcançar-se, por conseguinte, por caminhos diferentes.

Pode conceber-se, em primeiro lugar, como se conceberia a unidade de um organismo – como pretendiam os filósofos idealistas – como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta e cujos elementos gravitam em volta de um centro; ou, ao invés, como um conceito geral abstrato, limpo de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal.

Podíamos comparar, como tal, a conceção de sistema orgânico a um círculo e, o sistema de conceitos, determinado pelos princípios da lógica formal, a uma pirâmide, cujo conceito supremo, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – tendo a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior.

À medida que se sobe da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura.

Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva, e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem* e, ainda, VIDEIRA, Síntese: *Arte e Filosofia no Idealismo Alemão*; KLOTZ, “Subjetividade no Idealismo Alemão”, in *Revista Inquietude*.

<sup>29</sup> Cf. *Hegel System of Science* @ www.hegel.net, acedido em 21.08.2013.

<sup>30</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de modo a que de cada ponto da base se possa subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular<sup>31</sup>.

## O Positivismo e a Jurisprudência dos interesses

Para LARENZ<sup>32</sup>, o positivismo, na ciência do Direito<sup>33</sup> como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo empenho em banir toda a metafísica do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos factos e às leis desses factos, considerados empiricamente.

Dado que a sua primeira e mais marcante preocupação era excluir da ciência do Direito a questão de um sentido ou de um valor com validade objetiva, o positivismo já foi precisamente classificado como uma orientação espiritual sobretudo negadora, como um negativismo.

Não pode, ainda assim, ignorar-se o *ethos* científico que determinou, frequentemente, a atitude do positivista: do positivista que considera as ideias eternas ou os valores absolutos como inatingíveis racionalmente e, por isso, rejeita fazer afirmações ou pressuposições não demonstradas.

212

Esta humildade científica do positivista não exclui que ele tenha para si valores ou exigências éticas; só que os remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre os quais, do seu ponto de vista, não é possível um enunciado científico.

LARENZ não nega, por exemplo, que a exigência de justiça valha para a consciência de cada um, mas é da opinião que ela não é passível de conhecimento científico e de que, portanto, não constitui um princípio possível de uma ciência *jus* positivista.

Quando muito, pode reconhecer a vivência da justiça como um facto antropológico que, enquanto tal, não pode nunca ser eliminado do pensamento jurídico; mas a ideia de justiça é que não chega a ser para ele um princípio cognitivamente objetivável, um princípio com validade universal e que, deste modo, possa ter relevância para o conhecimento do Direito positivo<sup>34</sup>.

O que, abstraindo da lógica e da matemática, é suscetível de conhecimento científico são, na conceção positivista, os factos sensíveis, juntamente com as leis que neles se manifestam e se comprovam na experimentação.

<sup>31</sup> LARENZ, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>32</sup> *Op.cit.*, pp. 45-46.

<sup>33</sup> Movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha Escola Histórica – *idem, ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*.

Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências exatas da natureza<sup>35</sup>. Nessa medida, o positivismo é um naturalismo<sup>36</sup>.

Em face desse exagero formalista, mas ainda sem romper em definitivo com a conceção positivista da ciência jurídica, surge a *jurisprudência dos interesses*, tendo JHERING<sup>37</sup> como seu precursor, e que foi desenvolvida mais tarde por HECK<sup>38</sup>, STOLL e outros.

Esta corrente procura investigar e aperfeiçoar o Direito, num método de cunho sociológico, partindo dos motivos que foram determinantes para o legislador.

Preocupa-se, assim, com o conteúdo da decisão jurídica, com vista aos interesses concretos existentes nos problemas levados à decisão dos tribunais. Dessa forma, ela interessa-se muito mais com a prática do Direito do que com a construção consistente e coerente dos conceitos e do sistema jurídico<sup>39</sup>.

As explanações de HECK e STOLL<sup>40</sup> em matéria de construção dos conceitos e do sistema ficaram a meio do caminho: a sua maior preocupação, a este propósito, consistiu em mostrar que o sistema lógico-formal de conceitos gerais abstratos – a pirâmide de conceitos – não deve utilizar-se como fonte de conhecimento de novas proposições jurídicas

Em consequência, atribuíram a este sistema, ao sistema externo, apenas um valor de exposição, não um valor de cognição que, tal como os elementos de que é formado – os conceitos preceptivos ou ordenadores –, só deve servir para a formulação e a ordenação externa do material jurídico.

Os conceitos ordenadores, como por exemplo, o de direito subjetivo e de ato ilícito, constrói-os a ciência do Direito com base na ordem jurídica positiva existente, desprezando o marginal e acentuando o comum e o essencial, ou seja, por via de indução e de abstração.

Trabalho em que nenhuma representação sociais de fins norteiam a ciência do Direito, determinando-se esta apenas pela ideia de domínio e ordenação do material legislativo.

Em contraposição a estes conceitos, estariam os conceitos de interesse, que servem para a apreensão conceitual dos interesses reconhecidos como prevalentes, como, por exemplo, a situação dos interesses, o interesse no desenvolvimento ou o interesse da estabilidade<sup>41</sup>.

Para a construção do sistema estes conceitos não são aptos; porém, ao contrário do que acontece com os conceitos ordenadores, são da maior importância para a investigação dos interesses e, por conseguinte, para a interpretação da lei e a aplicação do Direito.

<sup>35</sup> HART, *The concept of law*, pp. 141 e ss., 157 e ss., 272.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 46-47, *apud*, MONTEIRO, *op. cit.*

<sup>37</sup> JEHRING, *Des Kampf ums Recht*.

<sup>38</sup> *Vide* HECK, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*.

<sup>39</sup> *Cf.* GUICHARD, “A ideia de um Sistema Móvel, em Especial no Domínio da Responsabilidade Civil”, pp. 8-9.

<sup>40</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>41</sup> CABRAL, *in* *Conceções Teóricas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito*, p. 12.

Desta maneira, existem – defende HECK<sup>42</sup> – duas séries de conceitos distintas, notando-se esta antítese em todo o mundo jurídico e projetando-se em todas as questões particulares.

HECK rejeita qualquer mistura entre os dois tipos de conceitos, entendendo que só são denominados de conceitos jurídicos, na terminologia corrente, os conceitos preceptivos, já não aqueles que se referem aos interesses, embora estes sejam naturalmente construídos e valorados por qualquer ciência do Direito.

À dupla via de construção dos conceitos corresponde uma dupla significação do sistema. Através da reunião dos conceitos ordenadores forma-se o sistema científico, na aceção de sistema externo, em cuja edificação é determinante o interesse na exposição da matéria, ou seja, a tendência, por um lado, para a clarificação, e, pelo outro, para a condensação e a perspetiva geral<sup>43,44</sup>.

Ao sistema externo HECK contrapõe o sistema interno, que resulta do nexo objetivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses.

Com efeito, os elementos básicos, que são as decisões dos conflitos, não pairam como fenômenos isolados no vácuo, mas referem-se a parcelas da vida que se encontram ligadas entre si por múltiplas conexões e concordâncias.

Porém, se aqui ecoa o pensamento de que este sistema interno, que é independente da atividade científica, se oferece já pronto nas relações da vida, de sorte que para o atingir não é necessário senão reproduzi-lo, HECK não deixa, ao mesmo tempo, de voltar à ideia de um sistema de normas como um sistema de decisões de conflito com caráter geral, que ele apenas logra conceber na forma de um sistema de conceitos ordenadores.

214

Toda a decisão de conflitos, afirma ele, pode fazer intervir o conteúdo total da ordem jurídica. Os problemas deparam-se como complexos de problemas e as decisões como grupos de decisões. Se os elementos comuns vierem a ser reconhecidos e reunidos na exposição, resultarão conceitos de grupo, de generalidade sempre crescente.

O processo de síntese completa-se através de uma classificação, que torna explícito o sistema interno como o conjunto interligado das normas e das decisões de conflitos nelas realizadas<sup>45</sup>.

Donde não é de admirar que o sistema interno exposto em conceitos gerais abstratos e ordenadores seja para HECK essencialmente idêntico àquela classificação do Direito que já era até aqui determinante para a legislação e para a ciência – quer dizer, o sistema externo.

<sup>42</sup> *In Interpretação da Lei e jurisprudência dos Interesses.*

<sup>43</sup> CABRAL, *op. cit.*, p. 13.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*: “STOLL juntou a este interesse na exposição um outro designio, para o qual o sistema externo será ainda necessário: o de permitir ao juiz a subsunção lógica, subsunção que não só é indispensável por razões de continuidade e de celeridade na administração da justiça, como também, se conservada nos devidos limites, insuscetível de objeção e adequada”.

<sup>45</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

Tanto mais surpreendente se torna, assim, que HECK persista em manter com tal energia a distinção entre as duas espécies de sistema, bem como a distinção entre os conceitos preceptivos, construídos com puros fins de ordenação, e os conceitos de interesse<sup>46</sup>.

## O Sistema Móvel de WILBURG

Para WILBURG, cuja conceção de *sistema móvel* no Direito privado encontra apoio na descrita jurisprudência dos interesses.

No entanto, como refere GUICHARD<sup>47</sup>, no desenvolvimento e, simultaneamente, na superação da jurisprudência dos interesses, WILBURG generalizou a ideia de que as consequências jurídicas resultam de um jogo de *elementos móveis*.

Situando (ou deslocando) as *forças móveis* identificadas como decisivas nas hipóteses das normas e, atendendo ao respetivo peso, WILBURG propôs *soluções elásticas*, dirigidas às especificidades de cada caso.

No que apresentou sucintamente as consequências do seu ponto de partida através de uma série de exemplos retirados não só do direito delitual mas também, como na hipótese do negócio usurário, do Direito contratual.

Desde modo, foi reconhecido o significado normativo dos enunciados ou proposições comparativas no Direito e abriu-se a possibilidade de substituir os rígidos enunciados *regra/exceção* relações por flexíveis e relações do tipo *quanto mais/mais*.

Para GUICHARD<sup>48</sup>, em tempos de uma cada vez mais deplorada avalanche legislativa, este acesso metodológico para a superação de complexas questões jurídicas, é – agora como antes, e em alto grau – atual, pois mostra um caminho para *evitar a inevitável casuística* de normas rígidas conformadas segundo o esquema da conexão entre hipótese e consequência.

No que respeita à analogia, que preocupa o nosso trabalho, WILBURG afirmava que a ciência jurídica pode, conformar livremente forças e ideias sem que sejam necessárias novas leis, através do com o recurso à analogia e segundo os princípios gerais (comuns) do Direito<sup>49</sup>.

Para o Autor, uma evolução móvel corresponde ao espírito da lei, à qual, de modo algum, é estranha a conceção de um jogo de forças. «*A ciência jurídica é uma «arte» cuja tarefa é captar as manifestações da vida em comunidade dos homens e conformá-las. Ela há-de ser clara, mas também rica em pensamentos, como a luz solar o é em cores. E deve, conseqüentemente, aspirar a identificar todas as cores e tonalidades sob pena de permanecer alheada da realidade.*»<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>49</sup> Na tradução de GUICHARD, *op. cit.* p. 18.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem.*

## A Sociologia do Direito

Dentro do conceito positivista de ciência ocorreu uma viragem da ciência jurídica para a sociologia do Direito, contrastando com algumas ideias apontadas pela jurisprudência dos interesses.

O austríaco EHRlich foi o principal representante da escola sociológica do Direito<sup>51</sup>, segundo a qual que a ciência do Direito deve atender, não apenas às *palavras*, mas também aos *factos subjacentes ao Direito*, através de um método indutivo.

Numa estrita obediência aos modelos positivistas, considera que só é possível assimilar na essência das coisas através da observação dos factos e da repetida experimentação.

Existem, assim, segundo EHRlich, *factos do Direito* (*Tatsachen des Rechts*), isto é, *fenômenos jurídico-sociais reveladores do Direito*, como o costume, a posse, a família, os estatutos associativos, as disposições de última vontade.

Deste modo, o Direito não pode ser encarado como mero fenômeno social específico. É, pelo contrário, uma *ordem efetiva de uma sociedade* que existe menos nas *normas de decisão* e mais nas *regras de harmonia* com as quais os homens, na sua vida em comum, realmente se comportam.

Estas serão as chamadas regras de conduta ou efetivas normas de Direito, os factos originários do Direito. Haverá, assim, aquilo que o Autor qualifica como um Direito vivo (*lebendes Recht*), porquanto, para ele, o centro de gravidade do desenvolvimento do Direito não está nem na legislação nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência dos tribunais, mas na própria sociedade<sup>52</sup>.

De fato, a família, a propriedade, a locação, o mútuo, o comodato eram relações jurídicas ainda antes de os juristas romanos terem feito a sua primeira generalização.

Mesmo hoje, porém, o Direito não reside tanto nas proposições jurídicas (nas normas de decisão) quanto nas instituições jurídicas.

A missão da sociologia do Direito é pesquisar cuidadosamente as forças propulsoras das organizações jurídicas e só posteriormente é que a jurisprudência constrói a proposição jurídica com base na percepção dos factos da vida jurídica e na generalização das vivências dessa percepção – tendo, sem dúvida, os seus procedimentos uma inegável semelhança com os métodos das ciências exatas.

Sem, contudo, ser uma ciência exata, já que é inegável que a observação e a generalização do jurista não ocorrem imparcialmente no espírito científico, mas sob a influência das relações de poder, das considerações de oportunidade e das tendências de justiça que determinam a pesquisa das normas.

<sup>51</sup> Autor de *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (A livre Procura do Direito e a Livre jurisprudência), de 1903, e de *Grundlegung der Soziologie des Recht* (Fundamentos da Sociologia do Direito).

<sup>52</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 74-76, 85-86.



A observação e a generalização do jurista não só se interrompem onde cessa a importância prática, como, em último termo, culminam num processo absolutamente científico: na ponderação dos interesses como base de pesquisa das normas.

Contudo, afirma LARENZ<sup>53</sup> que as funções do Direito enquanto ordenação da vida e ordem normativa não se excluem reciprocamente; pelo contrário, o Direito válido é sempre as duas coisas: validade normativa e validade fática. Lhes são igualmente características.

É sobretudo a jurisprudência dos interesses que propende a pensar apenas nos casos de conflito e não no muito mais frequente convívio pacífico conforme à ordem jurídica, atitude que se explica, decerto, pela especial situação do juiz, a quem os litígios são apresentados para que lhes dê solução; mas, para o caso do legislador ela seria excessivamente restrita.

A ciência deve, pois, diz MONTEIRO, libertar-se por completo de uma atitude tão unilateral, podendo nisso ser-lhe útil a perspectiva sociológica, que vê na norma a expressão da ordenação da vida agindo na sua sempre renovada realização<sup>54</sup>.

## A Teoria pura do Direito de KELSEN

Diante da concepção de que a sociologia do Direito é a *autêntica* ciência do Direito, ao passo que à ciência jurídica tradicional apenas caberia o papel de uma tecnologia ou de um auxiliar da jurisprudência dos tribunais, KELSEN impôs-se a missão de uma tomada de consciência metodológica por parte da ciência do Direito.

Atuando no marco do paradigma positivista, não poderia ser diferente o projeto kelseneano: uma ciência das normas que atingisse os seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade.

Para o Autor, era absolutamente necessário expulsar do ambiente científico os juízos de valor, como já o haviam feito as demais disciplinas científicas: o plano da *teoria pura* era, assim, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica.

A ciência do Direito, segundo KELSEN, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente<sup>55</sup>. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; O seu objeto não é o que é ou que acontece, mas um complexo de normas.

Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva puro de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência. Isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de factos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 87.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem.*



Aqui, o verbo *dever* é empregado para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem, no qual se incluem o *ter permissão* e o *poder* (ter competência) e, neste sentido, as normas jurídicas são entendidas como atos de vontade.

Mas a *norma* é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, sendo qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido constitui.

Portanto, a norma é um *dever-ser* e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um *ser*<sup>58</sup>.

A *teoria pura do Direito*, na medida em que pretende arrancar o Direito da névoa metafísica da doutrina do Direito natural, quer concebê-lo, muito realisticamente, como uma específica técnica social, o que redundará em só ter a ver com a forma lógica, com uma específica lógica de normas.

O conteúdo das normas jurídicas não está para ela, por qualquer modo, pré-determinado pela razão, pela lei moral ou por qualquer teleologia imanente. Pelo contrário, pode ser aquele que se queira.

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. Por isso pode qualquer conteúdo que se deseje seja Direito.

KELSEN assegura que uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto e que, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como Direito, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana.

Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, e este é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Só procurando validade nessa norma fundamental é que uma determinada norma se pode qualificar como jurídica e pertencente a determinada ordem.

As normas de uma certa ordem jurídica regulam a conduta humana, que tanto por consistir numa ação positiva como numa omissão<sup>59</sup>. Porém, na medida em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela só regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere a um outro indivíduo, e é isto que constitui o objeto desta regulamentação.

A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. Logo, o conteúdo e o fundamento de validade de toda e qualquer norma jurídica são, para a *teoria pura* do Direito, a norma imediatamente superior no nível hierárquico.

Isto dá-se sucessivamente até o fundamento último de validade de todo o Direito, que passa a ser uma norma que não é posta, apenas pressuposta, a própria norma fundamental, que é produto do pensamento do jurista, que tem de ir

<sup>58</sup> KELSEN, *op. cit.*, pp. 5-6, 33-35.; LARENZ, *op. cit.*, p. 97.

<sup>59</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 18.

buscá-la além do Direito positivo, ou seja, na *filosofia* do Direito. O que constitui o único *momento metafísico* da teoria pura de KELSEN.

Todavia, a norma de grau superior jamais pode determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior)<sup>60</sup>.

Resta sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior, de tal sorte que a norma superior, relativamente ao ato de produção normativa ou de execução, tem sempre e só o caráter de um quadro a preencher através desse ato.

A interpretação, enquanto por ela se entenda uma atividade de conhecimento, apenas logra mostrar-nos esse quadro, mas nunca preenchê-lo.

Se o sentido literal da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis. A interpretação não lhe pode dizer qual é a certa; todas são igualmente certas.

Se se pretende por interpretação a fixação, em termos de conhecimento, do sentido do objeto interpretado, o resultado da interpretação jurídica só pode consistir na fixação do quadro que o Direito interpretando oferece e, por conseguinte, no conhecimento das múltiplas possibilidades que existem dentro desse quadro.

Cabe a quem aplica a norma decidir-se, através de um ato voluntário, por uma dessas possibilidades, que depois, por ato do órgão aplicador, particularmente o tribunal, se torna em Direito positivo.

220

A decisão, proferida por ele do modo indicado, cria, aliás, sempre Direito, mesmo que não represente nenhuma das interpretações da norma aplicada que sejam consideradas possíveis pela ciência do Direito.

A ciência do Direito só pode indicar os significados possíveis de uma norma concreta, tendo de deixar à autoridade aplicadora do Direito a escolha – apenas determinável mediante considerações políticas – entre as interpretações que são igualmente possíveis do ponto de vista *jus científico*.

Por conseguinte, quando o intérprete, a partir da sua posição valorativa pessoal, recomenda uma das possíveis interpretações, não o pode fazer *em nome da ciência*. A ciência do Direito, que só se orienta pelo valor da verdade, deve distinguir-se rigorosamente da política jurídica, que, como conformação intencional da ordem social, se dirige à realização de outros valores, especialmente da justiça<sup>61</sup>.

Segundo LARENZ, a preocupação principal de KELSEN é, nitidamente, a de impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e/ou de tendências ideológicas.

Do ponto de vista do *ethos científico*, não se pode negar justificação desta preocupação de KELSEN: é certo que, como poucas outras ciências, a ciência jurídica se encontra à mercê de tal abuso, necessitando, por isso, de uma contínua

<sup>60</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, p. 19.

autorreflexão crítica como aquela para que em tão grande medida contribuiu a *teoria pura* do Direito<sup>62</sup>.

Uma teoria – e o respetivo sistema – que se atenha apenas a aspetos formais do seu objeto, não podem dar conta da complexidade do fenómeno jurídico e lhe fornecer soluções que se apresentem materialmente adequadas.

A lógica formal destes sistemas é apenas parte do raciocínio que não se condiciona integralmente por ela, mas antes, desde os seus pressupostos essenciais, também é condicionado por considerações materiais, tendo em vista que o sistema jurídico há-de interpretar e compreender a conduta humana no seu devir social.

Muitos Autores têm, de facto, criticado a teoria de KELSEN, no sentido de partir esta de um pressuposto erróneo, que é a cisão absoluta dos planos do *ser* e do *dever-ser* e que, fracassado o intento de purificar o objeto, a ciência jurídica deve, pois, atuar no desenvolvimento de uma racionalidade prática, escapando da tentação relativista que lhe impõe o positivismo, enquanto procura de critérios e mecanismos razoáveis de decisão.

Uma consequência paradoxal do relativismo na *teoria pura* é a equiparação da decisão do juiz – autorizado pela normatividade a proferir, nos casos concretos, uma norma individual (sentença) – à decisão do legislador, que também autorizado pela normatividade, cria regras gerais.

Ambos, para KELSEN, participam da dinâmica do Direito, existindo entre eles apenas uma diferença de grau; o Autor foi, porém, forçado a reconhecer que não é possível para a ciência jurídica estabelecer qualquer tipo de juízo preventivo acerca das decisões judiciais, pois quer o juiz quer o legislador criam Direito novo, condicionados apenas formalmente por uma moldura normativa.

Diante da riqueza dos casos concretos, as posturas positivistas e formalistas mostram-se insuficientes. Expõem as suas limitações diante das necessidades de efetiva realização do Direito nas situações mais críticas, quais sejam: a proibição do *non liquet* (o juiz é obrigado a decidir) diante das lacunas do ordenamento; a ocorrência cada vez mais frequente de conceitos indeterminados, ou normas em branco (urgência, relevância, ordem pública, relevante valor social ou moral, etc.), as colisões de princípios fundamentais (privacidade e direito à informação)<sup>63</sup>.

O jus positivismo detém-se perante a questão complexa, mas inevitável das normas injustas, na medida em que «*Obrigado, pela proibição do non liquet a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios, ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra positivos e, no limite, o arbítrio do subjetivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis jus*

<sup>62</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 106 a 109.

<sup>63</sup> Pp. XX-XXII, *Introdução*, in CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*.



finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos supremos.

O que garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica, na medida em que, nos quadros de um tal sistema, se ele fosse completo, poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento<sup>67</sup>.

Segundo LARENZ<sup>68</sup>, indicam-se os conceitos abstratos como elementos básicos do sistema externo.

Chamam-se *abstratos* porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objetos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto umas das outras como em relação aos objetos a que sempre estão ligadas de modo determinado.

A seleção das notas distintivas, que hão-de ser recolhidas quando da formação de um conceito abstrato na sua definição, é essencialmente codeterminada pelo fim que a ciência em causa persegue com a formação do conceito.

Daí resulta que o conceito jurídico que designa uma determinada classe de objetos nem sempre se identifica plenamente com o conceito correspondente de outra ciência, ou nem sequer com o que o uso linguístico corrente por ele entende. O mesmo vale para a formação de conceitos subordinados.

Deste modo, torna-se claro o fim e a grande utilidade de uma tal formação de conceitos. A lei tem como missão classificar, de modo claro, uma enorme quantidade de fenômenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos, caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que, sempre que sejam idênticos, se lhes possam ligar idênticas consequências jurídicas.

Para levar a cabo esta missão, o caminho mais curto parece ser formar, a partir de conceitos abstratos, previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenômenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito e, consequentemente, as consequências jurídicas e conteúdos de regulação a elas associados.

Com a perfeição do sistema externo preencher-se-ia o ideal da possibilidade de subsunção de todos os casos jurídicos em presença aos conceitos do sistema, e com isso a uma regra dada na lei.

Não há dúvida, porém, de que este ideal é inatingível. Nem o sistema foi em qualquer época perfeito nem fechado em si, de modo a que todas as relações jurídicas e previsões juridicamente significativas tivessem achado nele o seu lugar perfeitamente determinável.

O que o jurista frequentemente designa, de modo logicamente inadequado, como subsunção, revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de

<sup>67</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, pp. 623 a 626.

preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade.

É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, para que bastasse destacá-los para encontrá-los um a um em cada um desses compartimentos.

Isto é impossível, por um lado, porque os fenômenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas como as exige o sistema conceitual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado e, finalmente, porque a linguagem do legislador só raramente alcança o grau de precisão exigível para uma definição conceptual<sup>69</sup>.

Não pode, portanto, causar espanto que o ideal de um sistema abstrato, fechado em si e isento de lacunas, construído com base em conceitos abstratos, nem mesmo no apogeu da jurisprudência dos conceitos tenha sido plenamente realizado<sup>70</sup>.

Para LARENZ<sup>71</sup>, a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente.

Para isso serve a descoberta dos princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais.

Para esse efeito, pressupõe-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão de facto entre si numa tal conexão de sentido, quer dizer, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na arbitrariedade do legislador ou noutros fatores mais ou menos causais.

Que esta pressuposição é verdadeira, que a um dado ordenamento jurídico – abstraindo do seu condicionamento histórico e de algumas casualidades particulares – é inerente um sentido racional, não pode decerto provar-se em sentido exato, mas pode esclarecer-se mediante a descoberta dessa conexão de sentido.

Porém, mesmo no que se refere às valorações fundamentais do ordenamento jurídico, nem sempre se podem evitar contradições de valoração, tanto no plano das normas como no das resoluções jurídicas.

O ideal de plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções não pode realizar-se já, pelo facto de que as regras legais surgiram em diferentes graus de evolução histórica e uma valoração distinta num sector parcelar do ordenamento jurídico não pode ter de imediato repercussão noutro sector parcelar.

<sup>69</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 23.

<sup>70</sup> *Idem*, pp. 644 a 650; 692.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem.*



Enquanto sistema aberto, o sistema é sempre inacabado e inacabável.

É certo que é possível conceber uma ligação entre pensamento tópico e sistema interno, por forma a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos admissíveis que sejam justificáveis a partir do sistema interno. Mas isto não corresponde ao entendimento geral da tópica.

Nem uma argumentação lógico-formal e conceitual, nem uma argumentação tópica conduzem à descoberta do sistema interno. Para isso é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função.

Estas são as formas específicas de pensamento de uma jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento orientado a valores e pensamento sistemático<sup>72</sup>.

Esta conceção, tal como elaborada por LARENZ, já indica a preocupação sistemática face ao conteúdo próprio da decisão jurídica, demonstrando a necessidade das conexões materiais internas do Direito, enquanto ciência, na forma específica do sistema.

Contudo, tal visão ainda propugna um sistema jurídico em certa medida fragmentário, dando a ideia de um *deficit* da formalização do mesmo em face do seu objeto. O que, aliás, pode ser consequência das influências metodológicas que o Autor sofreu, principalmente da jurisprudência valorativa que não se preocupa tanto com o sistema, apenas com a decisão justa do caso concreto.

NABAIS explica que a aplicação do método proposto por LARENZ ao Direito fiscal pode conduzir a uma – desejável – maior sistematicidade e assim contribuir para evitar o arbítrio, envolve apenas a utilização dos princípios interpretativos que tendem a tornar-se prevaletentes no conjunto do ordenamento jurídico e implica atenção quanto ao substrato económico dos negócios<sup>73</sup>, mas está limitada pela necessidade de não lhes atribuir um significado *puramente* económico como propõe a perspectiva económica da interpretação<sup>74</sup>.

Todavia, para que essa decisão possa ser considerada como justa no ordenamento jurídico é necessário o seu cotejo com esse ordenamento encarado como um todo pleno de sentido e regido por ideias fundamentais.

Tal não se dá fora da conceção sistemática e, por isso, o sistema jurídico não pode ser fragmentário, mas total, não no sentido de completo ou fechado, mas no sentido de abarcar todo o conteúdo e a fenomenologia do Direito. Isto dá-se, atualmente, em duas vertentes principais: a conceção de sistema de CANARIS e a teoria do sistema jurídico enquanto sistema autopoiético<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> *Idem*, pp. 696 e 697.

<sup>73</sup> *Direito Fiscal*, pp. 146-147.

<sup>74</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>75</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 26.



Assim, a exigência de ordem justa resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar conseqüentemente os valores encontrados, pensando-os até ao fim, refletindo em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas quando se justifique, isto é, por razões materiais. Por outras palavras: estão obrigados a proceder com adequação.

A adequação racional é a característica da ordem no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito: o sistema como a conseqüência do Direito, interiormente pressuposta.

Também a unidade tem correspondência no Direito, embora pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Ela procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica e, também, não representa mais do que a realização da tendência generalizadora da justiça, que exige a superação dos numerosos aspetos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstratos e gerais.

Através da unidade, garante-se que a ordem do Direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes deixando reconduzir-se a critérios gerais relativamente pouco numerosos, garantindo-se a efetividade da unidade do conceito de sistema.

O legislador e o juiz estão adstritos aos valores encontrados, logo, a proceder com adequação racional. Esta é a característica da ordem no conceito de sistema e a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, é a primeira indicação do pensamento sistemático na ciência do Direito.

A ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, o princípio da justiça e suas concretizações como a igualdade e a tendência para generalização.

O valor supremo da segurança jurídica aponta na mesma direção. Todos esses postulados podem ser muito mais bem prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras.

Assim, o pensamento sistemático radica imediatamente na ideia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados). O papel do conceito de sistema é, no entanto, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica<sup>80</sup>.

Segundo HORVATH<sup>81</sup>, não há como vislumbrar se possa encontrar a norma jurídica aplicável a determinada situação, senão mediante a redução de

<sup>80</sup> CANARIS, *op. cit.*, pp. 22, 23.

<sup>81</sup> HORVATH, *O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário*, p. 30.

regras e princípios a sistema, dada a impossibilidade de se aplicar um ou outro isoladamente.

A noção de norma jurídica envolve necessariamente a ideia de sistema, e que somente pode ser obtida tendo-se presente a ideia de Direito como sistema.

Para CANARIS<sup>82</sup>, sendo o ordenamento, de acordo com a regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica.

O que gera o questionamento de uma forma de sistema jurídico além daquele lógico-formal proposto por KELSEN<sup>83</sup>. Ou seja, a possibilidade de exercer racionalmente a jurisprudência, no seu âmbito decisivo, é de natureza valorativa e, por isso, também o sistema jurídico assume essa peculiaridade valorativa ou teleológica.

O sistema, no Direito, é entendido como a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas. Assim, deve-se apoiar a possibilidade de um sistema axiológico ou teleológico, pelo menos como hipótese.

Deve-se pressupor a existência de uma ciência do Direito e, então, perguntar qual o seu sentido e o que fundamenta a sua pretensão de cientificidade, procurando-se entender as especialidades de seus métodos e apenas no final colocar a questão da natureza científica.

A hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Quando da adequação dos valores, não se trata da justeza material, apenas da conformidade formal de uma valoração. Não é tarefa do pensamento teleológico encontrar uma qualquer regulação justa *a priori*, apenas, uma vez legislado o valor, pensar todas as suas consequências, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores.

Logo, garantir a adequação formal é uma tarefa do sistema teleológico, em total consonância com a sua justificação a partir do princípio formal da igualdade. Isso, aliás, aponta apenas para uma das facetas gerais do sistema jurídico, a ordenação formal, ou melhor, a construção de sua hierarquia.

No pensamento de CANARIS<sup>84</sup>, deve-se considerar o sistema jurídico como ordem de princípios gerais do Direito. Deve-se recordar a característica principal da ideia de unidade: a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos, ou seja, deve-se avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto, até aos princípios gerais de uma ordem jurídica.

<sup>82</sup> CANARIS, *op. cit.*, pp 66-76.

<sup>83</sup> Sempre *in Teoria Pura do Direito*.

<sup>84</sup> *Op. cit.*, pp. 76 a 80.

Trata-se, assim, de apurar por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante. Só dessa forma podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente, reconduzir-se à procurada conexão orgânica obter aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível.

O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Tal conceção já demonstra um certo avanço estrutural em relação à tese de LARENZ, indicando que considerações formais e materiais não se excluem mutuamente.

Ao invés, uma teoria não pode ser apenas ideal, da mesma forma que um pensamento material não pode prescindir de uma certa formalização ou organização estrutural.

Esses pressupostos hão-de ser perseguidos e cumpridos no pensamento sistemático da ciência do Direito, enquanto atividade racional e material<sup>85</sup>.

## A Teoria do Sistema Autopoiético

Autopoiése ou *autopoiesis*<sup>86</sup> é um termo cunhado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos VARELA e MATUREANA para designar a capacidade dos seres vivos de se auto reproduzirem.

Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoiético, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), onde as moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu.

A conservação da autopoiése e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Portanto um sistema vivo, como sistema autónomo, está em constantes auto produção, autorregulação e interação com o meio, onde este apenas desencadeia no ser vivo mudanças determinadas na sua própria estrutura e não por um agente externo<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> *Op. cit.* p. 32.

<sup>86</sup> Do grego *auto*=próprio, *poiesis* = criação.

<sup>87</sup> Cf. LUHMANN, in *Globalization or World Society?: How to Conceive of Modern Society*. «We can conceive of differentiation as the process of reproducing systems within systems, boundaries within boundaries and, for observing systems, frames within frames, and distinctions within the distinguished. (9) This presupposes the stability of boundaries as a result and as a condition of evolution. Protected only by boundaries, and only inside its boundaries, can a system grow in complexity; for only within its boundaries, can a system operate, build up, change, or forget: structures. A 'double closure' or 'double framing' by external and internal boundaries that separate the external environment from the internal environments. Of subsystems is a necessary condition for maintaining stability in spite of an evolution toward an ever increasing improbability of structures and 'evolutionary universals' (Parsons, 1964) such as advanced forms of differentiation. How, then, and this again is our question, can a society survive changes in its forms of double closure, its forms of stability, how can it survive a 'catastrophe' in the sense of Rene Thom or, perhaps better, an evolutionary 'anastrophe' toward forms of differentiation that involve higher complexity, more opportunities, more structural contingencies, shorter time periods (acceleration), and more risks of unpredictable breakdowns?».

De origem biológica, o termo passou a ser usado noutras áreas da ciência. Nas ciências sociais, pela mão de LUHMANN.

Ao aplicar o conceito dos sistemas autopoiéticos ao Direito, o sociólogo Alemão defendeu que o Direito, numa perspectiva autopoiética, se (re) cria com base nos seus próprios elementos<sup>88</sup>.

A autorreferência do Direito permite, segundo LUHMANN, que este mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base num binómio Direito/não-Direito. Uma tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual.

Numa primeira fase, o projeto epistemológico do Autor consistia numa proposta anti reducionista e levava em conta o indeterminismo dos fenômenos sociais complexos, em contraposição à tendência nomológica-dedutiva que tendia à adoção de leis universais para se explicar os fenômenos sociais e às filosofias sociais que possuíam uma orientação normativa e uma inspiração humanística<sup>89</sup>.

Num segundo momento de sua pesquisa, LUHMANN inclui um novo paradigma à teoria dos sistemas: a conceção de sistema como sistema autopoiético.

A autopoiése passou, então a ser o eixo central da teoria luhmanniana, que definiu então a sociologia como a teoria das condições de autorreferência dos sistemas sociais<sup>90</sup>, o que trouxe grandes implicações – para QUEIROZ<sup>91</sup>, um *novo modelo de racionalidade*.

230

LUHMANN apresenta uma nova conceção de sociedade e também de indivíduo nessa sociedade, segundo a qual o ponto de partida deixa de ser o de uma ciência humanística, na qual o indivíduo é pensado como um *a priori*.

A sociedade deixa, também ela – consequentemente – de ser pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geograficamente delimitado, para, ser concebida como um sistema porque comunica recorrendo a nova comunicação, ou seja, ela autorreproduz a sua operação peculiar que é a comunicação.

A autorreprodução da operação fundamental do sistema social que é circular e recursiva garante a continuidade do sistema sociedade e, por isso, a sua constante recorrência evolutiva.

Essa nova conceção de sociedade remete a novas formulações e significações dos acontecimentos sociais: de onde a importância de transpor para o Direito – já

<sup>88</sup> “*Systems that operate at the level of a re-entry of their form into their form are non-trivial machines in the sense of von Foerster (1984). They cannot compute their own states. They use their own output as input. They are ‘autopoietic’ systems, and that means that they are their own product*” – LUHMANN, *ibidem*.

<sup>89</sup> ZOLO, Autopoesis, Autoreferenza e Cirularità: un Nuovo Paradigma della Teoria dei sistemi? In FORNI, (org.). Teoria dei Sistemi e Razonalità Sociale, p. 32-33, apud QUEIROZ, O Direito Como Sistema Autopoiético: Contribuições Para a Sociologia Jurídica, p. 78.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 39, apud QUEIRÓS, *ibidem*.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 79.

que este é também um sistema da sociedade – as indagações e afirmações da teoria dos sistemas sociais de LUHMANN<sup>92</sup>.

Uma das principais contribuições do Autor para a teoria e sociologia do Direito está na colocação deste num lugar diferenciado do acontecer social: o Direito não tem como centro o comportamento humano nem a regulação da convivência humana que garante a sociedade. É antes uma aquisição evolutiva do sistema da sociedade e pode por isso distinguir-se do seu ambiente, formando um sistema operativamente fechado, capaz de produzir os seus próprios elementos constitutivos e de dar conta da sua complexidade<sup>93</sup>.

Desse modo, o social engendra complexidade, que constitui “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”<sup>94</sup>.

Assegurar expectativas reduz a complexidade, ao mesmo tempo que produz outras possibilidades de sentido.

O Direito, nesse contexto, tem um papel fundamental de normatizar e muitas vezes normalizar expectativas, através do dever-ser e da institucionalização dos modos de normatização. Isso é possível através do que LUHMANN chama de generalizações congruentes, de expectativas.

Daí que o Autor afirme que o Direito é imprescindível enquanto estrutura, na medida em que, sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, e essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela modifica-se, portanto, com a evolução da complexidade social<sup>95, 96</sup>.

Ao mesmo tempo, ao Direito cabe a tarefa de dirigir e coordenar a interação social, visando a adoção de certas condutas e a produção e determinados efeitos.

O que o Direito faz ao indivíduo, nesta visão, é restituí-lo a si própria. É um “*devemos tornar-nos no que somos*”, pelo que a relação poder-norma deixa de ter consistência<sup>97</sup>.

A norma jurídica serve precisamente para combinar aquelas duas referidas funções, de assegurar expectativas e reinstitucionalizar instituições sociais, institucionalizando condutas e assim buscando a *paz jurídica* que, ao lado da justiça, compõem a *ideia de Direito*<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

<sup>93</sup> Vide MOELLER, *The Radical Luhmann*. O Autor apelida LUHMANN de anti-humanista radical, no sentido de que procurou retirar do centro do sistema social a perspetiva antropomórfica, à semelhança do que já aconteceu nos restantes ramos da ciência.

<sup>94</sup> LUHMANN, *Sociologia do Direito*, p. 12.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 170, *apud* QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

<sup>96</sup> Vide ainda LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto*.

<sup>97</sup> CARVALHO, “Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil”, in *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 23.

<sup>98</sup> MACHADO, “Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium””, pp. 346 e 347.

## A Legislação Simbólica

No Brasil, NEVES<sup>99</sup> cunhou a legislação simbólica, com base em LUHMANN e KINDERMANN.

O conhecimento humano, explicou, descrito com base numa teoria do conhecimento, passou por diversos estágios até as modernas concepções da teoria da linguagem. Inicialmente, o homem acreditou que a essência dos objetos postos ao seu conhecimento era acessível de forma que ele pudesse reconhecer a ontologia ou o númeno dos mesmos.

Uma tal ideia fundamentou toda a metafísica do pensamento grego e diversas outras concepções até meados do século XIX.

Contudo, essa ontologia só ofereceu um conhecimento meramente contemplativo que acreditava na razão humana como instrumento para alcançar a essência das coisas. Assim, constatou-se que nada de fecundo ou útil era possibilitado, apenas um emaranhado de teorias com pretensão universais que não resistiam a um exame empírico mais acurado.

Dessa situação, as especulações metafísicas, emitidas da razão diretamente aos fundamentos últimos, foram abandonadas por um pensamento empírico que buscava analisar indutivamente os fenômenos. A base da percepção e do conhecimento deveria ser sensorial, pela experiência, para, a partir daí, ordená-la gradativamente até a essência dos objetos.

Até aqui, constata-se que a teoria do conhecimento continuou à procura de uma ontologia, ou melhor, de uma metafísica, na qual o objeto teria existência independente do sujeito, restando a este apenas declarar o conhecimento acerca daquele.

Com o pensamento positivista, com início no século XIX, houve uma rutura radical com a teoria do conhecimento ontológico. Tal pensamento propugnava o abandono de quaisquer considerações metafísicas em um objeto de estudo, pois não importaria mais descobrir *o quê* os objetos são (conhecimento inacessível ao homem), mas *como* os objetos são ou se apresentam.

Disso resulta o conhecimento epistemológico ou científico, em contraposição ao conhecimento metafísico, e que se dirige à especialização e autonomização dos conhecimentos segundo os diversos objetos existentes. Isso deu condições à operacionalização dos conceitos e estruturação de sistemas explicativos dos objetos, através da experimentação das construções e da obtenção de resultados práticos ao conhecimento humano<sup>100</sup>.

Segundo HEIDEGGER<sup>101</sup>, o desenvolvimento das ciências é, ao mesmo tempo, a sua independência da filosofia e a inauguração de sua autonomia. Este fenômeno faz parte do acabamento da filosofia e o seu desdobramento está hoje em plena marcha, em todas as esferas do ente.

<sup>99</sup> Na obra *A Constitucionalização Simbólica*.

<sup>100</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>101</sup> HEIDEGGER, *Conferências e Escritos Filosóficos*, pp. 269-271.



Parece a pura dissolução da filosofia; é, no entanto, precisamente o seu acabamento. A filosofia transforma-se em ciência empírica do homem, de tudo aquilo que pode tornar-se objeto experimentável de sua técnica, pela qual ela se instala no mundo, trabalhando-o das múltiplas maneiras que oferecem o fazer e o formar. Tudo isto se realiza em toda parte com base e segundo os padrões da exploração científica de cada esfera do ente<sup>102</sup>.

Parecia que o conhecimento humano tinha chegado ao seu estágio final até que, de repente, ele se transformou, tornando-se extremamente mutável e desconstrutível. No século XX, os estudos físicos propostos por HEISENBERG descobriram que a localização dos objetos, especificamente dos elétrons no átomo, era incerta e, por isso, não havia certeza absoluta acerca de onde está alguma coisa ou o estado natural das mesmas, que dependeriam de diversas variáveis instáveis para se chegar a uma conclusão não tão absoluta assim acerca dos fenômenos oriundos dos objetos.

Outra derrota do positivismo veio com a teoria do relativismo de EINSTEIN pela qual as condições de tempo e espaço não seriam imutáveis e, por isso, o universo não funcionaria como um grande mecanismo, mas, ao contrário, como diversos mecanismos e engrenagens variáveis em face de diversos condicionantes implicantes<sup>103</sup>.

Daí se conclui que se tornou inacessível ao homem o conhecimento da plenitude dos fenômenos, os quais ele só apreende muito parcialmente, segundo sua condição e posição face aos mesmos.

A única alternativa seria alterar o próprio objeto do conhecimento. Com isso, concluiu-se que todo o conhecimento humano era o reflexo do próprio sujeito e das suas ideias, não da explicação declarativa dos objetos ou dos seus fenômenos. Logo, terminaria a distinção entre sujeito e objeto, pois os objetos seriam constituídos e não meramente declarados e, conseqüentemente, a única coisa que realizaria a interação do conhecimento humano e, ao mesmo tempo, a representação dos objetos seria a linguagem.

A comunicação ou a linguagem torna-se o instrumento de constituição e interação do conhecimento entre o sujeito e objeto, que agora se aproxima do sujeito, como entre os sujeitos entre si. Assim, as construções linguísticas assumem o conhecimento como convencional e a linguagem é o mundo artificial que o homem constrói historicamente e estabelece culturalmente.

Afirma GADAMER<sup>104</sup> que a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo.

Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo: através da linguagem.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>103</sup> Cf. KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas.*

<sup>104</sup> GADAMER, *Verdade e método: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*, p. 571.

Tudo se resume ao significado (objeto), significante (instrumento de intermediação e representação) e significação (conteúdo representado), todos constituídos pela linguagem. O real objeto da teoria do conhecimento é a rede de significantes ou signos que transmitem as informações e promovem a construção de toda a realidade humana, como o único dado comum entre os diversos sujeitos cognoscentes. Por isso, enquanto fundada na linguagem significativa, a teoria do conhecimento é nada mais do que a teoria da linguagem que perpassa todas as áreas do conhecimento.

Nesse sentido, elucida NEVES<sup>105</sup>, num sentido filosófico muito abrangente, o termo *simbólico* (equivalente a significante) é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade. A rede simbólica constituiria o meio artificial da relação entre homem e realidade.

A realidade humana é constituída pela linguagem, mas ela não se apresenta de forma unitária ou monista. Aliás, é muito mais conveniente falar de linguagem numa conceção geral, enquanto meta condição do conhecimento, e numa aceção estreita, ou seja, na existência de diversas linguagens, cada qual com seu código de ordenação e autonomia, específica em relação a cada objeto, ou melhor, a cada esfera do próprio ente ou sujeito. Assim, existe a linguagem económica, a linguagem política, a linguagem de cada religião e, no que nos interesse particularmente, a linguagem jurídica.

O código que regula toda a linguagem jurídica é o binário lícito/ilícito, que informa todos os elementos intersistemáticos do Direito. Enquanto linguagem especializada, o Direito trabalha com elementos normativos que se relacionam internamente por esse código, mas que mantêm referência externa às demais linguagens, pelo menos como possibilidade de adaptação a conjunturas mutáveis.

Quando o Direito estabelece o conteúdo do seu conjunto e dos seus elementos apenas pela interação interna desses próprios elementos de forma sistemática, o texto jurídico adquire normatividade, com a produção normal da cadeia de positivação do Direito, desde a constituição até o caso concreto, perpassando as diversas normas jurídicas deste processo.

Quando, ao contrário, o código de outras linguagens prevalece sobre o código jurídico dentro do próprio sistema jurídico, este perde sua autonomia e assume uma função preponderantemente simbólica, caracterizada pela falta de normatividade e, por isso, eficácia para resolver os problemas jurídicos, com a assunção de um conteúdo político ou económico latente da legislação, distante do seu conteúdo estritamente jurídico.

Como o elemento normativo fundamental do Direito é a sua Constituição, a principal análise gira em torno da instrumentalidade ou simbolismo da própria Constituição.

NEVES<sup>106</sup> assume um conceito sistémico-teórico de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas principalmente enquanto mecanismo de autonomia operacional do Direito na sociedade moderna.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, p. 6.

<sup>106</sup> *Op. cit.* pp. 2-3, 23.

Porém, o Autor reconhece que há uma forte contradição entre Direito e realidade constitucionais nos países subdesenvolvidos.

A questão diz respeito à falta de normatividade jurídica do texto constitucional como fórmula democrática: a partir deste não se desenvolve suficientemente um processo concretizador de construção do Direito Constitucional. Ainda assim, a linguagem constitucional desempenha relevante papel político-simbólico, também com amplas implicações na esfera jurídica.

A *legislação simbólica* aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental<sup>107</sup>.

O que vai distinguir a legislação simbólica é a prevalência do seu significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.

Num sentido mais abrangente, pode dizer-se, segundo o Autor, que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto.

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

A referência deonto-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica.

KINDERMANN<sup>108</sup> propôs um modelo tríplice para a tipologia da legislação simbólica, segundo a qual o seu conteúdo pode ser de confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respetivos valores ou interesses.

Constituiria um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade.

Mas a legislação afirmativa de valores sociais pode também implicar gestos de coesão, na medida em que haja uma aparente identificação da sociedade nacional com os valores legislativamente corroborados, como no caso de princípios de autenticidade.

O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer a confiança dos cidadãos no respetivo governo ou, de um modo geral, no Estado.

Nesse caso, trata-se de produzir confiança nos sistemas, político e jurídico.

<sup>107</sup> Cf. VILLAS-BÔAS, in *O Problema da Constitucionalização Simbólica*, pp. 4-5.

<sup>108</sup> *Apud* NEVES, *op. cit.*, p. 33.

O legislador, muitas vezes sobre pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respetivas normas, procurando com isso livrar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade.

No entanto, as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critério sistémicos.

Pelo contrário, a resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas.

O emprego abusivo dessa legislação leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica.

Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o Direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos<sup>109</sup>.

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata *se-então* da norma primária e da norma secundária (programa condicional) não se concretiza regularmente<sup>110</sup>.

236

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respetiva lei.

O acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado<sup>111</sup>.

## Ponto de Ordem: Justificação da Metodologia adotada e da respetiva Coerência com o Objetivo Proposto

Concluimos, da exposição *supra*, que, atualmente, qualquer forma de pensamento que pretenda ser científica tem que levar em conta a ideia de sistema. Ou seja, a ciência pode até ser construída fora dos ditames meramente lógicos formais, mas não pode prescindir de uma estrutura sistemática.

<sup>109</sup> NEVES, *op. cit.* pp. 34 a 41.

<sup>110</sup> Cf. COSTA, *A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro*.

<sup>111</sup> Vide a crítica de LIMA, no Diário de Araxá, edição de 12.01.2012, disponível em <http://www.diariodearaxa.com.br/Materia/Colunista/Vinicius-Ramalho-Lima/2012/1/A-lei-simbolica-Marca-do-insucesso-e-engodo-social/576.aspx>, acedido em 13.09.2013.

O mesmo acontece com a ciência do Direito.

Como vimos, diversas foram as concepções acerca do sistema jurídico: desde SAVIGNY; passando pelo formalismo da jurisprudência dos conceitos; pelo materialismo da jurisprudência dos interesses; pelo abandono da metafísica por meio do positivismo, que teve o seu apogeu com a *teoria pura* do Direito de Kelsen; até as concepções formal-materiais do sistema jurídico, como as de LARENZ e CANARIS; e, por fim, com o advento da teoria da linguagem e a transformação da teoria do conhecimento que tem, como exemplo a teoria do sistema autopoietico.

Acerca dessas diversas construções, pode-se concluir que cada uma delas foi realizada de acordo o intuito do seu autor, ou seja, a categoria do interesse dirigiu sempre a construção das teorias.

Contudo, o interesse não é a única coisa que importa na ciência, há ainda a necessidade de organização e fundamentação, como pressupostos da racionalidade da argumentação, que não deve ser meramente retórica, antes deve tender à objetividade, mesmo que essa não seja absoluta, apenas em graus.

É a forma que se adequa ao conteúdo. O sistema jurídico possibilita a fundamentação das conclusões jurídicas que são socialmente e historicamente condicionadas, sem esquecer o elemento filosófico próprio das conclusões racionais e que consiste numa medida de formalização.

Portanto, não há ciência do Direito fora do *sistema* jurídico.

Na verdade, o Direito cria e tutela uma rede de expectativas e orientações de ação, criando um discurso que vincula os indivíduos, permitindo, dessa forma, múltiplas opções de ação, formadas de acordo com a experiência humana dentro de determinados quadros, com forte probabilidade de realização efetiva, viabilizando o enquadramento dos conflitos e o controle das decisões e desaconselhando o recurso à força<sup>112</sup>.

É isto o *sistema jurídico*, que, ao mesmo tempo, tem de ser objetivo e respeitar limites impostos por princípios fundamentais de Direito<sup>113</sup>, ao mesmo tempo que deverá ser permeável à aprendizagem e à evolução, enquanto sistema autopoietico na proposição de LUHMANN.

Dito isto, o nosso Código Civil adotou, mercê da forte influência que a doutrina alemã exerceu na portuguesa, designadamente, na obra de ANDRADE e de SERRA, a jurisprudência dos interesses e as noções pandectistas do desenvolvimento do Direito a partir dos princípios gerais do sistema, bem como a técnica da inversão de JHERING, segundo a qual à luz dos princípios, das disposições existentes se podem deduzir novas soluções de Direito<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> MACHADO, "A Tutela da Confiança...", pp. 347-349.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>114</sup> CARVALHO, "Para uma Teoria ...", p. 65.

Não sendo cópia fiel do BGB nem rompendo com as tradições civilistas portuguesas, o CC de 1966 não é completamente organicista e anti-humanista. Porém, não consagra, como bem critica CARVALHO, *um humanismo* suficientemente *generoso*<sup>115</sup>.

O *sistema*, de que aqui agora falamos, não é, porém, no nosso entender, apenas um sistema *lógico*. Será um sistema *ético*, presidido por um humanismo concreto, que se prende não só com a tutela da personalidade humana, mas também com a composição dos interesses humanos como acontece no direito da família, onde se desenvolve a afetividade e, no que ao nosso tema releva, no direito das associações, onde se reconhece a sociabilidade do homem, no direito sucessório, no direito das coisas e dos negócios, onde a vontade humana deve fazer lei, onde se potenciam a sua dominialidade e responsabilidade.

Há que recolocar, portanto, o Direito ao serviço da vida e da pessoa, sem o que aquele não tem sentido<sup>116</sup>.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Calos de Araújo, Filho. “O Direito Como Sistema Autopoietico.” 2004. *ESTIG - IP BEJA*. 21 de 08 de 2013. <www.estig.ipbeja.pt/-ac\_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc>.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A integração das Lacunas do Sistema Normativo*. Vol. 489. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

—. “Mecanicismo, Equidade e Cláusulas Gerais no Direito das Obrigações.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 3 (2014): 4733-4749. 02 de 09 de 2014. <http://www.idb-fdul.com/>.

—. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*. 6.ª Reimpressão da edição de Março/2005. Coimbra: Almedina, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Trad. Laura Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

—. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 8.ed. S. Paulo: Malheiros, 2008.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. “A Ética na Magistratura: Ponderações sobre Normas e Circunstâncias que Interferem na Prestação Jurisdicional.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 3 (2014): 5429-5476. 02 de 09 de 2014. <http://www.idb-fdul.com/>.

CAMPOS, Diogo Leite de. “Política com Ética.” *Revista da Ordem dos Advogados* Out./Dez. 2013 de 73: 1225-1240.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3.ª. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>115</sup> Cf. *op. cit.*, p. 69: “Num código que não se teme de discutíveis normas programáticas, como a noção de casamento do art. 1577.º, é estranho que um princípio essencial e toda a ordem jurídica moderna (...), o de que todo o homem é juridicamente uma pessoa – não se contenha apertis verbis na lei e pudicamente se devolva ao mero campo do implícito.”

<sup>116</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 75.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trans. Ingo Wolfgang SARLET e Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*. 20.<sup>a</sup>. Paris: LGDJ, 2001.
- . *Sociologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- CARMO, Sandra Teixeira. “Como Constroem os Juizes a Decisão de Casos Difíceis? R. Posner e o Direito como uma Área Aberta. Algumas Reflexões.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013: 6573.
- CARVALHO, Orlando de. “Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil.” CARVALHO, Orlando de, et al. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2.<sup>a</sup>. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 11-79.
- CARVALHO, Orlando de. “Teoria Geral do Direito Civil.” CARVALHO, Orlando de, et al. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2.<sup>a</sup>. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 83-220.
- COHEN, Morris L. e Kent C. OLSON. *Legal Research in a Nutshell*. New Haven: Thompson West, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.<sup>a</sup> Reimpressão da 3. ed. de Março/2005 (Aumentada e inteiramente revista). Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Alexandre Araújo. “Hermenêutica Jurídica.” s.d. *argos.org.br*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny/#topo>>.
- COSTA, Eduardo Carone (Filho). *A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Minas Gerais: Editora Forum, 2011.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João BAPTISTA MACHADO. 10.<sup>a</sup>/Reimpressão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERRAZ, Tercio Sampaio, Junior. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.<sup>a</sup>. S. Paulo: Atlas, 2003.
- FERRO, Pedro Rosa. *Democracia Liberal - A Política, o Justo e o Bem*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9.<sup>a</sup>. Petrópolis: Universitária São Francisco, 2008.
- GALGANO, Francesco. *Tutto il Rovescio del Diritto*. Bologna: Giuffrè Editore, 2001.
- GOMETZ, Gianmarco. *La Certeza Jurídica como Previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GUICHARD, Raul. “A Ideia de um Sistema Móvel, em Especial no Domínio da Responsabilidade Civil.” *DJ* 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- HECK, Philipp von. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José OSÓRIO. S. Paulo: Saraiva, 1947.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e Escritos Filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. S. Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HOLBORN, Guy. *Butterworths Legal Research Guide*. Londres: Butterworths, 1993.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português (Teoria Geral da Relação Jurídica)*. 6.<sup>a</sup> Reimpressão da Edição de 1992. Coimbra: Almedina, 2011.
- JHERING, Rudolf von. “Der Kampfums Recht.” s.d. *www.openlibrary.org*. 13 de 08 de 2013. <<http://ia700401.us.archive.org/19/items/derkampfumsrech00jhergoog/derkampfumsrech00jhergoog.pdf>>.

KAUFMANN, Arthur. "Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Dogmática Jurídica." KAUFMANN, Arthur e W. WASSEMER. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trans. Marcos KEEL e Manuel SECA DE OLIVEIRA. Tradução da 6. ed. do original alemão, de 1994. Lisboa: Fundação Caloutste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Andres WEDBERG. Cambridge: Harcard University Press, 1945.

—. *General Theory of Norms*. Trad. Michael HARTNEY. Londres: Claredon Press, 1991.

—. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. S. Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOTZ, Hans Christian. "Subjetividade no Idealismo Alemão." *Revista Inquietude* Maio de 2010: 132-147.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. S. Paulo: Perspetiva, 2007.

LAMEGO, José. *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

—. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4.ª. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIMA, Vinícius Ramalho. "A Lei Simbólica: Marca do Insucesso e Engodo Social." 12 de 01 de 2012. *Diário de Araxá*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.diariodearaxa.com.br/Materia/Colunista/Vinicius-Ramalho-Lima/2012/1/A-lei-simbolica-Marca-do-insucesso-e-engodo-social/576.aspx>>.

LUHMANN, Niklas. "in Globalization or World Society?: How to Conceive of Modern Society." s.d. *Generation Online*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.generation-online.org/p/fpluhmann2.htm>>.

—. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto (Trad. para italiano do original Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie)*. Trans. R. DI GIORGI e M. SIBERNAGL. Bolonha: Il Mulino, 1990.

—. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo BAYER. Rio de Janeiro: Tempo, s.d.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 19.ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010.

MENDES, João de Castro. *Introdução do Estudo do Direito*. Reimpressão. Lisboa: Dislivro, 1997.

—. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1999.

MOELLER, Hans-Georg. *The Radical Luhmann*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2011.

MONTEIRO, Eduardo Cabral de Moraes. "Concepções Teóricas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito." s.d. *Portal de Periódicos UNIFACS*. 13 de 05 de 2013. <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1189/935>>.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 6.ª. Coimbra: Almedina, 2010.

NEVES, António Castanheira. "Metodologia jurídica: problemas fundamentais." *Boletim da Faculdade de Direito* (1993).

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3.ª. S. Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PERELMAN, Chäim. "A teoria Pura do Direito e a Argumentação." s.d. *scarpinellabueno.com.br*. 20 de 08 de 2013. <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman%202.pdf>>.



- . *Le Problème des Lacunes en Droit: Études*. Bruxelas: Bruylant, 1968.
- POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3.ª. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- PRUX, Óscar Ivan. “Justiça e Positivismo no Pensamento de Hans Kelsen.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013, 07 ed.: 7443.
- QUEIRÓS, Marisse da Costa. “O Direito Como Sistema Autopoiético: Contribuições para a Sociologia Jurídica.” 08 de 2002. *UFSC.BR*. 13 de 09 de 2013. <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15292/13895>>.
- QUIVY, Raymond e Luc Van CAMPENHOUDT. *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Trad. Maria Amália Mendes, Maria Carvalho João Minhoto Marques. 5.ª. Lisboa: Gradiva, 2008.
- REALE, Giovanni. *Introdução a Aristóteles*. Lisboa: Edições 70, 2001.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Buenos Aires: De Palma, 1994.
- SCHIAVON, Giovanna Bressan. “A Razão do Direito em Habermas.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013: 7551.
- VIDEIRA, Marco. “Síntese: Arte e Filosofia no Idealismo Alemão.” *Cadernos de Filosofia Alemã* Jun./Dez. de 2009: 147-151.
- VILLAS-BÓAS, Orlando (Filho). “O Problema da Constitucionalização Simbólica.” s.d. *Universidade Presbiteriana Mackenzie*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>.
- VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- WHATELY, Patricia Rodriguez. “O Papel dos Princípios diante da Lacuna Legislativa.” s.d. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11 Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica*. 17 de 05 de 2013. <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>.



# Elucidación de las Normas Cristianas

---

Juan Castillo Vegas<sup>1</sup>

## Resumo

San Agustín y Santo Tomás de Aquino siguen la tradición iusnaturalista de Aristóteles y Cicerón y otros muchos filósofos. Parten de un aspecto ontológico del Derecho natural como exigencias de la naturaleza racional humana, y de un aspecto gnoseológico como conocimiento de estas exigencias e imperativos por la razón. Sin esta ley moral natural no se hace nada como es debido, porque son los primeros deberes del ser humano. Sin esta ley moral natural, del que el Derecho natural es una parte, no existiría la razón humana puesto que no conoceríamos ni los primeros principios de la razón práctica en cuanto al bien y al mal, lo justo y lo injusto. Tampoco existiría la libertad, puesto que al ser una cualidad de la voluntad como apetito racional, ésta no podría existir sin un conocimiento racional. Sin ésta ley moral natural el hombre sería el único ser en el universo sin una ley de su propia naturaleza en cuanto inclinación a su propia perfección y desarrollo.

**Palavras-chave:** Iusnaturalismo; intelectualismo; voluntarismo; racionalismo; nominalismo; conceptualismo; ley moral natural.

## Abstract

Saint Augustine and Saint Thomas Aquinas iusnaturalist continue the tradition of Aristotle and Cicero and many other philosophers. Depart from the ontological aspect of natural law as requirements of rational human nature, and of a gnoseological aspect as knowledge of these demands and imperatives for the reason. Without this natural moral law is not doing anything as it is, because they are the first duties of the human being. Without this natural moral law, natural law is a part, there would be no human reason since they do not know nor the first principles of practical reason in regard to good and evil, the just and the unjust. Nor would there be freedom, since being a quality of the will as rational appetite, it could not exist without a rational knowledge. Without this natural moral law the man would be the only being in the universe without a law in its own nature in the tilt to its own perfection and development.

**Keyword:** Naturalism; intellectualism; voluntarism; rationalism; nominalism and conceptualism; natural moral law.

## La Patrística

La Iglesia primitiva fue un continuo vivero de herejías. Los Padres de la Iglesia, los Papas, los Concilios, fueron fijando la doctrina, las verdades del Credo y los dogmas de la nueva religión. Los judíos no habían conocido el misterio de la Trinidad y ésta fue una de las causas de la muerte de Cristo: porque se hacía igual a Dios. Así también en los primeros siglos del cristianismo, aunque ya se conocía este misterio, no estaba clarificado su significado y se

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito. Universidad de Burgos.

discutió enormemente sobre esta cuestión, que tenía grandes dificultades por su complejidad: en la Trinidad hay una naturaleza, dos procesiones, tres personas y cuatro relaciones. Las discusiones y controversias fueron verdaderamente interminables por parte de los teólogos.

La divinidad de Cristo, segunda persona de la Trinidad, fue intensamente debatida en los tres primeros siglos por defensores y detractores. En toda esta polémica la función de los llamados Padres de la Iglesia fue verdaderamente crucial. Ellos fueron fijando las doctrinas y verdades que los Concilios fueron oportunamente definiendo. La única verdad que nunca ha sido negada en el cristianismo es que Cristo nos ha redimido por la sangre de su cruz. Todas las demás verdades fueron intensísimamente debatidas.

Contra los primeros impugnadores del cristianismo se levantaron los Padres apologistas con sus acertadas apologías o defensas intelectuales de la nueva religión. Surgieron polemistas y luchadores de gran talla, quienes por medio de excelentes escritos trataron de contrarrestar los esfuerzos de los adversarios, sobre todo los filósofos paganos.

Cuatro hombres son los llamados Padres y Doctores de la Iglesia Occidental: San Ambrosio, San Jerónimo, San Agustín y San Gregorio Magno. Los tres primeros fueron contemporáneos, el cuarto vivió en época posterior. Ambrosio, Jerónimo y Agustín vivieron y escribieron entre el triunfo de la Iglesia en el Imperio Romano y la invasión de los bárbaros. Después de la invasión de los bárbaros la civilización declinó durante siglos, e incluso el cristianismo tardó en producir nuevos hombres que pudieran igualarse en erudición y cultura a los Padres y Doctores de la Iglesia occidental. San Ambrosio determinó el concepto eclesiástico de las relaciones entre Iglesia y Estado. San Jerónimo dio a la Iglesia occidental su Biblia latina y una gran parte del ímpetu monástico. San Agustín fijó la teología de la Iglesia hasta la Reforma. Pocos hombres han sobrepasado a estos tres en influencia en el curso de la historia.

## Justino

Es el padre apologista griego más importante del siglo II, llamado comúnmente *el filósofo*, por haberse dedicado especialmente a la filosofía antes y después de su conversión al cristianismo y haber encontrado la verdad del cristianismo precisamente en el estudio de la misma. Frecuentó las escuelas estoica, aristotélica, pitagórica y platónica. Puso sus conocimientos filosóficos al servicio de la fe. Realizaba la predicación cristiana al modo socrático, dialogando. En tiempo de Marco Aurelio aparece en Roma donde, a imitación de otros filósofos, abrió la primera escuela de filosofía cristiana. Conservamos de sus escritos dos Apologías dirigidas al emperador Antonino Pío y un Diálogo contra Trifón, judío.

Defiende Justino que la verdad sólo es una y que reside en plenitud en el Verbo eterno. Descubre y aprovecha los rastros y signos de verdad que se encuentran en los grandes filósofos, poetas e historiadores de la antigüedad. Como las verdades

no se contradicen todas son compatibles con la verdad cristiana. Es, pues, uno de los precursores de la no contradicción entre razón y fe.

Trata de relacionar la teología ontológica del platonismo con la teología histórica de la tradición judía; el Dios de los filósofos, Ser supremo, absoluto y trascendente con el Dios histórico y salvador revelado en la Biblia. La inteligibilidad del mundo es una participación de la inteligibilidad infinita del Ser supremo. La racionalidad del mundo es una expresión de la razón divina. El Logos de Dios se revela de dos modos: revelación natural por medio del mundo y revelación sobrenatural por medio de las Sagradas Escrituras. El Cristianismo es así la mayor y última revelación de Dios y como esta revelación es progresiva en la historia, la plenitud se manifiesta en Cristo-Verbo-Logos-Razón de Dios.

El Logos en toda su plenitud sólo aparece en Cristo pero de un modo menos intenso ya estaba en cada inteligencia humana, que es una semilla, un signo, una participación limitada del Logos divino. No hay, pues, contradicción entre el cristianismo, última etapa de la revelación de la Verdad-Logos de Dios y la verdadera filosofía. Incluso Moisés es anterior a los grandes filósofos de Grecia y del que pudieron recoger algunas verdades. Entre las verdades comunes a la religión y a la filosofía están la inmortalidad del alma y la sanción moral en la otra vida.

En las dos Apologías dirigidas al emperador Antonino Pío pide al emperador que juzgue de los cristianos sólo después de escucharles, pues no es sensato ni justo juzgar sólo por el nombre sino por los delitos que se cometan. Estas Apologías responden a cuatro clases de acusaciones: 1ª. Políticas: Nuestro reino no es de este mundo, somos los mejores aliados para la paz, y los súbditos más fieles, exigimos el cumplimiento de las normas procesales ordenadas por el emperador Adriano. 2ª. Dogmáticas: los cristianos no son ateos ni idólatras politeístas, sino monoteístas, admiten la divinidad de Cristo. 3ª. Morales: caridad, comportamiento heroico ante la muerte por la fe en la inmortalidad y la resurrección. 4ª. Filosóficas: las diversas escuelas filosóficas tienen porciones de verdad tomadas de la verdad revelada, la Verdad, el Logos total.

No rechaza la filosofía helénica sino que trata de apropiarse de las valiosas porciones de verdad que en ella descubre. La apologética de San Justino se caracteriza por buscar siempre la armonía, la concordancia y entendimiento con los no cristianos. En lugar de atacar trata de convencer y persuadir.

En el diálogo con el judío Trifón se basa en la Sagrada Escritura argumentando que la ley de Moisés era provisional, mientras que la ley cristiana es la ley nueva, universal y definitiva.

## Tertuliano

Se llamaba Quinto Septimio Florente Tertuliano. Pertenece también a los padres apologistas, Nació en Cartago hacia el año 160. Sus padres le dieron una gran educación científica. Aprendió el griego, se distinguió con brillantez en la oratoria,

y fomentó particularmente los estudios de Derecho y jurisprudencia. Según el testimonio de Eusebio, desempeñó la carrera de abogado largo tiempo en Roma. Muestra un profundo conocimiento del Derecho Romano y contribuyó en gran manera al desarrollo del lenguaje jurídico. Tenía un carácter extraordinariamente apasionado y rigorista. Fue este mismo carácter intransigente el que lo llevó en 207 al rigorismo de la secta herética montanista en la que perseveró hasta su muerte en 220. Tertuliano es un escritor de gran originalidad y talento. Reunía en su temperamento la vehemencia del africano con el sentido práctico de los romanos. Poseía una inteligencia profunda y conocimientos vastísimos.

Las primeras y mejores obras literarias de Tertuliano fueron los escritos apologeticos, entre estos el *Apologeticum*, (defensa del cristianismo), dirigido a los gobernadores de las provincias del imperio. En esta obra viene a estudiar desde el punto de vista jurídico lo inicuo de las leyes de persecución contrarias al Derecho común y al Derecho natural. En él se rechazan las inculpaciones políticas contra los cristianos y se muestra la base jurídica injusta de las persecuciones de los cristianos. A la vez se afirma que la crueldad de la persecución no es capaz de impedir la difusión de la Iglesia: *la sangre de los mártires es semilla de cristianos*. Los escritos de Tertuliano son una fuente abundante para el conocimiento del cristianismo de la segunda mitad del siglo II y principios del III y de la polémica de la religión cristiana universal con el medio ambiente religioso y la cultura del imperio romano. Casi todos sus escritos son polémicos, en los que con todos los medios retóricos intenta ridiculizar a sus adversarios y demolerlos. Con respecto a la filosofía se manifiesta escéptico aunque apunta que los filósofos paganos hallaron un cierto núcleo de verdad. En algunos puntos fundamentales está influido por la filosofía popular estoica. Su influjo en la antigüedad fue extraordinario y fue considerado como *el Maestro*, pero este influjo fue disminuyendo a causa de los errores que defendió al final de su vida.

## Orígenes

Gran sabio cristiano de la antigüedad, fue uno de los pensadores más brillantes de todos los tiempos. A los dieciocho años asumió la dirección de la Escuela de Alejandría. Más tarde, en Cesarea (Palestina) fundó una escuela que dirigió durante veinte años. Esta escuela fue una prolongación de la de Alejandría y en ella continuó las mismas tradiciones, métodos y orientación científica destacando la interpretación alegórica de la Sagrada Escritura. Más tarde fue perseguido durante la persecución de Decio, muriendo a consecuencia de estos sufrimientos en Tiro el año 253. La obra literaria de Orígenes es verdaderamente desmesurada. Se le atribuyen miles de trabajos no estando de acuerdo en el número los distintos autores. Es el creador de la ciencia de la Sagrada Escritura. Entre estas obras escribió las Hexaplas, versión séxtuple de la Biblia que constituyó el primer intento de edición crítica de la Sagrada Escritura. Comentó todos los libros de la Biblia, siguiendo el método alegórico de su Escuela. Es también uno

de los primeros y más importantes apologistas. A estos tratados pertenece su obra principal *Contra Celso* como refutación del *Discurso verídico* del conocido filósofo anticristiano. La indudable preparación del adversario tuvo ciertamente su réplica adecuada en este erudito maestro cristiano que compuso de esta forma la más grande apología de la Iglesia primitiva. Muchos juzgan que esta obra es la más perfecta del gran alejandrino. Cierto es que en ninguna otra ha mostrado Orígenes ni más abundante y sólida erudición, ni más superioridad intelectual, digna y tranquila contra las invectivas apasionadas de su adversario.

La valía indiscutible de este personaje lo convirtió en autor del máximo influjo entre sus contemporáneos y en la posteridad. Tuvo muchos partidarios por la fuerza de su pensamiento verdaderamente original. También tuvo detractores a causa de sus evidentes desviaciones dogmáticas; varias de sus doctrinas fueron pronto denunciadas. Sus errores principales fueron fruto de su empeño por explicar los datos revelados con los esquemas de la filosofía neoplatónica. Pero es necesario tener en cuenta que la doctrina no estaba aún suficientemente asentada y no había llegado aún la época de las definiciones dogmáticas conciliares.

## La racionalización de las normas de la fe

### Agustín de Hipona

#### a) Introducción biográfica

247

Agustín de Hipona, el más grande de los Padres de la Iglesia, nace en Tagaste, cerca de Cartago, el año 354, de padre pagano y madre cristiana. Aunque fue formado por su madre, Mónica, en el cristianismo, inicialmente sus postulados no le convencieron. Tuvo una juventud muy agitada, como explica en sus confesiones, singular autobiografía de sus primeros años. A los veintiún años se hizo miembro de la secta de los maniqueos, que abandonó diez años después, para acercarse en Roma y Milán -donde ocupó la cátedra de retórica-, al escepticismo. La obra de Plotino le introdujo en las doctrinas neoplatónicas. Finalmente, la conjunción de las teorías neoplatónicas, la lectura del Viejo y del Nuevo Testamento y la amistad con san Ambrosio le determinan a convertirse al cristianismo. En el año 396 es nombrado obispo de Hipona, dignidad que desempeñará hasta su muerte. Agustín es un hombre de emociones contradictorias, incansable y apasionado.

Agustín vive en un mundo convulso en que ve desmoronarse principios que parecían inamovibles. Mientras que el cristianismo vivía un momento de gran desarrollo -tras el Edicto de Milán (313) y el Concilio de Nicea (325)-, el Imperio Romano iba perdiendo su anterior esplendor. El saqueo de Roma por las huestes de Alarico en el 410 demostró su estado real de debilidad y motivó una alarma generalizada. Los paganos atribuyeron la catástrofe a las doctrinas cristianas. Estas acusaciones inducen a Agustín a escribir *La Ciudad de Dios*. Esta obra, en la que invirtió trece años, es una obra desmesurada, que se ocupa de muchos temas sin

resolverlos todos de modo indubitable, lo que ha posibilitado fundar en ella teorías de muy diverso signo. Esta obra trata del origen de las dos ciudades, la terrena y la celeste, de su desarrollo y de sus fines. Agustín no es un teórico político en sentido estricto. Sin embargo, la influencia posterior de sus ideas políticas es enorme. Es el autor más importante de la Edad Media anterior a Tomás de Aquino. A sus teorías políticas se les ha denominado “agustinismo político”, aunque realmente éste es una deformación de la auténtica doctrina agustiniana.

## La ley eterna

Su conocida definición de la ley eterna la expone en su obra *Contra Faustum*: “es la razón o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo”. Esta ley eterna no sólo es la razón que rige y gobierna todos los seres del universo sino también la explicación de la existencia de todos los seres.

Se da en la historia una práctica unanimidad acerca de que el universo es un conjunto ordenado, pero hay diversidad de opiniones acerca del fundamento último de este universo y del principio regulador que lo rige. Siguiendo esta gran tradición histórica, la teoría de la ley eterna se presenta como el supremo principio regulativo de todos los seres, como la causa o fundamento de la estructura racional del universo. De este modo el universo no es un caos sino un cosmos, un conjunto de seres ordenados según unos determinados fines y jerarquías. La doctrina de la ley eterna deriva principalmente de la idea griega del “Logos” o razón universal presente en todas las cosas. Pero los autores cristianos relacionan esta idea de la filosofía griega con la idea del Dios creador del universo de la Sagrada Escritura. San Agustín recoge la mayoría de los antecedentes teológicos y filosóficos sobre la ley eterna y elabora su propia síntesis. Expone su teoría sobre una ley eterna que se identifica con la *summa ratio*, y que es el plan general de Dios sobre el universo tanto para su creación como para su gobierno. Sus preceptos son inmutables, e impresa en la mente de los hombres es la razón del orden del universo. En esta elaboración agustiniana de la ley eterna, y de enorme influencia posterior, distinguimos ya tres aspectos fundamentales: el jurídico, de procedencia romana, el metafísico, de influencia griega, principalmente derivado del concepto de Logos y el teológico, de origen judeo-cristiano.

La ley eterna es un concepto muy complejo y está integrado por numerosos contenidos y funciones. En primer lugar, implica el conocimiento que Dios tiene de todas las cosas actuales o posibles al contemplar su propia esencia divina. Ésta es la doctrina clásica de la imitabilidad infinita de la esencia divina, que puede comunicarse o participarse en las cosas creadas de infinitos modos. Todos los seres del universo, cada uno en su grado, son imitaciones o reflejos de las perfecciones divinas. La ley eterna no sólo se identifica con la esencia divina sino con el conocimiento divino: como causa ejemplar y razón de todas las cosas. Es ley eterna porque participa de la eternidad de Dios y porque es eternamente conocida. En segundo lugar, esta ley eterna sólo comienza a producir efectos en



el tiempo, con la creación y existencia del mundo. Estas ideas eternas de Dios son como los arquetipos de todas las cosas que serán creadas. La ley eterna, como razón y voluntad de Dios es también el principio del gobierno del mundo, que denominamos providencia, como cuidado amoroso de Dios de todas sus criaturas.

## La ley natural

La ley eterna no solamente es la causa ejemplar de la ley natural (como simple modelo de ésta, sino al mismo tiempo la explicación ontológica y racional de la misma. Si la ley eterna es la razón y la voluntad de Dios, la ley natural es un reflejo de la ley eterna pues es participación de la ley eterna en la criatura racional. Ambas leyes pueden ser conocidas por la razón humana. La ley humana completa y determina la ley natural para un comportamiento racional en la vida social y política. Se trata por tanto de un proceso racional y volitivo, con continuidad lógica desde la mente de Dios hasta la organización de las repúblicas, incluso todo el comportamiento humano relativo a la justicia. Antes de la especificación verificada por la ley humana, (y de la ley divina positiva: la revelación de la Sagrada Escritura), la ley eterna y la ley natural rigen todo el comportamiento moral del hombre. La ley eterna comprende tanto los seres irracionales como los racionales. Pero esta participación no se da en ambos de un modo unívoco. La participación de la ley eterna en los seres irracionales da origen a las leyes físicas, mientras que la participación en los seres racionales da lugar a las leyes morales que son de naturaleza intelectual. Esta ley moral, participación de la ley eterna y fundada en la naturaleza de los seres racionales es llamada ley natural, que rige no a los seres físico-naturales sino a los seres humanos, que poseen una naturaleza racional. En los seres humanos es participada y aplicada según su naturaleza racional y libre. La ley natural es la parte de la ley eterna que atañe al hombre, en lo que éste tiene de específicamente humano y diferente de los demás seres no racionales.

Los caracteres de preeminencia, eternidad, universalidad, etc., convierten la ley eterna en la primera fuente del orden normativo y, por tanto, en la razón última de la normatividad de la ley natural. Ésta viene a ser una transposición al plano humano de la misma ley eterna. Por último, en la derivación de la ley natural de la ley eterna encontramos un paso de la metafísica del orden a la ética de la ley, y donde se manifiestan y realizan claramente los aspectos teológico, metafísico, ético y jurídico de la ley.

## b) La Ciudad de Dios

En esta obra Agustín pasa revista al devenir de los acontecimientos y al progreso de la humanidad, lo que ha sido considerado la primera formulación coherente de una filosofía de la historia. Esta filosofía de la historia, en Agustín, como filósofo cristiano, es acentuadamente providencialista. Es también una teoría del Estado y de la vida social, y un manual de las relaciones entre lo espiritual y

lo temporal. La caída de Roma no era el fin del mundo sino el anuncio del fin de un mundo. Era una catástrofe más entre muchas otras, análoga a la que había padecido Troya. No era el final de la historia. Comienza con el saqueo de Roma y concluye con el juicio final. Pero también trata de las costumbres de los bárbaros, los sistemas filosóficos y las guerras de los imperios. En materia de sociología y de política Agustín distingue los grados de las exigencias colectivas y sus límites. La familia es el primer cuadro natural en el que se desarrolla la persona, es la base de la sociedad y de institución divina. La persona no debe ser absorbida por la sociedad, como en la ciudad griega, sino que debe conservar su autonomía. La patria es como una prolongación o extensión política de la familia. Con una lucidez que muchos modernos han perdido Agustín no la confunde nunca con su aparato administrativo que es el Estado. Para él la patria es una realidad viviente, que conlleva fidelidades y exigencias distintas de las estatales. La considera como algo mucho más real que aquel inmenso Estado Romano, que aquel Imperio despótico y centralizador del cual desconfiaba. Se diría que, por una especie de presciencia, él, que sólo tenía ante sus ojos el *Imperium*, adivinó el nacimiento de las futuras patrias europeas, y las concibió respetándose mutuamente, en una especie de federación igualitaria. (Unión de Estados que frente a lo exterior actúan como uno solo, pero que en lo interior son independientes). Se han podido subrayar en San Agustín algunos principios valederos para una verdadera Sociedad de las Naciones, en la cual cada pueblo tendría el derecho de conservar su lengua, sus costumbres y sus instituciones, y en la que una autoridad colectiva resolvería los conflictos mediante el arbitraje. Desconfió del Imperio Romano de su tiempo, demasiado estatal y centralizador y estudió una especie de federalismo de los pueblos.

En cuanto al ideal político del *Imperium*, fue más tarde sustituido por el ideal religioso-político de “Cristiandad”, una de cuyas bases son las ideas agustinianas.

### c) El Estado

Del Estado Agustín escribe ampliamente. Fue una de sus grandes preocupaciones. Tenía ante sus ojos el ejemplo de un Estado al que su creciente decrepitud no le impedía ser opresivo, todo lo contrario, el Bajo imperio, el Imperio de la decadencia, era de hecho, un vasto sistema de avasallamiento. Agustín plantea aquí una afirmación de una importancia extrema: el Estado no puede ser el fin supremo. El hombre o el cristiano no es sólo, ni tan siquiera en primer término, un ciudadano. Pero Agustín sostiene la existencia del Estado por Derecho natural y su consiguiente legitimidad. A través del Derecho natural también la autoridad política es de institución divina: “Es una soberana voluntad quien da el poder a unos y no lo otorga a los demás”. Es preciso además que los principios de gobierno sean conformes al ideal de los fines últimos del hombre. La tarea del soberano es la de hacer reinar la justicia. (Carlomagno fue lector asiduo de La Ciudad de Dios). Si se traiciona este ideal el Estado se hace ilegítimo, y por eso declara al Imperio Romano “indigno del nombre de Estado” por no haber

conocido la verdadera justicia. Debe obedecerse a quienes ejercen la autoridad con este fin de justicia y que legitima a los gobernantes, y debe negarse la obediencia a los soberanos inicuos. La política de Agustín descansa sobre estas dos bases.

Contrariamente a lo que se ha dicho a veces, Agustín no escribió nunca que todo Estado fuese perverso. Pero sí dijo que con frecuencia el orden político y social en el Estado se ha corrompido, y también, en algunos casos, el Estado mismo. Una de las pruebas más flagrantes de este desorden son las guerras. “Sin la justicia, dice en célebre frase, ¿qué otra cosa son los reinos sino grandes asociaciones de bandoleros?”.

#### **d) La sociedad terrena**

El hombre es naturalmente sociable. Para Agustín el bien de la sociedad es la paz, bien que todo ser apetece por naturaleza. Todo hombre, y más en el torbellino de la guerra, desea la paz; incluso quienes la perturban no la odian, sólo la quieren cambiar a su capricho. Reconoce Agustín que puede haber guerras justas en las cuales un pueblo atacado se defiende contra una injusta agresión. Incluso estas guerras justas son consecuencia de la caída original. Por consiguiente, los hombres y sobre todo los cristianos, habrán de hacerlo todo para mantener la paz y eliminar la guerra con sus verdaderas causas como son las violencias y odios.

Agustín entiende la paz como la armonía bien ordenada del mundo y la aplica a cada ser y situación: al cuerpo, al alma, a la familia y al Estado y señala que la paz de una ciudad será la concordia bien ordenada en el gobierno y en la obediencia de sus ciudadanos. La paz política y social es un bien precario y transitorio pero muy importante aunque no se confunde con la paz eterna; es un gran bien que hay que defender, un parámetro que ha de seguir la sociedad temporal. Da Agustín su famosa definición de la paz: es la tranquilidad del orden, *tranquillitas ordinis*.

#### **e) Las dos Ciudades en la relación Iglesia-Estado**

Para Agustín, la historia del mundo puede representarse en términos teológico-políticos como la lucha entre dos ciudades: la celeste y la terrena. El hombre, miembro de una familia, hijo de una patria, ciudadano de un Estado no debe olvidar que tiene además un destino trascendente y pertenece a una formación superior a todas las otras agrupaciones humanas: la Iglesia. ¿Cómo entiende esta pertenencia? La Iglesia aparece como una representación o encarnación terrestre del Reino celeste. A ella pertenecen muchas clases de personas. No coinciden exactamente la ciudad celeste con la Iglesia y la terrena con el Estado. Hasta el juicio final no se sabrá realmente quién pertenece a cada ciudad. La Iglesia representa a la ciudad celeste pero no se identifica con ella. Esta agrupación de hombres que integran la Iglesia se relaciona con otra agrupación con fines muy diferentes: el Estado. El problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado

se plantea de improviso en el momento en que el emperador Constantino se adhiere al cristianismo. ¿Debía la Iglesia aceptar el ser una colaboradora del Estado, en el sentido de depender, de hecho, de él? Sus jefes (los papas) se habían negado a semejante abdicación, de sometimiento al Estado. Y Agustín pretende fundamentar como doctrina esta actitud.

Para él la ciudad celeste (más bien la Iglesia), y la ciudad terrestre (más bien el Estado), se oponen sustancialmente porque derivan de dos principios contrarios. En la práctica la Iglesia y el Estado podían colaborar a condición de no olvidar que sus fines son radicalmente diferentes. La Iglesia tiene un fin trascendente y unos derechos particulares irrecusables, tiene el *ius sacrum*, que Agustín reivindica para ella. Todo esto es de justicia y como el Estado sólo es legítimo en la medida en que sirva a la justicia (como vimos), se deduce que la Iglesia posee un derecho de vigilancia sobre el Estado. Afirmación capital que fue el fundamento en los siglos posteriores de la defensa de la independencia de la Iglesia frente a los poderes públicos. Pero este control (de carácter negativo o indirecto) de lo espiritual sobre lo temporal no le lleva a Agustín a defender la “teocracia”, esa utopía, como dice J. Maritain, que pretendió hacer que la Iglesia pasase del control espiritual de los gobernantes al ejercicio mismo del poder. Por tanto, Agustín nunca caminó en el sentido de lo que se llamó después el “agustinismo político”, como teocracia o gobierno directo en nombre de Dios. Aboga también por la necesaria concordia entre la Iglesia y el Estado. Este debe proteger a la Iglesia y ésta debe ser una escuela de civismo y lealtad política.

Todas las grandes ideas políticas sobre la unidad de Europa, sobre los derechos y deberes de los gobernantes, sobre la guerra y su legitimidad, sobre las relaciones de la Iglesia y el Estado y todas las concepciones sociales sobre la esclavitud, la riqueza, el trabajo y muchos otros temas tuvieron su origen en las ideas agustinianas.

## Anselmo de canterbury

Nació en Aosta (Italia) en 1033 y murió en 1109 en Canterbury. Fue un monje benedictino antes de ser nombrado arzobispo de Canterbury. Como teólogo y filósofo es el padre de la Escolástica y Doctor de la Iglesia. A él se debe una de las mejores definiciones de la teología: *fides quaerens intellectum*, la fe que pregunta al entendimiento, puesto que la teología es realmente una reflexión sobre las verdades de la fe. San Anselmo es famoso por su célebre argumento ontológico propuesto como demostración de la existencia de Dios. Resumiendo podemos formular este argumento del siguiente modo:

- 1.- Nosotros podemos tener la idea del ser más perfecto de todos los posibles.
- 2.- Lo que existe en la realidad es más perfecto que lo que existe sólo en el pensamiento, porque la existencia real añade una perfección más a la idea del ser más perfecto posible.

3.- Si sólo existiera en la inteligencia, pero no en la realidad, ya no sería el ser más perfecto y podría ser pensado otro superior al añadirle la existencia real.

4. Luego este ser perfecto y necesario existe.

Mucho se ha reflexionado en la historia sobre este argumento ontológico, que consideramos inválido como demostración de la existencia de Dios. Analizamos ahora cuidadosamente este célebre argumento.

1.- Concepto de Dios: sabemos conceptual o teóricamente que si existiera un ser que poseyera todas las perfecciones tendría también la perfección de existir por necesidad. De este ser necesario y perfecto no sabemos si es real ni si es posible a no ser mediante una verdadera demostración *a posteriori*, si ésta fuera posible.

2.- Argumento ontológico: ese ser que posee todas las perfecciones, entre ellas la existencia necesaria, existe realmente, puesto que existir por necesidad va incluido en su mismo concepto de ser infinitamente perfecto.

3.- Argumento cosmológico: de ese ser definido como perfecto y necesario sólo podemos conocer si existe realmente partiendo de los seres reales contingentes que vemos en la experiencia.

4.- Existencia necesaria, como cualidad teórica del concepto del ser denominado Dios.

5.- Existencia necesaria real, como hecho, si fuera posible demostrar la existencia en la realidad del ser definido conceptualmente como necesario y perfecto.

Una vez efectuadas estas aclaraciones exponemos los silogismos demostrativos.

1.- Concepto de Dios:

Premisa mayor: si existe un ser infinitamente perfecto le corresponde una existencia necesaria (conceptual).

Premisa menor: es así que Dios es infinitamente perfecto (conceptual).

Conclusión: luego le corresponde (le correspondería si existiera) una existencia necesaria (conceptual). Este argumento es válido y verdadero pero sólo conceptual o teóricamente para comprender uno de los muchos conceptos que podemos tener de Dios.

2.- Argumento ontológico:

Premisa mayor: si existe un ser infinitamente perfecto le corresponde una existencia necesaria (conceptual).

Premisa menor: es así que Dios es infinitamente perfecto (conceptual).

Conclusión: luego Dios existe realmente con existencia necesaria (real).

Este argumento ontológico es claramente falso, puesto que de dos premisas conceptuales deduce una conclusión real.

3.- Argumento cosmológico: (3ª prueba de Tomás de Aquino):

Premisa mayor: si existen seres contingentes existe el ser necesario como causa de los seres contingentes (conceptual).

Premisa menor: es así que existen realmente seres contingentes (real).

Conclusión: luego existe realmente el ser necesario (real).

Este argumento-silogismo es correcto y verdadero. No se da un paso ilícito de lo conceptual a lo real, de lo lógico a lo ontológico, sino de lo real a lo real.

Dicho con toda claridad: al argumento ontológico de san Anselmo le falta realmente la premisa menor, una premisa menor real para poder demostrar la existencia real de ese concepto de Dios como ser necesario y perfecto. Santo Tomás añade esa premisa menor real para poderle aplicar el principio general-universal de la premisa mayor: todo ser contingente exige la existencia de un ser necesario. La premisa menor real añadida por Tomás de Aquino es: es así que existen realmente seres contingentes, imperfectos, relativos, defectuosos, finitos...luego exigen la existencia del ser necesario, perfecto, absoluto, sin defectos, infinito... Es decir, del concepto de Dios como ser necesario y perfecto, pasamos a demostrar su existencia real partiendo de los seres reales contingentes de la experiencia del mundo. Un ser o tiene la razón de ser en sí mismo o en otro: el ser contingente, que existe pero podría no haber existido, tiene la razón de ser en el ser necesario y perfecto que es Dios. No se puede demostrar la existencia del ser perfecto por el ser necesario, o el ser necesario por el ser perfecto, sería círculo vicioso, sino que, de ambos, que son el mismo, se puede demostrar su existencia, partiendo de los seres reales contingentes, que necesitan al ser necesario como su causa. En el argumento ontológico, de una necesidad ideal de existir sólo se llega a una existencia ideal pero no real; como tantas veces se ha dicho es un paso ilícito del orden lógico al orden ontológico. Confunde una definición teórica con una demostración real. Pasa de una necesidad ideal de existir a una existencia real, sin partir de los seres reales. Hay que tener en cuenta que la existencia no es un predicado más del ser perfecto, sino precisamente la posición real del sujeto con todos sus predicados, que es lo que hay que demostrar, y sólo lo consigue el argumento cosmológico (3ª prueba tomista), al partir de los seres experimentales contingentes.

No es válida la objeción de que también san Anselmo conocía la existencia del mundo real, de la experiencia sensible, de los seres contingentes reales, porque, cuando se trata de una demostración, la premisa menor correcta debe estar expresamente en el argumento, y no puede ser sólo implícita o tácita. Algunos filósofos (Descartes, Leibniz, Hegel) no entendieron correctamente el argumento ontológico y le admitieron. Otros muchos filósofos (Gaunilón, Tomás de Aquino, Kant) rechazaron con razón este argumento. Y otros muchos filósofos tampoco entendieron el argumento cosmológico y le rechazaron sin razón.

## **Tomás de Aquino**

### **a) Introducción biográfica**

Nació en Rocaseca, cerca de Nápoles, en 1221, de una familia noble (los condes de Aquino) y, en contra de la voluntad de ésta, ingresó en la orden dominicana. Estudió en la Universidad de Nápoles, en la de París y en la de Colonia. En esta Universidad, bajo la dirección de San Alberto Magno, inició su labor docente que luego continuaría en la de París, Roma y otras de Italia. Murió en 1274, viajando hacia el Concilio II de Lyón.

Tomás de Aquino realiza una síntesis filosófica original entre elementos aristotélicos y platónicos. Presenta una concepción armónica y grandiosa del universo, donde cada parte tiene una causa y, sobre todo, un “por qué”. Existe un orden y jerarquía de los seres, todos y cada uno de los cuales tiene una finalidad a la que tienden y, por tanto, un valor. Los seres inferiores están al servicio de los superiores, y en la cima está el hombre, que es, además, el único que integra en sí mismo materia y espíritu. Respecto de la filosofía política Santo Tomás no escribió una exposición de conjunto, y sus conceptos sobre el tema están recogidos sobre todo en las siguientes obras: Del régimen de los judíos, del Régimen de los Príncipes y en algunos pasajes de la Suma Teológica.

## b) Origen de la sociedad

Santo Tomás, con Aristóteles, considera al hombre como un ser social por su misma naturaleza. El hombre no sólo aspira a vivir sino a vivir bien y, para lograr su desarrollo y su perfección, necesita agruparse con otros semejantes, constituyendo una sociedad perfecta o política, para conseguir una perfección y felicidad que aisladamente no puede conseguir. Es un ser comunicativo que está dotado del don de la palabra, por la cual manifiesta a los demás sus sentimientos, pensamientos, deseos y necesidades. Es natural la sociedad, puesto que es un hecho universal que se da espontáneamente en todos los tiempos y lugares. El hombre nace imperfecto y no se basta a sí mismo.

Esta exigencia de vida social, que brota de la misma naturaleza humana, es lo que puede considerarse como su causa eficiente. Incluso Tomás de Aquino considera al hombre, más que un ser social, (muchos animales lo son en cierto sentido), un ser cívico o político. (Sociabilidad muy específica relacionada con la complejidad del hombre como animal racional y el poder).

La comunidad doméstica, siendo necesaria, no es suficiente para el hombre: precisa de una más amplia que le proporcione seguridad, orden jurídico, y donde puedan realizarse sus capacidades materiales y espirituales. A esta comunidad política la denomina sociedad perfecta, porque dispone de todos los medios necesarios para, dentro de su esfera propia, alcanzar el fin que corresponde a su naturaleza.

Aunque la comunidad política tiene su origen en la naturaleza humana, existe en ella un cierto componente contractual teniendo en cuenta que también la voluntad y la libertad (por ejemplo para pactos políticos, etc.) pertenecen a la naturaleza humana. Las inclinaciones naturales no son incompatibles con el ejercicio de la libertad humana. Puesto que el hombre es un ser racional y libre ha de convertir en objeto de su querer reflexivo y de su libre intervención a la comunidad política, que viene determinada por los impulsos más radicales de la naturaleza humana.

La naturalidad del fenómeno estatal no excluye de él la intervención del libre hacer del hombre. De este modo el Estado no es un fenómeno naturalista

(mera naturaleza física), sino de carácter ético-natural (racional y libre). Es éste del Estado un caso particular del Derecho natural que es al mismo tiempo natural, racional y libre. Consentir libremente con la necesidad a la que inclina la naturaleza y la razón. También el poder político proviene, al mismo tiempo, de la naturaleza de una comunidad política -necesidad de autoridad y organización- como de la libre decisión de los ciudadanos.

### c) El fin de la sociedad y de la comunidad política

La causa final de la sociedad (de toda sociedad) es el bien, pero no el particular de cada uno sino el bien común. La aspiración a una finalidad común es la que confiere unidad a la multitud de individuos. El bien común no es el resultado de la suma de todos los bienes particulares, sino un bien universal, público, social, en el que van integrados una multitud de bienes externos (riquezas, posesiones), del cuerpo (salud, integridad física), del alma (artes, ciencia, cultura, virtud). Bienes que son también honestos, deleitables y útiles. Tres cosas se requieren para el bien común de una sociedad perfecta como es el Estado: 1º. La unión de todos sus miembros en una amistad sincera y verdadera. 2º. La unión de las fuerzas de todos para colaborar en el bien común. 3º. La abundancia suficiente de bienes humanos, tanto internos como externos, corporales y espirituales, físicos, intelectuales y morales. De todo ello resulta en una sociedad la paz social, la tranquilidad, la unidad y el bienestar colectivo, es decir, el bien común. Este bien común está por encima de los bienes particulares de los individuos, aunque no los anula, sino que los garantiza y corrobora. Es un bien comunicable a todos y cada uno de los miembros de la sociedad, se difunde por todos y a todos se comunica, como se comunica la salud y el bienestar de un organismo a cada una de sus partes. El bien común es el fin de toda sociedad y el principio informador de ésta (uno de ellos, otro es la autoridad, como constitutivo formal). También es la justificación misma de la sociedad, de modo que sin él carecen de razón de ser tanto la ley como la comunidad política.

En esta materia de la relación entre sociedad y bien común, Tomás de Aquino defendió un organicismo moderado (no absoluto como Platón), por tanto, no solamente consideró las consecuencias favorables del bien de los particulares sobre el bien común sino también las del bien común sobre el bien de los individuos particulares, como pone de manifiesto al recordar la célebre sentencia del escritor romano Valerio Máximo: “Es preferible ser pobre en un Estado rico que rico en un Estado pobre”. Un organicismo completo, es decir, una analogía omnímoda entre el Estado y el cuerpo humano incurriría en el error pernicioso del absolutismo del Estado, que podría sacrificar a los individuos para su poder y gloria.

Una segunda consecuencia de este organicismo moderado tomista es que la autonomía y trascendencia de la persona, con su dignidad y libertad radicales quedan salvaguardadas. Y una tercera consecuencia consiste en que en un organicismo moderado no puede aplicarse el principio de totalidad (principio



ético que señala cuándo es lícito sacrificar las partes al todo), porque en un organismo moral (organicismo moderado) cada una de las partes es una persona humana. En cambio, en un organicismo radical (considerar al Estado como un cuerpo humano vivo estaría justificado aplicar el principio de totalidad y sería lícito sacrificar a las personas para el bien o la grandeza del Estado o evitarle males, como se extirpa un órgano del cuerpo humano en una intervención quirúrgica. Conclusión de la doctrina del organicismo moderado: en un organismo moral no puede aplicarse el principio de totalidad y no puede justificarse la dictadura o la pena de muerte con estos argumentos, como si el Estado fuera un organismo físico.

El bien común posee superioridad o excelencia respecto de los bienes individuales. Pero este principio sólo puede ser aplicado válidamente dentro del mismo rango jerárquico de bienes o valores. En la pluralidad de bienes comunes (tantos como especies de comunidades posibles), un bien común cualitativamente inferior no puede exigir el sacrificio de un bien individual superior, sino otro individual de igual o inferior cualidad. Tampoco puede plantearse este problema de la superioridad o contraposición entre bienes que no son susceptibles de una intercomunicación social (vida, libertad de conciencia, dignidad de la persona, etc.), porque si los bienes personales no son socialmente comunicables se imponen a la existencia del mismo Estado. Por lo cual, el Estado, ni por causa del bien común, ni por “razón de Estado” puede exigir bienes personalísimos, incomunicables e intransferibles de naturaleza superior y anterior al bien común político.

#### **d) Causas de la sociedad**

La sociedad tiene una causa material que es la multitud y pluralidad de sus individuos. La sociedad conyugal se compone de marido y mujer; la paternal de padres e hijos; la heril, de amos y criados; la familia de las tres precedentes. Seguidamente están municipios o ayuntamientos, la ciudad, la provincia, la región y, finalmente, el Estado, que es la Sociedad perfecta y suficiente a sí misma, dotada de los medios necesarios para realizar su fin propio. Pero, la simple agrupación de hombres, no constituye una sociedad. Para serlo se requiere otro elemento que hace las veces de causa formal, y ésta es la autoridad (*potestas, auctoritas, soberanía*), la cual es el principio que unifica, organiza, estructura las fuerzas y las diversas tendencias dispersas de la multitud y las ordena al bien común, a su perfección y prosperidad social. De la unidad formal de la autoridad, resulta la unidad social, que es una unidad moral de orden, basada en la unidad de fin (el bien común), de medios y de dirección para conseguirlo. En virtud de este principio formal pueden cambiar materialmente los individuos de la sociedad, como también los representantes de la autoridad (los gobernantes), permaneciendo idéntico el cuerpo social. En un Estado, la autoridad suprema es numéricamente una, aunque esté encarnada en diversos sujetos, pues es como el alma en el cuerpo, o

como la forma en la materia. Es el elemento determinante o aglutinante que da a la sociedad el ser y la unidad.

Mediante la autoridad, la masa inorgánica o amorfa de individuos se constituye en sociedad y en Estado. La soberanía de un Estado es hacia dentro, no hacia fuera; ni tampoco es absoluta, sino limitada.

### e) Formas de gobierno

En una sociedad o Estado caben varias formas de ordenación o estructuración política para mejor conseguir su fin que es el bien común, al cual deben tender tanto los gobernantes como los gobernados, los primeros como dirigentes y los segundos como dirigidos. “Gobernar es conducir lo gobernado al fin de una manera conveniente”. La forma de gobierno no es algo extrínseco y accidental en un Estado, sino algo intrínseco que debe acomodarse a su naturaleza y a sus condiciones materiales, morales, psicológicas y económicas.

Hay varias formas posibles de organización política. Son buenas y legítimas todas aquellas que son aptas de suyo para procurar el bien común y el fin propio del Estado. Malas, las que contribuyen a lo contrario. Ninguna de ellas es un fin en sí misma, sino un medio y la mejor es la más apta y eficaz para conseguir la paz, el bien común y la prosperidad del Estado.

En sí misma y en abstracto considera como la mejor forma de gobierno la monarquía, en la cual gobierna uno solo, pues es en la que mejor se salva la unidad de mando y de dirección y así garantiza mejor la unidad del Estado. Lo más opuesto a la monarquía es su forma corrupta, la tiranía, en la que el gobernante no gobierna para el bien de la comunidad sino para el suyo propio.

La monarquía puede ser electiva o sucesoria (él prefiere la sucesoria). Y recomienda que debe organizarse de manera que impida que el soberano pueda convertirse en un tirano.

Es también buena y legítima la aristocracia (poliarquía), la cual tiene la ventaja de que unos pocos hombres, selectos y eminentes puedan ver las cosas mejor que uno solo. Pero corre el peligro de que se resquebraje la unidad y de que cada uno tienda a su propio provecho, dando origen a otra forma corrupta, que es la oligarquía.

La democracia tiene las ventajas de que en ella se da una mayor libertad e igualdad de los ciudadanos y distribuye entre todos la responsabilidad, el interés y la contribución al bien común. Pero corre el peligro de convertirse en demagogia o en anarquía. De las formas malas de gobierno la menos mala es la democracia corrupta, porque aunque tampoco atiende al bien común, al menos atiende al bienestar de un mayor número de personas. Pero, en realidad, la mejor forma de gobierno no es ninguna de las formas puras (monarquía, aristocracia, democracia), sino una mixta que reúna las ventajas de las tres: la unidad de la monarquía, la selección de individuos de la aristocracia y la libertad ciudadana de la democracia. “La mejor constitución en una nación es aquella en que uno es el depositario del

poder y tiene la presidencia sobre todos, de tal suerte que algunos participen de ese poder, y, sin embargo, ese poder sea de todos, en cuanto que todos puedan ser elegidos y todos toman parte en la elección. Tal es la buena constitución política, en la que se juntan la monarquía -por cuanto que es uno el que preside a toda la nación -, la aristocracia - porque son muchos los que participan en el ejercicio del poder -, y la democracia - que es el poder del pueblo - por cuanto que éstos que ejercen el poder pueden ser elegidos del pueblo y es el pueblo el que los elige”.

## f) El tiranicidio

Frente a los postulados de Juan de Salisbury, que veía el tiranicidio como una acción de carácter privado, Tomás de Aquino sólo legitima a la comunidad para deponer a los gobernantes injustos. Niega cualquier acción personal porque considera peligroso para la propia comunidad que alguien, por iniciativa propia, se arrogue el derecho de atentar contra sus gobernantes. De éste modo, el asesinato no tendría excepciones: no es lícito asesinar al tirano pero sí la rebelión del pueblo contra él.

Él diferencia entre el tirano que lo es por defecto de título, es decir, por haber alcanzado injustamente el poder -por las armas y el engaño- (ilegitimidad en el origen), y el tirano que lo es por mal ejercicio de su potestad (ilegitimidad en el ejercicio). Considera lícito desobedecer al primero y recomienda sufrir al segundo, pero con condiciones. Así, distingue si la orden injusta es contraria al Derecho vigente o contraria a la Ley natural. En el primer supuesto se puede obedecer o no. En el segundo, la desobediencia es moralmente necesaria, (porque la ley gravemente injusta atenta contra los derechos fundamentales). En esta cuestión de si es lícito moralmente matar al tirano Tomás de Aquino se encuentra entre la corriente histórica mayoritaria que le consideran ilícito. Sólo una corriente minoritaria admitió su licitud.

## g) La ley. La ley natural

Es el principio extrínseco regulador de las acciones humanas en vista del bien común, en el cual va incluido el particular. Toda ley supone una razón que dirige los actos a su fin. No procede de la voluntad, sino de la razón, a la cual pertenece el ordenar, (dirigir mandando). En sentido amplio es “una cierta regla y medida de los actos que induce al hombre a obrar o le retiene de obrar”. La esencia de la ley es el acto de imperio que pertenece principalmente a la razón aunque también interviene la voluntad.

La ley no pertenece a la razón especulativa o teórica sino a la razón práctica (ética, política y social). La ley tampoco es un acto de la razón particular, (de un ciudadano particular), a la cual solamente corresponde regular los actos del individuo en orden a su felicidad individual, sino en cuanto ese individuo pertenece a una comunidad social o política y está ordenado u obligado como

parte de un todo común. De este modo, la ley expresa las exigencias de la razón, no particular, sino colectiva. Ningún particular puede legislar, sino solamente, o bien la comunidad entera, o bien el príncipe o la persona pública encargada del gobierno de la comunidad. Así, pues, define la ley como “una prescripción de la razón, en vista del bien común, y promulgada por aquél que tiene el gobierno de la comunidad”.

Entre las clases de leyes están las siguientes: en primer lugar la ley eterna, que es la fuente de la cual se derivan todas las demás. Puede definirse como “la razón eterna divina considerada como rectora de todos los movimientos, acciones y operaciones realizadas por todos los seres creados de cualquier clase que sean”. Todas las cosas están sometidas a la ley eterna, que las inclina a sus propios actos y fines, pero de distinta manera.

Los seres irracionales se inclinan a sus propios fines de una manera pasiva y necesaria y el hombre de una manera racional y libre. Esta es la segunda clase de ley, la ley natural, que se define como “la participación de la ley eterna en los seres dotados de razón”. Por consiguiente, la “ley natural”, no es la propia de la naturaleza físico-natural: astros, plantas, piedras, etc., sino la propia de la naturaleza racional del hombre.

En tercer lugar está la ley humana o positiva. Su fundamento remoto es la ley eterna y próximo la ley natural. No añade nada al contenido de la ley natural, solamente lo define, precisa y aplica a la multitud variable de los casos particulares de cada nación o cada comunidad social y política. Esta función la realiza por conclusión, por ejemplo, del principio de que hay que hacer el bien y evitar el mal se deduce no matar, no robar, no calumniar, etc., y también por determinación: del principio de la ley natural de que debe castigarse a los delincuentes, determina la pena concreta en el Código penal.

En cuanto a la posibilidad de cambio en la ley natural, ésta es mutable por adición: materias y contenidos que antes no se consideraban pertenecientes a la ley natural, pueden irse añadiendo históricamente. En cambio, la ley natural es inmutable por sustracción: lo que una vez ha sido considerado propio de la ley natural no puede ya en el futuro ser considerado como no perteneciente a ella.

De esta doctrina tomista acerca de la ley natural deducimos las siguientes importantes conclusiones: 1. La ley natural es evidente a la razón. Un conocimiento es evidente cuando no necesita de un conocimiento previo. Si todo conocimiento necesitara de otro conocimiento previo nunca empezaríamos a conocer nada. Se rompe así el clásico *dialelo* jurídico-moral, la regresión infinita en los deberes: este deber se fundamenta en otro y éste en otro y así hasta el infinito, por lo que nunca encontraríamos los fundamentos de la Moral y del Derecho. No hay tal cosa. Los primeros principios ético-jurídicos son evidentes, por lo cual, al comenzar el uso de razón en el niño, como una iluminación intelectual, surgen en su razón práctica-conciencia moral estos mandatos: haz esto, no hagas esto. 2. Como la ley natural (conjunto de imperativos racionales) es la expresión de los primeros deberes, sin ella no se hace nada como es debido. 3. Se rechaza el escepticismo absoluto. Como

la ley natural expresa los primeros conocimientos ético-jurídicos, los primeros principios-preceptos sobre el bien y el mal, sobre lo justo y lo injusto, sin ella no quedaría absolutamente nada de estos conocimientos mínimos y fundamentales sobre la Moral y el Derecho, por tanto se incurriría en un escepticismo absoluto en estas materias, lo que sería desastroso para todos los seres humanos. 4. Todos los seres tienen unas inclinaciones-propensiones para alcanzar su propio desarrollo y perfección. Si en el hombre no se dieran estas inclinaciones naturales-rationales sería el único ser sin ellas, lo cual, además de insólito, sería imposible por absurdo. Si no existe ningún ser sin su propia ley natural sería absurdo que existiera el ser humano sin su propia ley natural-rationale. 5. No confundir lo “natural”: en el ser humano es lo racional, con lo “naturalista”: las pasiones-instintos capitales de soberbia, avaricia, ira, envidia, odio, venganza, etc. De aquí se deduce que no debe confundirse el iusnaturalismo: admisión del Derecho natural con el naturalismo: regirse por las pasiones-instintos capitales.

## **h) El Derecho natural**

Es importante conocer la doctrina tomista del Derecho natural como principio fundamental de crítica política y legislativa. El Derecho natural no solamente es el fundamento de la ley positiva sino también el principio, criterio o valor para juzgar acerca de la corrección ética y política de los regímenes políticos y sus legislaciones.

En la filosofía jurídica y política tomista está presente la filosofía aristotélica. La ley natural es el principio o criterio fundamental establecido en la misma naturaleza humana para que pueda alcanzar el fin que le corresponde. Este principio no es arbitrario sino producto de la recta razón que comprende, determina y concluye lo que está ya implícito en la propia naturaleza humana. El Derecho natural es una parte de la ley natural: su aspecto jurídico-político.

La naturaleza humana significa para el iusnaturalismo tomista la aceptación y conocimiento de una permanencia de lo humano en el tiempo, de una esencia universal e inmutable del hombre. Si el hombre fuera pura y simple historia, realidad transitiva y cambiante, no tiene sentido hablar de Derecho natural. Sobre este presupuesto el Derecho natural es un conjunto de imperativos formulados por la razón, un conjunto de principios o exigencias derivadas de la naturaleza racional del hombre, que tienen como finalidad dirigir sus acciones en la vida social y política. El Derecho natural es el mínimo ético de convivencia, esto es, constituye lo mínimo que éticamente debe respetarse y exigirse para una convivencia humana, justa y pacífica, tanto en el orden social como político. Una sociedad que no respete este mínimo será irracional e inhumana.

El sentido de la naturalidad de este Derecho es doble: por un lado su naturalidad significa que es expresión de un orden ontológico o natural, no expresión de un orden histórico o positivo; por otro, su naturalidad significa también la espontaneidad o facilidad con la que sus principios son aprehendidos

por la razón del hombre. El carácter de juridicidad y politicidad de este Derecho está determinado por la naturaleza y el fin de sus contenidos que hacen referencia a la virtud de la justicia. Las exigencias del Derecho natural son coercibles, esto es, pueden exigirse por la fuerza, aunque a veces no se disponga de hecho de esa fuerza.

En la ley moral natural y en el Derecho natural hay tres clases de principios:

1.- Primeros principios-preceptos: haz el bien y evita el mal, no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti, cumple lo pactado, no perjudiques a nadie, etc. Estos principios son necesarios, comunes, universales, evidentes, indemostrables, el fundamento de toda la Moral y todo el Derecho. En estos principios es imposible el error si se tiene uso de razón. Sólo quedan excluidos los niños pequeños, los ancianos sin uso de razón y los enajenados mentales.

2.-Primeras consecuencias de los primeros principios: vienen a ser el Decálogo: no asesines, no robes, no mientas, no calumnies, no tortures, no cometas genocidio, explotación, esclavitud, etc. Estos principios son casi tan evidentes, necesarios, comunes, universales etc., como los del primer capítulo, pero sí ha habido algún error en la historia, por ejemplo la defensa de la esclavitud natural de Aristóteles, los sacrificios humanos en algunos pueblos, etc.

3.-En el tercer capítulo están las consecuencias remotas o lejanas de los primeros principios. Aquí están los problemas difíciles, complicados y dudosos de la Moral y del Derecho: la restricción mental, si es mentir o no; la oculta compensación, si es robar o no y otros problemas difíciles. Aquí puede haber dudas e incertidumbres. Éstos no son principios necesarios, universales y evidentes sino que sólo los conocen los peritos, expertos, moralistas, juristas. Pero lo que de ningún modo puede hacerse es proyectar las dudas e incertidumbres de este tercer capítulo sobre los otros dos y afirmar que todo es dudoso y destruir así todo el Derecho natural. Sería caer en el escepticismo absoluto en cuestiones ético-jurídicas, puesto que equivaldría a defender que el hombre es incapaz de conocer ni los más mínimos, ni los primeros principios jurídico-morales. Las consecuencias serían desastrosas puesto que el hombre ya no sería un animal racional al desconocer hasta los mínimos principios del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto. Aquí se establece una especie de paralelismo: del mismo modo que el primer principio de la razón especulativa es el principio de contradicción, el primer principio de la razón práctica, es decir, de la ley natural es: hay que hacer el bien y evitar el mal.

## El nominalismo

El nominalismo es una de las cuatro teorías propuestas para resolver el problema de los universales. El realismo moderado viene a decir que en el mundo encontramos solamente cosas singulares; en esto tendrían alguna razón los nominalistas. Las ideas, en cuanto entidades existentes realmente, están sólo en el intelecto, es decir existen muchos caballos y existen también personas que poseen

la idea de caballo. “Caballo” como idea general o universal no tiene una existencia independiente. Ahora bien, lo que interesa a la filosofía, y en concreto a la lógica, no es quién tiene realmente la idea de caballo. Lo que tiene importancia es el papel que desempeña el concepto de caballo como medio por el que conocemos a los caballos. En este sentido, la afirmación nominalista carece de interés porque deja de tener en cuenta lo que el universal pretende ser. Universalidad es la capacidad de atribuirse o multiplicarse en algunos (muchos o pocos) individuos concretos. Carece de interés preguntarse si el universal es un individuo concreto puesto que su condición esencial-universal lo excluye.

La experiencia nos enseña que conocemos a base de ideas generales. Por otro lado, esas ideas generales permiten que tomemos decisiones y que actuemos, lo cual supone que los universales son válidos. El problema estaría en la correcta elaboración de esas ideas universales. Para que un concepto sea verdadero es necesario un proceso experimental-intelectual donde se mezclan todos los métodos del conocimiento: inducción-deducción, intuición-demostración, intuición física o intelectual cuando sean posibles, aprehensión, abstracción, análisis y síntesis, etc.

El nominalismo tiene afinidad con el materialismo. Nominalistas fueron todos los materialistas, sensualistas y positivistas desde Hobbes a nuestros días. De este modo, borrados los límites que separan el espíritu de la materia, negada la razón como facultad cognoscitiva, identificados el conocimiento intelectual y el sensible, constituidos los sentidos como causa total del conocimiento humano, no queda ya sino afirmar que todas nuestras ideas son también materiales, particulares y concretas como los objetos mismos representados por ellas. Ni su valor y alcance puede ser otro que el de meras imágenes acompañadas de un nombre o término común. Así, los universales no existen en la realidad, porque en ella sólo se dan objetos individuales particularizados, ni en nuestro entendimiento porque carece de todo poder abstractivo. Explicar la abstracción intuición.

Si hay términos que denominamos universales, según los nominalistas, no es porque designan una naturaleza común a muchos objetos, sino que significan directamente los individuos. Así el término *hombre* significa el conjunto de individuos de la especie humana y no la misma naturaleza que todos tienen.

El nominalismo trató de demoler la filosofía escolástica, principalmente la metafísica, y de él derivan el materialismo en filosofía y el ateísmo en religión. También en el ámbito científico tiene el nominalismo consecuencias negativas: La ciencia conoce las leyes universales en cuanto a las propiedades físicas de las cosas. Estas leyes expresan relaciones que no sean absolutamente mutables: el agua hierve a los cien grados, el hierro tiene propiedades electromagnéticas, etc. La ley expresa una necesidad y una regularidad en los fenómenos. Si sólo este hierro tiene propiedades electromagnéticas no se podría hacer ciencia sobre él, puesto que con una afirmación particular no se hace ciencia sino con la formulación de leyes necesarias y universales. Y si sólo este hierro tiene propiedades electromagnéticas no se podría hacer tecnología con el resto del hierro. Nadie pondría una fábrica de

motores eléctricos si sólo este hierro tiene esas propiedades, pero no todo el metal-hierro. Partiendo de la percepción de los sentidos (si no interviene la razón) sólo conoceríamos lo que las cosas tienen de mutable, transitorio y accidental, pero la ciencia se hace con leyes necesarias y universales. Aunque la necesidad física no sea absoluta y admita algún grado de condicionalidad y relatividad.

También en el terreno moral las consecuencias del nominalismo son nefastas. En un nominalismo puro no podría admitirse la libertad, que es uno de los fundamentos de la moralidad. El hombre tiene cinco apetitos sensitivos: vista, oído, gusto, olfato y tacto. Y tiene además un apetito intelectual que es la voluntad. La libertad es una cualidad de la voluntad. Ahora bien, la voluntad libre, como apetito intelectual, no puede existir sin un conocimiento intelectual-ontológico-nouménico-esencial de las cosas. No es suficiente el conocimiento físico-sensible-experimental-empírico de los cinco sentidos para una facultad-apetito racional y libre como es la voluntad. Sin un conocimiento intelectual, que conoce el concepto-esencia-naturaleza-sustancia de las cosas, sólo quedarían, pues, los sentidos y los instintos y, en consecuencia, el determinismo, que rechaza la libertad humana. Un nominalismo radical y coherente no seguiría la línea de la razón-voluntad-libertad, sino la de los sentidos-apetitos-instintos-determinismo.

El nominalismo, al desconocer la esencia-concepto racional de las cosas, rechaza también las leyes que derivan de esta esencia-naturaleza, por tanto no admite cosas intrínsecamente buenas y malas. Lo bueno y lo malo moral dependerá exclusivamente de la voluntad, capricho, utilidad, conveniencia del sujeto moral lo cual es la disolución completa de la moral.

Para una mejor comprensión del nominalismo añadimos las siguientes clarificaciones:

1.- Aunque los conceptos no tienen una existencia física extramental es necesario atribuirles más entidad que la meramente nominal.

2.- El concepto tiene una relación intencional con el objeto representado.

3.-El concepto racional tiene también relación con la causa formal de las cosas.

4.-El concepto tiene relación también con la causa final de las cosas, puesto que antes de ser realizadas son representadas en la mente mediante el concepto formal y final. Antes de realizar un objeto la inteligencia humana concibe el concepto ideal-esencial-formal-final que es el paradigma de todo el proceso de actuación del sujeto agente-causa eficiente. En conclusión, el nominalismo es más negativo de lo que pudiera parecer.

5.- En el conocimiento intelectual denominado abstracción-intuición intelectual el entendimiento asume-absorbe-capta la esencia de las cosas sensibles; también de este modo son conocidos los primeros principios del ser: identidad, contradicción, causalidad, finalidad, razón de ser, etc. Por consiguiente es falso que sólo podamos conocer de las cosas la imagen física-fenómeno como afirman el nominalismo, kantismo, empirismo, etc.



## Juan Duns Escoto

Juan Duns Escoto representa ya un repliegue de la confianza en las posibilidades de la razón que había tenido su punto culminante en Tomás de Aquino. Esta desconfianza no le impide al *Doctor sutil* utilizar su razón en criticar al *Doctor Angélico*. Es uno de los grandes críticos de la obra tomista. Sigue la tradición agustiniana, más voluntarista, en que se acentúa más lo individual y singular frente a lo universal o abstracto. El fundamento o principio de individuación y la posibilidad de conocer al individuo, no habrá que buscarlo en principios generales o fuera del individuo sino en los mismos objetos singulares. Aquí están las bases de las corrientes filosóficas posteriores, la ciencia experimental, el empirismo, también el nominalismo encontró en Duns Escoto uno de sus principales fundamentos aunque él expresamente lo rechace. Tampoco Escoto es propiamente voluntarista, pero al acentuar la función de la voluntad sobre el entendimiento, el voluntarismo posterior encontró en Escoto una de sus principales bases.

La primacía de la voluntad tiene en Escoto dos fundamentos principales. Uno teológico: el hombre depende de la voluntad, complacencia y ayuda divina. Otro es antropológico: el mérito de las acciones humanas exige la libertad que es una cualidad de la voluntad. Ésta está relacionada con el entendimiento pero como la voluntad es libre no depende del entendimiento de un modo absoluto. Además el entendimiento no es libre sino sólo la voluntad es libre y el principio de todos los méritos morales.

Esta prevalencia de la voluntad influye también o determina su concepción de la ley eterna divina, que ya no es propiamente ley eterna puesto que de la voluntad de Dios depende toda ley, incluso su rectitud, de modo que no es recta una ley más que por estar establecida por Dios, que podría cambiar su contenido de acuerdo con su voluntad.

No habría así contenidos intrínsecamente buenos y malos sino determinados exclusivamente por la voluntad de Dios. Sin embargo, según Escoto, esta voluntad divina no puede realizar lo contradictorio. A su juicio, de necesidad intrínseca sólo existirían dos leyes: no odiar a Dios y no adorar ningún objeto fuera de Dios. Las demás leyes las podría cambiar Dios con su poder absoluto puesto que bondad o maldad dependen de su voluntad. Los mandatos de la segunda tabla, hacia el prójimo, los podría cambiar Dios, puesto que no son de necesidad intrínseca.

Queda así la ley natural muy debilitada al estar fuera de la primacía del entendimiento y de la necesidad intrínseca y depender más de la voluntad divina. La filosofía tomista admitía unas formas-esencias-naturalezas de las personas y las cosas como realidades objetivas, que imponían exigencias igualmente objetivas. Este era uno de los fundamentos del Derecho natural. La doctrina de Escoto rechaza esta teoría tomista y defiende:

1.- Niega la capacidad humana para conocer las formas-esencias naturalezas objetivas de las cosas.

2.- No podemos conocer, en consecuencia, unas exigencias objetivas en las personas, que serían los derechos y deberes en las relaciones intersubjetivas.

3.- Tampoco conocemos las formas-esencias-naturalezas de las cosas para conocer la relación objetiva de justicia, el *ius*, lo justo objetivo.

4.- Es indigno que la voluntad esté regida por realidades objetivas, externas, que no procedan de la misma voluntad.

5.- No es que Escoto desconozca que existen exigencias objetivas de cosas, personas o situaciones, pero considera que el auténtico deber de conciencia sólo Dios puede imponerlo y no el hombre ni las cosas.

6.- Al negar las formas objetivas cognoscibles por la razón sólo queda la voluntad en el Derecho, bien la voluntad divina o la humana. Las leyes, pues, no son imperativos de la razón, sino imperativos de una voluntad divina o humana: o mandatos de Dios o mandatos de superiores políticos con el consentimiento de la voluntad humana.

7.- Respecto al derecho positivo humano, las leyes que dictan los gobernantes legítimos obligan en conciencia a su cumplimiento porque los hombres, al vivir en una comunidad política, ponen en práctica el mandato divino o natural de ser sociables y los gobernantes actúan como causas segundas de la voluntad de Dios.

## 266 ■ Guillermo de Ockham

Tiene menos fuerza intelectual que Duns Escoto. Fue un gran polemista y llevó audazmente hasta las últimas consecuencias las ideas iniciadas por Escoto. Se le considera como innovador o iniciador. Lleva hasta el extremo los límites de la razón hasta el punto de efectuar una verdadera separación entre filosofía y teología. La razón humana en su actividad filosófica en orden a conocer la verdad tiene pocas posibilidades. Explícitamente se acentúa la primacía de lo individual, del terminismo o nominalismo. Excluye la existencia de los universales fuera de su concepto (*extra animam*), por lo que es también conceptualista.

Exalta la primacía de la voluntad (voluntarismo), sobre todo la voluntad divina y su omnipotencia. No existen, considera, esencias universales con alguna objetividad extramental. Por consiguiente, no pueden deducirse leyes naturales inmutables fundamentadas en la naturaleza-esencia de las cosas. Todo orden, en las leyes y en los individuos, sólo puede provenir de la omnipotencia de Dios, de su voluntad soberana. El esquema clásico: ley eterna, ley natural, queda así excluido. Todo queda supeditado a la voluntad divina, lo cual no significa pura arbitrariedad. El poder absoluto de Dios tiene un límite en el principio de contradicción, pero entendido este límite de un modo menos acentuado que en Escoto. Su voluntarismo arracional es tan extremo que admite teóricamente como

posible que Dios podría mandar que se le odiase y en este caso, este odio sería una acción moralmente lícita.

Para Escoto sólo los preceptos de la primera tabla, los referentes a Dios, podrían ser considerados como ley natural, pero no los preceptos de la segunda tabla, la referente a los hombres. En cambio, en Ockham, ni siquiera los preceptos de la primera tabla son de Derecho natural, puesto que la razón humana ni siquiera puede conocer naturalmente que debe amar a Dios y que no debe odiarle. Pero Ockham admite el Derecho natural del siguiente modo: “Todo el Derecho natural se contiene explícita o implícitamente en las Sagradas Escrituras”. La ley y el Derecho natural se identifican con la Revelación sobrenatural de Dios que manifiesta expresamente su voluntad.

Para comprender mejor el alcance y significado de corrientes filosóficas como el nominalismo y el voluntarismo y las doctrinas de Escoto y Ockham podemos tener en cuenta las siguientes conclusiones y también ideas opuestas.

1.- En todas las acciones propiamente humanas (también en la elaboración y promulgación de las leyes), intervienen las dos facultades superiores del hombre: el entendimiento y la voluntad. Ahora bien, los intelectualistas consideran que prevalece el entendimiento y los voluntaristas que prevalece la voluntad.

2.- Consideramos que es más correcta la corriente intelectualista como ha defendido siempre la tradición tomista, puesto que la voluntad es una facultad ciega, que necesita para decidir libremente, la luz del entendimiento.

3.- No pocas veces en la historia el voluntarismo, bajo el lema irracional, expreso o tácito: *sit pro ratione voluntas*, “sea por la razón la voluntad”, ha sido el origen de todas las dictaduras, despotismos y tiranías.

4.- Los intelectualistas defienden que hay cosas intrínsecamente buenas y malas y, por tanto, no las podría cambiar ni siquiera un poder infinito. Dios no podría hacer que el asesinato, la tortura, la calumnia, la mentira, el genocidio, la explotación, la esclavitud, etc., sean moralmente buenos. Como este cambio de naturaleza sería realmente algo moralmente absurdo, esta afirmación no sería propiamente un límite del poder divino. Ilustremos este apartado con un ejemplo de la Biblia. En la Sagrada Escritura, al parecer, Dios manda a Abrahán el asesinato-sacrificio de su hijo Isaac, luego Dios mandaría asesinar. Según los expertos esta interpretación es falsa. La interpretación verdadera es: Abrahán pudo pensar, pudo imaginar que Dios le mandaba, pero no le mandaba, puesto que ni siquiera Dios puede mandar el asesinato.

5.- No hay que confundir el intelectualismo con el racionalismo. El racionalismo, en cuanto que defiende que no existen más verdades que las cognoscibles por la razón, es rechazable, puesto que puede haber otras fuentes de la verdad y del conocimiento que no sean la razón humana.



# O Ano Europeu dos Cidadãos – 2013

---

Dora Resende Alves<sup>1</sup>

## Resumo

Desde a criação de uma cidadania da União Europeia com o Tratado de Maastricht, têm sido procurados desenvolvimentos democráticos de envolvimento ativo dos cidadãos no processo de integração europeia. A eleição do tema “Ano Europeu dos Cidadãos” para o ano de 2013 pretende reforçar a cidadania ativa e os direitos dos cidadãos europeus.

**Palavras-chave:** Cidadania da união; ano europeu.

## Abstract

Since the creation of citizenship of the European Union with the Maastricht Treaty, have been sought democratic developments of active involvement of citizens in the process of European integration. The choice of the theme “European Year of Citizens” for the year 2013 aims to strengthen active citizenship and the rights of citizens.

**Keywords:** Citizenship of the union; european year.

## Introdução

A União Europeia, anualmente ou de dois em dois anos, escolhe um tema com o objectivo de alertar os cidadãos europeus e de chamar a atenção dos governos nacionais para as questões relacionadas com essa matéria. Nesta perspectiva, cada ano europeu é objecto de uma campanha de sensibilização a nível europeu e a nível nacional, sendo organizada uma série de acontecimentos que versam sobre o tema escolhido. Procura-se desta forma envolver a sociedade civil na reflexão sobre assuntos importante para o futuro da UE e da sociedade europeia, informando, despertando consciências e reunindo massa crítica que contribua para a resolução de problemas comuns.

Para o ano de 2013 foi escolhido o lema “Ano Europeu dos Cidadãos” como forma de celebrar o 20.º aniversário do Tratado de Maastricht que estabeleceu o conceito de cidadania da União porque continua urgente sensibilizar os cidadãos europeus para a sua cidadania da União Europeia de forma a que apoiem plenamente a integração europeia e em especial para que formem consciencialização dos direitos fundamentais inerentes.

---

<sup>1</sup> Mestre e doutoranda em Direito. Professora Auxiliar Convidada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.



com mudanças pelo Tratado de Lisboa<sup>13</sup>. Enquanto não se atinge o estágio da união política, a cidadania europeia é já um avanço no sentido de pertença dos cidadãos à UE, constitui já uma identidade política, cuja construção se deve muito à jurisprudência do Tribunal de Justiça.<sup>14</sup>

Esta cidadania supranacional não substituiu mas complementa a cidadania nacional de cada Estado membro<sup>15</sup>, com direitos e deveres que acrescem à vertente interna, com respeito pela identidade nacional, e tem hoje um significado real para os europeus, não apenas algo reconhecido nos tratados<sup>16</sup>.

A cidadania da União é hoje um elemento importante no reforço e salvaguarda do processo de integração europeia e é hoje “uma participação na sociedade civil, comunidade e/ou vida política, caracterizada pelo respeito mútuo e não-violência e em conformidade com os direitos humanos e a democracia”<sup>17</sup>, num quadro mais lato de formação de capital humano<sup>18</sup> e promoção de uma adesão duradoura dos cidadãos à integração europeia<sup>19</sup>.

Outra vertente curiosa da cidadania europeia é a percepção externa dela pelos outros países do mundo. Para os americanos, para os brasileiros, para os asiáticos, a Europa funciona como um bloco cultural e político apesar das especificidades dos seus Estados e os seus cidadãos como “europeus”<sup>20</sup>.

Como forma de envolvimento dos cidadãos, houve uma abertura recente do sistema democrático à participação cívica dos cidadãos com a previsão de que todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União através de uma iniciativa de cidadania europeia. Esse direito oferece aos cidadãos a possibilidade de abordarem directamente a Comissão, convidando-a a apresentar uma proposta de acto jurídico da União para aplicar os Tratados<sup>21</sup>. É um reforço da democracia participativa com um novo direito democrático à participação no formato da cidadania europeia permitindo um espaço de autonomia cívica com os cidadãos de um Estado a participarem na legislação supranacional em cooperação

<sup>13</sup> Que entrou em vigor em 1 de Dezembro de 2009 e altera o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (que passa a denominar-se Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE), assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007, foi publicado no JOUE C 306 de 17 de Dezembro de 2007 (2007/C 306/01, pp. 1 a 271) e rectificado pela Acta de Rectificação 2008/C 111/18 no JOUE C 111 de 06.05.2008, pp. 56 a 62.

<sup>14</sup> Palestra de Alessandra Silveira.

<sup>15</sup> Considerando 1 da Decisão n.º 1904/2006/CE de 12 de dezembro de 2006.

<sup>16</sup> RIO, Olinda Maria Martinho. “O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu” in *Debater a Europa*. 2012, p. 133.

<sup>17</sup> Programa “Europa para os cidadãos” 2007-2013. Guia do Programa, 2013, p. 53.

<sup>18</sup> RIO, Olinda Maria Martinho. “O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu” in *Debater a Europa*. 2012, p. 123.

<sup>19</sup> Resolução da Assembleia da República n.º 74/2013 de 03.06.2013.

<sup>20</sup> RIO, Olinda Maria Martinho. “O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu” in *Debater a Europa*. 2012, p. 130.

<sup>21</sup> Artigo 11.º do TUE e Regulamento (UE) n.º 211/2011 de 16 de Fevereiro de 2011, JOUE L 65 de 11.03.2011.

com os cidadãos de outros Estados envolvidos, tendo-se tornado aplicável a partir de 1 de Abril de 2012.<sup>22</sup> Todos os aspectos de democracia participativa que permitam envolver a sociedade civil no processo de governação democrática europeia reforçam a democracia representativa<sup>23</sup>.

## Anos Europeus

Com a decisão dos Chefes de Estado ou de Governo das Comunidades Europeias, no Conselho Europeu de Milão, em 28 e 29 de Junho de 1985, passou-se a comemorar o “Dia da Europa” no dia 9 de Maio, com múltiplas comemorações a realizar nesse dia em cada ano, desde discursos formais, apresentação de cartazes e postais alusivos<sup>24</sup>, realizações sociais<sup>25</sup> e culturais<sup>26</sup>, nomeadamente com a participação de crianças e estudantes<sup>27</sup>. Este dia é um símbolo que une todos os países membros das Comunidades Europeias hoje na realidade mais vasta da União Europeia e, juntamente com a bandeira, o lema e o hino, identificam a União como entidade política<sup>28</sup>.

Outra forma de comemoração acontece desde 1983 com a designação de uma temática específica para em cada ano incentivar o debate e o diálogo a nível nacional e entre os países europeus, sendo o tema proposto pela Comissão e aprovado pelo Parlamento Europeu com vários anos de antecedência. Trata-se sempre de temas de interesse geral e que fazem parte das grandes preocupações tanto das instituições europeias como dos países da UE. O objectivo é sensibilizar o público para determinados assuntos, incentivando o debate e mudando atitudes, por vezes com o apoio de financiamento extraordinário para projectos relacionados. Este relevo pode também permitir um empenhamento político no impulso de políticas e legislação futuras.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Ver da autora “A entrada em vigor do direito de iniciativa de cidadania europeia” in *Revista Jurídica*. 2012, pp. 49 a 56.

<sup>23</sup> European Year of Citizens 2013 Alliance. *Manifesto*.

<sup>24</sup> Ver as imagens do elenco da autoria dos Serviços de Publicações da União Europeia desde 1996 no site oficial da UE.

<sup>25</sup> Por exemplo, em 2006, cada país designou um café tradicional para palco das comemorações, em Portugal foi o Café Martinho da Arcádia, na cidade de Lisboa.

<sup>26</sup> Emissão de série filatélica anual comemorativa da ideia da Europa, a cargo das Direcções Postais de cada país.

<sup>27</sup> O Centro de Informação Jacques Delors, em Lisboa, como um dos Centros de Documentação da União Europeia, prevê actividades para o público mais jovem ([www.cjidelors.pt](http://www.cjidelors.pt)) e muitas Escolas realizam actividades temáticas neste dia.

<sup>28</sup> Assim consagrados como símbolos da União no artigo I-8.º do texto da Constituição Europeia, no JOUE C 310 de 16.12.2004. No Tratado de Lisboa, o hino, a bandeira, lema, moeda e dia comemorativo não constam do texto do Tratado mas mantêm referência em declaração anexa, em que 16 Estados os reconhecem como símbolos da União Europeia (Declaração dos Estados-membros adoptada pela Conferência dos Representantes dos Estados-membros e anexa ao TL C.52, JOUE C 306 de 17.12.2007, página 267).

<sup>29</sup> Em [http://europa.eu/about-eu/basic-information/european-years/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/european-years/index_pt.htm).



A escolha de um tema orienta o enfoque dos intervenientes institucionais para o assunto escolhido naquele ano através da promoção de encontros e palestras, informação e campanhas promocionais, cooperação com os meios de comunicação social e o meio empresarial, pesquisas e estudos à escala nacional ou comunitária e até pela criação de uma página da Internet atinente ao tema<sup>30</sup>. Essa orientação de esforços pode ser relevante para a adopção de medidas mais formais que levem ao desenvolvimento da matéria em causa, tal como se pretende. Fomentam-se eventos, concursos, conferências e seminários, a nível nacional, regional e local e o papel e a educação (formal, informal e não-formal) tem um papel crucial para desenvolver os conhecimentos, atitudes e competências temáticos<sup>31</sup> com planos de ação e guias, fóruns e campanhas nas escolas e universidades<sup>32</sup>.

## O Ano Europeu dos Cidadãos

A União Europeia tem adoptado a prática comemorativa de, anualmente ou de dois em dois anos, escolher um tema procurando através de actividades sensibilizar os cidadãos europeus e de chamar a atenção dos governos nacionais para as questões relacionadas com essa matéria, normalmente no âmbito de programas políticos em curso<sup>33</sup>. Cada designação de ano europeu é utilizada para lançar uma série de actividades que versam sobre o tema escolhido. A informação deverá ser gratuita e estar acessível em todas as línguas oficiais da União<sup>34</sup> de forma a envolver a sociedade civil na reflexão sobre assuntos importante para o futuro da UE e da sociedade europeia.

Vinte anos depois da consagração da cidadania europeia, o ano de 2013 foi designado o Ano Europeu dos Cidadãos conforme determinado pela Decisão do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de novembro<sup>35</sup>, consagrado aos direitos e vantagens práticas inerentes à cidadania europeia. Entre muitos exemplos, destacam-se a maior facilidade em viajar, a possibilidade de viver, trabalhar ou estudar num país diferente do de origem, o acesso aos sistemas de cuidados de saúde dos países da UE visitados e a defesa do consumidor. Os cidadãos terão a oportunidade de participar em eventos e seminários sobre esses direitos e analisar os problemas encontrados e as possíveis soluções para garantir o seu pleno exercício. Um pouco por toda a Europa serão organizados debates

<sup>30</sup> HOWARD, Erica. "The European Year of Equal Opportunities for All – 2007..." in *European Law Journal*. 2008, pp. 181, 182 e 184.

<sup>31</sup> RIO, Olinda Maria Martinho. "O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu" in *Debater a Europa*. 2012, pp. 115 e 121.

<sup>32</sup> Considerando 17 da Decisão n.º 1093/2012/UE.

<sup>33</sup> Podem referir-se o Conselho Europeu de Tampere, em 15 e 16 de Outubro de 1999, o Programa de Estocolmo de 2010, a Decisão n.º 100/2004/CE do Conselho ou a Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 46 E/08.

<sup>34</sup> Considerando 17 da Decisão n.º 1093/2012/UE.

Ver Regulamento do Conselho n.º 1 de 15 de Março de 1958, na versão actualizada.

<sup>35</sup> Decisão 1093/2012/UE, publicada no JOUE L 325 de 23.11.2012, pp. 1 a 8.



A vertente de consolidação do exercício dos direitos fundamentais, consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é muito cara às instituições comunitárias e foi até o mote para a atribuição deste tema<sup>43</sup> pelo Parlamento Europeu que tem actuado como um elemento de ligação directa entre os cidadãos e a União desde 1979, data das primeiras eleições directas<sup>44</sup>. O Parlamento Europeu e os seus deputados desempenham um papel crucial na divulgação dos direitos e benefícios da cidadania da União, pondo em primeiro plano as preocupações dos cidadãos na formulação das políticas e promovendo a participação ativa dos cidadãos da União.

Numa continuidade, o tema insere-se também no programa “Europa para os cidadãos”<sup>45</sup>, ainda a decorrer e que apresentou como objectivos gerais: dar aos cidadãos a oportunidade de interagirem e de participarem na construção de uma Europa cada vez mais próxima, democrática e virada para o mundo, unida e enriquecida pela sua diversidade cultural, aprofundando assim a cidadania da União Europeia; desenvolver um sentimento de identidade europeia, baseado nos valores, na história e na cultura comuns; fomentar entre os cidadãos da União Europeia um sentimento de pertença à União; incrementar a tolerância e a compreensão mútua entre os cidadãos europeus, respeitando e promovendo a diversidade cultural e linguística e contribuindo, simultaneamente, para o diálogo intercultural e objectivos específicos: congregar os membros de comunidades locais de toda a Europa para partilhar e trocar experiências, opiniões e valores, aprender com os ensinamentos da história e preparar o futuro; fomentar acções, debates e reflexões relacionados com a cidadania europeia e a democracia, os valores partilhados, a história comum e a cultura, através da cooperação no âmbito das organizações da sociedade civil a nível europeu; aproximar mais a Europa dos seus cidadãos mediante a promoção dos valores e realizações europeus, a par da preservação da memória do seu passado; incentivar a interacção entre os cidadãos e as organizações da sociedade civil de todos os países participantes, contribuindo para o diálogo intercultural e acentuando a diversidade e unidade da Europa, dando especial atenção às actividades destinadas a desenvolver laços mais estreitos entre os cidadãos dos Estados membros da União Europeia conforme constituída em 30 de Abril de 2004 e os dos Estados membros que aderiram depois dessa data.

O Ano Europeu dos Cidadãos em 2013 deverá refletir esta vasta abordagem com, como se disse, especial atenção à implementação dos direitos consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nomeadamente através da verificação de eficácia dos seus mecanismos de controlo<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Ver Resolução do Parlamento Europeu 2012/C 169 E/07, Considerando 16, p. 52.

<sup>44</sup> Considerando 13 da Decisão n.º 1093/2012/UE.

Preparam-se as oitavas eleições por sufrágio directo dos deputados ao Parlamento Europeu para a legislatura 2014-2019. Ver Decisão do Conselho Europeu 2013/312/UE.

<sup>45</sup> Artigo 1.º da Decisão n.º 1904/2006/CE de 12 de dezembro de 2006.

<sup>46</sup> European Year of Citizens 2013 Alliance. *Manifesto*.

## Conclusão

Vinte anos após a sua criação, a cidadania europeia, depois do Tratado de Lisboa, a cidadania da União, representa muito mais que vantagens de mobilidade ou mecanismos apenas para aqueles que viajam entre os países membros da União Europeia. Há mecanismos reais de envolvimento de todos os cidadãos europeus nos processos europeus com dimensão social e política que podem e devem ser exercidos. A atribuição do lema “Ano Europeu dos Cidadãos” ao ano de 2013 veio facilitar um conjunto de actividades para incentivar a divulgação e exercício dos direitos inerentes através de uma democracia participativa. Sublinhe-se esta vertente de consolidação da nova arquitectura dos direitos fundamentais, que desde a adopção da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, mas sobretudo após o Tratado de Lisboa, se tornou uma temática de aplicação efectiva.

## Referências bibliográficas

ALVES, Dora Resende. “A entrada em vigor do direito de iniciativa de cidadania europeia” in *Revista Jurídica*. Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique. N.º 15 (2012), pp. 49 a 56. ISSN 0874-2839.

\_\_\_\_\_. “A estrutura da União Europeia” in *Revista Interdisciplinar de Direito*, Publicação da Faculdade de Direito de Valença do Estado do Rio de Janeiro no Brasil, Ano IX, n.º 9, 2012, pp. 269 a 284. ISSN 1518-8167.

276

\_\_\_\_\_. *Anos Europeus*. Em [http://europa.eu/about-eu/basic-information/european-years/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/european-years/index_pt.htm), consulta em 07.06.2013.

CAMPOS, João Mota e CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de Direito Europeu - o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer | Coimbra Editora. 6. ed., 2010. ISBN 978-972-32-1484-0.

European Year of Citizens 2013 Alliance. *Manifesto*. Em <http://ey2013-alliance.eu/portuguese-alliance/>, consulta em 24.05.2013.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União – história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. Coimbra: Livraria Almedina. 6.º ed., 2010. ISBN 978-972-40-4386-9.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Lisboa*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4475-0.

GOUVEIA, Jorge Bacelar e COUTINHO, Francisco Pereira. *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Quid Juris Editora, 2013. ISBN 978-972-724-642-7.

HOWARD, Erica. “The European Year of Equal Opportunities for All – 2007: is the EU moving away from a formal idea of equality?” in *European Law Journal*. Vol. 14, n.º 2. Blackwell Publishing Ltd: Oxford, 2008. pp. 168-185.

MARTÍNEZ, Pedro Soares. *Apontamentos das aulas teóricas do ano 2012/2013*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado. Junho de 2013, 151 páginas.

PARLAMENTO EUROPEU. *50 Anos de Europa – os grandes textos da construção europeia*. 2. ed. 2001. ISBN 972-97048-3-X.

PORTO, Manuel Lopes e ANASTÁCIO, Gonçalo (coordenação). *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*. Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4613-6.

RIO, Olinda Maria Martinho. “O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu” in *Debater a Europa*. N.º 6, Janeiro/Junho 2012. pp. 114 a 142. ISSN 1647-6336. Em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/>, consulta em 03.07.2013.

SANTOS, Paula Marques dos e SILVA, Mónica. “A identidade europeia: a cidadania supranacional” in *Janus.net – E-Journal of International relations*. Vol. 2, n.º 1, Março, 2011. Em <http://observare.ual.pt/janus.net/> , consulta em 03.06.2013.

SILVEIRA, Alessandra. *A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia* no Seminário Internacional de Estudos Ibero Americanos em Direito Constitucional - “A evolução dos direitos fundamentais e sua eficácia constitucional”, dia 11 de Julho de 2013 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Auditório 201, Painele II – Os direitos fundamentais em Portugal, Espanha e União Europeia.

\_\_\_\_\_ e CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – comentada*. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.

SWIEBEL, Joke. *Intercultural dialogue and diversity within the EU*. Seminar on European Parliament to Campus for Intercultural Dialogue and the European Neighbourhood Policy in the Carpathian Área, 4-11 June, 2008. pp. 101 a 112.

## DOCUMENTAÇÃO

Decisão do Conselho Europeu 2013/312/UE de 28 de junho de 2013, que fixa a composição do Parlamento Europeu para a legislatura 2014-2019, mantendo os 751 lugares nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do TUE, pelo qual os representantes dos cidadãos da União não podem ser mais de setecentos e cinquenta, mais o Presidente, e a representação deve ser assegurada de forma degressivamente proporcional, com um limite mínimo de 6 deputados por Estado membro, e que a nenhum Estado membro podem ser atribuídos mais de 96 lugares (JOUE L 181 de 29.06.2013, pp. 57 e 58).

Resolução da Assembleia da República n.º 74/2013, Diário da República 1ª série n.º 106 de 03.06.2013, p. 3210.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2013, Diário da República 1ª série n.º 96 de 20.05.2013, pp. 2970 e 2971.

Programa “Europa para os cidadãos” 2007-2013. Guia do Programa – versão válida a partir de janeiro de 2013.

Decisão n.º 1093/2012/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de novembro de 2012 que distingue o ano de 2013 como o Ano Europeu dos Cidadãos, JOUE L 325 de 23.11.2012, pp. 1 a 8.

Resolução do Parlamento Europeu 2012/C 169 E/07, de 15 de Dezembro de 2010, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2009) – aplicação efectiva após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, JOUE C 169 E de 15.06.2012, pp. 49 a 58.

Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 2011 sobre a iniciativa de cidadania que estabelece os procedimentos e as condições para a apresentação de uma iniciativa de cidadania, JOUE L 65 de 11.03.2011, pp. 1 a 22.

Alterado pelo Regulamento delegado (UE) n.º 268/2012 da Comissão de 25 de janeiro de 2012 que altera o anexo I do Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a iniciativa de cidadania, JOUE L 89 de 27.03.2012, pp. 1 e 2.

Programa de Estocolmo 2010/C 115/01 do Conselho Europeu - Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos, JOUE C 115 de 04.05.2010, pp. 1 a 38.

Decisão n.º 1904/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2006 que institui para o período 2007-2013 o Programa “Europa para os cidadãos”, destinado a promover a cidadania europeia activa, JOUE L 378 de 27.12.2006, pp. 32 a 40.

Resolução do Parlamento Europeu 2010/C 46 E/08, de 14 de Janeiro de 2009, sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004-2008), JOUE C 46 E de 24.02.2010, pp. 48 a 69.



# Creche: Direito da Criança ou da Mãe Trabalhadora?

---

Elida Séguin<sup>1</sup>  
Priscila Pimentel<sup>2</sup>  
César Padilha<sup>3</sup>

## Resumo

Neste artigo os autores discorrem sobre vários enfoques do cuidado com crianças de tenra idade, no período em que as mães se ausentam para trabalhar, tendo como foco as decisões judiciais. Uma das opções é a creche, que sintetiza o cumprimento primeiro do direito fundamental da criança à educação, ao mesmo tempo em que é também forma de viabilizar a permanência das mães no mercado de trabalho.

A dogmática ao erigir um direito ao patamar constitucional, não o faz de forma estanque, como direito fechado em si mesmo, mas sim o conjugando com todos os demais direitos do cidadão, como o direito ao trabalho, o direito da mulher, o direito à igualdade e à Justiça, numa sinergia e autopoiese jurídica.

A adequada iniciação da criança à educação básica garante o melhor desenvolvimento de suas capacidades, dando-lhe instrumentos para ser parte ativa da sociedade em que vive. O presente estudo visa articular alguns direitos que se interligam tendo como ponto comum a creche, a criança e seus pais, que, hoje, têm plena consciência de que o futuro daquela depende de ensino continuado, e que esta educação será melhor transmitida, quanto antes houver a inserção do infante na creche.

**Palavras-chave:** Políticas públicas; creche; direito da criança; direito da mãe trabalhadora.

## Abstract

In this article the authors discuss several approaches to care with young children, when mothers are away to work. One of the objections is to leave the child in the nursery, which summarizes the performance of the first child fundamental right to education, in the same time it is also a way to keep mothers in the labor market.

Dogmatics the right to erect a constitutional level, does not watertight, as the law closed in on itself, but combining with all the other citizen's rights, such as the worker right, the woman right, the right to equality and Justice, a legal autopoiesis and synergy.

Proper initiation of child to basic education ensures the optimal development of his capabilities, giving you tools to be an active part of the society in which he lives. This study aims to articulate some rights that are interconnected with common point as the nursery, children and their parents who, today, is well aware that the future depends on continued

---

<sup>1</sup> Advogada. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Público, Membro da Associação Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB), do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP) e do Instituto de Advogados do Brasil (IAB). Professora Adjunta da UFRJ (aposentada) Professora do Curso de Direito Ambiental da OAB-RJ. Autora de livros e artigos. Contato: elidaseguin@gmail.com.

<sup>2</sup> Assistente Social. Pós-Graduanda da UERJ.

<sup>3</sup> Advogado. Assessor jurídico concursado da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

education, and that education will be better conveyed, as before there is the insertion of the infant in daycare.

**Keywords:** Public policies; daycare; child's right; working mother's right.

## Introdução

No dia 1º de abril de 2013, a presidenta Dilma Rousseff afirmou, no programa de rádio “Café com a Presidenta”, que o governo tem o compromisso de construir seis mil creches até o final de 2014. Segundo ela, desde o início do governo, 612 creches foram construídas e 2.568 já tiveram suas obras iniciadas, existindo ainda a previsão de construção de outras 2.217 creches.<sup>4</sup>

No mês de maio, passou por nossas mãos o Processo nº 0040593-86.2011.8.19.0000, referente a um Mandado de Segurança interposto pelo Defensor Público em exercício junto ao Juízo de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Niterói, onde o direito exigido era matrícula em creche próxima a residência da criança. A nosso ver, a celeuma estava centrada na obrigação municipal em estabelecer e manter política pública de assistência materno infantil e não apenas garantir o acesso à educação, posto que os dois objetivos estão entrelaçados, mas permanecem distintos.

Por liminar, foi determinada a matrícula em creche próxima a residência da criança, ou, caso não fosse possível, a matrícula em outro estabelecimento assegurado o transporte gratuito, tendo em vista que o direito à educação é essencial ao desenvolvimento da criança, devendo ser atendido no seu melhor interesse (art. 208, IV da CF<sup>5</sup> e art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA<sup>6</sup>). Decisão monocrática da desembargadora Cláudia Pires dos Santos Ferreira revogou a liminar, fulcrado no art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

Simultaneamente, lemos, no informativo do STJ de 08.04.2013, pronunciamento da Ministra Eliana Calmon, no III Curso de Iniciação Funcional de Magistrados, conclamando os Juízes a “conformarem a Poder Judiciário do futuro em sintonia com os anseios da sociedade brasileira”. Prosseguiu a ilustre e ilustrada Ministra afirmando estar convencida que “o Judiciário poderá mudar os destinos de nosso país e é essa a função do magistrado do século XXI”. Cobrando da magistratura que assuma as prerrogativas estipuladas pela Constituição Federal de 1988, posto que o “juiz fazedor de processo é coisa do passado” Enfatiza que, hodiernamente, o magistrado tem de atuar politicamente, participando da administração da Justiça, e “tem de ser consequente em suas decisões. Por isso não pode mais ficar isolado”. E muito menos inerte, acrescentamos.

<sup>4</sup> <http://blog.planalto.gov.br/nosso-compromisso-e-construir-6-mil-creches-ate-o-final-de-2014-afirma-dilma/>

<sup>5</sup> Art. 208 - É dever do Estado com a educação mediante a garantia de: IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

<sup>6</sup> Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;



Estes três fatos nos levaram a meditar sobre o direito à creche e a escrever este artigo, sem ter a pretensão de esgotar o tema, mas pontuando a posição do judiciário ante um novo modelo de estado.

## Aspectos Constitucionais

As normas são mais que meras recomendações ao gestor público, que pelo Princípio da Legalidade deve densificar tais comandos através de políticas públicas e ações governamentais para garantir os direitos previstos na Carta Magna, entre eles a proteção à criança e ao adolescente, os direitos da mulher ao trabalho e a família. Neste sentido, Canotilho e Vital Moreira ensinam que:

“O Estado não é sujeito da Constituição, é seu objecto; não dispõe da Constituição, é por ela comandado. Conquista maior do constitucionalismo desde o séc. XVIII, a submissão do Estado a uma lei fundamental faz parte da própria ideia de Constituição.” Acerca da legalidade democrática, ensina o autor em outro ponto que “abrange não apenas as regras do Estado de *direito democrático* a que se refere o nº 2, mas também a ideia da submissão das autoridades públicas à lei em geral, de acordo com o *princípio da legalidade* ou, mais amplamente, o *princípio da juridicidade* (...)” Prossegue adiante: “A CRP determina a invalidade não só das leis, mas também de outros actos do Estado (...), no caso de serem desconformes com a Constituição, no mesmo pé que os actos legislativos”.<sup>7</sup>

A carência de vagas em creches, lamentavelmente, é fato corrente e corriqueiro em várias regiões do país, já tendo sido objeto de vários procedimentos judiciais, inclusive Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, para garantir a disponibilização de vagas em creches públicas.<sup>8</sup>

O STF reconheceu a auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da CF, afastando o argumento que se trata de norma programática, e que é dever do Estado de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.<sup>9</sup> Inegavelmente, a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível para assegurar às crianças desenvolvimento integral, como primeira etapa do processo de educação básica. Aquele tribunal reconheceu, em outro processo, que os Municípios não podem “demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado” e que este mandato “representa

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, editoras Coimbra/RT, 2007, p.216-217.

<sup>8</sup> TJSP APL 2215229020098260000. SP 0221522-90.2009.8.26.0000.

<sup>9</sup> AI 761908 RG, Rel. Min. LUIZ FUX, julg. em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-155 divulg 07-08-2012 public 08-08-2012.

fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais”, que “não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social” acrescentando que o “descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional: hipótese legitimadora de intervenção jurisdicional”.<sup>10</sup> Ou seja, município que não garante o direito à creche pode sofrer intervenção.

O direito a matrícula em creches e pré-escolas é matéria pacífica nos Tribunais Superiores,<sup>11</sup> que além da previsão no art. 208 da CF e no ECA, encontra respaldo na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 11, V). Estes dispositivos atribuem ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas.<sup>12</sup> No entanto, a Min. Carmen Lucia foi além ao reconhecer que seu desatendimento, considerado como “direito universal, justifica a intervenção do Poder Judiciário.”<sup>13</sup>

## Da Responsabilidade Pública Solidária

A responsabilidade solidária frequenta os tribunais, na rubrica de “concessão de medicamentos”. É reconhecida pela jurisprudência, reiterada e pacificamente, entre os diversos entes federativos pelo encargo ao direito à saúde integral, previsto no art. 196 da CF, apesar dos estados e municípios tentarem eximirem-se. Sob a ótica do direito à creche tem-se um novo enfoque: a delegação de uma atividade pública exige o delegante de responsabilidade? Na hipótese do processo 0040593-86.2011.8.19.0000, o Município de Niterói tentou driblar sua responsabilidade alegando que a atividade fora delegada para outra pessoa jurídica. Fica claro para nós que a responsabilidade do Chefe do Executivo municipal, em relação ao dever de viabilizar o amplo acesso à educação infantil não pode ser excluída, ainda que a delegação tenha ocorrido por de lei. Delega-se o fazer, mas não a responsabilidade. A delegação, mesmo tendo o delegatário personalidade jurídica distinta, não exclui a Administração direta (leia-se Prefeito e Secretário Municipal de Educação) de sua atribuição constitucionalmente imposta, que permanece sob a forma de responsabilidade solidária, em que o credor da obrigação pode optar a quem processar.

<sup>10</sup> ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125, foi citado como precedente a ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

<sup>11</sup> AI 592075 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/05/2009, DJe-104 divulg 04-06-2009 Public 05-06-2009 Ement Vol-02363-11 PP-02204 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 172-174.

<sup>12</sup> AgRg no REsp 1198737/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, julgado em 04/11/2010, DJe 02/02/2011.

<sup>13</sup> RE 554075 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 Divulg 20-08-2009 public 21-08-2009 Ement Vol-02370-08 PP-01716.

O efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola devem ser universal ou estaremos diante de inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o texto constitucional.<sup>14</sup>

A omissão no efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola induz na responsabilidade solidária do Município,<sup>15</sup> que decorre das diretrizes para a população infantil local, independentemente de estarem sendo executadas por Órgão descentralizado. Ou seja, a celebração de convênio para execução de uma atividade pública não exime a responsabilidade de prefeito (inciso IV do art. 1º do Decreto-Lei 201/67).<sup>16</sup> Repetindo: o Chefe do Executivo não “lava suas mãos” entregando o seu governo, que lhe foi entregue pelo soberano voto do povo, a terceirizados, sem que as verdadeiras autoridades, Prefeito e Secretário de Educação, possam ser chamadas a Juízo para responder por ato de terceiro que descumprem preceito constitucional e desrespeitam um direito fundamental como a educação infantil.

Em outra decisão, um tribunal estadual expressamente apontou que tanto os Municípios quanto os Estados possuem responsabilidade concorrente (solidária) na atuação no sistema de ensino das crianças e adolescentes, e se o município não disponibiliza escola para atender pessoas com necessidades especiais, deverá garantir o acesso de quem precisa. Realmente, é impossível negar um direito constitucional sob o argumento de que a municipalidade – responsável solidária – não tem meios de garantir o constitucionalmente previsto, escudando-se no Princípio da Reserva do Possível. Se o atendimento demandar transportar a criança para outro local, o município terá que custear todas as suas despesas, pois somente desta forma as obrigações decorrentes do texto constitucional podem ser consideradas adimplidas.<sup>17</sup>

## Da Reserva do Possível

Com já insinuamos, outro ardil utilizado para frustrar o direito da criança à creche e ao pleno desenvolvimento é o Princípio da Reserva do Possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) ou Princípio da Reserva de Consistência, decorrente do conceito romano de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibitium nulla obligatio est*). Trata-se de construção doutrinária germânica, decorrente de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício

<sup>14</sup> <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>

<sup>15</sup> AI nº 70034151332, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 05/01/2010.

<sup>16</sup> AP 409, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2010, DJE-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-01 PP-00011

<sup>17</sup> TJRS – Processo Nº AI 70046230892 RS; Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal; Julgado em 21/03/2012.

ou profissão. Naquele caso, a Suprema Corte Alemã decidiu que só é exigível do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade.

Para muitos, os direitos sociais que demandam uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível, numa racionalização do que o cidadão pode esperar da sociedade, estabelecendo limites estatais, em razão de condições econômicas e estruturais.

O desenvolvimento do país e a melhoria da qualidade de vida, ponto destituído de controvérsia, perpassam pela educação, não somente de um pequeno grupo de pessoas economicamente suficientes, mas de todos. A “reserva do possível” está sendo utilizada para justificar a falta ou os poucos investimentos na área da educação, o que, em médio prazo, inviabiliza o desenvolvimento e aprofunda exclusões, não podendo ser utilizado para eximir o município do dever estatal de densificar uma garantia constitucionalmente estabelecida, em especial com tantos escandalosos sobre corrupção, licitações e obras superfaturadas etc. A reserva do possível, aplicada à educação, é forma de acentuar as desigualdades, sendo vedado ao administrador público preterir este direito, posto que não se trata de juízo discricionário pendente de vontade política, mas regra constitucional a ser obedecida. Assim cabe ao Estado Juiz zelar pela Constituição Federal.<sup>18</sup>

Neste sentido, decisão do STJ que analisando a prova da inviabilidade da prestação do direito, assim se pronunciou:

Nos termos do art. 333 do CPC, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu, invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). Contudo, se porventura o réu apresenta defesa indireta na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra inverte-se; pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verdadeira a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento superveniente levantado em contestação. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova (art. 334, II, do CPC). O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creche se pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da CF/1988. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao ente público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe

<sup>18</sup> AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010. informativo nº 0431. Período: 19 a 23 de abril de 2010. 2ª Turma.

ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC.<sup>19</sup>

O Chefe do Executivo, como diretor da política pública para a educação, mantém o poder de determinar (replicando a Constituição) que todas as crianças têm direito a creche, pois tal Poder é indelegável, mesmo por Lei.<sup>20</sup>

Importante registrar que os conjuntos residenciais financiados pelo SFH devem, prioritariamente, construir creches e pré-escolas (art. 1º, Lei nº 8.978/1995), o que auxilia ao município cumprir com sua obrigação constitucional.

## Do Mínimo Existencial

A comunidade internacional reconhece o direito de ter direitos<sup>21</sup> e preocupa-se em minimizar as diferenças sociais, promover a inclusão social, incentivar a aceitação da pluralidade e garantir a dignidade da pessoa humana. Para tanto, metas devem ser estabelecidas e atingidas visando a um crescimento contextualizado e globalizado que extrapole o setor econômico e alcance o ser humano na sua plenitude. É pacífico que isto só acontecerá através da educação, dinamizando o desenvolvimento humano e fomentando o respeito aos Direitos Humanos. Neste sentido, a Convenção dos Direitos da Criança<sup>22</sup> que, em seu preâmbulo, considera que importa “preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade”.

<sup>19</sup> Precedentes citados do STF: AgRg no RE 384.201-SP, DJe 3/8/2007; do STJ: REsp 575.280-SP, DJ 25/10/2004, e REsp 510.598-SP, DJ 13/2/2008. REsp 474.361-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/6/2009.

<sup>20</sup> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. PRESSUPOSTOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GRATUIDADE DE ATENDIMENTO EM CRECHES. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONSTRUÇÃO DE CRECHES PELO MUNICÍPIO. DESPESAS PÚBLICAS: NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: C.F., ART. 167. I. - Fumus boni juris e periculum in mora ocorrentes. II. - Concessão de efeito suspensivo ao RE diante da possibilidade de ocorrência de graves prejuízos aos cofres públicos municipais. III. - Decisão concessiva do efeito suspensivo referendada pela Turma. (Pet 2836 QO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02102-01 PP-00062)

<sup>21</sup> Interessante lembrar que o Enunciado 531, aprovados na VI Jornada de Direito Civil, determina: A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento (art. 11 do Código Civil).

<sup>22</sup> Convenção sobre os direitos da criança. Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20.11.1989 e ratificada pelo Brasil, incorporada ao ordenamento jurídico através do Decreto no 99.710, de 21.11.1990. Disponível em: [http://www.unicef.br/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.br/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf). Acesso em 10 de abril de 2013.

O mínimo existencial é o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, tais como meio ambiente equilibrado, a saúde, a moradia, saneamento, justiça, o trabalho e a educação, entre outras coisas (art. 7º da CF). A omissão na concretização desses direitos essenciais à dignidade da pessoa humana é forma de violação, destituída de espaço de discricionariedade para o gestor público, posto que retira o mínimo existencial vital para que uma pessoa possa atingir o pleno desenvolvimento e viver com dignidade. A ampliação do núcleo essencial do direito vai determinar a qualidade de vida do grupo

O mínimo existencial está relacionado à dimensão existencial humana mais elementar, conferindo a todo cidadão a garantia constitucional de acesso a um conjunto mínimo de prestações sociais estatais (direitos fundamentais sociais), que pode tomar tanto a feição de um direito de natureza defensiva quanto prestacional, sem o qual a sua dignidade se encontraria profundamente comprometida ou mesmo sacrificada. O mínimo existencial não pode ser confundido com o mínimo necessário à sobrevivência, posto que se teria uma pessoa despida de sua dignidade e de sua humanidade.

A população, conceito quantitativo, e não apenas o povo, conceito qualitativo, tem direito às condições básicas para existir e viver com dignidade, exigindo assim a atuação positiva do Estado no sentido de garantir o mínimo vital ao ser humano.

286

O ser em formação, como a criança e o adolescente, tem necessidades distintas da pessoa adulta, que devem ser priorizadas (CF, art. 207, caput), colocando-o a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Este dever de diligência é partilhado entre a família e o estado, para garantir que se torne um adulto com capacidade intelectual e física plena.

O patamar do mínimo existencial da criança deve ser permanentemente reavaliado para que se aproxime cada vez mais do ideal imaginado pelo legislador constitucional, garantindo assim o desenvolvimento individual e da nação brasileira.

## Do Direito ao Trabalho Mínimo

O Direito ao Trabalho integra o rol dos Direitos Humanos,<sup>23</sup> posto que o labor é forma de dignidade humana. Em outro momento, foi falado que “o trabalho é elemento essencial ao bem-estar, pelo que representa de auto-expressão do indivíduo e como forma de garantir a sobrevivência própria e da família.” Concluindo que a “inexistência de trabalho ou o seu caráter precário e instável atinge a dignidade humana. O alijamento de certos grupos do mercado de trabalho, como os idosos, revela a tendência excludente de um mundo neoliberal”.<sup>24</sup> Ele é

<sup>23</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Teoria Geral dos Direitos Humanos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 53 *usque* 102.

<sup>24</sup> ROBERT, Cinthia & SEGUIN, Elida. Direitos Humanos. Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.85.

o conjunto de princípios e normas. que regem as relações laborais subordinadas, pactuadas entre empregados e empregadores, com ou sem vínculo empregatício, dentro ou fora do “chão de fábrica”.

O fenômeno da Publicização do Direito Privado, com maior intervenção do estado nas relações privadas, objetiva assegurar uma isonomia de direitos e a proteção do trabalhador. Entre os direitos a serem protegidos estão as condições laborativas femininas para que não coloquem em risco a segurança de seus filhos, banindo a prática de deixar crianças trancadas sozinhas dentro de casa, enquanto suas mães trabalhavam. Para evitar os perigos decorrentes deste atuar, a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público o dever de proteção à criança e a assistência materno infantil, englobando o direito à creche, local onde a criança será assistida, alimentada e estimulada para atingir o seu pleno desenvolvimento.

O direito ao trabalho mínimo não pode ser obstaculizado pela omissão municipal em adotar políticas públicas de proteção e assistência materno infantil e educacionais. Inviabilizando este atuar público, a jurisprudência protege a mãe trabalhadora e a criança, reconhecendo como obrigação pública a disponibilidade desse serviço, como se depreende das decisões mencionadas neste artigo.

## Do Direito da Mulher Trabalhadora

O trabalho feminino desempenha importante papel no perfil da família brasileira, em especial quando a mulher se torna provedora. Assim, as relações de trabalho feminino refletem diretamente na família, pedra angular da sociedade.

O Direito à Maternidade, como forma de autodeterminação e auto-realização, é apontado por Tove Stang Dahl<sup>25</sup>A idade reprodutiva<sup>26</sup> feminina coincide com seu período de formação escolar e profissional, ou seja, com o tempo de vida considerado “economicamente ativo”. Estão também em idade fértil, prontas para engravidarem e terem filhos, elas não podem ser colocadas ante uma “escolha de Sofia”: maternidade ou trabalho. Para tanto é necessário que uma estrutura jurídica e social lhes dê amparo.

A conquista dos direitos trabalhistas femininos foi um marco no século XX, dentro das alterações macroeconômicas e sociais, que caracterizaram a evolução da sociedade contemporânea.<sup>27</sup> Numa rápida retrospectiva, constata-se que estas mudanças para ocorrerem tiveram que quebrar muitas resistências e tabus. Nesta luta, ao movimento feminino organizado somou-se a necessidade de um respaldo

<sup>25</sup> DAHL, Tove, Stang. O Direito das Mulheres – uma introdução do Direito Feminista, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 134.

<sup>26</sup> Concordamos que o direito à reprodução integra o rol dos direitos humanos (Robert e Séguin, ob.cit. p. 73), resguardado por Declarações Internacionais dos Direitos Sexuais.

<sup>27</sup> O Dia Internacional da Mulher foi adotado pelas Nações Unidas, em 1975, designado como o Ano Internacional da Mulher, para lembrar tanto as conquistas sociais, políticas e econômicas das mulheres como as discriminações e as violências a que muitas mulheres ainda estão sujeitas em todo o mundo. Em 1977, a Organização das Nações Unidas instituiu o Dia Internacional da Mulher. Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Dia\\_Internacional\\_da\\_Mulher](http://pt.wikipedia.org/wiki/Dia_Internacional_da_Mulher).

institucional, o que aconteceu em 1988, com a promulgação da Constituição Federal. No campo político, a conquista do direito a votar e ser votada, foi reforçado pela obrigatoriedade dos partidos políticos terem um percentual de mulheres candidatas, mesmo que elas não se elejam, tanto assim, que o número de mulheres ocupando cargos eletivos não guarda proporcionalidade com o de homens. A legislação também avançou no que se refere a equidade dos salários entre homens e mulheres.

No entanto, o século XXI começou sem que as promessas fossem totalmente cumpridas. Mulheres ainda morrem de parto, por falta de assistência médica, são espancadas pelos companheiros como se integrassem um patrimônio disponível,<sup>28</sup> recebem menos, mesmo exercendo a mesma atividade masculina,<sup>29</sup> são assediadas moral e sexualmente e tem pouco acesso aos espaços de poder.

O art. 391, da CLT, veda a dispensa, sem justa causa, da empregada por contrair matrimônio ou engravidado, impedindo restrições a esse direito da mulher, o que demonstra o preconceito existente e a prática discriminatória que teve que ser vedada por lei. Aqui começa a proteção à maternidade.

O direito de licença à gestante está assegurado na Constituição de 1988 (art.7º inciso XVIII), sem prejuízo do emprego e do salário.<sup>30</sup> Cabe ao empregador pagar integralmente os salários referentes aos meses em que a empregada se encontrar afastada do serviço. Entretanto, poderá compensar os valores que pagar nessa rubrica com os que deveria recolher para a Previdência Social. Assim, ao empregador cabe, tão somente, a entrega do dinheiro, já que não incorrerá em nenhuma despesa. O Ministro Arnaldo Sussekind acredita que “se tivesse de ser ônus do empregador isso levaria à discriminação contra o trabalho da mulher.”<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Não podemos deixar de fazer referência a Lei nº 11.340, de 07.08.2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

<sup>29</sup> No livro *Mercador de Veneza*, William Shakespeare retrata a essência da abnegação profissional e do Direito das Obrigações. A primeira, representada por Porcia, audaciosa e destemida, que, sem medir esforços, se veste de homem para atuar, com brilhantismo, como advogado na defesa de Antonio. É uma mulher a frente de seu tempo, que enfrenta a questão de gênero, mas, como profissional, demonstra ética na defesa de seu cliente, como corrobora a passagem em que o duque isenta Shylock, o argentário prestamista, da multa de metade dos seus bens para o estado. Sobre o Direito das Obrigações a peça ensina que o contrato deve ser cumprido, mas com sua interpretação mais favorável à parte mais fraca da relação, como hoje determina nosso Código de Defesa do Consumidor. Assim Shylock podia retirar uma libra da carne do corpo de Antonio, desde que não derrame nenhuma gota de seu sangue, que não constava do débito.

<sup>30</sup> A extensão do prazo de licença tem sido uma conquista paulatina, bem como o benefício alcançar também mães adotivas e não apenas as biológicas.

<sup>31</sup> - Sussekind, Arnaldo e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*, 16. ed. Volume II, Editora LTR, São Paulo, 1996.



A vedação da dispensa de empregada gestante, mesmo se a gravidez for confirmada em período de aviso prévio, protege a trabalhadora, evitando o prejuízo de um dom natural da mulher: ser mãe.

A evolução natural dessas conquistas foi o direito à creche que, a pós a proteção pré e pós gestacional, objetiva dar condições para que a mulher prossiga na sua atividade laborativa, tranquila com a segurança de seu filho, bem cuidado em um local onde profissionais competentes zelam por sua segurança e auxiliam seu desenvolvimento. É o reconhecimento de que mulheres e crianças são sujeitos de direitos. O significado da luta das mulheres por creche está relacionado com a luta pelos direitos democráticos e com o seu ingresso e permanência no mercado de trabalho. Paralelamente, também se desenvolveu uma luta internacional pelo direito da criança e adolescente à educação plena, de qualidade e sob a responsabilidade do Estado, como atestam as convenções internacionais sobre o tema.

O inciso XXV, do art. 7º da Constituição Federal, considera um direito fundamental dos trabalhadores a assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até os 5 anos de idade, em creches e pré-escolas. Assim, a creche deixou de ser vista como um “depósito de crianças” e passou a ser o local apropriado para a educação da criança desde o seu nascimento, dando suporte ao seu desenvolvimento. A educação infantil é um direito indisponível e a desobediência a esse comando constitucional é conduta ilegal, sendo dever do Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade.<sup>32</sup>

Mas, como nem tudo que está na lei integra a realidade, a falta de vagas nas creches públicas torna-se uma aflição para as trabalhadoras, divididas entre a necessidade de trabalhar fora, para prover o sustento da prole, e o dever/direito de cuidar dos filhos e da casa.

## Da Creche como Assistência Materno-infantil

O Secretário Estadual de Saúde de São Paulo, através da Portaria nº 44, aprovou Norma Técnica para Creches e Estabelecimentos Congêneres, justificando a medida por “que no Brasil morrem, diariamente, por desnutrição cerca de mil crianças nas faixas etárias de um a seis anos e que das que sobrevivem, cerca de 53% apresentam algum grau de desnutrição e como consequência, o desenvolvimento físico e a resistência às infecções ficam prejudicados;” “o binômio desnutrição infecção é o principal responsável pelas elevadas taxas de morbidade e mortalidade, assim como pelo baixo rendimento físico e mental d população brasileira” e que “a maior parte dos problemas que afetam o crescimento e desenvolvimento da criança e, até mesmo, sua sobrevivência, decorre de situação socioeconômica desfavorável”.

<sup>32</sup> <http://www.sindjudpe.org/2012/04/04/creche-um-direito-da-mulher-e-da-crianca/> acesso em 09.04.2013.

Nesta norma, define Creches e ou estabelecimentos congêneres como “instituições da Comunidade de caráter social e educativo, que atendem crianças de 0 a 6 anos e 11 meses de idade, visando a guarda, a complementação de cuidados familiares, a formação e desenvolvimento da criança.” Coloca como objetivo da norma “assegurar um espaço educativo para crianças de 0 a 6 anos e 11 meses de idade, favorecendo o seu crescimento e desenvolvimento e propiciando a construção do seu conhecimento e do mundo. Para isso deve garantir ações sociais, pedagógicas, alimentares e ambiente hígido; deve-se ainda assegurar que essas ações sejam integradas, visando não só o individual mas também a coletividade do estabelecimento.”

O efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola deve ser universal, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.<sup>33</sup>

A vaga em creche ou pré-escola é um direito fundamental da criança e está garantido constitucionalmente (art. 208, inciso IV). O Estado assume a responsabilidade em fornecer a educação básica a todas as crianças sem distinção de sexo, cor, condição financeira, dentre outros.

O art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determina que toda empresa, onde trabalhem, pelo menos, trinta mulheres com mais de dezesseis anos de idade, é obrigada a manter local apropriado que permita às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período da amamentação.

Como sucedâneo, foi instituído o auxílio-creche, regulado pela Portaria nº 3.296, de 03.09.1986, do Ministério do Trabalho e Emprego, que autoriza, após prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva, às empresas e empregadoras a adotar o sistema de Reembolso-Creche, em substituição à exigência acima mencionada, que objetiva assegurar o benefício a toda empregada-mãe, independentemente da idade e do número de mulheres empregadas no estabelecimento. Devem ser cumpridas as exigências, devendo o reembolso-creche cobrir, integralmente, as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até aos seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.

Na hipótese de a empresa optar pelo sistema do reembolso-creche, o benefício deve ser estendido a toda empregada-mãe, independentemente do número de mulheres do estabelecimento, atentando-se que a implantação depende de prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva (exceto aos órgãos e às instituições paraestatais mencionadas no artigo 566 da CLT), devendo ser comunicado à

<sup>33</sup> <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>, acesso em 09.04.2013.

Delegacia Regional do Trabalho (DRT) e a ela remetida cópia do documento explicativo de seu funcionamento.<sup>34</sup>

A obrigação de manter creche pode também ser suprida com creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Sesi, do Sesc, da LBA ou de entidades sindicais (§ 2º, do artigo 389, da CLT). De preferência, a creche distrital deve estar situada nas proximidades da residência das empregadas ou dos estabelecimentos ou em vilas operárias (Portaria DNSHT 1/69, artigo 2º, I).

Portanto, a obrigação do empregador de manter creches ou substituí-las por convênios ou reembolsos compreende apenas o período de amamentação de seis meses (parágrafo único, do artigo 395, da CLT), podendo ser dilatado, a critério do médico do SUS ou da empresa ou do convênio.

O reembolso-creche não constitui verba de natureza salarial e sobre ele não incide a tributação de INSS ou recolhimento de FGTS, desde que o empregador tenha a cautela de exigir a comprovação do gasto efetuado, para evitar que este valor passe a integrar o salário-de-contribuição, pois somente as despesas devidamente comprovadas não são tributadas.<sup>35</sup> A lei previdenciária limitou a isenção ao reembolso para filhos com idade máxima de seis anos, se ele for paga por período superior deve ser objeto de negociação coletiva, o que o tornará obrigatório, nos termos da convenção coletiva.

Aparentemente a obrigatoriedade do empregador de manter creche ou pagar auxílio foi estendida até os cinco anos de idade da criança, em decorrência da redação dada pela Emenda Constitucional 53, de 19/12/06, ao artigo 7º, inciso XXX, apesar do dever de proporcionar o benefício permanecer sendo estatal (art. 208, IV). O empregador paga o auxílio-creche como forma de tornar o trabalho mais atrativo, como faz ao contratar planos de saúde institucionais, já que a saúde integral também é dever estatal.

Sobre o reembolso de gastos com babá, entendemos que, para crianças até seis anos, não tem natureza salarial, por se tratar de benefício social, devendo ser interpretado como benefício similar que substitui a creche. O Decreto 3.049/1999, que regulamento a Previdência Social, determina que o reembolso-babá não integra o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária (artigo 214, § 9º, XXIX).

O Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais criou, através de Deliberação nº 05, de 18.05.1989, o Programa de Assistência Materno Infantil visando à proteção do trabalho da mulher e de mães que comprovadamente não tem condições de cuidar de seus filhos, por motivo de

<sup>34</sup> Vianna, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 8. ed. São Paulo. LTr, 2007. pág. 312.

<sup>35</sup> O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o auxílio-creche tem natureza indenizatória, conforme se vê da Súmula 310 de 02/05/05 (DJ, pág. 371): “O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

trabalho.<sup>36</sup> A jurisprudência tem entendido que este programa está mais ligado à proteção do trabalho da mulher que do acesso à educação da criança, tese que esposamos de forma genérica:

AÇÃO ORDINÁRIA - FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO - ILEGALIDADE - DEFERIMENTO - INCLUSÃO DE DEPENDENTE NO PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL - IPSEMG. Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno-Infantil do IPSEMG se deu visando à proteção do trabalho da mulher e que a suspensão do benefício ocorreu de forma imotivada é entender-se como nulo o ato administrativo.<sup>37</sup>

AÇÃO ORDINÁRIA - FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO - ILEGALIDADE - DEFERIMENTO - INCLUSÃO DE DEPENDENTE NO PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL - IPSEMG - REDUÇÃO HONORÁRIOS. Verificando-se que a implantação do Programa de Assistência Materno Infantil do IPSEMG se deu visando à proteção do trabalho da mulher. Segundo o artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas do § 3º.<sup>38</sup>

Há dez anos o Supremo Tribunal Federal julgou Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para suspender os efeitos da antecipação de tutela, perdendo a oportunidade, em nome de uma pseudo separação de poderes, de condenar do Ente público a construir creches.<sup>39</sup>

## Do Direito à Educação

A Educação é forma de transformação social. Sri Sathya Sai Baba (extraído de seu discurso “O Propósito da Educação”) afirma

“As realizações do homem, nos campos da ciência e da tecnologia ajudaram a melhorar as condições materiais de vida. Aquilo de que precisamos hoje, entretanto, é a transformação do espírito. Educação deve servir não apenas para desenvolver a inteligência e as habilidades do homem, mas também ampliar seus pontos-de-vista e fazê-lo útil à sociedade e ao mundo em geral. Isso somente é possível quando o desenvolvimento do espírito

<sup>36</sup> Interessante observar que aqui a condição da mãe ser trabalhadora é essencial para a concessão do benefício, diferentemente da previsão estatal. Justifica-se a exigência por ser forma suplementar de assistência, permanecendo a obrigação principal com o poder público.

<sup>37</sup> TJMG – Proc. nº 100240813501670011 MG 1.0024.08.135016-7/001(1); Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julgado em 17/12/2009.

<sup>38</sup> TJMG – Proc. nº 100240744260400021 MG 1.0024.07.442604-0/002(1); Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julgado em 06/11/2008.

<sup>39</sup> Pet 2836 QO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 14-03-2003 PP-00042 EMENT VOL-02102-01 PP-00062.

é promovido concomitantemente com a educação nas ciências físicas. A educação moral e espiritual vão ensinar ao homem conduzir uma vida disciplinada.”

Na mesma esteira, é impossível deixar de citar as palavras de Rui Barbosa, de 1910, *in* “A Couve e o Carvalho”, fazendo um paralelo com o papel que a Educação representa no futuro do país:

“Enquanto Deus nos dê um resto de alento, não há que desesperar da sorte do bem. A injustiça pode irritar-se; porque é precária. A verdade não se impacienta; porque é eterna. Quando praticamos uma ação boa, não sabemos se é para hoje ou para quando. O caso é que os seus frutos podem ser tardios, mas são certos. Uns plantam a semente da couve para o prato de amanhã, outros a semente do carvalho para o abrigo futuro. Aqueles cavam para si mesmos. Estes lavram para o seu país, para a felicidade dos seus descendentes, para o benefício do gênero humano”.

“Nenhum a Menos” (China, direção Zhang Yimou, 1999) é um filme que retrata o desafio de uma professorinha que sai do lugarejo rural em que leciona, e vai ao centro urbano atrás de um aluno que abandonou a escola, pois não considera que obtenha sucesso em seu magistério, mesmo com a formação de todos os alunos da turma, se um deles não tiver concluído seus estudos.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à educação, como dever do Estado garantir a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade. No art. 227, prescreve que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 308, inciso VI determina que o dever do Estado e dos Municípios com a educação será efetivado mediante garantia de atendimento obrigatório e gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade, mediante atendimento de suas necessidades biopsicossociais, adequado aos seus diferentes níveis de desenvolvimento com preferência à população de baixa renda.

A educação infantil, como parte da educação básica, deve ser prestada pelo Estado a partir do momento que os pais da criança decidem colocá-la na creche. Ou seja, a criança não é obrigada a frequentar uma creche, como ocorre no ensino fundamental, mas ela tem o direito de fazê-lo, mesmo que sua mãe não trabalhe, sendo dever do Estado garantir a existência de vagas para todas as famílias que resolvam exercer esse direito. Segundo o ministro Herman Benjamin, “o direito à educação, responsabilidade do estado e da família, é garantia de natureza universal

e de resultado, orientada ao ‘pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade’, daí não poder sofrer limitação no plano do exercício, nem da implementação administrativa ou judicial”.

Ainda que não fosse pela proteção ao trabalho feminino teríamos que enfrentar o direito infantil ao acesso à educação, que é um direito humano fundamental e deve ser prestado pelo Estado para promover o desenvolvimento do país e de seus cidadãos.

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania. O Estado ao aprofundar o ensino está preparando o cidadão de amanhã, garantindo que este tenha pleno desenvolvimento de suas potencialidades, para vir a ser um Cidadão, que participe dos destinos do país com consciência e ética.

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é desenvolver todas as potencialidades do adulto em que ele se transformará. Para alguns, ele ricocheteia, pois pode ser considerado como o direito do cidadão adulto ter sido educado e atingido seu pleno desenvolvimento. Neste sentido, a jurisprudência tende a considerar esta omissão injustificável justificando a intervenção do judiciário e a aplicação de multa diária por criança desatendida,<sup>40</sup> posto que o direito à educação revela-se como um dos direitos sociais mais expressivos.<sup>41</sup> A decisão judicial de determinar a matrícula

<sup>40</sup> Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. Legitimidade Jurídica Da Utilização Das “Astreintes” Contra O Poder Público – Doutrina. Jurisprudência. Obrigação Estatal De Respeitar Os Direitos Das Crianças. Educação Infantil. Direito Assegurado Pelo Próprio Texto Constitucional (CF, Art. 208, IV, na redação dada pela EC Nº 53/2006) - Compreensão Global Do Direito Constitucional À Educação - Dever Jurídico Cujá Execução Se Impõe Ao Poder Público, Notadamente Ao Município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade Constitucional Da Intervenção Do Poder Judiciário Em Caso De Omissão Estatal Na Implementação De Políticas Públicas Previstas Na Constituição - Inocorrência De Transgressão Ao Postulado Da Separação De Poderes - Proteção Judicial De Direitos Sociais, Escassez De Recursos E A Questão Das “Escolhas Trágicas” - Reserva Do Possível, Mínimo Existencial, Dignidade Da Pessoa Humana E Vedação Do Retrocesso Social - Pretendida Exoneração Do Encargo Constitucional Por Efeito De Superveniência De Nova Realidade Fática - Questão que sequer foi suscitada nas razões de Recurso Extraordinário. Princípio “Jura Novit Curia”. Invocação em sede de apelo extremo. Impossibilidade. Recurso de Agravo Improvido. Políticas Públicas. Omissão Estatal Injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de Educação Infantil: Possibilidade Constitucional. ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14-09-2011 Public 15-09-2011 Ement Vol-02587-01 PP-00125.

<sup>41</sup> Recurso Extraordinário com Agravo. Direito Constitucional. Educação Infantil. Atendimento de criança em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo texto Constitucional (Art. 208, IV, Da Constituição Federal). Dever Do Estado. Possibilidade De Intervenção Do Poder Judiciário Para Garantir A Efetiva Concretização Do Direito Fundamental Público Subjetivo.1. O direito à educação revela-se como um dos direitos sociais mais expressivos e, nesse sentido, sua concretização implica num dever de prestação positiva que proporcione acesso pleno ao

da criança não é considerada como interferência “nas ações próprias do Poder Executivo quando examina o cumprimento de normas legais e constitucionais relativamente à prestação de serviço público de educação”,<sup>42</sup> ela está vinculada ao Princípio da Legalidade que orienta e determina o atuar público.

Como já mencionamos, a alegação de inexistência de vaga para justificar a omissão pública obrigou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo a ingressar com uma Ação Civil Pública para a defesa dos interesses das crianças necessitadas em relação à creche, apesar de na época ainda estar pendente de decisão a ADIN questionando a constitucionalidade da Lei 11448/07, que deu legitimidade a Defensoria Pública para a defesa dos interesses coletivos dos necessitados,<sup>43</sup> o que não foi acolhido para impedir o julgamento da questão principal: o direito da criança e da mãe trabalhadora.

Inegavelmente a obtenção de vaga em estabelecimento de ensino mantido pela municipalidade é um direito indisponível da criança, constitucional e infraconstitucionalmente assegurado, como já mencionamos.

Trata-se de um direito duplamente assegurado: à criança, por seu caráter pedagógico, e aos pais, com conotação assistencial, ao proporcionar meios para obter o sustento da família. Inegavelmente isto extrapola a esfera familiar e repercute na realização dos fundamentos do país, densificando a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro inclui a construção de unidades para educação infantil, que deverá se fazer “de forma socialmente justa e equilibrada” e de acordo com as necessidades regionais, com “atenção especial para as áreas ocupadas por população de baixa renda” (art. 18, parágrafo 1º c/c parágrafo 2º, II, Lei nº111/2011). Esta norma demonstra a preocupação do planejamento municipal com o tema.

---

sistema educacional, neste compreendido o atendimento em creche e pré-escola.2. A criança tem direito assegurado a atendimento em creche e pré-escola, nos termos do art. 208, IV, da Constituição Federal. Destarte, a inobservância do referido preceito constitucional pelos órgãos estatais competentes impõe o reconhecimento e a garantia de sua efetividade por intermédio do Poder Judiciário. Ex positis, nego seguimento ao agravo. (STF – ARE 677008 SC; Min. Luiz Fux; Julgado em 29/03/2012).

<sup>42</sup> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. MATRÍCULA EM CRECHE MUNICIPAL. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu liminar em mandado de segurança para matricular o Agravado em creche municipal. O Poder Judiciário não interfere nas ações próprias do Poder Executivo quando examina o cumprimento de normas legais e constitucionais relativamente à prestação de serviço público de educação. Possível conceder liminar em mandado de segurança a fim de compelir o Estado a matricular criança em creche se presentes a plausibilidade do direito e o perigo na demora. Orientação do Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido. (TJRJ - Processo número: 0035601-48.2012.8.19.0000; Des. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 06/07/2012 – 17ª CAMARA CIVEL).

<sup>43</sup> TJSP - Processo: APL 2215229.020098260000 SP 0221522-90.2009.8.26.0000; Rel. Presidente Da Seção De Direito Privado; Julgado em 28/02/2011.

## Creche: Ensino ou Assistência?

Ao nos aproximarmos do final, precisamos enfrentar uma questão tormentosa: a creche deve funcionar doze meses por ano ou deve seguir o calendário escolar:

Se considerarmos que se trata de um direito assistencial da mãe trabalhadora, parece óbvio que deve funcionar o ano inteiro, eis que é este o esquema de trabalho – trabalha-se doze meses para fazer jus ao direito a 30 dias de férias.

Na prática, o que se constata é que as creches, por conveniência meramente administrativa e desprovida de qualquer impedimento legal, estão vinculadas à rede de educação, assim, elas fecham no início de dezembro e reiniciam em fevereiro, tendo ainda outro período sem funcionamento no mês de julho, o que deixa a mãe trabalhadora com um grande problema nas mãos.

É claro que este esquema, justificável se a creche for vista como integrante da educação, cria transtornos a serem resolvidos, nem sempre com a melhor solução para a criança ou sua mãe. Na ACP proposta Defensoria Pública/SP, acima mencionada, a decisão expressamente aborda esta questão no trecho da ementa que destacamos:

Caráter pedagógico e assistencial da educação infantil, que, ao proporcionar aos pais meios para obter o sustento da família, contribui para a realização dos fundamentos da República Brasileira consubstanciados na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III, IV da Constituição Federal). **Serviço público essencial, que deve ser prestado continuamente sem a possibilidade de restrição de caráter infraconstitucional, inviabilizando, também, a adoção do sistema de plantão ou a limitação aos estabelecimentos da rede direta de ensino.** Manutenção nos prédios a ser realizada conciliando-se com a rotina de atividades. **Direito às férias concedido mediante escalonamento.** (grifo nosso)

Este é um dos pontos que reforça a necessidade de prevalência da interpretação jurídica do direito à creche, por vezes, a partir do direito ao trabalho dos pais, e não estritamente como um direito da criança à educação.

## Conclusões

O acesso ao mínimo existencial é premissa à firmamento do pacto político-constitucional e ao exercício dos demais direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos).

Os brasileiros são responsáveis por seu próprio futuro. O país é um dos que tem melhor possibilidade de atingir um nível equilibrado de desenvolvimento humano. Este futuro se distancia pela constatação da



fragilidade do nosso sistema educacional, onde os analfabetos funcionais<sup>44</sup> são maioria nas faixas de baixa renda. Por outro lado, aumenta a carência do estudo formal para o exercício de atividades econômicas. Estamos na era da tecnologia e do conhecimento, que devem ser ministrados logo nos primeiros anos de vida, para que o infante adquira o instrumental que o torne apto a obter a cultura necessária ao exercício de qualquer atividade profissional ou simplesmente, mas não menos importante, o desenvolvimento de sua personalidade. A quantidade de vezes que o desenvolvimento está previsto na Constituição Federal (preâmbulo, art. 3º, II e III, art. 5º XXVI, art. 23 X, art. 43, art. 170 caput, art. 170 VII, art. 173 §4º, art. 174, art. 182, art. 184, art. 187, art. 214, art. 218) demonstra sobejamente sua importância para os destinos da nação.

A creche tem essencial importância para a educação infantil, que é elitista, somente atendendo aos que podem custear profissionais em educação infantil, relegando as crianças de baixa renda a serem custodiados por pessoas sem qualificação para o ensino. É mister construir, ainda que por ordem judicial, creches públicas em todas as localidades, com oferta de vagas proporcionais a população infantil, como uma ação afirmativa, auxiliando a família no seu dever de educar. Não basta que alguns alcancem o topo da formação acadêmica. Curial que todos consigam ao menos ler e entender o que foi lido, sem exceção.

O direito à educação básica, que começa na creche, é direito da criança. Mas é igualmente direito dos pais, da mulher, na forma que se expôs neste artigo.

Os Poderes da República devem zelar pela efetividade da Constituição. Não apenas os Poder Legislativo e Executivo, mas também o Judiciário como último socorro da população desassistida, para que sejam disponibilizadas vagas em creches ou para a imposição de sua construção.

A falta de vagas que ainda perdura demonstra que o Judiciário tem uma missão extrajudicial de fazer cumprir a norma constitucional e determinar a construção de unidades de educação básica em localidades desprovidas de creches.

O auxílio-creche não é um substituto perfeito para a creche pública, por não ser obrigatório e pelo alto custo.

A proliferação de ações judiciais mostra a falta de efetividade a norma expressa da Carta Magna.

<sup>44</sup> A Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (Pnad) entrevistou 153 mil pessoas em todo o País até setembro de 2009 e constatou que, entre outras coisas que um em cada cinco brasileiros, de 15 anos ou mais, são analfabetos funcionais, ou seja, tem menos de quatro anos de estudo. Os totalmente analfabetos chegam a quase 10% da população. Com relação ao saneamento básico, na média, somente 59% das casas têm coleta de esgoto adequada e, em algumas regiões, a situação é muito mais grave. site <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias/PANORAMA/189649-ANALFABETOS-FUNCIONAIS-SAO-20-DA-POPULACAO-BRASILEIRA.html>, acesso em 17.04.2013, às 10 hs.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, editoras Coimbra/RT, 2007.

DAHL, Tove, Stang. *O Direito das Mulheres – uma introdução do Direito Feminista*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ROBERT, Cinthia & SEGUIN, Elida. *Direitos Humanos. Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro, Forense, 2000.

Vianna, Cláudia Salles Vilela. *Manual Prático das Relações Trabalhistas*. 8 ed: São Paulo. LTr, 2007.

# Diálogo entre Cortes no controle difuso de convencionalidade: e o Papel do Judiciário Brasileiro no Cumprimento das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos

---

Rosana Laura de Castro Farias Ramires<sup>1</sup>  
Evandro Pereira Guimarães Ferreira Gomes<sup>2</sup>

## Resumo

O presente trabalho pretende abordar acerca da do diálogo interjudicial estabelecido entre os tribunais brasileiros e Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício do controle de convencionalidade, bem como a relação entre os tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de reconhecimento e cumprimento por aqueles das decisões internacionais desta. Visa, ainda, expor os instrumentais normativos internos que impõem esta interação e os desafios para firmar-se um marco regulatório sobre a matéria. A problemática consiste em solucionar os seguintes questionamentos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com base na Convenção Americana, instituiu um controle difuso de convencionalidade? Em que medida a teoria do controle de convencionalidade imprime um diálogo interjudicial vinculante para os tribunais nacionais? E por fim, é possível o reconhecimento da executoriedade direta das decisões proferidas em sede de jurisdição interamericana para proteção dos direitos humanos? Nossa hipótese se baseia nas diferenças entre a natureza jurídica, o procedimento e a eficácia de uma decisão estrangeira e de uma decisão internacional, bem como na imperativa segurança jurídica transnacional dos direitos humanos. A problemática consiste, também, em averiguar: quais as possíveis funções dos órgãos judiciais brasileiros para desenvolver internamente o sistema interamericano de direitos humanos? A metodologia empregada no presente trabalho é a análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direito constitucional; direitos humanos; jurisdição interamericana; controle difuso de convencionalidade; executoriedade sentenças internacionais. Autonomia e independência tribunais nacionais.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutoranda em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Diretor Jurídico do Instituto Para o Avanço Científico dos Países do Sul (*The Institute for the Scientific Advancement of the South*). Advogado.

### Abstract

This paper aims to address about the interjudicial dialogue established between the Brazilian courts and Inter-American Court of Human Rights in the exercise of conventionality control, and the relationship between national courts and the Inter-American Court of Human Rights on the recognition and enforcement by those of international decisions this. It also aims to expose the internal regulatory instruments that impose this interaction and challenges to firm up a regulatory framework in this area. The problem is to solve the following questions: a Interamericna Court of Human Rights, based on the American Convention imposed a diffuse control of conventionality? To what extent the conventionality of control theory prints a interjudicial binding dialogue to national courts? Finally, recognition of the direct enforceability of judgments in inter-American jurisdiction thirst for human rights protection possible? Our hypothesis is based on the difference between the legal nature of the procedure and the efficacy of a foreign judgment and an international decision and the imperative transnational legal certainty of human rights. The issue is also to ascertain: what possible functions of the Supreme Court, as the national court to internally develop the inter-American human rights system? The methodology used in this work is the doctrinal and jurisprudential analysis on the topic.

**Keywords:** Constitutional right; human rights; inter jurisdiction. Diffuse control of conventionality; enforceability sentences international; autonomy and independence national courts.

### Breves considerações

*“La vía jurisdiccional constituye la mas perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos”.*

Cançado Trindade<sup>3</sup>

A proliferação altamente diversificada de tribunais internacionais e de métodos de litigação internacional tem sido amplamente considerada como uma das marcas mais significativas do Direito internacional do século passado<sup>4</sup>, bem como fator imprescindível para a efetividade dos direitos humanos internacionalmente proclamados<sup>5</sup>.

Esta imperatividade de instâncias judiciais garantidoras dos direitos humanos, fez surgir um sistema pluralista de tribunais internacionais que, paralelos aos tribunais nacionais, interpretam e aplicam normas internacionais de direitos humanos. Neste sistema judicial pluralista afigura-se onipresente o

<sup>3</sup> TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. O Direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 582-583.

<sup>4</sup> Alford, Roger P., “The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance” (2000). Scholarly Works. Paper 9. [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/9](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/9). Acesso em: 27.02.2015.

<sup>5</sup> Como já afirmava Noberto Bobbio há mais de duas décadas: “o maior problema dos direitos humanos não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los”. BOBBIO. Noberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 25.

potencial conflito intra e inter judicial acerca do sentido e do alcance de uma mesma normativa, seja em abstrato, seja na análise de um caso concreto<sup>6</sup>.

Este potencial conflitivo exige que haja entre as diferentes instâncias um harmonioso diálogo interjudicial que nas palavras de Humberto Nogueira Alcalá, ora adotadas, constitui *“un debate, una conversación o intercambio de puntos de vista entre dos o más jueces o tribunales, sean estos nacionales, o producto de una vinculación del Estado a un ordenamiento jurídico y tribunal internacional o supranacional, un diálogo entre tribunales nacionales, como ocurre entre tribunales ordinarios y tribunal constitucional; entre tribunales nacionales e internacionales o supranacionales, como es el caso entre jueces y tribunales nacionales ordinarios o constitucionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) o en Europa con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante TEDH); como asimismo, puede darse como un diálogo entre tribunales internacionales o supranacionales, por ejemplo entre cortes regionales de derechos humanos”*<sup>7</sup>.

A discussão, pois, acerca da possibilidade e ou dever de um órgão jurisdicional nacional impor ou dar efeito aos juízos de valor e eventuais sanções impostas por um tribunal internacional demanda a revisão dos tradicionais conceitos de independência e autonomia judicial nacional e uma regulamentação adequada do diálogo interjudicial entre tribunais nacionais e internacionais.

Caso pragmático acerca deste potencial conflito intrajudicial é a pendente controvérsia instaurada entre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a do Supremo Tribunal Federal acerca da validade jurídica da Lei brasileira de Anistia, a Lei nº. 6683/1979.

<sup>6</sup> Luiz Claudio Coni ao escrever sobre Diplomacia Judicial, invoca a doutrina de Miguel Poiars, para explicar a internacionalização que deriva da judicialização, e expõe que *“A judicialização é um conceito sujeito a gradação, abrangendo diferentes realidades tais como tribunais internacionais e nacionais, tribunais arbitrais e órgãos quase-judiciais, como, por exemplo, Painéis de Inspeção, Comissões de Conciliação de Tribunais Internacionais Administrativos. O conjunto destes órgãos jurisdicionais ilustra o nascimento daquilo que podemos designar por ‘comunidade global judiciária’, conceito que ele toma emprestado a Anne-Marie Slaughter”. (...) alguns fenômenos associados à globalização judicial: “o aumento exponencial dos órgãos judiciais ou quase-judiciais internacionais (por exemplo, ao clássico Tribunal Internacional de Justiça juntaram-se o Tribunal Penal Internacional, o Órgão de Apelação da OMC, os Tribunais Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e os Tribunais e Órgãos de Resolução do litígio das Organizações de Integração Regional); - A extraterritorialidade dos sistemas judiciais estatais, isto é, a resolução de litígios provenientes de relações transnacionais em tribunais nacionais; - a crescente resolução judicial dos conflitos internacionais entre Estados, entre indivíduos e Estados e entre indivíduos; - o aparecimento de redes judiciais internacionais em que juizes de diferentes Estados constituem mecanismos de cooperação mais ou menos formais”; Nesse contexto, a globalização judicial envolve dois grandes aspectos: o diálogo judicial e o aparecimento de redes judiciais transnacionais”*. (CONI. Luiz Claudio. Diplomacia Judicial. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoc&idConteudo=217832>. Acesso em: 10.03.2015)

<sup>7</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia Del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. Estudios constitucionales [online]. 2012, vol.10, n.2, pp. 57-140. ISSN 0718-5200.

Segundo reiterado entendimento exarado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Barrios Altos versus Peru* (14.05.2001), *Almonacid Arellano e Outros versus Chile* (26.09.2006), *La Cantuta versus Peru* (29.11.2006), e *Gomes Lund e outros versus Brasil* (24.11.2010), “*as autoanistias, excludentes de responsabilidade por violações graves dos direitos humanos, são inadmissíveis e, ao impedir o acesso das vítimas e seus familiares à verdade e à Justiça, são violadoras dos arts. 1(1), 2, 8 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos*”.

No interregno de tempo entre as decisões da Corte Interamericana proferidas nos casos acima citados contra o Chile e o Peru, sobreveio decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade da Lei da Anistia, Lei nº. 6683/1979, nos autos da ADPF nº 153 (28/04/2010). Em sequência, e em direção diametralmente oposta à do C. STF, a Corte Interamericana manifestou-se, no julgamento do caso *Gomes Lund e outros versus Brasil* (24/11/2010), pela nulidade e conseqüente inaplicabilidade da referida Lei, ratificando em sua integralidade posicionamento anteriormente já adotado nos supracitados casos contra o Peru e o Chile, sob os seguintes termos:

“A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 supra) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.

(...)

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil<sup>87</sup>.

<sup>8</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Gomes Lund e Outros* (“*Guerrilha do Araguaí*”) VS. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em:

O acórdão da ADPF 153 julgada pelo STF e a sentença da Corte Interamericana consubstanciam, *a priori*, e sob o aspecto estritamente formal, duas decisões juridicamente válidas, dirigidas aos mesmos sujeitos de direito, que, nos entando, dispõe contrariamente sobre o mesmo objeto, qual seja, a validade da Lei de Anistia.

Nem se pode falar em distinção de objeto paradigma para fins de controle de validade normativa da referida Lei, defendendo-se que, por um lado, o controle de juridicidade da referida lei realizada pelo STF (controle de constitucionalidade) se deu tendo como paradigma a CF/88 e, por outro lado, o controle de juridicidade da referida lei realizada pela Corte Interamericana (controle de convencionalidade), se deu tendo como paradigma a Convenção Americana, a uma porque, as normas de direitos humanos de que o Brasil faz parte compõe o Bloco de Constitucionalidade brasileiro<sup>9</sup> (parametricidade constitucional global). A duas porque, os princípios internacionais da boa-fé e do *pacta sunt servanda*<sup>10</sup> impõem o respeito dos compromissos internacionais assumidos, pela ordem interna. A três porque, o controle de convencionalidade exige que os juízes interamericanos e nacionais examinem a compatibilidade das regras e das práticas nacionais para com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Convenção” ou “Convenção Americana”), tal como interpretado pela Corte Interamericana, de tal sorte que, para os juízes nacionais, este dever vem em adição ao tradicional controle de constitucionalidade.

Não se olvida que o acórdão do STF, proferido nos autos da ADPF 153, ainda encontra-se *sub judice* em sede de Embargos Declaratórios; entretanto, as consequências jurídicas nacionais e internacionais dos díspares posicionamentos adotados pela Corte Interamericana e pelo C. STF trazem à lume novos paradigmas para a discussão acerca dos limites da autonomia judiciária nacional ante a fixação de jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, bem como acerca do papel do STF no reconhecimento e na executividade das sentenças da Corte Interamericana.

<sup>9</sup>BRASIL. STF. ADIn 595-ES. Relator Ministro Celso de Melo. decisão publicada no DJU de 26.2.2002. Confira-se, ainda, doutrina citada da ADI: BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, in Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción y Procesos Constitucionales”, p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p. 94/95, § 25, 2. ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “Contentieux Constitutionnel”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France.

<sup>10</sup> Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. (BRASIL. Decreto Executivo 7030 de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Atos2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm). Acesso em: 20.02.2015).

Entre os inúmeros questionamentos dignos de profícuos debates em relação ao caso, o foco a que se prende o vertente artigo é a seara das interações e diálogos entre os tribunais nacionais e internacionais, no caso, entre o STF e a Corte Interamericana, assim como as interações e diálogos entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais em geral por meio da atuação destas duas instâncias jurisdicionais, visto que esta almejada harmoniosa interação pode viabilizar um espectro contínuo do diálogo de cooperação entre os povos (artigo 4º, inciso IX da CF/88), com vistas à prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso I da CF/88).

Com efeito, para que o Governo brasileiro cumpra a sentença internacional prolatada pela Corte Interamericana que o condenou, entre outros aspectos, a “(...) *conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da (...) Sentença*”<sup>11</sup>, incorrerá ele, inexoravelmente, em descumprimento da decisão do STF que validou a Lei de Anistia e possui efeito interno também vinculante, *erga omnes* e transcendente, o que demanda a fixação de uma diálogo entre ambas as Cortes sob pena de instauração de uma antinomia jurídica interpretativa desencadeadora de flagrante insegurança jurídica interna e internacional.

304

Lado outro, os demais órgãos do Judiciário brasileiro, vinculados internamente que estão à decisão proferida pelo STF na ADPF 153, têm rejeitado *in limine* denúncias penais sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, já que o conhecimento destas se encontra “*expressamente vedado pela Lei de Anistia*”<sup>12</sup>, o que não passou despercebido pela Corte Interamericana que, em fase de fiscalização de cumprimento de sua sentença condenatória do Brasil, declarou que, “*apesar de determinadas ações dirigidas ao cumprimento (...) da Sentença proferida no (...) caso, a interpretação e aplicação da Lei de Anistia em determinadas decisões judiciais continua sendo um obstáculo para a investigação dos fatos (...), e para a eventual punição e castigo dos responsáveis (...)*”, razão pela qual determinou que o Estado “*adote, em definitiva e com a maior brevidade, todas as medidas necessárias para dar efetivo e pronto cumprimento aos pontos dispositivos da Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas proferida no caso, de acordo com o considerado na presente Resolução, e com o estipulado no artigo 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*”.

<sup>11</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaí”) VS. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas).

<sup>12</sup> Ação penal n.º. 1162-79.2012.4.01.3901.



## **“*Stare decisis interamericano*”:** A Corte Interamericana como Órgão Judicial Hierarquicamente Superior aos Tribunais Nacionais?

*“La internacionalización del diálogo de los jueces es la manifestación de la desnacionalización del diálogo”<sup>13</sup>*

Nos precisos termos do Estatuto da Corte Interamericana, esta constitui um órgão jurisdicional autônomo que integra Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, cuja função direciona-se à interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre direitos humanos. Nessa medida, a Corte é um tribunal internacional regional de proteção dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos que possui duas funções peculiares: consultiva e contenciosa<sup>14</sup>.

De acordo com seu estatuto, a Corte *“é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana”<sup>15</sup>*.

Em tese, a submissão de casos ao crivo judicial da Corte depende do prévio reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte. Esta particularidade é observada por Fernando Jayme ao destacar que:

<sup>13</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Op. cit., p.

<sup>14</sup> *“Cabe señalar que una de las diferencias entre una y otra función o competencias estriba en que la función jurisdiccional está abierta únicamente para aquellos Estados que han ratificado o adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De los 34 Estados Miembros activos que tiene la Organización de los Estados Americanos<sup>1</sup>, 24, han ratificado esta Convención. Pero además deben haber aceptado la competencia contenciosa de la Corte para poder ser demandados ante el Tribunal. Mientras que la función consultiva está abierta a todos los Estados Miembros de la OEA y a los órganos principales de la misma: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Asamblea General, el Consejo Permanente, la Comisión Interamericana de Mujeres, etc. En uso de su función jurisdiccional, la Corte declara la verdad de los hechos en un caso concreto que es exigible al Estado Parte responsable, mientras que la función consultiva responde a preguntas hipotéticas cuyas respuestas no pueden ser ejecutadas, pese a que son obligatorias por constituir una interpretación de la Convención, hecha por el órgano jurisdiccional que dispone la propia Convención.* (ROBLES, Manuel E. Ventura. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino Hacia um Tribunal Permanente. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Directos Humanos, 2003).

<sup>15</sup> Artigo 62.1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de São Jose da Costa Rica”. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acessado em: 26 de fevereiro de 2015.

*“O exercício da jurisdição contenciosa da Corte está condicionada a uma questão preliminar fundamental: o consentimento do Estado. Aderir à cláusula facultativa de reconhecimento da competência contenciosa da Corte significa que o Estado está, a partir de então, vinculado à Convenção em sua integralidade. O consentimento confere ao Estado capacidade processual; o Estado participa do processo na qualidade de parte, comprometendo-se com a proteção integral dos direitos humanos estabelecida no sistema interamericano. A aceitação da competência da Corte é por prazo indefinido, com caráter geral<sup>16</sup>.”*

O reconhecimento da jurisdição da Corte não tem necessário efeito *ex nunc* sobre os fatos perante ela denunciados, quer porque o Estado pode reconhecer esta jurisdição sem aposição de qualquer reserva, quer porque a hipótese de violação das normas da Convenção sob a apreciação da Corte por tratar-se de violação de caráter continuado e permanente, ocorrendo, assim, uma perpetuação temporal da competência da Corte até que cesse a violação. Neste sentido a Corte, em resposta à suscitação de incompetência *ratione temporis* formulada pelo Estado da Guatemala no julgamento de uma petição pelo desaparecimento de Nicholas Blake, reconheceu sua competência para conhecer das possíveis violações de direitos humanos atribuídas ao Estado, apesar de ter restado comprovado que a privação de liberdade da vítima fora anterior ao reconhecimento da competência jurisdicional contenciosa por parte da Guatemala, sob o argumento de que, *“desaparecimento do Senhor Nicholas Blake marca o início de uma situação contínua, sobre cujos fatos e efeitos posteriores à data do reconhecimento da sua competência pela Guatemala, compete-se pronunciar<sup>17</sup>”*.

<sup>16</sup> JAYME. Fernando G. Op Cit, p. 90-91.

<sup>17</sup> “¿Cuáles son, en fin, las lecciones que podemos extraer del presente caso Blake ante la Corte Interamericana? Esencialmente diez, en mi entender, las cuales me permito resumir en conclusión:

- Primera, al aceptar cláusulas facultativas de reconocimiento de La competencia contenciosa de órganos convencionales de protección, los Estados Partes en tratados de derechos humanos deben tener siempre presente el carácter objetivo de las obligaciones de protección consagradas en dichos tratados, así como el elemento de intemporalidad inherente a la protección de los derechos humanos;
- Segunda, no hay cómo descaracterizar el delito de desaparición forzada de personas como un delito continuado y complejo; la fragmentación de sus elementos constitutivos, aunque por fuerza de la aplicación del derecho stricto sensu, como em el presente caso (en razón de la limitación *ratione temporis* de la competencia de La Corte en las circunstancias del cas d’espèce), revela la notoria artificialidad de tal descomposición, que marcó la consideración por la Corte del presente caso en todas las etapas (excepciones preliminares, fondo y reparaciones);
- Tercera, la fragmentación indebida del delito continuado y complejo de desaparición forzada de personas, además de llevar a resultados jurídicos insatisfactorios, se reviste de un cuño anti-histórico, en el sentido de que apunta em la dirección contraria al desarrollo doctrinal y jurisprudencial contemporáneo tendiente a la consolidación de un verdadero régimen jurídico;

Este mesmo posicionamento foi adotado em outros julgados, incluindo-se entre eles o julgamento do Caso “Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaí”) *versus* Brasil”, oportunidade em que, ao prolatar a sentença condenatória de 24 de novembro de 2010, a Corte acolheu apenas parcialmente a exceção preliminar oposta pelo Brasil de incompetência temporal da Corte, aduzindo que:

“(…)em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil”.

Ademais, a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana, não obstante facultativa, uma vez externada, é considerada uma “*cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no artigo 62 da Convenção*”<sup>18</sup>.

A Convenção indica, ainda, que o “*julgamento final da Corte não é passível de recurso*”<sup>19</sup>, sendo que os Estados-partes “*comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes*”.

No contexto de decidir casos individuais, a principal tarefa da Corte é determinar se uma ação ou omissão estatal constitui ou não uma violação da Convenção e se, por conseguinte, restou ou não caracterizada a responsabilidade internacional do Estado.

---

(...) Séptima, la limitación - v.g., *ratione temporis* - de la competencia de un órgano convencional de protección en nada afecta la responsabilidad misma Del Estado Parte por violaciones de los derechos protegidos por el tratado de derechos humanos en cuestión; los Estados Partes permanecen obligados por dicho tratado desde el momento en que lo ratificaron o adhirió al mismo, y los términos de aceptación de la competencia del órgano de protección condicionan tan sólo dicha competencia, pero no la responsabilidad del Estado Parte; (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 22 de enero de 1999 (Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_48\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf). Acessado em: 26.02.2015).

<sup>18</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em:

<sup>19</sup> Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Ao apreciar e julgar a responsabilidade internacional de um dado Estado a Corte não se vincula à matéria de Direito alegada pela parte demandante, exercendo a autoridade de apontar violações à normativa internacional de direitos humanos distintas daquelas formuladas pela Comissão Interamericana sobre os mesmos fatos denunciados, formulando, assim, sua própria teoria do princípio do *iura novit curia*<sup>20</sup>.

Lado outro, a Corte Interamericana não funciona como um tribunal de “quarta instância”<sup>21</sup>. Neste sentido, Cançado Trindade ao proferir seu voto no julgamento do caso Caso Genie Lacayo *versus* Nicarágua adverte:

“Una cosa es actuar como tribunal de apelaciones o casación de las decisiones de los tribunales en el marco del derecho interno, lo que la Corte Interamericana no puede hacer. Otra cosa, enteramente distinta, es proceder, en el contexto de un caso contencioso concreto (en el cual se estableció la existencia de víctimas de violaciones de los derechos humanos), a La determinación de la compatibilidad o no con las disposiciones de la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales, lo que la Corte Interamericana sí puede, y debe hacer”<sup>22</sup>.

Apesar de não figurar como “quarta instância”, ao promover esta análise da responsabilidade internacional de um dado Estado, a Corte realiza, necessariamente, o controle de convencionalidade, isto é a averiguação da compatibilidade material dos atos normativos, administrativos e judiciais nacionais com as respectivas normas interamericanas de direitos humanos. Este controle de convencionalidade típico da atividade jurisdicional da Corte Interamericana foi explicitamente<sup>23</sup>

<sup>20</sup> ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>. Acesso em: 23.02.2015.

<sup>21</sup> ACEVEDO, Domingo E. *La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (Non Bis in Idem) en el Caso Loayza Tamayo*. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Liber Amicorum, p. 299. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>. Acesso em 26.02.2015.

<sup>22</sup> ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997. Resolución da Corte serie C n. 45. Caso Genie Lacayo versus Nicarágua. Resolución de 13 de setembro de 1997. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_45\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_45_esp.pdf). Acesso em 23.02.2015.

<sup>23</sup> Em verdade, o dever dos tribunais nacionais de promover o controle de convencionalidade decorre da própria obrigação internacional assumida pelo Estado-parte, bem como, em alguns casos, como o Brasil, da sua própria normativa constitucional que prima pela prevalência das normas de direitos humanos, razão pela qual a única inovação, nesta ordem de ideias, do julgamento do caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, foi a fixação da terminologia “controle de convencionalidade. Neste sentido: ALCALÁ. Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, ano XLV, núm. 135,

estendido pela Corte aos tribunais nacionais em 2006, no julgamento do caso “*Almonacid Arellano versus Chile*”, sob os seguintes termos:

*“A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, **o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**”<sup>24</sup>.*

Com efeito, a necessidade de compatibilidade da normativa interna à normativa internacional não é uma novidade na jurisprudência da Corte, contudo, no julgamento deste caso (*Almonacid Arellano versus Chile*), pela primeira vez a Corte introduziu a exigência de que juízes nacionais exerçam o controle de convencionalidade. Essa exigência foi reiterada no julgamento dos casos *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) versus Perú*<sup>25</sup>, *Atala Riffo versus Chile*<sup>26</sup>, *Caso Heliodoro Portugal versus Panamá*<sup>27</sup>, *Cabrera García y Montiel Flores versus México*<sup>28</sup>, e *Gelman versus Uruguay*<sup>29</sup>.

septiembre-diciembre de 2012, PP. 1167-1223. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/135/art/art8.pdf>. Acesso em: 26.02.2015.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=335&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=es)

<sup>25</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 158, para. 128 (Nov. 24, 2006). p. 02–32. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>. Acesso em: 26.02.2015.

<sup>26</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 239, paras. 281–84 (Feb. 24, 2012), p. 59. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>. Acesso em: 26.02.2015.

<sup>27</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C N° 186, párrafo 180.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220.

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Monitoring Compliance with Judgment, Order of the Court, “Considering,” para. 66. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13_ing.pdf). Acesso em: 26.02.2015.

Neste lance, a Corte Interamericana reafirmou o papel dos juízes nacionais de verdadeiros *“intérpretes interamericanos da normas internacionais de direitos humanos”*, papel este já estatuído pela Convenção Americana, em especial na parte em que esta dispõe acerca do princípio da subsidiariedade. Trata-se de uma verdadeira hipótese de descentralização territorial e funcional do poder jurisdicional de fixar o sentido e o alcance não apenas da Convenção Americana, mas também de todos os demais tratados de direitos humanos do sistema, o que, para os fins deste trabalho, denominaremos de controle difuso de convencionalidade.

Para além de se estender aos Tribunais nacionais o dever de realizar este controle de convencionalidade no exercício ordinário de suas respectivas competências nacionais, a Corte Interamericana, estabeleceu-se como intérprete final da Convenção e demais tratados de direitos humanos, quando fixou o entendimento de que a interpretação por ela porventura exarada acerca do sentido e alcance das normas de direitos humanos tem eficácia vinculante, de tal sorte que *“nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”*<sup>30</sup>.

Este controle quando realizado pela Corte Interamericana é também *erga omnes* e transcendente de modo que a decisão proferida em relação à um Estado parte alcança juridicamente todos os demais Estados membros, mesmo que não sejam partes no caso sob julgamento, e alcança, também, eventual ato estatal similar àquele ato por ela julgado como violador das normas de Direito internacional.

310

Numa interpretação literal do disposto no artigo 68.1 chegaríamos à conclusão de que apenas os Estados que forem parte num dado caso teriam tem o compromisso internacional de cumprir a eventual decisão emanada da Corte, e que somente as pessoas, os fatos e atos nacionais discutidos nesses respectivos autos sofreriam a incidência do julgamento da Corte. Confira-se:

“Artigo 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

Todavia, a Corte Interamericana elaborou um conjunto significativo de jurisprudência, através da interpretação sistemática das convenções americanas de direitos humanos e princípios gerais de direitos, com a adaptação de precedentes europeus e mundiais fixando que *“la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”*<sup>31</sup>, mas que

<sup>30</sup> Id Ibidem.

<sup>31</sup> Ferrer Mac-Gregor no seu voto na sentença da Corte IDH no caso Cabrera García y Montiel Flores versus México afirma que *“la jurisprudencia de la Corte IDH adquiere ‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como*

em ambos casos o Estado sempre terá o dever internacional de respeitar os precedentes da Corte:

“68. (...), cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. (...). Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma (...).

69. (...), en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana .

---

‘parte material’. Lo anterior, debido a los efectos de la norma convencional interpretada, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia” (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, en voto razonado en Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N° 220, párrafo 79).

Trata-se, portanto, do estabelecimento da distinção entre coisa julgada internacional e coisa interpretada<sup>32</sup>, o *stare decisis* interamericano. A primeira, decorrente da autoridade judicante meritória in concreto da Corte e a segunda decorrente da autoridade interpretativa da jurisprudência da Corte Interamericana, de uma lógica sistêmica de um imperativo de segurança jurídica e de respeito às interpretações da Corte IDH porque “*el principio de solidaridad implica que la jurisprudencia de la Corte (...) forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales*”<sup>33</sup>.

À luz da jurisprudência desenvolvida pela Corte Interamericana sobre o efeito vinculante de suas próprias decisões e da própria experiência brasileira de abstrativização do controle concreto e difuso de constitucionalidade, destacamos que há, no mínimo, cinco razões justificadoras para o efeito vinculante das decisões da Corte Interamericana. A primeira razão é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, analogicamente comparada no plano interno à um Tribunal Constitucional, é a guardiã da Convenção Americana, isto é, um corpo judicial especificamente criado para interpretar finalisticamente a Convenção e instrumentalizado com hermenêutica própria<sup>34</sup> (artigo 29 da Convenção) para

<sup>32</sup> “*A través de la cosa interpretada de la Corte Interamericana, la ratio decidendi de sus sentencias, debe entenderse incorporadas a las disposiciones convencionales, las que los jueces internos deben respetar. Así, la autoridad de las sentencias de la CIDH desborda ampliamente su estricto alcance jurídico para el caso concreto, lo que es común también al fallo del TEDH, en ambos casos se aplica el principio de economía procesal. Las autoridades del Estado, nivel en el cual se encuentran también las jurisdicciones nacionales, deben conformarse a la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH, en su caso. Ello lleva a sostener la doctrina de que las sentencias de la CIDH como las del TEDH se encuentran revestidas de la autoridad de “cosa interpretada”<sup>33</sup>, que supera la de “cosa juzgada”. La CIDH utiliza sus sentencias con autoridad de cosa interpretada, reforzando el efecto directo de sus resoluciones bajo reserva que ellos aportan una solución en términos precisos y completos a casos similares, extendiendo este efecto de la sentencia dictada contra un Estado Parte a todos los estados partes cuyo orden jurídico o práctica son igualmente concernidos por la resolución de la CIDH, pudiendo apoyarse en los artículos 1 y 2 de la CADH*”. (NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Op. cit., p. 72.).

<sup>33</sup> Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 “Execution of judgments of the European Court of Human Rights”: “3. The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice”). Disponível em: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834&Language=EN>. Acesso em: 26.02.2015.

<sup>34</sup> “*pro homine*’ interpretation”. A respeito: Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Ricardo Canese v. Paraguay, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 31 Aug. 2004,



promover a interpretação desta normativa internacional geral e das demais específicas.<sup>35</sup>

A segunda razão é a Corte Interamericana tem se engatado numa interpretação evolutiva da normativa internacional de proteção dos direitos humanos, tomando a Convenção Americana como um instrumento vivo (“living convention<sup>36</sup>”), ou seja, em construção.

A terceira razão é de ordem econômico-processual, pois como bem afirmado pela própria Corte, em voto arrazoado no Juiz García Ramírez, no no Caso Aguado versus Peru<sup>37</sup>, de 24 de novembro de 2006, “*não caberia esperar que ela (a Corte) se visse na necessidade de julgar centenas ou milhares de casos sobre um só tema convencional --o que entranharía um enorme desamparo para os indivíduos--*, é dizer, todos os litígios que se apresentam em todo tempo e em todos países, resolvendo um a um os fatos violadores e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades particulares. A única possibilidade de tutela razoável implica que, uma vez fixado o “critério de interpretação e aplicação”, esse seja acolhido pelos Estados no conjunto de seu aparato jurídico: por meio de políticas, leis e sentenças que deem transcendência, universalidade e eficácia aos pronunciamentos da Corte (...)”. Trata-se de uma questão de eficiência com vistas à primar pela coerência e consistência dos julgados e, em última instância, de toda a Organização Interamericana de Direitos Humanos e seus respectivos Estados Membros.

A quarta razão é de ordem lógico-jurídica, vez que a não obediência à interpretação preconizada pela Corte por si só é apta a configurar um ilícito internacional passível de submeter o Estado violador a ser internacionalmente demandado perante a Corte Interamericana, o que ensejaria uma indesejável e insustentável antinomia jurídica ante a licitude e validade interna de determinado ato ou omissão estatal em contraposição à responsabilização internacional do Estado pela ilicitude do mesmo ato ou omissão estatal, em detrimento dos princípios da segurança jurídica.

A quinta razão, por sua vez, é de ordem teleológica-convencional, vez que o 69 da Convenção, exige que todos os Estados Parte da Convenção sejam

---

Series C No. 111, at para. 181; Caso Herrera-Ulloa v. Costa Rica, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 2 July 2004, Series C No. 107, at para. 184; e Caso Baena-Ricardo et al. v. Panama, Merits, Reparations, and Costs, Judgment of 2 Feb.2001, Series C No. 72.

<sup>35</sup> Neste sentido afirmou o juiz García Ramírez, no no Caso Aguado versus Peru: “*Posto que a CADH e o Estado da Corte Interamericana --ambos, produtos da vontade normativa dos Estados Americanos que as emitiram-- conferem à Corte a função de interpretar e aplicar a Convenção americana (e, em seu caso e espaço, outros tratados: protocolos e convenções que preveem, com múltiplas fórmulas, a mesma atribuição dentro do corpus juris de direitos humanos), incumbe a esse tribunal fixar o sentido e alcance das normas contidas nesses ordenamentos internacionais*”.

<sup>36</sup> Essa teoria se baseia no conceito de que a Convenção foi escrita e pactuada em termos flexíveis, os quais assumem significados dinâmicos, com capacidade, pois, de se adaptar à evolução temporal e cultural.

<sup>37</sup> Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf).

notificados dos acórdãos prolatados pela Corte, de modo que dela tomando ciência, observem seus preceitos.

A Corte Interamericana, em verdade, aplicou implicitamente a doutrina do *stare decisis* relacionada com o brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, “mantenha-se a decisão e não ofenda o que foi decidido”, segundo a qual os precedentes firmados por um tribunal superior são vinculantes para todos os órgãos jurisdicionais inferiores dentro de uma mesma jurisdição. Trata-se de uma teoria típica dos sistemas tipicamente judicialistas<sup>38</sup>, a noção de um precedente formal e verticalmente vinculante.

A doutrina do *stare decisis* apoia-se em dois princípios. O primeiro é o da verticalidade vinculante dos precedentes, segundo o qual os tribunais inferiores estão vinculados a tribunais superiores (*stare decisis* vertical). O segundo é o da horizontalidade vinculante dos precedentes segundo o qual os tribunais superiores estão vinculados pelos suas próprias decisões anteriores (*stare decisis* horizontal), fundados na igualdade, previsibilidade e segurança jurídica<sup>39</sup>.

Em sistemas da civil law, tribunais inferiores têm liberdade para não aplicar as decisões exaradas pelos tribunais superiores, pois a jurisprudência é, máxime, considerada como “*lei de facto*”. Não nos parece ser esta a hipótese da jurisprudência da Corte em matéria de controle de convencionalidade dos atos estatais nacionais.

A utilização implícita desta teoria mitiga toda a perspectiva dominante de que os tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são mundos separados, dado que funcionam em diferentes sistemas jurídicos e em diferentes contextos jurídicos e políticos.

O efeito vinculante num sistema judicial cuja estrutura organizacional as instâncias se sobrepõem, ou seja, são superpostas, pode decorrer da própria competência derogatória que os órgãos ditos superiores possuem em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, ditos inferiores, quando do exercício de suas competências recursais, legais ou constitucionais, com a consequente substituição do julgado vergastado por outro que eventualmente seja prolatado no juízo ad quem.

Estabelece-se, desta sorte, um verdadeiro controle difuso de constitucionalidade, análogo às características dos sistemas judicialistas.

Neste ponto, discordamos daqueles que entendem que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce o controle de convencionalidade

<sup>38</sup> TAVARES. André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. SP : Método 2007, p. 345-346

<sup>39</sup> “[...] It would, therefore, be extremely inconvenient to the public, if precedents were not duly regarded and implicitly followed. It is by the notoriety and stability of such rules that professional men can give safe advice to those who consult them; and people in general can venture with confidence to buy and trust, and to deal with each other. [...]” (KENT. James. *Commentaries on American Law* by James Kent: Volume 1, 1886, p. 745/746). Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=PffEK4zdaVEC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PA3](https://play.google.com/books/reader?id=PffEK4zdaVEC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PA3).

na modalidade concentrada, enquanto que a modalidade difusa é função das jurisdições nacionais<sup>40</sup>, pois todas as hipóteses de exercício da jurisdição da Corte Interamericana ocorrem no contexto de um litígio subjetivo, em concreto. Sequer há, no sistema interamericano, mecanismo próprio para questionamento *in abstracto* das leis nacionais.

Noutro norte, a legitimidade do uso pela Corte Interamericana desta teoria como técnica decisória normativa depende, contudo, da fundamentação que se dê a duas arguições. Primeiro, a Corte Interamericana é um tribunal superior aos demais órgãos judiciais nacionais? E, subsidiariamente, em caso de negativa a primeira indagação: a aplicação da teoria do *stare decisis* depende necessariamente da existência de um tribunal com superioridade hierárquica, ou pode decorrer de outro fundamento?

Sob a perspectiva da Convenção Americana e de todo sistema, em que ela está inserta, há um sistema judicial interamericano formado pela interação vertical entre a Corte Interamericana e as instâncias judiciais nacionais não com base numa estrutura organizacional tradicional de instâncias que se sobrepõem num sistema estatal judicial unificado e hierarquizado internamente, mas sim com base no princípio da subsidiariedade<sup>41</sup> (complementariedade), e com base na posição de intérprete final que a Corte Interamericana desempenha, controlando derradeiramente a aplicação dos direitos humanos efetuada pelos órgãos judiciais nacionais. Estabelece-se, pois, um diálogo vinculado e com caráter vertical<sup>42</sup>,

<sup>40</sup> MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Control difuso de convencionalidad em El Estado Constitucional. In: Fix-Zamudio, Hector e Valadés, Diego, Formación y perspectiva Del estado mexicano. México: UNAM. P. 173. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 25.02.2015.

<sup>41</sup> Artigo 46.1 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito internacional geralmente reconhecidos;

(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20.02.2015).

<sup>42</sup> “El diálogo puede alimentarse de diversas interacciones entre diversos jueces o tribunales. Un primer tipo de diálogo se desarrolla inserto en el seno de un sistema jurídico en que el Estado es parte de un ordenamiento internacional o supranacional al que se vincula y tiene el aspecto de verticalidad en La medida que toma cuerpo entre un juez interno y un juez internacional, siendo este último el cual tiene la última palabra en las materias en que el Estado parte se ha sometido a su jurisdicción vinculante, en el ámbito de su competencia. La participación de los estados como partes de ordenamientos convencionales que aseguran y garantizan derechos humanos establecen restricciones procesales específicas en relación a los órdenes jurídicos internos que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como asimismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la de la Corte Internacional, debiendo asegurar el juez interno al menos el estándar mínimo común o “protección equivalente” a la que brinda la jurisprudencia de la Corte Internacional respectiva. Esta es la perspectiva en que desarrolla sus funciones la Corte de San José, conceptos ya desarrollados y aplicados desde hace décadas por la Corte de Estrasburgo respecto de la

sem óbices de que hajam mecanismos típicos de um diálogo horizontal, internacionalmente cooperativo, dada a inexistência de qualquer relação jurídica subjacente.

Sob a perspectiva constitucional brasileira, a Corte Interamericana é um órgão judiciário especializado em direitos humanos, de extração constitucional posto que previsto internamente por meio de uma norma constitucional de eficácia limitada (artigo 7º do ADCT da CF/88), ao qual toda a República Federativa do Brasil encontra-se jurisdicionalmente sujeita.

Com efeito, para o Brasil a justiciabilidade internacional dos direitos humanos não é coisa do presente século, ao contrário, data de mais de meio século. Pois, fora precisamente a Delegação do Brasil que, durante a IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá no ano de 1948, propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Proposta esta que fora aprovada e adotada como XXI Resolução daquela Conferência, a qual ressaltava a necessidade da criação de um órgão judicial internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos<sup>43</sup>.

O constituinte de 1988, impactado pelos ideais dos direitos humanos internacionais, mostrou-se sensível ao momento histórico de justiciabilidade internacional dos direitos referidos e, não se limitando a promover uma abertura meramente material quanto à aceitação do Direito internacional dos direitos humanos (artigo 1º, 4º e 5º, §2º e 3º da CF/88), promoveu a delegação da prestação jurisdicional dos direitos humanos aos órgãos judiciais internacionais.

316

O artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sob o ponto de vista jurídico-positivo, reflete, pois, o reconhecimento constitucional da justiciabilidade internacional dos direitos humanos, e como toda e qualquer norma constitucional de eficácia limitada, demanda regulamentação<sup>44</sup> para sua plena aplicação, não obstante as importantes funções<sup>45</sup> de parâmetro de fonte interpretativa e de controle de constitucionalidade e de recepção de normas anteriores à Constituição, que exercem.

---

Convención Europea de Derechos Humanos, siendo dichos tribunales internacionales los que tienen la competencia de intérpretes fidedignos y finales del respectivo ordenamiento jurídico (...)" (ALCALÁ. Humberto Nogueira. Op. cit., p. 2-3).

<sup>43</sup> IKAWA. Danilea, MELO. Mônica, MAVILA. Olga Espinoza. "Nota Introdutória À Jurisdição Contenciosa da corte Interamericana de Direitos Humanos", in Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p.356.

<sup>44</sup> Projeto de Lei nº 3.214/2000 e Projeto de Lei 4.667/2004, que dispõem acerca dos efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dá outras providências.(BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?sessionid=9CA2040112FCBC9C3941AC77265439F7.node2?codteor=528706&filename=Avalso+-PL+4667/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?sessionid=9CA2040112FCBC9C3941AC77265439F7.node2?codteor=528706&filename=Avalso+-PL+4667/2004). Acesso em: 20.02.2015.

<sup>45</sup> Eficácia negativa, ou eficácia mínima, ou eficácia vinculante. (CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina. 2007, p. 1176/1177).

Em preliminar regulamentação, pois, do 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o Brasil, reconsiderando sua posição inicial acerca da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconheceu a competência da jurisdição da referida Corte em 1998<sup>46</sup>.

Com a aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil não apenas está sujeito a ser demandado perante aquela Corte, em razão de qualquer hipótese de desrespeito às normas convencionais às quais se obrigou a cumprir e a dar cumprimento, como também submete-se inteiramente (todos os seus órgãos, inclusive o Judiciário), ao sentido e alcance das normas convencionais fixada pela Corte Interamericana. Pode-se, afirmar, pois, que por força de uma interpretação sistemática do status normativo do ato de aceitação da jurisdição da Corte Interamericana, com o artigo 7º do ADCT e com as disposições da Convenção Americana, a Corte Interamericana constitui um órgão supranacional a cuja jurisdição se submetem todos os poderes da República Federativa do Brasil, num diálogo vertical em matéria de direitos humanos.

## **Papel do Judiciário Brasileiro no cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

O papel primeiro do Judiciário brasileiro é dialogar vertical e horizontalmente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

317

O diálogo horizontal se dará por meio do desenvolvimento de canais e instrumentos de cooperação internacional em matéria judicial.

A seu turno, o estabelecimento do diálogo vertical se dará quer pelo exercício primário do controle difuso de convencionalidade, quer pela submissão ao *stare decisis* interamericano.

O diálogo vertical, decorrente do dever de exercer difusamente o controle de convencionalidade das normas brasileiras, será exercido, em tese, primeiramente pelo Judiciário nacional, pois à luz do princípio da subsidiariedade os Estados têm a responsabilidade primária de proteger os direitos humanos por meio dos seus sistemas e práticas jurídicas nacionais, cabendo à Corte uma agir complementar em correção à omissão ou insuficiência protetiva estatal. Neste sentido a pertinente advertência de que:

“(..) no debe olvidarse que cuando llega un caso al sistema interamericano de protección de derechos fundamentales y el Estado es condenado, es porque ha fallado una instancia jurisdiccional del sistema nacional, ya que para acceder al sistema interamericano deben haberse agotado previamente las instancias jurisdiccionales internas, así ocurrió con los casos chilenos

<sup>46</sup> BRASIL. Decreto Legislativo 89/1998. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=150844>. Acesso em: 20.02.2015.

“La última tentación de Cristo”<sup>45</sup>, “caso Palamara”<sup>46</sup>, caso “Claude Reyes vs. Chile”<sup>47</sup> y caso “Almonacid y otros vs. Chile”<sup>48</sup> y “Atala y niñas vs. Chile”<sup>49</sup>.

No exercício do controle difuso de convencionalidade o Judiciário brasileiro deverá consolidar sua jurisprudência em consonância com os tratados interamericanos de direitos humanos (interpretação do Direito interno conforme a Convenção Americana), respeitando, entre outras, as normas de interpretação contidas no artigo 29 da Convenção Americana (princípio *pro homine*, e princípio da progressividade).

No diálogo vertical, decorrente da submissão do Judiciário brasileiro ao *stare decisis* interamericano, competirá ao Judiciário nacional coordenar e harmonizar a jurisprudência nacional com aquela formulada pela Corte Interamericana, assegurando um *standard* mínimo comum de proteção dos direitos humanos equivalente, ou mesmo superior, àquela garantida pela jurisprudência da Corte (artigo 1º e 2º da Convenção Americana).

Ainda, ao assinar a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo Facultativo de Aceitação da Jurisdição Obrigatória da Corte Interamericana o Brasil, por força do que dispõe o artigo 68.2 daquela normativa, obrigou-se a promover a execução das condenações indenizatórias proferidas pela Corte Interamericana segundo o trâmite da execução de sentenças locais contra a Fazenda Pública. Este é, pois, o primeiro marco regulatório acerca da executoriedade das decisões da Corte Interamericana no Brasil, o qual remete a executoriedade destas decisões em específico à legislação processual ordinária que rege a execução de título judicial por quantia certa contra a fazenda pública e toda a ritualística da fazenda pública em juízo<sup>48</sup>.

É, assim, o segundo papel a ser desempenhado pelo Judiciário brasileiro: promover a executoriedade das condenações indenizatórias, não obstante entendermos inaplicável na sua integralidade a ritualística dos embargos à execução contra a Fazenda Pública (artigo 741 do CPC), vez que, entre outras razões de igual relevância, poderia ensejar a revisão nacional de decisão transitada

<sup>47</sup> ALCALÁ. Humberto Nogueira. Op. cit., p. 77.

<sup>48</sup> Como bem observa André de Carvalho Ramos: “No caso brasileiro, a execução de quantia certa contra o Estado é regida genericamente pelo artigo 100 da Constituição Federal e pelos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil. Admite-se tal execução com base em título executivo judicial, que é a sentença transitada em julgado. (...) De fato, considerando-se, na visão dominante do Supremo Tribunal Federal, que a Convenção Americana de Direitos Humanos incorporada internamente possui o mesmo status normativo de lei ordinária, introduziu-se uma nova hipótese de execução judicial contra a Fazenda Pública cujo título executivo judicial é sentença internacional. Só que, ao invés de sentença nacional, é título executivo a sentença internacional (RAMOS. André de Carvalho. Processo Internacional dos Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p, 331-332).

em julgado da Corte Interamericana e, assim, configurar um ilícito internacional passível de nova responsabilização perante aquela Instância.

Este marco regulatório afigura-se, todavia, lacunoso se considerarmos que a Corte não emite apenas condenações indenizatória, mas também cominatórias e inibitórias, bem como expedite sentenças declaratórias, cujas respectivas materialidades não se amoldam à ritualística processual da execução de título judicial por quantia certa contra a Fazenda Pública. Sobre estas decisões cominatórias, inibitórias e cautelares nada dispõe a Convenção Americana, remanescendo apenas a obrigação genérica estatuída no artigo 68.1. da Convenção, no sentido de que *“os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”*.

Acerca destas decisões, corroboramos com o entendimento doutrinário de que não se afigura compatível com a natureza jurídica das decisões da Corte Interamericana a ritualística da homologação de sentença estrangeira, razão pela qual o terceiro papel a ser desempenhado pelos órgãos judiciais brasileiros em relação a tais decisões, é de caráter negativo.

Não é, pois, papel dos órgãos judiciais brasileiros promover a homologação de quaisquer modalidades das decisões interamericanas, razão pela qual inconstitucional seria a regulamentação que intentasse positivar este procedimento. A uma porque, afigura-se materialmente inconstitucional a aplicação do procedimento homologatório à decisão de natureza diversa daquela prevista no artigo 105, I, “i” da CF/88<sup>49</sup>.

A duas porque, segundo a atual, mas controversa, jurisprudência majoritária do C. STF acerca do status normativo dos tratados de direitos humanos, estes detêm status normativo supralegal, de modo que a sistemática de homologação de sentença estrangeira disposta no artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB<sup>50</sup> não apenas não se aplica a estas decisões da Corte Interamericana ante a distinta natureza jurídica de uma sentença estrangeira e de uma sentença internacional, como também ante a prevalência hierárquico normativa do artigo 68.2 da Convenção Americana sobre o disposto no citado artigo 15 da LINDB<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>50</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, com Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

<sup>51</sup> A respeito do tema, vale reproduzir a lição de José Carlos de Magalhães no sentido de que: *“É conveniente acentuar que sentença internacional, embora possa revestir-se do caráter de sentença estrangeira, por não provir de autoridade judiciária nacional, com aquela nem sempre se confunde. Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional*

Por fim, porque se fosse dado ao Judiciário brasileiro promover a homologação das decisões da Corte Interamericana, para que só então estas gozem de executividade nacional, haveria flagrante violação ao princípio do devido processo legal, pois o próprio Estado brasileiro, que fora réu na demanda internacional, poderia revisitar, por meio do seu Judiciário, a legalidade formal da sentença internacional condenatória negando-lhe homologação caso se enquadrasse em uma das hipóteses ou requisitos dispostos no artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e da Resolução nº 09, de 04 de maio de 2005 do STJ, o que é de todo suspeito, imoral e subversivo à cláusula da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, ao dever convencional impostos aos Estados de submeterem-se em boa-fé e lealdade processual às decisões desta.

## Conclusão

A existência de sistema pluralista de tribunais nacionais e internacionais que interpretam e aplicam normas internacionais de direitos humanos propicia um ambiente de potencial conflito intra e inter judicial acerca do sentido e do alcance de uma mesma normativa, seja em abstrato, seja na análise de um caso concreto.

Caso pragmático acerca deste potencial conflito intrajudicial é a pendente controvérsia instaurada entre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a do Supremo Tribunal Federal acerca da validade jurídica da Lei brasileira de Anistia, a Lei nº. 6683/1979.

320

A Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui um órgão jurisdicional autônomo que integra Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, cuja função direciona-se à interpretação e aplicação da Convenção Americana. O reconhecimento de sua jurisdição obrigatória é facultativa aos Estados-membros, sendo que uma vez reconhecida sua competência esta é considerada uma “cláusula pétreia que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no artigo 62 da Convenção”, não possuindo, inclusive, necessário efeito *ex nunc* sobre os fatos perante ela denunciado.

Ao apreciar e julgar a responsabilidade internacional de um dado Estado a Corte Interamericana não funciona como um tribunal de “quarta instância”, porém realiza o controle de convencionalidade, isto é a averiguação da compatibilidade

---

*de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia. Em ambos os casos, a submissão do Estado à jurisdição da corte internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não. Mas, se aceitou, mediante declaração formal, como se verifica com a autorizada pelo Decreto legislativo n. 89, de 1998, o país está obrigado a dar cumprimento à decisão que vier a ser proferida. Se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar [...] Tal sentença, portanto, não depende de homologação do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque pode ter sido esse Poder o violador dos direitos humanos, cuja reparação foi determinada” (MAGALHÃES, J. C. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.102).*



material dos atos normativos, administrativos e judiciais nacionais com as respectivas normas interamericanas de direitos humanos.

Este controle de convencionalidade foi explicitamente estendido pela Corte aos tribunais nacionais no julgamento do caso “*Almonacid Arellano versus Chile*”, reafirmando-se o papel dos juízes nacionais de verdadeiros “*intérpretes interamericanos da normas internacionais de direitos humanos*”.

A Corte Interamericana estabeleceu-se como intérprete final da Convenção e demais tratados de direitos humanos quando fixou o entendimento de que a interpretação por ela porventura exarada acerca do sentido e alcance das normas de direitos humanos tem eficácia vinculante e *ergam omnes*, aplicando, assim, implicitamente, a doutrina do *stare decisis* que mitiga toda a perspectiva dominante de que os tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são mundos separados, dado que funcionam em diferentes sistemas jurídicos e em diferentes contextos jurídicos e políticos.

No sistema interamericano de direitos humanos há um controle difuso de constitucionalidade, análogo às características dos sistemas judicialistas.

Sob a perspectiva da Convenção Americana e de todo sistema em que ela está inserida há um sistema judicial interamericano formado pela interação vertical entre a Corte Interamericana e as instâncias judiciais nacionais com base no princípio da subsidiariedade.

Sob a perspectiva constitucional brasileira, a Corte Interamericana é um órgão judiciário especializado em direitos humanos, de extração constitucional posto que previsto internamente por meio de uma norma constitucional de eficácia limitada (artigo 7º do ADCT da CF/88), ao qual toda a República Federativa do Brasil encontra-se jurisdicionalmente sujeita.

O papel primeiro do Judiciário brasileiro é dialogar vertical e horizontalmente com a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O diálogo horizontal se dará por meio do desenvolvimento de canais e instrumentos de cooperação internacional em matéria judicial.

A seu turno, o estabelecimento do diálogo vertical se dará quer pelo exercício primário do controle difuso de convencionalidade, quer pela submissão ao *stare decisis* interamericano.

No exercício do controle difuso de convencionalidade o Judiciário brasileiro deverá consolidar sua jurisprudência em consonância com os tratados interamericanos de direitos humanos (interpretação do Direito interno conforme a Convenção Americana), respeitando, entre outras, as normas de interpretação contidas no artigo 29 da Convenção Americana (princípio *pro homine*, e princípio da progressividade).

No diálogo vertical, decorrente da submissão do Judiciário brasileiro ao *stare decisis* interamericano, competirá ao Judiciário nacional coordenar e harmonizar a jurisprudência nacional com aquela formulada pela Corte Interamericana, assegurando um *standard* mínimo comum de proteção dos direitos humanos equivalente, ou mesmo superior, àquela garantida pela jurisprudência da Corte (artigo 1º e 2º da Convenção Americana).

Ainda em sede de um diálogo vertical, conforme dispõe o artigo 68.2 da Convenção Americana compete ao Judiciário nacional processar a execução das condenações indenizatórias proferidas pela Corte Interamericana segundo o trâmite da execução de sentenças locais contra a Fazenda Pública.

O artigo 68.2 da Convenção é lacunoso em relação às decisões cautelares, cominatórias e inibitórias prolatadas pela Corte, remanescendo apenas a obrigação genérica estatuída no artigo 68.1. da Convenção, no sentido de que “*os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes*”.

Acerca destas decisões, corroboramos com o entendimento doutrinário de que não se afigura compatível com a natureza jurídica das decisões da Corte Interamericana a ritualística da homologação de sentença estrangeira, razão pela qual o terceiro papel a ser desempenhado pelos órgãos judiciais brasileiros em relação a tais decisões, é de caráter negativo. Não é, pois, papel dos órgãos judiciais brasileiros promover a homologação de quaisquer modalidades das decisões interamericanas, razão pela qual inconstitucional seria a regulamentação que intentasse positivar este procedimento, pois afigura-se materialmente inconstitucional a aplicação do procedimento homologatório à decisão de natureza diversa daquela prevista no artigo 105, I, “i” da CF/88<sup>52</sup>, há prevalência hierárquico normativa do artigo 68.2 da Convenção Americana sobre o disposto no citado artigo 15 da LINDB, e tendo o Estado brasileiro sido réu na demanda internacional não é a ele dado o poder de revisitar, por meio do seu Judiciário, a legalidade formal da sentença internacional condenatória negando-lhe homologação.

## Referências bibliográficas

ACEVEDO, Domingo E. *La Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enjuiciamiento Penal Múltiple (Non Bis in Idem) en el Caso Loayza Tamayo*. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Liber Amicorum, p. 299. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>>. Acesso em 26.02.2015.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris Interamericano para las jurisdicciones nacionales*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, ano XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, PP 1167-1223*. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/135/art/art8.pdf>. Acessado em: 26.02.2015.

ALFORD, Roger P. “*The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance*” (2000). Journal Articles. Paper 9. [http://scholarship.law.nd.edu/law\\_faculty\\_scholarship/9](http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/9). Acesso em: 27.02.2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 25.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n.º 3.214, de 2000* (Do Sr. Marcos Rolim).

BRASIL. Decreto-Lei n.º. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, com Redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010.

<sup>52</sup> Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

- i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

BRASIL. STF. ADIn 595-ES. Relator Ministro Celso de Melo. decisão publicada no DJU de 26.2.2002.

C.H. Schreuer (1978). The Applicability of Stare Decisis to International Law in English Courts. *Netherlands International Law Review*, 25, pp 234-238. <http://dx.doi.org/10.1017/S0165070X00015552> Disponível em: <http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=4973436>

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. 2007, p. 1176/1177.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONI, Luiz Claudio. *Diplomacia Judicial*. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=217832>. Acesso em: 10.03.2015)

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Súmulas vinculantes e independência judicial*. São Paulo: Editora RT. JR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, V. 1., 7. ed. Edições Juspodivm.

IKAWA, Danilea, MELO, Mônica, MAVILA, Olga Espinoza. “Nota Introdutória À Juirisdição Contenciosa da corte Interamericana de Direitos Humanos”, in Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: legislação e jurisprudência. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2001, p.356.

KENT, James. *Commentaries on American Law by James Kent: Volume 1*, 1886, p. 745/746. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=PffEK4zdaVEC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PA3](https://play.google.com/books/reader?id=PffEK4zdaVEC&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PA3).

KINGSBURY, Benedict. *Foreword: Is The Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?* Disponível em: [http://www.pict-pcti.org/publications/PICT\\_articles/JILP/Kingsbury.pdf](http://www.pict-pcti.org/publications/PICT_articles/JILP/Kingsbury.pdf). Acesso em: 27.02.2015.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, en voto razonado en Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C Nº 220, párrafo 79.

\_\_\_\_\_. El Control difuso de convencionalidad em El Estado Constitucional. In: Fix-Zamudio, Hector e Valadés, Diego, Formación y perspectiva Del estado mexicano. México: UNAM. P. 173. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 25.02.2015.

MAGALHÃES, J. C. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.102.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia Del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011*. Estudios constitucionales [online]. 2012, vol.10, n.2, pp. 57-140. ISSN 0718-5200.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos. “Pacto de São Jose da Costa Rica”*. Disponível em: [http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acessado em: 26 de fevereiro de 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamerica de Derechos Humanos. Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 22 de enero de 1999 (Reparaciones y Costas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_48\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf). Acessado em: 26.02.2015).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989.

Serie C No. 5. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>. Acesso em: 23.02.2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Monitoring Compliance with Judgment, Order of the Court, “Considering,” para. 66. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman\\_20\\_03\\_13\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13_ing.pdf). Acesso em: 26.02.2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaí”) VS. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em:

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaí”) VS. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em:

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997. Resolução da Corte serie C n. 45. Caso Genie Lacayo versus Nicarágua. Resolução de 13 de setembro de 1997. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_45\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_45_esp.pdf). Acesso em 23.02.2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=335&lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=335&lang=es)

324

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 158, para. 128 (Nov. 24, 2006). p. 02–32. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>. Acesso em: 26.02.2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Merits, Reparations and Costs, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 239, paras. 281–84 (Feb. 24, 2012), p. 59. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>. Acesso em: 26.02.2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS. André de Carvalho. *Processo Internacional dos Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p, 331-332).

\_\_\_\_\_. O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia. *Consultor Jurídico*, nov. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>. Acesso em: 06 abr. 2013.

ROBLES, Manuel E. Ventura. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino Hacia um Tribunal Permanente*. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José da Costa Rica: Corte Interamericana de Directos Humanos, 2003.

TAVARES. André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. SP : Método 2007, p. 345-346

TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *O Direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LIXINSKI. Lucas Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *The European Journal of International Law* Vol. 21 no. 3, p. 585–604. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/21/3/2071.pdf>.



# A Família e a construção do Consenso: Mediação *versus* Jurisdição no Conflito entre Autoridade e Autonomia

Fabiana Alves Mascarenhas<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho incita uma discussão sobre a mediação como ferramenta de solução de conflitos, especialmente na seara familiar, abordando a dificuldade do instituto em ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, pela cultura existente a partir da ideia de *Estadania*. Lança-se um olhar sobre a necessidade de, no atual momento de crise da Justiça, consequência da própria crise do Estado, priorizar um método mais humanístico que garanta, com maior qualidade, a obtenção da Justiça, em sua ampla acepção. Sugere-se o deslocamento da ênfase da solução do conflito do Poder Judiciário brasileiro, dentro do processo de família, que tanto flexibilizou seus recortes, para os próprios sujeitos da relação, tendo como marcos teóricos a cultura da pacificação social com justiça, a democracia constitucional-deliberativa e o princípio da intervenção mínima do Estado e da máxima cooperação entre as partes. Tornar a justiça atingível aos cidadãos é a melhor maneira de fazer com que a mesma seja valorizada e perseguida pelos mesmos, consolidando um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; conflitos de família; mediação;

## Da família Tradicional ao Modelo Contemporâneo

Observando em um contexto macro, a família sempre obteve grande destaque na organização do tecido social, tendo sido, em sociedades tradicionais, a própria estrutura da sociedade. Com o fortalecimento do poder do Estado, esta foi reduzindo consideravelmente sua autonomia para a própria intimidade do cidadão, e segue, dentro da atual modernidade avançada<sup>2</sup> que se experimenta, delineando formatos completamente diversos, e se sujeitando cada vez mais a influências externas.

<sup>1</sup> Mestre e Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP/UFF. Bolsista CAPES. Professora Universitária de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo. famascarenhas@live.com

<sup>2</sup> Não há um consenso entre os autores quanto à abrangência e a nomenclatura, muitos autores falam em “fim da modernidade”, “pós modernidade”, “modernidade avançada”, dentre outros. Adota-se no trabalho a ideia de “modernidade avançada”, abraçada por Anthony Giddens, que seria uma modernidade ainda mais moderna.

Em um primeiro momento, o reconhecimento jurídico da família se dava somente através do casamento civil, de cunho meramente patrimonialista, deixando fora da tutela estatal qualquer arranjo que não este. Era assim denominada a família-instituição.

A inclusão da mulher no mercado de trabalho e a descoberta de métodos contraceptivos, à época da revolução industrial, fortaleceram o papel da mulher e começaram a dissociar a sexualidade da função meramente reprodutiva, assim como a migração das famílias para as cidades, onde os espaços de convivência ficaram menores, estreitaram os laços entre os membros da família, delineando um novo ideal de família como lugar privilegiado para a autodeterminação de seus membros. O conceito de família-instituição dá lugar ao de família-instrumento, “ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a proteção pelo Estado”<sup>3</sup>.

Com um olhar positivo, Anthony Giddens situa a família em um local privilegiado no escopo das transformações ocorridas nas relações sociais através dos tempos, considerando o modo com que os seres humanos pensam sobre si, além do modo com que estes se relacionam e criam laços com os outros, o conjunto mais importante de mudanças que se deram no mundo:

(...) O casamento e a família tornaram-se “instituições-casca”: ainda são chamados pelos mesmos nomes, mas dentro deles seu caráter básico mudou. Na família tradicional, o casal unido pelo casamento era apenas uma parte, e com frequência não a principal, do sistema familiar. Laços com os filhos e com outros parentes tendiam a ser igualmente importantes, ou até mais, na condução diária da vida social. Hoje o casal, casado ou não, está no cerne do que é a família. O casal passou a se situar no centro da vida familiar à medida que o papel econômico da família declinou e o amor, ou o amor somado à atração sexual, se tornou a base da formação dos laços de casamento<sup>4</sup>.

Ainda segundo o autor, nos parâmetros da antiga família tradicional, o casamento se assemelhava a certo estado de natureza, ou seja, dado estágio da vida a que todos deveriam passar, e os que assim não procedessem, sofreriam certo estigma social. Apesar do casamento ainda subsistir como uma condição natural do desenvolvimento humano, certamente seu significado sofreu uma mudança vertiginosa, uma vez que nunca antes tal relacionamento fora baseado na intimidade e na comunicação emocional, laços que nunca foram tão atuais, e são hoje imprescindíveis no delineio das relações.

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 39.

<sup>4</sup> GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record. 2010. p. 68.



A postura em relação aos filhos, conseqüentemente, também sofreu reflexos, estes hoje sendo mais raros e mais valorizados, pois paradoxalmente a decisão de se ter um filho deixou de lado o respaldo na vantagem econômica para se tornar um encargo financeiro, além de ser guiada por necessidades psicológicas e emocionais<sup>5</sup>.

Todo o reordenamento institucional vem a ser explicado pela reflexividade que alimenta, em maior ou menor dimensão, exigências de maior autonomia e de remoralização da vida diária. Este movimento de “exame e reforma das práticas sociais devido à informação renovada”<sup>6</sup> é experimentado analisando a destradicionalização da família, do casamento, da sexualidade, dos relacionamentos pessoais, da religião, dentre outros.

Giddens aposta na ideia de “relacionamento puro”, compondo um tipo-ideal<sup>7</sup>, um modo bem diferente de laço social, de onde seria possível traçar um paralelo com os princípios basilares de um espaço democrático público:

(...) O bom relacionamento, nem é preciso dizer, é um ideal – a maioria dos relacionamentos comuns nem sequer se aproxima dele. Não estou sugerindo que nossas relações com cônjuges, amantes, filhos ou amigos não são com frequência confusas, conflituosas ou insatisfatórias. Mas os princípios da democracia são também ideais, e também eles se encontram com frequência a uma distância bastante grande da realidade. Um bom relacionamento é o que se estabelece entre iguais, em que cada parte tem iguais direitos e obrigações. Num relacionamento assim, cada pessoa tem respeito pela outra e deseja o melhor para ela. O relacionamento puro é baseado na comunidade, de tal modo que compreender o ponto de vista da outra pessoa é essencial. A conversa, ou diálogo, é o que basicamente faz o relacionamento funcionar. O relacionamento funciona melhor se as pessoas não escondem muita coisa uma da outra – é preciso haver confiança mútua. E a confiança tem que ser trabalhada, não pode ser somente pressuposta. Finalmente, um bom relacionamento é aquele isento de poder arbitrário, coerção e violência. Cada uma dessas qualidades corresponde aos valores da política democrática<sup>8</sup>.

Esta democratização da vida pessoal pode ser visível na contribuição que as mulheres vêm desempenhando no rearranjo da vida privada, assim como os homossexuais, com suas recentes conquistas.

<sup>5</sup> GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record. 2010. p. 69.

<sup>6</sup> GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp. p. 45.

<sup>7</sup> Tipo ideal ou tipo puro é um termo comumente associado ao sociólogo Max Weber (1864-1920). Na concepção de Weber é um instrumento de análise sociológica para o apreendimento da sociedade por parte do cientista social com o objetivo de criar tipologias puras, destituídas de tom avaliativo, de forma a oferecer um recurso analítico baseado em conceitos.

<sup>8</sup> GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record. 2010. p. 71.

Um ponto de vista bem mais preocupado é exposto por Ulrich Beck e Zygmunt Bauman. Para Beck, a família poderia ser retratada como uma “instituição zumbi”<sup>9</sup>, ou seja, instituição que está morta e ainda viva, conceito que abrange as categorias que sofreram grandes transformações com o avançar dos tempos, em um drástico contraste às “instituições-casca” descritas por Giddens.

Ainda de acordo com Beck, a modernidade tardia trouxe consigo um processo de individualização social, um movimento de ruptura com os padrões de classes, gênero, estratos, família. Tal individualização compreende-se por produto também da reflexividade, e pode ser paradoxalmente definida, por um lado, como libertação do indivíduo dos ditames impostos pela sociedade, e por outro, pela sensação de insegurança que este empoderamento representa.

Também corroborando com um pensamento inquietante, Zygmunt Bauman entende a atual economia política como de incerteza, qualificando uma globalização negativa que culminou em uma era de desengajamento, que norteia as interações em todos os campos do universo social e resultam na insegurança generalizada. A família se sente ameaçada frente a uma ordem social frágil e vulnerável:

(...) Suas fronteiras se tornaram embaçadas e contestadas, e as redes se dissolveram num terreno sem título de posse nem propriedade hereditárias. (...) Às vezes um campo de batalha, outras vezes o objeto de pendengas judiciais não menos amargas. As redes de parentesco não podem estar seguras de suas chances de sobrevivência, muito menos calcular suas expectativas de vida. Sua fragilidade as torna ainda mais preciosas<sup>10</sup>.

Nomeando a sociedade como líquido-moderna, Bauman sugere que vive-se nos dias atuais uma vida líquida, mergulhada em incertezas, onde as relações se baseiam na busca do consumo, do prazer imediato, podendo as mesmas serem descartadas quando estas não mais interessarem ao indivíduo. Tal insegurança potencializa o individualismo, em uma sociedade que se debruça em mecanismos de afastamento dos cidadãos, sobre redes de proteção social desmanteladas.

Todos os avanços e modificações de caráter afetivo e formal, no escopo das relações sociais, através dos tempos, certamente influenciam a maneira de compreender a evolução do direito e seu reflexo nos dias atuais, especialmente na seara da família. Entre visões otimistas e pessimistas, talvez a única unanimidade seja a compreensão de que, a partir do declínio de uma estrutura familiar primitiva, organizada em grupos de interesses comuns, vivendo em uma propriedade comum, sem o comércio e o acúmulo de riquezas, foi se formando a sociedade moderna como a conhecemos hoje.

<sup>9</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora 34. 2011.

<sup>10</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003. p. 47.

## Afeto: o novo Referencial das Relações Familiares no Brasil

Antes de qualquer análise, é preciso considerar as intensas evoluções acerca do desenho das estruturas familiares através dos tempos, estas não obedecendo mais aos padrões da família hierarquizada, devido às mudanças nos papéis sociais de homens e mulheres, à mudança da concepção de pátrio poder para poder familiar, onde tal poder se torna efetivamente compartilhado entre pais e mães, o advento da guarda compartilhada, a expansão do divórcio e as novas formas de arranjos familiares e uniões conjugais.

Através deste novo escopo de relações, tornam-se necessários cada vez mais acordos e flexibilizações entre os membros da família, com a inevitável transição de um modelo de relações preso à normatização para uma parceria que naturalmente impõe o protagonismo dos sujeitos. Nesta esteira, segundo Malvina Muszkat:

(...) A passagem de um sistema de organização de família normatizado e hierárquico para um sistema de vínculos mais igualitários marca um passo em direção à democratização da família, contribuindo para a promoção da igualdade de direitos e responsabilidades<sup>11</sup>.

Sem sombra de dúvidas, o grande e revolucionário marco do direito de família, no Brasil, foi a Constituição de 1988, cedendo ao desejo social de um tratamento mais humanístico e igualitário nas relações familiares, ampliando o conceito de família e promovendo uma expressiva valorização de seus entes.

Neste mesmo sentido, com o movimento de constitucionalização do direito civil, que incitou uma releitura de todo o ordenamento jurídico a partir de uma interpretação axiológica da Constituição, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, incorpora-se o conceito de família-instrumento, ligado à ideia de que a mesma deve ser protegida no sentido em que representa um poderoso instrumento de realização pessoal. Nas palavras de Gustavo Tepedino:

(...) a admissão crescente de novas entidades familiares autônomas em relação à formação familiar constituída em torno do casamento configura exemplo eloquente de constitucionalização do Direito Civil, na medida em que demonstra a perspectiva instrumental da família como formação social dirigida à plena realização da pessoa; confere-se, assim, maior efetividade à cláusula geral de tutela da dignidade humana, consagrada pela Constituição de 1988. A atribuição à autonomia existencial do indivíduo da escolha do próprio modelo familiar representa a releitura do Código Civil à luz dos princípios constitucionais<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. *Mediação familiar transdisciplinar*. São Paulo: Summus Editorial. 2008. p. 36.

<sup>12</sup> Famílias e Constituição. Boletim IBDFAM. n. 75. Ano 12. Julho/Agosto 2012.

Diante de tantas transformações decorrentes das modificações dos núcleos familiares, caminha-se, cada vez mais, para estruturas baseadas no sentimento e na afeição mútuos, vistas de modo a promover a satisfação pessoal de seus indivíduos, e não como mera formalização de padrões, que refletem uma visão patrimonialista e ultrapassada.

Para esta nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo, deu-se a nomenclatura de família eudemonista, assim sendo, aquela que busca a felicidade individual, promovendo um processo de emancipação de seus membros. Maria Berenice Dias relata que:

(...) Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de desenvolvimento da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Surgiu um nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista<sup>13</sup>.

332

O afeto, no tocante ao escopo dessa nova família, não pode ser entendido como aquele presente no modelo de família romano, presumido e condicionado à situação jurídica do casamento. Ao contrário, hoje se traduz como valor sócio-afetivo base de uma sociedade conjugal, proveniente do matrimônio ou não, pois como preleciona Paulo Luiz Netto Lobo:

(...) a afetividade, sob o ponto de vista jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, este de ocorrência real necessária. A afetividade é o princípio jurídico que peculiariza, no âmbito da família, o princípio da solidariedade<sup>14</sup>.

Porém, é importante ter sempre em mente, que ao contrário da visão comumente romantizada de família, o terreno das relações familiares é um núcleo carregado de conflitos. Há uma dinâmica alimentada pelo grau de intimidade e pela disputa de afetos que, de certa forma paradoxal, gera sentimentos ambíguos de amor e ódio, aliança e competição, proteção e domínio entre todos os membros de uma família, onde a prática da disputa coexiste lado a lado com o desejo de união e manutenção dos vínculos<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. p. 45.

<sup>14</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula 301 do STJ. *Revista Jurídica*. Porto Alegre. n.388. janeiro. 2005. p. 47.

<sup>15</sup> MUSZCAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. *Mediação familiar transdisciplinar*. São Paulo: Summus Editorial. 2008. p. 34-35.

Neste contexto, é importante que, ao se tratar da tutela jurídica da família, se busque uma adequação direcionada a um procedimento que respeite e promova o diálogo, focado em uma perspectiva interdisciplinar, levando em consideração o indivíduo como sujeito social, dentro de seus limites e peculiaridades.

## Judicialização das Relações Familiares no Brasil: o Paradoxo da Publicização do Privado

A família, primeiramente, não conheceu suas leis na cidade. Ao contrário disso, recebeu este direito já estabelecido, enraizado nos costumes e fortalecido pela adesão dos povos. A família era uma célula organizada, com suas regras, seu governo, seu chefe, autônoma em sua própria administração de conflitos.

Nestes moldes, a esfera pública e a privada mantinham suas distinções, sendo a primeira, lugar de exercício da liberdade e igualdade, enquanto a segunda ainda se submetia à religião, e persistia na medida da carência dos próprios homens. Tais crenças e temores religiosos eram suficientes para a manutenção da ordem, da disciplina e do senso de justiça, sem a necessidade de qualquer intervenção externa ou coerção, permitindo que o direito se mantivesse privado. Conforme colocado por Hannah Arendt:

(...) Historicamente é muito provável que o surgimento da cidade-estado da esfera pública tenha ocorrido às custas da esfera privada da família e do lar. Porém, a antiga santidade do lar jamais foi inteiramente esquecida, assim como o que impediu que a pólis violasse as vidas privadas de seus cidadãos e o que a fez ver como sagrados os limites que cercavam cada propriedade não foi o respeito pela propriedade privada tal como a concebemos, mas o fato de que, sem ser dono de sua casa, o homem não podia participar dos negócios do mundo porque não tinha nele lugar algum que lhe pertencesse<sup>16</sup>.

333

Na Idade Média, a família passa a timidamente se abrir para o espaço público, onde a rua começa a se colocar como local de comércio e lazer. A educação dos filhos passa a ser praticada fora de casa, assim como as atividades profissionais. O sentimento de família começa a se impor e redesenhar uma nova estruturação, com base na intimidade doméstica, no compasso dos progressos e das novas exigências da sociedade. Inicia-se a separação entre a vida privada, a vida profissional e a vida social ou pública.

Deste modo, com a impregnação do espaço privado pelo público, o chefe da família perde sua ascendência absoluta sobre seus membros subordinados, e o Estado começa a intervir na seara da solução de conflitos, onde a família começa a ser vista como objeto passível de administração. Surge, então, o “direito público

<sup>16</sup> ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004. p. 38 e 39.

da família, um conjunto de normas e instituições públicas constituindo a família como objeto, no seio dos processos de controle social”<sup>17</sup>.

Com a Revolução Industrial, no século XVII, a urbanização promove um deslocamento dos indivíduos para as cidades, e estes começam a habitar espaços cada vez menores, o que, por conseguinte, faz com que o tamanho das famílias seja diminuído. Tal época foi também marcante por uma valorização da afetividade, com a família se voltando para si em sua intimidade.

No contexto de mudanças pós-Revolução, o olhar se volta para a inserção da mulher no mercado de trabalho, desprendendo-se de uma história de ausência, devido à subordinação ao pai ou marido, em uma realidade de absoluta falta de autonomia. Existe uma profunda modificação na estrutura familiar, subtraindo-lhe o caráter religioso, e assumindo uma postura mais livre e igualitária.

A partir do século XVIII, o Estado amplia suas áreas de controle e influência. Dá-se início a era das codificações, que visa aniquilar a multiplicidade de costumes e a fragmentação do Direito, colocando fim aos arcaísmos perpetuados ao longo dos tempos.

A família, entretanto, sempre restou à margem das grandes codificações liberais, não lhe sendo aplicados os princípios da liberdade ou igualdade, uma vez que para a ideologia liberal burguesa, esta restava tão somente como instrumento de manutenção do *status quo*, sendo totalmente desconsiderados os indivíduos que a integravam<sup>18</sup>.

334

O século XIX, que vem a ser marcado pela publicização da família, vem no intento de substituir o patriarcado familiar pelo patriarcado do Estado:

(...) A família perde seu caráter de entidade particular, com existência própria, e se converte num ente jurídico, numa realidade normativa, subordinada ao império dos regulamentos e das leis. (...) O Estado dá e tira, reforma e estrutura, destrói e reorganiza a partir de sua ótica e de seus interesses<sup>19</sup>.

O Estado Social avança através do século XX, marcado pela presença estatal intervindo nas relações privadas e controlando os poderes econômicos, sob a égide da promoção da justiça social. O intervencionismo perpassa pela família, a fim de reduzir a ingerência dos poderes domésticos, incluir e equalizar seus membros, visando alcançar a dignidade humana<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> MILLARD, Eric. *Famille et Droit Publique*. Paris: LGDJ. 1995. p. 397. apud GLANZ, Semy. *A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 132 e 133.

<sup>18</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese. n.24. jun/jul. 2004. p. 140.

<sup>19</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá. 1991. p. 319.

<sup>20</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese. n.24. jun/jul. 2004. p. 141.

No atual cenário social, é cediço o fato de que a família vem passando por intensas transformações estruturais. É também cada vez mais expressivo o alargamento da interferência estatal nessas novas áreas, até então imunes a tal intromissão, fazendo com que cada vez mais os indivíduos e as sociedades se enredem na semântica da justiça. Tal fenômeno, denominado de judicialização das relações familiares, consiste da “regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado”<sup>21</sup>, e encontra-se inserido em todo um movimento macro de invasão do direito no mundo contemporâneo.

Neste ponto, é possível perceber um fenômeno paradoxal: no mesmo passo em que a família fecha-se sobre si mesma na intimidade, em um processo de interiorização, almeja a legitimação do Estado tanto para sua constituição quanto para o reconhecimento de direitos individuais em seu próprio seio.

A dimensão propositiva das reformas não deve, portanto, começar nas codificações. Pode até passar por elas, mas no sentido de que as propostas chamem para si a responsabilidade com o futuro e instiguem o compromisso de se repensar as bases e os fundamentos das relações sociais, do privado ao público e do público ao social.

No contexto rascunhado, em que a família cada vez mais se expõe à apreciação do Judiciário no tratamento de suas demandas, torna-se imperioso avaliar até que ponto a contraprestação oferecida pelo Estado está sendo satisfatória e adequada, além de buscar uma análise da dinâmica dos métodos utilizados no intento de atingir o almejado consenso.

## Juízos de Família: partes como Sujeitos de Direitos ou Objetos de Prova?

A adequada reconstrução dos fatos no processo é fator condicionante para uma decisão aceitável e por tal motivo as disposições relativas à prova e sua consequente valoração pelo juiz são objeto de estudos nos sistemas processuais modernos.

O procedimento probatório, em seu conjunto, engloba diferentes fases que vão desde a postulação e consequente admissão, passando pela efetiva produção e culminando com a valoração das provas<sup>22</sup>, momento em que se concentra todo o resultado da atividade probatória.

<sup>21</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan. 1999. p. 149.

<sup>22</sup> Ovídio Batista da Silva destaca três momentos da atividade probatória: aquele em que a prova é proposta, aquele em que é admitida pelo juiz e aquele em que é produzida. SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 292. Barbosa Moreira ressalta três em que há o relacionamento do juiz com a prova: fase da determinação da prova; fase da realização da prova e fase da valoração da prova. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. . In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 35, p. 178-184, abril/junho de 1984, p. 178.

A utilização de critérios racionais nas decisões judiciais, através de uma fiel valoração das provas e de uma motivação lógica e coerente é tida como pressuposto de uma decisão justa. O livre convencimento motivado ou persuasão racional, como sistema de avaliação probatória, tem como objetivo fundamental garantir essa justiça da decisão, proporcionando a todos um controle sobre o ato decisório através de uma análise criteriosa da fundamentação.

O ponto que merece destaque reside no fato de que nem todos os conflitos se assentam sobre bases meramente objetivas e racionais. Esse engessamento dito ideal, fruto da necessidade de racionalização, por vezes se afasta da realidade do processo, pois há uma grande gama de questões, os chamados conflitos sensíveis, da qual fazem parte as demandas de família, em que se torna imperioso um tratamento mais humanizado por parte do juiz, além de um empoderamento das partes, na busca pela verdade dos fatos.

Sobre a necessidade de se situar as partes como protagonistas dos rumos do processo, Leonardo Greco preleciona:

(...) As partes são destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública. Afinal, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social.<sup>23</sup>

Porém, uma vez que o novo modelo de desenvolvimento judicial se assenta nas regras do mercado e dos contratos privados, a estabilidade pretendida por tal ideal passa a depender de um sistema Judiciário eficaz, rápido e independente. Este fato, somado à explosão de litigiosidade proveniente do novo marco constitucional e da redemocratização, leva a um grande dilema, o da qualidade e quantidade no que toca ao desempenho dos tribunais.

Neste sentido, o juiz chega mais perto de obter uma verdade no processo na medida do esgotamento das provas, o que vai de encontro com a perspectiva da duração razoável do processo, e a atual política judiciária de maximização da eficiência.

Conforme observa Jorge Peyrano:

<sup>23</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, n. 1. dez. 2007. Disponível em: [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf). Acesso em: 17/10/2013.



(...) tem-se o endeusamento do pragmatismo como valor supremo e o critério de eficácia como última *ratio* do sistema social, político e epistemológico, justificando-se a preocupação atual com o que se conhece por *performatividade*, ou seja, grande interesse pela eficácia.<sup>24</sup>

Afirma ainda o autor a existência de uma escola eficientista de Direito Processual, transcendendo e superando a escola processualista.

Em um momento em que os diplomas processuais brasileiros voltam sua atenção para os litígios de massa, a duração razoável do processo, a padronização dos julgamentos, dentre outros aspectos, é importante que não se perca de vista as peculiaridades das demandas de família, que não se encaixam neste modelo de contencioso de massa. Existem dados que a ciência pode explicar, como é o caso da investigação de paternidade por exame de DNA, que é a busca de uma suposta verdade científica, mas há uma outra sorte de conflitos, como guarda de filhos, regulamentação de visitas, alienação parental, em que tal resposta científica não é suficiente, se faz necessária uma resposta humanizada, pautada na intersubjetividade e na reconstrução artesanal dos fatos, e que, definitivamente, não se coadunam com a atual dinâmica do Judiciário.

Grande parte dos conflitos, em processo de família, visa uma realidade fática, e não documental. Tal processo tem uma definição juridicamente abstrata, e a decisão proferida vai depender, além de uma adequada produção dos meios de prova, de um olhar atento aliado a uma preocupação interdisciplinar, além do conhecimento das partes envolvidas, que devem ser colocadas como sujeitos de direitos, e não meros elementos probatórios.

Nestes termos, sobre a particularidade dos conflitos na seara familiar, Roberto Berizonce pontua que:

(...) As controvérsias familiares, como é sabido, apresentam típicas particularidades, que requerem penetrar, aprofundar e atingir as verdadeiras causas que as geram, não só as formais e superficiais, mas mais precisamente aquelas que situam-se nas camadas mais profundas – e por isso mais difíceis de se acessar – das relações, vínculos e condutas das partes. São conflitos típicos da “coexistencialidade”, à medida que quase sempre envolvem e incidem em uma ampla e complexa gama de relações e situações, que reconhecem seu centro de gravidade em um vínculo inicial – o matrimônio ou a relação de parentesco –, que se projeta e expande ao instalar-se a desconfiança em direção a outros sujeitos secundários (formalmente) que, sem se encontrarem envolvidos com aquele vínculo originário, nem serem responsáveis por qualquer desdobramento, se vêem alcançados, direta ou indiretamente, sempre de maneira principal.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> PEYRANO, Jorge Walter. El Derecho Procesal Postmoderno. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, jan/mar 1996. p. 141-142.

<sup>25</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. El acceso a la justicia a través de los tribunales y el proceso de familia. *Revista de Processo*, v. 113. p. 363, jan. 2004.

A questão transita ainda por alguns pontos de suma importância. O primeiro aponta para a impossibilidade de se admitir a legitimidade de um Código que não soube acompanhar as transformações do século, cristalizado em um mundo artificial e defasado, calcado em paradigmas já superados, como deveres e obrigações do marido e da mulher, transmissão de patrimônio e regime de bens, dentre outros aspectos que, com a evolução da finalidade do casamento – este não visa mais à sobrevivência física da família nem tampouco à transmissão de um patrimônio simbólico e material, mas sim à felicidade do casal –, já se encontram radicalmente transformados.<sup>26</sup>

O segundo ponto consiste no fato do ordenamento pátrio, ao buscar atingir o ideal de um processo justo e efetivo, fazê-lo focando em *standards* gerais, sendo as situações de conflito de natureza muito particular.

Segundo Clilton Guimarães dos Santos:

(...) implica em eger um processo flexível, com um sistema adversarial suavizado pelo emprego necessário de técnicas de resolução parajudiciais, pré ou incidentalmente instituídas, sem embargo de um conceito de decisão que não negue espaço ao princípio da proporcionalidade, e, sobretudo, fazendo presentes os postulados do processo cooperativo, em que o juiz e partes se portem como parceiros, colaboradores, no afã do encontro da solução mais adequada à situação conflituosa posta em questão.<sup>27</sup>

É exatamente a partir desse cenário que justifica-se o cabimento da mediação como meio adequado e eficiente no contexto das disputas familiares, devido às peculiaridades de tais conflitos.

Acredita-se que os laços trabalhados dentro do processo de mediação, com um foco interdisciplinar, e um olhar atento às particularidades de cada caso concreto, facilitam o alcance da necessidade das partes, seu verdadeiro interesse, além de atuar com um efeito pedagógico nas mesmas, a partir do real enfrentamento e reconhecimento de suas questões conflituosas, uma vez que o caráter continuado das relações de família recomenda que haja uma comunicação eficiente entre os indivíduos. Resgatar a harmonia e o respeito pelo outro é um dos mais importantes efeitos do desenvolvimento apropriado dos meios consensuais de solução de controvérsias.

Através da mediação também torna-se possível traçar uma clara distinção entre os lados emocional e econômico da situação. Maria Berenice Dias e Giselle Groeninga explicam:

(...) A mediação serve para diminuir o descompasso entre o nível jurídico da distribuição de direitos e deveres, o nível sociopsicológico dos papéis e

<sup>26</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: a origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá. 1991. p. 368.

<sup>27</sup> GUIMARÃES DOS SANTOS, Clilton. *Tutela jurisdicional ao direito a alimentos*. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 07/10/2013.

funções, bem como o desequilíbrio econômico e psicológico dos afetos. Contribuindo para a conscientização do par, resta facilitada a execução dos acertos feitos, diminuindo a distancia entre a sentença e o que é negociado entre as partes.<sup>28</sup>

A partir deste momento, com esse novo olhar para as partes do processo de família, é possível vislumbrar a obtenção de uma decisão justa, eficiente e, principalmente, exequível.

## **Descentralização das Estruturas Jurisdicionais: a proposta dos meios alternativos de solução de conflitos**

Segundo a dinâmica sociológica e política, será possível concluir que, na atualidade, cabe somente ao Estado, através do poder Judiciário, a prerrogativa de dizer o Direito? Seria a Jurisdição monopólio do Estado? A inquietação no que se refere a tais perguntas, e suas possíveis respostas, se tornaram recorrentes frente à tendência mundial de desjudicialização dos conflitos.

É possível afirmar que a vida social gera suas próprias relações. Assim sendo, nosso Poder Judiciário não se encontra preparado, hoje, para lidar com a multifacetada lógica da economia e da vida globalizadas. Nesta perspectiva, o tempo do processo judicial não se coaduna com o do mercado, tempo este da simultaneidade. Logo, abrem-se as brechas para a necessidade de implementação de procedimentos jurisdicionais alternativos, como a conciliação, negociação, arbitragem e a mediação, visando alcançar rapidez, informalização e pragmatidade.

Porém, há a tendência cultural, na explicação de José Murilo de Carvalho, de confundir cidadania com *estadania*.<sup>29</sup> Nesta, a sociedade se molda a partir da vontade do Estado, em profundo contraste com a verdadeira essência do termo cidadania. Como reflexo, temos a postura instalada em nossa sociedade civil organizada de que cabe somente ao Estado, através do Judiciário, a solução dos conflitos<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle Câmara. A mediação no confronto entre direitos e deveres. *Revista do Advogado*. São Paulo. v. 62. 2001. Disponível em: [http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Berenice\\_mediacao.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/Berenice_mediacao.doc). Acesso em: 06/12/2013.

<sup>29</sup> CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil, o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.

<sup>30</sup> “Para a solução de conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas, através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição)”. MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça – Uma questão recorrente*. In: SALES, Lília Maia de Moraes (coord.). *Estudos sobre Mediação e*

A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais.<sup>31</sup> Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas se esqueceu de como resolver conflitos em meio a estas mesmas necessidades e interesses, delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz<sup>32</sup>.

Ainda sobre o tema, discorre César Fiuza:

(...) A cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios<sup>33</sup>.

Quando o Judiciário atua, este processa um conflito social, mas não significa, necessariamente, que sane uma relação social. Este ato apenas encerra uma questão, mas não impede que outras tantas semelhantes apareçam posteriormente. Assim, ele funcionaliza os dissensos, mas não a própria vida. A paz do direito pode até vir a funcionar pela capacidade coercitiva da atividade jurisdicional, mas isto não significa que as partes estejam satisfeitas, nem que a essência do conflito tenha sido solucionada.<sup>34</sup>

José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler concluem:

340

(...) Para os operadores do direito, por um lado, as possibilidades propostas por mecanismos consensuais de reconstrução dos litígios permitem supor ou evitar as deficiências profundas – instrumentais, pessoais, de custos, de tempo, etc. – próprios à “Grande Justiça” – a jurisdição estatal – marcando, apesar das insuficiências, inevitavelmente um reforço das relações de cidadania sendo privilegiado como instrumento apto a pôr fim a conflitos que se prolongariam, caso fossem levados à jurisdição estatal nos moldes tradicionais, mas, por outro, supõem, para muitos, a aceitação

---

*Arbitragem vários autores.* Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003. p. 80.

<sup>31</sup> A maioria dos mediandos, ao final da prática de mediação, faz questão de que o acordo seja homologado pelo juiz, justamente para ter a garantia que a chancela do Judiciário supostamente proporciona. Este é um dos males da mediação judicial, as pessoas não chegaram ali por conta própria, pela verdadeira vontade, mas por indicação do juiz. É um trabalho árduo para o mediador judicial iniciar uma dinâmica totalmente diferente dos paradigmas estabelecidos, dentro do ambiente simbólico do Tribunal.

<sup>32</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 62.

<sup>33</sup> FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey. 1995. p. 217.

<sup>34</sup> Esta é a verdadeira razão de ser do argumento que coloca a mediação como meio de desafogar o Judiciário. Somente através do real tratamento do conflito as partes ficam satisfeitas e não mais ingressam com ações similares. Pude presenciar casos de partes com 4,7 processos similares que obtiveram sucesso na mediação e realmente puseram fim às pendências.

crítica desses métodos sem sequer considerar que essa temática necessita ser pensada em um quadro mais amplo no contexto dos projetos de reforma do Estado, em particular no que diz respeito ao que nominamos funções do Estado Contemporâneo – no qual a saga privatista aparece como o virtual paraíso suposto por uma ética, quase religiosa, descompromissada (?) com os sofrimentos terrenos, transposta para o âmbito da economia, do direito e do Estado<sup>35</sup>.

Nesta esteira, pensar sobre uma campanha pela eficaz utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos pressupõe um duplo viés: por um lado, um interno, que aponta para seu contexto autonomizante, por outro, o aspecto externo, que reflete a responsabilidade com uma proposta de sociedade (neo)liberal<sup>36</sup>.

A mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem estão elencadas dentre os meios alternativos de solução de conflitos. É importante ressaltar que cada procedimento se encaixa melhor em determinada situação, não cabendo qualquer juízo de mérito a respeito de qual seria, genericamente, o melhor deles.

No rol destes métodos alternativos de solução de conflitos, destaca-se o instituto da mediação, que nas palavras de Marilene Marodin e John Haynes:

(...) é o processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito<sup>37</sup>.

Logo, não há parte vencedora ou parte perdedora. É composto um acordo pela flexibilização de ambas as partes, tendo o diálogo como instrumento facilitador, incitado pela figura do mediador.

É possível observar que o principal objetivo da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, uma vez que esta, em meio a um conflito, fica prejudicada, tensa, acabando por aumentar a intensidade do mesmo. O papel do mediador é melhorar a capacidade de comunicação entre os mediandos na busca de uma solução conjunta para o problema<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. p. 125.

<sup>36</sup> Nas palavras de Delton Meirelles e Fernando Gama de Miranda Netto, “cria-se uma atmosfera favorável aos MARCs (meios alternativos de resolução de conflitos), entendidos como instâncias legitimadas para a solução de conflitos sociais pelo próprio meio social em que se inserem, gerando uma maior conscientização política e participação popular”. MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos envolvendo a Administração Pública*. Disponível em: [www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1320.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1320.pdf).

<sup>37</sup> HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. ASSUMPCÃO, Eni; MARODIN, Fabrizio Almeida (Trad.). Porto Alegre: Artes Médicas. 1996. p. 11.

<sup>38</sup> OSTERMEYER, Melinda. *Realizar La Mediación*. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W; OLCZAC, Paul V. *La Mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós. 1996.

No Brasil, a recomendação das formas alternativas de conflitos já pode ser constatada dentro do Direito do Trabalho, das disposições do Sistema de Financiamento Imobiliário, e igualmente dentro das disposições dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dentre outros exemplos<sup>39</sup>. Porém, ao entrar na seara da família, grandes barreiras são erguidas.

(...) A valorização excessiva da norma jurídica ainda é uma realidade que impede colocar sob proteção a família e seus conflitos, em razão da impossibilidade de o direito positivo regulamentar as singularidades de cada arranjo familiar<sup>40</sup>.

Os conflitos provenientes das relações da família são um terreno riquíssimo para a atuação da prática da mediação, justamente pela preocupação com a preservação emocional das partes, e com o fato das relações serem continuadas no tempo, onde a mediação fornece às partes a capacidade de aprender a lidar com as emoções, tanto no tocante aos problemas quanto às soluções, construindo outras alternativas, e devolvendo às mesmas a capacidade e a oportunidade de retomar a posição de protagonistas de suas próprias decisões. Os mediadores não tem o intento de resolver conflitos, mas de permitir que as pessoas encontrem saídas para seus próprios conflitos.

Ao reconhecer e atuar no universo sentimental das crises envolvendo a família, o processo da mediação permite o reconhecimento, por meio das partes, de que as emoções são tanto parte do problema como de sua solução, e que uma vez encaradas e clareadas, facilitam a reorganização das funções, papéis e obrigações da família. Neste sentido, Águida Arruda Barbosa enfatiza:

342

(...) A mediação é uma estrutura que se apóia na dicotomia *pensamento/sentimento*, exigindo mudança de mentalidade para se valer desta prática, pressupondo estudos que contemplam o entendimento da essência da efetiva demanda jurisdicional, que vem a ser o reconhecimento do valor maior da vida em sociedade – a cidadania – que promove a inserção do homem enquanto ser social, porém, a inovação a ser agregada é a consciência de que o humano é, sobretudo, um ser afetivo<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> “Há poucos anos poderia se dizer que pouco ou nada se fazia, no Brasil, em matéria de alternativa de solução de disputas. Hoje, ainda se diz, o Brasil percorre a passos lentos a estrada do desenvolvimento de formas outras de solução de disputas, afora o sistema judiciário. Entretanto, todas as iniciativas têm passado para a realidade do país como iniciativas que deram certo e que esperam pelo aperfeiçoamento natural que sofrem as instituições jurídicas ao longo do tempo. São os casos dos tribunais de pequenas causas, hoje espalhados em todo o território nacional, da recente Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, sobre arbitragem e mesmo dos esparsos movimentos a respeito da mediação. Contudo, não se pode realmente afirmar que exista um efetivo movimento pró-ADR, no Brasil.” SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 65.

<sup>40</sup> BASTOS. *Uma Visão de Mediação Familiar*. p. 142. BASTOS, Eliene Ferreira. *Uma Visão de Mediação Familiar*. in: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. p. 142.

<sup>41</sup> BARBOSA. Águida Arruda. *Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário*. In:

Ainda nessa esteira, nas palavras de Carreira Alvim:

(...) o direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia São Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é ser uma “regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes, como nas pequenas; tanto nos ricos como nos pobres. Aí teremos, então, justiça. E é por isso que justiça não é privilégio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela feita com base nos princípios da equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto<sup>42</sup>.

## Das primeiras definições ao panorama atual: o longo caminho da mediação no Brasil

Durante muito tempo, os autores e professores discutiam a definição de jurisdição baseados nos conceitos de Chiovenda e Carnelutti.

Uma teoria muito valorizada na época do estado liberal, Chiovenda situava a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei, ou seja, efetivamente o juiz atuava como mero aplicador do texto legal, sem qualquer iniciativa ou avaliação.

Neste sentido:

(...) mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é o objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei (...) se por ‘justa’ composição se entende a que é conforme à lei, resolve-se na atuação a vontade da lei, se porém, se entende uma composição qualquer que seja, contando que ponha termo à lide, deve-se radicalmente repudiar uma doutrina que volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz, a todo custo, aos litigantes<sup>43</sup>.

Em contraposição à ideia de Chiovenda, surge Carnelutti para quem a jurisdição teria a função de obter a justa composição da lide. Carnelutti<sup>44</sup>

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte. 2006. p. 387.

<sup>42</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Arbitragem e o Poder Judiciário: convergências e divergências*. in: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003.

<sup>43</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller. 2000. Vol. I. p.67.

<sup>44</sup> Para Carnelutti, a lide é um fenômeno metajurídico, e ao se acabar com a lide (que pode ser resolvida inclusive pela força) tem-se a volta à paz social, daí o processo ter este escopo de busca da paz social, constituindo a composição do litígio não “um fim em si mesmo, e sim um meio para a proveitosa convivência social. E esta eficácia sua pode se explicar de dois

desenvolve uma teoria interessante, porém parte da premissa equivocada de que a lide seria um elemento essencial, quando, na verdade, a lide seria um elemento accidental. O elemento essencial da jurisdição é a pretensão.

O ponto é que ambas as teorias não se sustentam diante de uma interpretação constitucional. São teorias interessantes, mas esquecem de levar em conta o fundamental, o aspecto constitucional da jurisdição. Têm um caráter puramente positivista, incompleto, e não se aplicam na atual realidade social.

É neste momento que começa a se observar o surgimento de um fenômeno, na Itália pelas mãos de Enrico Ferri e Luigi Comoglio, e nos EUA através de Owen Fiss, que consiste em atrelar a jurisdição à aplicação de garantias fundamentais. Nestes termos, o juiz não deve se prender ao que diz a lei, e muito menos se preocupar em resolver de maneira justa o conflito entre as partes, mas sim aplicar, no caso concreto, as garantias fundamentais.

O processo abandona a noção de “devido processo legal”, terminologia cunhada em ordenamentos do passado, e começa a trabalhar com a noção de “processo justo”, conforme o artigo 111 da Constituição Italiana e o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Um processo que se desenvolve numa obediência irrestrita, absoluta, às garantias constitucionais, portanto, à figura do juiz garantidor, de tal modo que, ao final, qualquer decisão alcançada será uma decisão justa. Justa não no sentido material, uma vez que justiça no sentido material é um conceito extremamente fluido, mas será justa no sentido procedimental.

344

Justamente tal ambiguidade entre justiça material e procedimental começou a levantar questionamentos, uma vez que se mostrava perfeitamente possível uma decisão injusta materialmente falando, mas ao mesmo tempo processualmente justa. Nesta esteira, começou a ganhar corpo a preocupação de que o juiz deveria ter algum grau de comprometimento com a pacificação dos conflitos, uma vez que a ideia de um juiz garantista, se elevada à grandes potências, pode excluir a preocupação com a pacificação social.

Neste sentido, o Senado Federal, em 2009 constituiu uma comissão de juristas, presidida por Luiz Fux, para criar um novo Código de Processo Civil. Eis que nesse novo projeto a comissão resolve que o juiz tem a função garantidora, mas também tem a função de pacificar os conflitos que lhe são submetidos.

O novo CPC, nos artigos 5º e 8º, prevê e positiva um princípio que até então era implícito no atual código, passando a ser explícito no novo, que é o Princípio da Colaboração e da Cooperação. Tal princípio se projeta em três dimensões: um juiz deve colaborar com outro juiz, cooperação entre juízes; um juiz deve colaborar com as partes; e as partes devem cooperar e colaborar entre si. Logo, os juízes passam a ter a preocupação de pacificar o conflito, e não só proferir

---

modos: enquanto a composição se extinga, dentro do possível, a aversão entre os litigantes, que contém um gene anti-social e, enquanto, por meio do exemplo, induza a outros litigantes à composição espontânea de conflitos análogos”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, vol. I, p. 371.



uma decisão que seja justa no aspecto formal, sendo preciso começar a trabalhar instrumentos para que isso possa acontecer.

Em dezembro de 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125, que trata da instituição de uma política pública para o tratamento adequado de conflitos. Tal Resolução já se encontra em vigor, e vem sendo aplicada, paulatinamente, sendo que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi um dos pioneiros a criar um Centro de Soluções Consensuais de Conflitos, montando uma estrutura do Poder Judiciário no sentido de se realizar mediações e conciliações.

Paralelamente, em agosto de 2011, o senador Ricardo Ferraço apresentou ao Senado Federal o projeto de lei 517, PLS517. Em maio de 2011 criou-se um grupo de trabalho para a elaboração da minuta de um projeto de lei sobre mediação, que se encontra tramitando, ao contrário do antigo projeto, de 1998, que se encontra arquivado.

O fato é que subsiste a situação de que hoje há uma Resolução do CNJ, mas a lei de mediação ainda não existe. Há nove artigos que tratam da mediação e conciliação, judiciais, no projeto do novo Código de Processo Civil, que também não está em vigor ainda, e não há qualquer disposição sobre a mediação extrajudicial, uma vez que, ao que tudo indica, é posição tranquila que a mediação, no Brasil, deve ser introduzida e se tornar concreta através do Poder Judiciário.

Neste aspecto, são de amplo conhecimento os problemas enfrentados, em 1996 e nos anos seguintes, quando foi editada a Lei da Arbitragem, que demonstraram que a sociedade não estava adaptada, amadurecida para tal procedimento<sup>45</sup>. Quer parecer que o CNJ deseja recuar um pouco agora, para, posteriormente, obter um maior avanço, justificando seu discurso como um exercício didático da própria cidadania, em que a mediação começaria a ser implementada dentro do Judiciário, para depois, aos poucos, ser entregue às mãos da própria sociedade civil organizada.<sup>46</sup>

Tal hegemonia do Judiciário, no contexto da implementação da mediação, tem uma grande desvantagem. Elígio Resta, uma das maiores autoridades em mediação na Itália, tem uma atitude muito violenta em relação à mediação judicial. Segundo o professor, o procedimento, nesses moldes, nem poderia ser chamado de mediação, pois ao ser processualizada, a mediação seria contaminada pelos vícios do processo. Há um esvaziamento no sentido dos instrumentos de resolução de conflitos apropriados do mundo da vida, que se tornam, por via de consequência, engessados e burocratizados.<sup>47</sup> São colocados argumentos no

<sup>45</sup> À época da implementação da Lei de Arbitragem, no Brasil, houve a criação de vários tribunais arbitrais fantasmas, tribunais arbitrais que funcionavam como uma verdadeira forma de engodo à população, onde inclusive os dirigentes se apresentavam como “desembargador federal arbitral”, “juiz corregedor nacional da arbitragem”, cargos que simplesmente não existem no mundo real, nem nunca poderiam existir.

<sup>46</sup> Tal discurso legitimador do CNJ remete à noção, apresentada no Capítulo 1, de *Estadania*.

<sup>47</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana*. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (org). *Direito e Filosofia – Diálogos*. 2014. p. 110.

sentido de que o juiz deve ser equidistante das partes, já o mediador, equidistante; é vedado escolher o juiz que irá julgar determinada causa, ao passo que o mediador é escolhido pelas próprias partes; o juiz, ao julgar determinada causa, só pode levar em consideração os fatos trazidos no próprio processo, enquanto a abrangência de conteúdo a ser abordado na mediação pode ir além dos limites do próprio processo, dentre outros pontos.

Neste sentido, Lon Fuller<sup>48</sup>, um dos primeiros juristas americanos a trabalhar com mediação de conflitos, traz a ideia de que, ao contrário do que se aprende em Direito, que a jurisdição é infinita, e que o juiz não pode se eximir do papel de julgar, a jurisdição teria uma fôrma, um âmbito de cabimento, e qualquer tentativa de forçar o encaixe de determinada questão nessa fôrma, poderia implicar um uma perda de conteúdo importante da essência da questão.

Traduzindo através de um paralelo com a geometria, certas questões seriam como figuras poliédricas, ou seja, não se resolvem em uma única direção, uma vez que não possuem somente uma faceta. Ao olhar para essas figuras, assim como para determinadas questões, o que se vê é apenas uma forma de se enxergá-las. Há mais infinitos lados escondidos. Essas questões são denominadas policêntricas. Um caso de Alienação Parental, por exemplo, é uma questão que mexe com direito de família, abrange questões patrimoniais, pode implicar cometimento de algum crime, muitas vezes abarca também problemas sucessórios.

346

O Poder Judiciário não se encontra preparado para lidar com uma questão policêntrica. Porém, como atuamos sob o princípio de que o juiz não pode se eximir do dever de julgar, o juiz julga o que dá, julga o que consegue perceber. Porém, trabalha com uma enorme perda de conteúdo, e é aí que se instaura a dicotomia: o juiz sentencia, mas não pacifica. Sua decisão obedece a todas as garantias fundamentais, mas é incapaz de pacificar referido conflito.

Segundo Calamandrei, ao abraçar somente o intento da legalidade, conhecendo seus deveres, e na busca de sua tranquilidade:

(...) os magistrados mantêm com indiferença àqueles autos à espera em sua mesa, parecendo não se lembrar de que entre aquelas páginas se encontram, esmagados e ressecados, os restos de pobres insetinhos humanos, que ficaram presos no pesado livro da justiça.<sup>49</sup>

Ainda nesse sentido, Gilvan Hansen pontua:

(...) Como nem sempre as concepções políticas de justiça construídas no horizonte do poder estatal judicial conseguem escapar da miopia e do reducionismo, observa-se uma gradativa tentativa de neutralização

<sup>48</sup> FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review 353. 1978.

<sup>49</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 264.

normativa do direito no interior da jurisdição, tomando legalidade como sinônimo de justiça e legitimando a legalidade na sua funcionalidade, visto que ela viabiliza respostas aos cidadãos por parte do Poder Judiciário em tempo razoável. As discussões, então, se deslocam da esfera do que é o justo para a ótica da escolha de meios mais eficazes de dizer, de forma célere, o que é o direito de cada indivíduo. A preocupação passa a ser a cessação do conflito de interesse com uma resposta definitiva aos jurisdicionados, de modo que a estes não reste outra conduta, senão submeter-se à decisão estatal.<sup>50</sup>

A mediação consiste de uma atividade bem mais profunda, absolutamente incompatível com o processo judicial. Na Escola de Mediação de Harvard<sup>51</sup>, uma das mais avançadas da atualidade, é trabalhada a percepção de que todo conflito tem um aspecto externo, que é o que se vê, mas também tem uma porção interna, inacessível em um primeiro momento, e onde reside a essência do problema. O aspecto externo é chamado de posição, e o interno de interesse.

O juiz, ao pegar um processo para julgar, pela dinâmica do procedimento judicial, consegue absorver apenas a posição da parte, não o interesse. E não há possibilidade de acordo entre posições, pois o cerne do problema não está na posição, esta é tão somente uma projeção.

Neste ponto se torna importante reavaliar o que seria jurisdição. Diante desse novo elemento que vem sendo agregado, se não era mais possível afirmar que a jurisdição era a justa composição da lide, ou mesmo a atuação da vontade concreta da lei, também não será mais possível dizer que jurisdição é a mera aplicação de princípios constitucionais. É mais que isso, seria buscar a pacificação.<sup>52</sup>

Ao abordar a questão da pacificação social, faz-se necessário considerar a fala de Cândido Rangel Dinamarco, que agrega ao discurso pacificador o valor justiça:

(...) A função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que o direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações

<sup>50</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana*. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (org). *Direito e Filosofia – Diálogos*. 2014. p.110.

<sup>51</sup> PROGRAM OF NEGOTIATION AT HARVARD LAW SCHOOL. Disponível em: [www.pon.harvard.edu](http://www.pon.harvard.edu). Acesso em: 23/09/2013.

<sup>52</sup> Soa um tanto utópico crer nessa possibilidade, que os juízes promovam ao mesmo tempo todas as garantias constitucionais e obtenham a pacificação. Parece que na maioria dos casos o juiz chegará em um determinado momento onde se encontrará em uma bifurcação. Seguindo por um lado, proferirá uma decisão garantista e não pacificará a questão, pelo outro lado, se preocupará com a efetiva pacificação do conflito, tendo que relativizar alguma garantia constitucional.

revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade. (...) Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.<sup>53</sup>

Não se deve pretender que a mediação seja a panaceia da solução dos conflitos, mas mais uma ferramenta nas mãos do juiz. A ideia contida no novo Código de Processo Civil é justamente a de um juiz gerenciador, um juiz que tenha em suas mãos instrumentos variados a se adequarem a diferentes tipos de conflitos.

Logo, ao se reduzir a interferência estatal em determinadas searas, o cidadão, através dos meios alternativos de tratamento das demandas, cria a oportunidade de se organizar e criar regras para lidar e, por via de consequência, tratar seu conflito<sup>54</sup>, o que deve ser o seu objetivo maior.

E mais do que isso, segundo Warat, a jurisdição trabalha com a falsa ideia de que conflitos podem ser resolvidos, solucionados, terminados. É importante que se tenha em mente que a maioria dos conflitos não pode ser resolvida, mas será monitorada e mantida dentro de determinados parâmetros de aceitabilidade social. Esta seria a verdadeira razão de ser da jurisdição, e para isso o juiz contaria com vários elementos, podendo utilizá-los dentro e fora do processo.

## Considerações finais

Como analisado no decorrer do trabalho, vive-se um momento de crise do Judiciário, pautado em uma grande sobrecarga de trabalho, na morosidade, na burocracia, culminando com um ideal empresarial de desempenho, obrigando a Administração Pública a responder a critérios até então alheios à sua natureza.

Neste sentido, devido ao novo marco constitucional e da redemocratização, instaura-se o dilema qualidade x quantidade no que tange ao desempenho dos tribunais.

Várias barreiras são erguidas no intento de solucionar tais questões, talvez a maior delas sendo a própria mentalidade dos profissionais do campo jurídico que, desde a faculdade, passando pelos diversos cursos preparatórios, se impregnam da cultura adversarial dominante, proveniente de uma visão clássica e obsoleta.

<sup>53</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 188-189 e 191.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Renavan. 2001.

A partir da análise do movimento de acesso à Justiça, além do desdobramento de suas “ondas”, instaura-se o debate que converge diretamente às questões que relacionam o processo com o ideal de justiça social, sendo assim ganha corpo a discussão sobre a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, no caso específico deste trabalho, o instituto da mediação.

Nesta lógica, os mecanismos da oralidade, informalismo e conciliação, presentes na mediação, se coadunam fazendo frente à concretização de novos direitos, aproximando a justiça de seus demandantes, permitindo o exercício da cidadania.

É na seara da família, cuja conformação passou por abruptas mudanças, onde as relações obrigatoriamente se prolongam no tempo, devido aos vínculos que são criados, e as questões carregam em si grande carga de emoções e sentimentos, que torna-se imperativo converter a relação adversarial em tentativa eficaz de solução dos problemas a partir de um diálogo franco, a fim de que sejam minimizadas as consequências negativas do conflito e sua repercussão no âmbito dos envolvidos.

A partir do desenvolvimento das considerações acerca do instituto da mediação, principalmente no viés familiar, é de fácil percepção a dificuldade do instituto em ser incorporado ao ordenamento jurídico pátrio. A hipótese que se forma parte da ideia de *Estadania*, que tenta explicar a tendência cultural do brasileiro em delegar ao Estado a tutela de todas as suas relações, indo de encontro à verdadeira essência do termo cidadania.

É preciso forçar uma conscientização a favor da responsabilidade de fazer o direito e os remédios legais refletirem a real necessidade da sociedade e do atual momento histórico. Não há mais como se render ao injustificado temor do sistema dominante de perder as rédeas do controle, é urgente que se efetive o dever de encontrar alternativas que respondam às demandas sociais.

Quando o Judiciário atua, este processa um conflito social, mas não significa, necessariamente, que sane uma relação social. Este ato apenas encerra uma relação, mas não impede que outras tantas semelhantes apareçam posteriormente. Assim, ele funcionaliza os dissensos, mas não a própria vida. A paz do direito pode até vir a funcionar pela capacidade coercitiva da atividade jurisdicional, mas isto não significa que as partes estejam satisfeitas, nem que a essência do conflito tenha sido solucionada. Não pode restar ao direito o simples alívio de um sintoma, enquanto o verdadeiro mal ainda persistir.

## Referências bibliográficas

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Arbitragem e o Poder Judiciário: convergências e divergências*. in: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. In: *Doutrina*, v. 1. Rio de Janeiro: ID-Instituto de Direito, 1996.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.

- BARBOSA, Águeda Arruda. *Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte. 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. . In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 35, p. 178-184, abril/junho de 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*. In: Temas de Direito Processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988
- BASTOS. *Uma Visão de Mediação Familiar*. p. 142. BASTOS, Eliene Ferreira. *Uma Visão de Mediação Familiar*. in: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (coords.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *44 Cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2010.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. São Paulo: Editora 34. 2011.
- BERIZONCE, Roberto Omar. El acceso a la justicia a traves de los tribunales y el proceso de familia. *Revista de Processo*, v. 113. p. 363, jan. 2004.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil. 2011.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Árbitros e juizes: guerra ou paz?* In CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz. 2004. vol. I.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil, o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.
- CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*. New York: New York Press. 2005.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller. 2000. Vol. I.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. In: *Revista de Processo*. vol. 99.
- DELGADO, José. *Constitucionalidade da Mediação*. Série Cadernos do CEJ – Seminário Mediação: Um Projeto Inovador. CHAVES, Erlanda s. (Trad.). Brasília. v. 22. 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros. 2013.
- FAMÁ, María Victoria. *La Filiación: Régimen Constitucional, Civil y Procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2009.
- FIORATTO, Débora Carvalho. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões na Construção do Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Ano 4, Vol. V, Jan./Jun. de 2010.
- FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz. *Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*. Harvard Law Review. 353. 1978.
- FULLER, Lon. *Mediation: it's forms and functions*. 44 S. Cal. Law Review. 305. 1971.
- FUX, Luiz; BATISTA, Weber Martins. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revan. 2001.
- GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record. 2010.

- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletronica de Direito Processual*, n. 1. dez. 2007. Disponível em: [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_1a\\_edicao\\_rj.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf).
- GRINOVER, Ada Pellegrini; MATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta. *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas. 2007.
- GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário*. 2011. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUIMARÃES DOS SANTOS, Clilton. *Tutela jurisdicional ao direito a alimentos*. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, Utopia e Trabalho*. Londrina: CEFIL. 1999.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana*. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (org). *Direito e Filosofia – Diálogos*. 2014.
- HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. ASSUMPÇÃO, Eni; MARODIN, Fabrizio Almeida (Trad.). Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18. 1996.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese. n.24. jun/jul. 2004.
- MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.
- MARLOW, Lenard. *Mediación familiar – una práctica em busca de una teoria, una nueva visión del derecho*. Barcelona: Ediciones Granica S.A.. 1999.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania e Classes Sociais*. Rio de Janeiro: Zahar. 1967.
- MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos envolvendo a Administração Pública*. Disponível em: [www.conpedi.org.br/anais/36/03\\_1320.pdf](http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1320.pdf).
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.
- MILLARD, Eric. *Famille et Droit Publique*. Paris: LGDJ. 1995. p. 397. apud GLANZ, Semy. *A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- MIRANDA JÚNIOR, Helio Cardoso de. *Um psicólogo no tribunal de família: a prática na interface Direito e Psicanálise*. Belo Horizonte: Editora ArteSã. 2010.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem – Alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2008.
- MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. ano 3. vol. 3. jan a jun de 2009. Disponível em: <http://www.redp.com.br>.
- MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. *Mediação familiar transdisciplinar*. São Paulo: Summus Editorial. 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático. Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá. 2011.
- OSTERMEYER, Melinda. *Realizar La Mediación*. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W; OLCZAC, Paul V. *La Mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores*. Buenos Aires: Paidós. 1996.

PEYRANO, Jorge Walter. El Derecho Procesal Postmoderno. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 81, jan/mar 1996

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

PROGRAM OF NEGOTIATION AT HARVARD LAW SCHOOL. Disponível em: [www.pon.harvard.edu](http://www.pon.harvard.edu).

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Das comissões de conciliação prévia: entre a penumbra e a luz*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; Viana, Márcio Túlio (coord.). *Comissões de Conciliação Prévia: quando o direito enfrenta a realidade*. São Paulo: LTr, 2003.

RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2004.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

ROTH, André-Noel. *O Direito em crise: fim do Estado Moderno?* in: FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros. 1996.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

SERPA, Maria Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

352

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação. Por uma nova cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora Unijuí. 2010.

TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano. 2009.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras – escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis. 2006.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia para operadores do direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

VILLALUENGA, Leticia García. *Mediación en conflictos familiares – una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Editorial Reus. 2006.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Renavan. 2001.



# A crise econômica e os Direitos Humanos

---

Letícia Maria de Oliveira Borges<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo trata convivência dos Direitos Humanos com a globalização econômica, como a reorganização dos processos produtivos, a internacionalização dos mercados e a instabilidade dos capitais financeiros estão afetando a efetividade da democracia e das garantias individuais de cada cidadão.

## Résumé

L'objet de cet article est d'examiner la coexistence des droits de l'homme et de la mondialisation économique, comme la réorganisation des processus de production, l'internationalisation des marchés et l'instabilité du capital financier peuvent avoir des influences sur l'efficace de la démocratie et la garantie individuelle de chaque citoyen.

## Introdução

Hoje juristas de todo o mundo se encontram diante de um dilema: como realizar a convivência dos Direitos Humanos com a globalização econômica, como a reorganização dos processos produtivos, a internacionalização dos mercados e a instabilidade dos capitais financeiros que estão afetando a efetividade da democracia e das garantias individuais de cada cidadão. A cada dia se tem a certeza de que não há mais condições de se separar o político, do econômico e do jurídico.

Na busca constante que é necessária para a reafirmação e densificação dos Direitos Humanos<sup>2</sup> se esbara a cada dia em novos obstáculos. A destacar os de ordem econômica, pois diante dos últimos fatos que assolam a economia mundial, pode-se tranquilamente afirmar que por parte dos governos é muito fácil respeitar os Direitos Humanos quando sua economia se encontra em ascensão, mas que quando há uma queda dos padrões econômicos o discurso

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Universidade Veiga de Almeida e Mestre em Direito com ênfase em Direito Internacional, Direito Humanitário e Direitos Humanos pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho. Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Estácio de Sá, da Universidade Veiga de Almeida e do Centro Universitário Moacyr Sreder Bastos. Professora do MBA de Gestão em Negócios da Universidade Estácio de Sá. Palestrante em eventos sobre temas de Direito Internacional. Tem experiência docente em nível de graduação, MBA e de cursos preparatórios para concurso.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2004. Pg 52 e 53.

encontra outra direção, a de proteção e reconstrução interna o que viria a justificar quase qualquer ação, mesmo que esta se configure em um flagrante desrespeito aos Direitos Humanos.

Cumpre destacar que, no curso de mais de meio século de existência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, realizou um extraordinário papel na história da humanidade. Foi esta codificação que densificou as esperanças de todos os excluídos, fornecendo poder e forma as suas reivindicações. Proporcionou uma forte base legislativa às lutas por liberdade e igualdade de direitos inclusive inspirando a maioria das Constituições nacionais na positivação dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos veio também a modificar o mecanismo de gerência das relações internacionais chamado de westfaliano, sistema este que tinha como atores exclusivos os Estados, quando passou a conferir à pessoa física a qualidade de sujeito do Direito<sup>3</sup> para além das jurisdições domésticas. Importante destacar que foi a partir deste documento que se lança as bases fundantes de uma nova relevante disciplina jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, descartando o critério da reciprocidade em favor de obrigações *erga omnes*<sup>4</sup>. O presente texto estabelece parâmetros para a confirmação da legitimidade de qualquer governo, substituindo para tanto a eficácia da força pela força da ética<sup>5</sup> e mobilizou agências, governamentais e não governamentais, para atuações solidárias, esboçando uma sociedade civil transcultural como possível semente de uma verdadeira comunidade internacional.

354

Contudo, apesar de todos estes avanços trazidos pela Declaração cada vez mais se torna difícil o combate as ameaças sofridas pelos cidadãos, posto que as ameaças tradicionais não são mais as únicas. Hoje se tem que levar em conta que os novos fatores contrários aos Direitos Humanos encontram-se nos efeitos colaterais da globalização econômica e no antiuniversalismo pós-moderno do mundo contemporâneo<sup>6</sup>.

O crescimento econômico é a mola propulsora de todo desenvolvimento humano, seja ele social, político ou jurídico. Sem este desenvolvimento é impossível à produção de produtos, até mesmo de subsistência, para o consumo da população, bem como o capital necessário público ou privado que possa garantir os empregos sejam nas áreas de saúde, educação e segurança pública ou qualquer outra. Desta maneira pode-se afirmar que de nada vale buscar o desenvolvimento econômico como um fim em si mesmo. Ele, o crescimento só é válido quando facilita a oferta de emprego e seja ele mesmo fator social de diminuição dos alarmantes níveis de pobreza e miséria que assolem uma sociedade.

<sup>3</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg 109 a 118 e 129 a 156.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_, idem. Pg 356 a 410.

<sup>5</sup> \_\_\_\_\_, idem. Pg 175 a 193.

<sup>6</sup> BALDIN, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Pg 45 a 71.

## O Problema

A presente crise econômica internacional, como todas as crises anteriores de caráter econômico agravou os abusos cometidos contra os Direitos Humanos toda a atenção mundial que era a eles dedicada foi desviada para novos, e consequentemente, mas urgentes, problemas. Tal desvirtuamento foi amplamente divulgado em diversas mídias sejam elas físicas ou virtuais, chegando até mesmo a ser alertado pela organização não governamental Anistia Internacional.

De acordo com conteúdo do documento, intitulado “O Estados dos Direitos Humanos em 2009”, que traz dados relativos a 2008, bem como o informe de 2012 sobre o estado dos Direitos Humanos no mundo, os Direitos Humanos estão sendo relegado à segundo plano em nome da recuperação econômica. De acordo com pesquisas como esta, se pode afirmar que é necessário ao mundo uma nova ordem mundial no que tange aos Direitos Humanos, com mais comprometimentos e ações concretas dos governos estatais e menos palavras vazias de promessas no papel a fim de que este desrespeito seja amenizado<sup>7</sup>.

O investimento deveria ser com vistas a mais do que o simples desenvolvimento econômico, mas sim o investimento objetivando o engrandecimento dos Direitos Humanos<sup>8</sup>. Novos padrões de crescimento devem ser buscados, através da possibilidade de um maior rol de oportunidades de trabalho, sem o qual não será possível a realização de um ideal de desenvolvimento com segurança econômica e respeito aos Direitos Humanos<sup>9</sup>.

O papel do governo, enquanto agente econômico necessita ser redimensionado urgentemente<sup>10</sup>. A sua intervenção no panorama econômico

<sup>7</sup> De nada vale “presentear” a China como direito de realizar uma olimpíada, e congratula-los por sua excelente execução se nada é feito para se alterar o completo desrespeito aos Direitos Humanos realizados pelo governo do país. O mesmo governo, diga-se de passagem, que para ter o direito às olimpíadas prometeu cessar com execuções sumária e que infelizmente continuam sendo frequente.

<sup>8</sup> A fim de que notícias como estas não mais existam. “Líbano: “Nós não somos turistas; estamos fugindo de uma guerra” Para muitos refugiados da Síria, ter um teto sob suas cabeças e manter suas famílias alimentadas é uma luta árdua”: [http://www.msf.org.br/noticias/1685/libano-nos-nao-somos-turistas-estamos-fugindo-de-umaerra/?utm\\_source=basedoador&utm\\_medium=newsletter&utm\\_content=destaquesiria&utm\\_campaign=junho&mktcode=A139306](http://www.msf.org.br/noticias/1685/libano-nos-nao-somos-turistas-estamos-fugindo-de-umaerra/?utm_source=basedoador&utm_medium=newsletter&utm_content=destaquesiria&utm_campaign=junho&mktcode=A139306)

<sup>9</sup> “De modo mais geral, em várias partes do mundo, temos visto ameaças alarmantes para os ganhos duramente conquistados na governança democrática.” Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, site: <http://www.onu.org.br/direitoshumanos/> (Dia dos Direitos Humanos – 10 de dezembro de 2012)

<sup>10</sup> “(...) Todos os cidadãos devem ter o direito e a oportunidade de participar na gestão dos assuntos públicos, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. Toda pessoa tem o direito de votar e de ser votada, e de ter acesso ao serviço público, bem como à liberdade de expressão, reunião e associação. (...) Esses direitos deveriam se aplicar a todos. (...) Infelizmente, muitas pessoas não os têm.(...) pode ser simplesmente porque os seus líderes estão tão focados em seu próprio apego ao poder e à riqueza que simplesmente não se importam com o que acontece com aquelas pessoas cujas vidas eles governam. Eles darão

deveria se limitar aos investimentos de infraestrutura e a propiciar o ambiente adequado ao desenvolvimento de setores produtivos, isto tudo com o respeito ao ser humano, cerne de todo o processo produtivo.

Para tal desenvolvimento pleno deveria se ter a iniciativa pública e privada como complementares e não apenas como competitivas. A iniciativa dos governos em criar a infraestrutura, tornar o crédito acessível em montante suficiente, oportuno e adequado, gerando assim as bases e condições para um crescimento sustentável, para que juntamente com o desenvolvimento do setor privado haja a possibilidade, em qualquer país, do desenvolvimento de um panorama socioeconômico compatível com os parâmetros dos ditos países de primeiro mundo<sup>11</sup>.

Entretanto, não se pode negar que há um aumento generalizado da pobreza e das condições econômicas e sociais degradantes que inclusive estão levando a instabilidade política com o aumento da violência. A cada dia que passa mais notícias são divulgadas na imprensa internacional sobre tortura, execuções extrajudiciais, julgamentos sem garantias mínimas e detenções arbitrárias, desta maneira há uma real e necessária preocupação com o modo como a crise agrava as violações aos Direitos Humanos. Primeiramente, em nome da segurança, os Direitos Humanos foram relegados ao esquecimento e desrespeito. E hoje, pela recuperação econômica dos Estados os mesmos Direitos, já tão reduzidos, estão sendo relegados para segundo plano<sup>12</sup>.

apenas o suficiente para manter as pessoas em silêncio e impedi-las de protestar. E se as pessoas são obstinadas e levantam a sua voz, eles vão prendê-las, torturá-las ou encontrar outras formas de distraí-las, silenciá-las ou fazê-las desaparecer.” Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Navi Pillay. Site: <http://www.onu.org.br/direitoshumanos/> (Dia dos Direitos Humanos – 10 de dezembro de 2012)

<sup>11</sup> “Enquanto as pessoas são impedidas de exercer seus direitos básicos, a luta pela dignidade humana deve continuar. Devemos assegurar que as vozes que foram silenciadas sejam ouvidas – silenciadas porque são marginalizadas, sujeitas à discriminação, vivem em pobreza, não sabem ou não podem exercer seus direitos. Novas tecnologias e mídias sociais oferecem à nova geração novos recursos para o diálogo, para a participação e a mobilização, e seu potencial deve ser aproveitado. Dar voz aos silenciados significa fornecer-lhes meios formais e genuínos de se fazer ouvir por meio de educação de qualidade para todos, acesso à cultura e livre fluxo de ideias em diálogo democrático – isso é o que a UNESCO busca alcançar.” Diretora-geral da UNESCO, Irina Bokova. Site: <http://www.onu.org.br/direitoshumanos/> (Dia dos Direitos Humanos – 10 de dezembro de 2012)

<sup>12</sup> A Europa atravessa uma crise histórica, mas o que dizer do respeito pelos Direitos Humanos? A Euronews entrevistou Peter Tatchell, ativista defensor dos direitos das Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros. Peter Tatchell: “No meu ponto de vista não se trata do Ocidente dizer aos outros países o que fazer. Trata-se de reconhecer que todos os países na Terra têm um compromisso com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adicionado ao facto de integrarem as Nações Unidas. Quase todos os países assinaram uma série de outras convenções sobre os Direitos Humanos e trata-se simplesmente de questionar os outros países do mundo, incluindo nós próprios, de honrar as promessas e os compromissos para respeitar e defender os Direitos Humanos.” Site: <http://pt.euronews.com/2011/12/01/direitos-humanos-o-compromisso-da-europa/>

Os exemplos destas afirmações infelizmente enchem as páginas dos jornais diariamente e são oriundas de todas as partes do mundo. Dentre eles pode-se citar as mortes de manifestantes na Tunísia<sup>13</sup> que protestavam pelo aumento do preço da comida, nos Camarões<sup>14</sup> uma centena de pessoas foram mortas pelas forças de segurança que reprimiram manifestações, na África do Sul morreram 56 imigrantes, vítimas de ataques xenófobos impulsionados pelo desemprego e o aumento das manifestações xenofóbicas que associadas as manifestações contra governo e desemprego assolam diversas partes da Europa<sup>15</sup>.

O fato é que ignorar uma crise, em especial esta que diz respeito aos desrespeitos perpetrados contra os Direitos Humanos, em favor de outra, a econômica é a solução certa para o agravamento de ambas. A recuperação econômica não será sustentável ou igualitária se os governos falharem e combaterem abusos que aprofundem a pobreza ou os conflitos armados geradores de novas violações aos Direitos Humanos, fazendo com que este ciclo de desrespeito seja eternizado e nunca solucionado.

Ao se realizar a análise aqui proposta não se pode haver a esquivia de se tocar no controvertido assunto da universalidade<sup>16</sup>. O Iluminismo permeia todo o ideário da ONU bem como a Declaração de 1948 que de forma explícita no preâmbulo trás o reconhecimento da “*dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis*” como “*fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”. Desta maneira sejam os Estados, a título individual ou em cooperação com as Nações Unidas, devem plenamente o compromisso de promover o respeito universal aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais<sup>17</sup>, assumidos ao assinarem a Carta de São Francisco de forma plena e não relativizados por eventuais processos de tentativa de recuperação de crises econômicas.

<sup>13</sup> “Choques entre polícia e manifestantes na Tunísia causam pelo menos 14 mortes Conflitos foram maiores nas cidades de Kasserine, Thala e Regueb. Pelo menos 14 pessoas morreram no fim de semana durante choques entre a polícia e manifestantes na Tunísia, no Norte da África. O número pode ser ainda maior, segundo a oposição, porque há muitos feridos. De acordo com a agência oficial TAP, vários policiais também foram atingidos nos conflitos, que foram maiores nas cidades de Kasserine, Thala e Regueb, na fronteira com a Argélia.”. site: <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/?Noticia=244004>

<sup>14</sup> “Duas pessoas foram tiradas à força das suas viaturas e espancadas até a morte no bairro de Bonaberi”, segundo uma testemunha. “A terceira pessoa foi queimada viva no incêndio de um edifício administrativo no quinto sector de Doualá enquanto um jovem morreu sufocado pelo excesso de gás lacrimogénio bem como dois outros no bairro de Bessengue, perto de um centro comercial”, acrescentou. Por outro lado, uma gendarme abriu fogo contra uma multidão, tendo atingido um aluno de um colégio privado e o corpo foi transportado para a morgue do Hospital Laquintinie, segundo fontes concordantes.” <http://www.panapress.com/Doze-manifestantes-morrem-nos-Camaroes--3-425610-50-lang4-index.html>

<sup>15</sup> <http://www.publico.pt/mundo/noticia/amnistia-internacional-crise-economica-agrava-violacoes-de-direitos-humanos-1383481>

<sup>16</sup> BALDIN, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Pg 45 a 71.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2004. Pg. 223 a 247.

Os Direitos estabelecidos na Declaração<sup>18</sup>, embora frequentemente violados, são hoje em dia de amplo alcance e conhecidos por todos: à vida, à liberdade, à segurança pessoal, não ser torturado nem escravizado, não ser detido ou exilado arbitrariamente, à igualdade jurídica e à proteção contra a discriminação, o julgamento justo, a liberdade de pensamento, expressão, religião, locomoção e reunião, a participação na política e na vida cultural da comunidade, à educação, ao trabalho e ao repouso, a um nível adequado de vida, dentre outros fora aprovados depois de serem submetidos a voto, na Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, sendo então aprovada por quarenta e seis a zero, com oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita e os países do bloco socialista).

Apesar de inicialmente adotada sem consenso num ambiente então composto de apenas 56 Estados, ocidentais ou ocidentalizados (que seguia as orientações dos países ocidentais dominantes no momento<sup>19</sup>), a Declaração Universal dos Direitos Humanos não foi, portanto, ao nascer verdadeiramente Universal. Contudo, as críticas iniciais de não universalismo foram perdendo a consistência na medida em que os demais países foram aderindo, seletiva, mas voluntariamente, a outros instrumentos internacionais nela baseados, como por exemplo, os dois Pactos Internacionais sobre direitos civis, políticos, sociais e econômicos<sup>20</sup> e as demais grandes convenções de Direitos Humanos<sup>21</sup>.

Como passo mais significativo no caminho da Universalização formal da Declaração de 1948 pode se dizer que foi dado na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena<sup>22</sup>, em junho de 1993. Nesta ocasião reuniram-se representantes de todas as grandes culturas, religiões e sistemas sociopolíticos, com delegações de todos os países de um mundo já praticamente sem colônias, a Conferência de Viena adotou por consenso, sem votação e sem reservas, como seu documento final a Declaração e Programa de Ação de Viena. Este afirma, sem ambiguidades, no artigo 1º: “*A natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas*” e destaca no artigo 5º, depois de reafirmar a interdependência e indivisibilidade de todos os Direitos Humanos: “*As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais*”.

<sup>18</sup> René Cassim (v. M. Glen Johnson), *Writing the Universal Declaration of Human Rights*, In: *The Universal Declaration of Human Rights: 45th anniversary 1948-1993*, UNESCO, 1994, pg. 67-68).

<sup>19</sup> ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX*. São Paulo, Editora UNESP, 1996. Pg 247 a 235.

<sup>20</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, ed Atlas, 2007. Pg 143 a 158.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, ed Atlas, 2007. Pg 25 a 37

<sup>22</sup> <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>

Desta maneira não há mais razoabilidade de governos alegarem que não tem necessidade de observar estes direitos em razão de sua diversidade cultural<sup>23</sup>, ou como ainda vem tentando, refutá-las com argumentos diversos como justificar-se pragmaticamente à luz de dificuldades internas, ou, mais construtivamente, reconhecem os problemas existentes, descrevendo os esforços empreendidos para resolvê-los, apesar de efetivamente nunca solucioná-los.

Portanto, de acordo com as doutrinas jurídicas os Direitos Humanos estão hoje reconhecidos como parte integrante e rotineira do discurso internacional. As ameaças mais sérias à Declaração de 1948 encontram-se em outras esferas. E são potencialmente mais nefastas, porque estão envoltas por iniciativas racionalistas do campo econômico, que por sua vez são muito mais difíceis de refutar.

Discorrido sobre todas as situações e dificuldades que abarcam os Direitos Humanos hoje, é evidente na época presente o contraste entre o vigor com que os Direitos Humanos entraram nos discursos, e a realidade prática que se revela tão diversa. Não é necessário ser filiado a nenhuma doutrina política para observar o quanto as diretrizes econômicas e as inovações tecnológicas têm custado em matéria de instabilidade, desemprego e exclusão social.

As características da globalização<sup>24</sup> da atualidade são bastante conhecidas, assim como reconhecidos seus efeitos colaterais. A busca obsessiva da eficiência faz aumentar continuamente o número dos que por ela são marginalizados, inclusive nos países desenvolvidos<sup>25</sup>. Hoje a divisão internacional do trabalho visa acima de tudo uma mão-de-obra barata que é, via de regra, recrutada fora do território nacional.

A atual economia determina que as sociedades desenvolvidas não mais gastem com o bem estar social (as preocupações do *welfare state* não são mais preocupações importantes para os governos), mas apenas como desenvolvimento de tecnologias e consequente produção de capital enquanto nas nações em desenvolvimento ou não desenvolvidas o investimento externo é fator de vida e morte, que deve ser garantido a qualquer custo<sup>26</sup>. Desta forma diante da conjuntura econômica mundial abandona-se totalmente a concepção dos direitos econômico-sociais.

Enquanto há poucos anos na antiga modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência, conforme pregado pelo o *Welfare State*, a sociedade moderna atual onde o objetivo é apenas a eficiência da globalização<sup>27</sup>, o trabalhador de baixa remuneração é responsabilizado

<sup>23</sup> BALDIN, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Pg 101 a 137.

<sup>24</sup> BRUM, Argemiro, Luís. *A Economia Internacional na entrada do século XXI*. Ijuí, ed Unijuí, 2002. Pg 38 a 41.

<sup>25</sup> BRUM, Argemiro, Luís. *A Economia Internacional na entrada do século XXI*. Ijuí, ed Unijuí, 2002. Pg 202.

<sup>26</sup> ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX*. São Paulo, Editora UNESP, 1996. Pg 202 e segs.

<sup>27</sup> BRUM, Argemiro, Luís. *A Economia Internacional na entrada do século XXI*. Ijuí, ed Unijuí, 2002. Pg 223 a 226.

e estigmatizado pela própria pobreza. Ao invés de ser, esta parcela socialmente prejudicada, alvo de programas verdadeiramente protetivos, são sim associados de forma ideológica, nas esferas nacionais e mundiais, a tudo o que gera a presente crise, como superpopulação, epidemias, destruição ambiental, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade. Diante desta situação exposta diariamente pela mídia, com o forte sentimento de que os empregos estão ameaçados, recorre a qualquer solução, na sua grande maioria legitimando inclusive o amplo desrespeito aos Direitos Humanos com a intolerância do diferente seja ele religioso, racial ou étnico ou simplesmente o estrangeiro possibilitando-se que inclusive se anule direitos civis.

A livre movimentação de capitais, pessoas e ideias está ocorrendo cada vez com mais intensidade o que faz com que os governos busquem atrair um grande fluxo e investimento<sup>28</sup>. Entretanto, sem o posicionamento das economias nacionais mais desenvolvidas, sem que estas assumam uma maior parcela de responsabilidade global, estar-se-á destinado sempre a viver em um mundo desigual com poucas nações ricas e diversas miseráveis onde os Direitos Humanos são tão desrespeitados que pode se dizer, não chegam sequer a serem desrespeitados, uma vez que sequer existem.

O crescimento econômico que deveria ser visto como um dos direitos humanos fundamentais, pois somente através dele se pode ter uma maior equiparação entre as nações, é tido hoje como direito apenas dos países desenvolvidos, para com eles mesmo, independentemente do custo que este crescimento custe aos demais países do mundo. Consequentemente, temos um o mundo à beira do colapso financeiro, que convive com inúmeros desrespeitos aos Direitos Humanos sejam em locais de conflitos armados ou locais ditos como em paz. Desta maneira conclui-se que apenas o crescimento econômico acessível a todo o globo com estabelecimento de uma Nova Ordem Mundial<sup>29</sup> pode ser uma excelente forma de aumentar-se a efetivação dos Direitos Humanos.

Entretanto, até neste desenvolvimento pleno e paritário entre a sociedade e a economia, o indivíduo é muitas vezes discriminado dentro do seu território nacional pela parcialidade Na implementação dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, e por esta razão vai buscar outros tipos de micro comunidades a fim buscar sua identificação e eventual proteção, que é falha por parte do Estado. Isto vem a formar guetos como os que ocorrem na Inglaterra com os indianos, os árabes nas nações da Europa continental, os mulçumanos no mundo cristão, entre outros.

Esta situação se torna um problema quando se agrava e estas comunidades se transformam em focos de fundamentalismos. Esses levam então a brutais desrespeitos aos Direitos Humanos em nome de uma diferenciação, inexistente,

<sup>28</sup> BRUM, Argemiro, Luís. *A Economia Internacional na entrada do século XXI*. Ijuí, ed Unijuí, 2002. Pg 209 a 213.

<sup>29</sup> BRUM, Argemiro, Luís. *A Economia Internacional na entrada do século XXI*. Ijuí, ed Unijuí, 2002. Pg 216 a 219.



que seria a solução, incoerente, da crise econômica, para estas minorias radicais. Tal situação pode ser vista por todo o globo como na brutalidade dos intitulados islamistas argelinos, no antifeminismo dos talibãs no Afeganistão, bem como o anti-arabismo da direita francesa, a xenofobia que contamina a Europa como um todo, entre outros.

Hoje no Brasil, a globalização é amplamente difundida como a solução de todos os males e apesar de sua parceira, a pós-modernidade não ser tão conhecida aqui, ela já um conceito consolidado nas nações mais economicamente desenvolvidas e são base de argumentação para praticamente qualquer situação. Por esta razão podemos dizer que enquanto na modernidade os embates sociais ocorriam em nome da sociedade e da preservação do homem universalmente falando, na pós-modernidade os embates são feitos em razão de células menores que a nação, como os grupos formados a partir de identificação social, como já tratado anteriormente.

O entendimento desenvolvido por Foucault e hoje aceito é de que o homem é construído dentro da cultura, da experiência de vida própria, da episteme em que vivem<sup>30</sup>, de forma que não há uma natureza universal, e de que o conhecimento é inelutavelmente determinado pelas estruturas econômicas, sociais, culturais e linguísticas, estrutura estas diversas e não comuns a todos os indivíduos, o que a torna relativizada. A Razão pura oriunda do Iluminismo é, então, substituída, razões específicas e diversas. O poder é então mais do que um atributo da política ele possui uma microfísica<sup>31</sup> que o distribui em práticas disciplinares rotineiras.

Na pós-modernidade o tempo e espaço passam a ser relativizados, a metafísica passa a ser uma invenção sem sentido. Os confrontos político-sociais passam a ser mais locais que globais apesar de seus efeitos terem um alcance cada vez mais extenso e mais devastador.

Então, face estas situações, crises econômicas, sistema econômico tradicional em risco, conflitos locais com motivações específicas difíceis, é explicar atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, erigida sobre fundamentos iluministas, racionais e humanistas. Bem como é difícil argumentar a importância de ideais compostos de direitos iguais e inalienáveis que sustentam a liberdade e a paz no mundo, todos estes direitos baseados em construções ocidentais sem que estas tomem a dimensão de apenas uma nova forma de expansão e dominação do capitalismo.

Como objetivo de se compatibilizar estas diversas culturas e efetivar a universalidade dos Direitos Humanos<sup>32</sup> já foram realizadas diversas tentativas através do auto reconhecimento da incompletude de toda e qualquer cultura, preencha reciprocamente as lacunas encontradas em cada uma com complementos alheios, indo ao encontro das palavras de Foucault, onde cada

<sup>30</sup> FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

<sup>31</sup> \_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Grall, 1979.

<sup>32</sup> BALDIN, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Pg 239 a 277.



que não há dificuldade no aceite de seus dispositivos, incorporados inclusive, na legislação interna. Fica claro então, que o alcance dos direitos Humanos não se dá por imperialismo ou domínio econômico, mas sim por convicção sócio-político e ética, o que não pode ser desprezado frente a meros problemas econômicos, independentemente do tamanho que eles alcancem.

Conforme ensina Foucault, o Direito foi inventado como uma forma de legitimação do poder estatal e os Direitos Humanos como uma forma de proteção do indivíduo contra esse mesmo poder, que deve ser efetivado sempre com o gerir da forma mais ética possível à sociedade<sup>36</sup>.

Ao se concluir esta breve análise, tem-se flagrante e demonstrado que a realidade aponta que os Direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos não são consistentemente respeitados em nenhuma comunidade, seja ela, nacional ou internacional. Porém, o Direito é, afinal, um discurso normativo que visa construir uma realidade mais harmônica e até mesmo mais justa, devendo este sempre prevalecer e ser efetivado, independentemente da situação econômica que se apresenta, como um mínimo comum dentro de um universo cultural diverso. Deve ser um parâmetro claramente definido para o comportamento de todos e um critério de medida do progresso nações. Então, se no plano econômico e jurídico eles vem sendo vitimados pelos já mencionados processos de desregulamentação e desconstitucionalização realizados pelos Estados a fim de ajustar às exigências da globalização e do mercado internacional, o oposto deve ocorrer nos âmbitos sociais e político, que mantem os Direitos Humanos como critério para uma verdadeira superação da crise econômica com a revitalização da liberdade e da dignidade humana.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Guilherme Assis. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, ed Atlas, 2007.
- ARRIGHI, Giovanni. *O Longo Século XX*. São Paulo, Editora UNESP, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Adam Smith em Pequim*. São Paulo. ed Bomtempo. 2008.
- ALMEIDA, Guilherme Assis. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, ed Atlas, 2007.
- BALDIN, César Augusto. *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BRUM, Argemiro, Luís. *A Economia Internacional na entrada do século XXI*. Ijuí, ed Unijuí, 2002.
- CASSIM, René, v. M. Glen Johnson, *Writing the Universal Declaration of Human Rights*, In: *The Universal Declaration of Human Rights: 45th anniversary 1948-1993*, UNESCO, 1994.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5.ed. São Paulo, Saraiva. 2007.
- DERRIDA, Jacques. *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. In: *Deconstrucion and the possibility of justice*, Cardozo Law Review, v. 11, n. 5-6, jul./ago. 1990.

<sup>36</sup> Michel Foucault. *What is Enlightenment?* Trad. Catherine Porter. In: Paul Rabinow, ed. *The Foucault Reader*. New York: Pantheon Books, 1984. p. 50 a 53.

- FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Grall, 1979.
- \_\_\_\_\_. *What is Enlightenment?* Trad. Catherine Porter. In: Paul Rabinow, ed. *The Foucault Reader*. New York: Pantheon Books, 1984.
- LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris: Les Editions de Minuit, 1979.
- \_\_\_\_\_. *The Other's Rights*. trad. Chris Miller & Robert Smith, On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993.
- Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- SABOÍIA, Gilberto. *O Brasil e o sistema internacional dos direitos humanos*. In: Textos do Brasil, Edição Especial, v. 2, n. 6, Brasília, Palácio Itamaraty, maio/agosto, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Uma concepção multicultural de direitos humanos*. Lua Nova, São Paulo, CEDEC, n. 39, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado. 2004.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>.
- [http://www.msf.org.br/noticias/1685/libano-nos-nao-somos-turistas-estamos-fugindo-de-umaerra/?utm\\_source=basedoador&utm\\_medium=newsletter&utm\\_content=destaquesiria&utm\\_campaign=junho&mktcode=A139306](http://www.msf.org.br/noticias/1685/libano-nos-nao-somos-turistas-estamos-fugindo-de-umaerra/?utm_source=basedoador&utm_medium=newsletter&utm_content=destaquesiria&utm_campaign=junho&mktcode=A139306).
- <http://www.onu.org.br/direitoshumanos/> (Dia dos Direitos Humanos 10/12/2012)
- <http://pt.euronews.com/2011/12/01/direitos-humanos-o-compromisso-da-europa/>.
- <http://www.correiopovo.com.br/Noticias/?Noticia=244004>.
- <http://www.panapress.com/Doze-manifestantes-morrem-nos-Camaroes--3-425610-50-lang4-index.html>.
- <http://www.publico.pt/mundo/noticia/amnistia-internacional-crise-economica-agrava-violacoes-de-direitos-humanos-1383481>.

# A Contribuição de Iluminação Pública: uma análise segundo o Ordenamento Jurídico/Tributário Brasileiro

---

Jônatas Castelo Branco<sup>1</sup>

## Resumo

O objetivo do presente artigo é de apresentar a Taxa de Iluminação Pública e a Contribuição Para o Custeio de Iluminação Pública. Como estes dois tipos de arrecadação se comportaram dentro do ordenamento jurídico brasileiro, as diferenças que as fizeram, a primeira inconstitucional e a segunda constitucional. Dentro desse diapasão houve uma enorme confusão tanto dos Administradores dos Municípios quanto os cidadãos, que por falta de conhecimento ou da divulgação da matéria, não entenderam, ou não entendem até hoje o porquê da constitucionalidade da Contribuição do Custeio de Iluminação Pública. A forma da arrecadação através da fatura de energia elétrica. Onde os municípios aproveitaram as Concessionárias com todo o seu cadastro e efetivaram a cobrança, tudo isso com respaldo constitucional. O que mais diferenciou as Leis de um Municípios foi a base de cálculo, onde alguns escalonaram e outros praticamente fixaram mesmo valor para todos os contribuintes.

**Palavras-chave:** COSIP (Contribuição Para o Custeio do Serviço de iluminação Pública)

## Abstract

The purpose of this article is to present the public lighting fee and contribution to the Cost of Public Enlightenment. As these two types of storage behaved within the Brazilian legal system, the differences that made the first and second constitutional unconstitutional. Within this pitch there was a huge mess of both the Administrators of Municipalities as the citizens, who for lack of knowledge or the disclosure of the matter, did not understand, or do not understand to this day why the constitutionality of the contribution of the Funding of Public Enlightenment. The shape of the collection through the electricity bill. Where municipalities took advantage of Dealers with all your registration and implemented the collection, all with constitutional support. The more differentiated the Laws of Municipalities was the basis of calculation, where some escalonaram and other fixed practically the same value for all taxpayers.

**Keywords:** COSIP (Contribution to the Funding of Public Lighting Service)

---

<sup>1</sup> Advogado, Professor da UNESA, Especialista em direito tributário e mestre em Direito.  
Email: jonatascastelo@gmail.com

## Introdução

O custeio da iluminação pública gera para os municípios uma despesa muito grande, onde uma boa parte da arrecadação de tributos que podem ser instituídos pelas Municipalidades, tais como o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) e o Imposto sobre a Transmissão sobre Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos (ITBI), além do produto da arrecadação das taxas de serviços e de polícias, é comprometida para o pagamento de tal despesa. Desta forma alguns Municípios criaram a Taxa de Iluminação Pública (TIP), para este custeio. Porém a Súmula 670, do STF, declara a inconstitucionalidade da TIP, trazendo a tona o antigo problema do custeio da iluminação pública, segundo o STF o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa, uma vez que não configura serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

Os municípios dependem, em regra, das concessionárias de fornecimento de energia elétrica para prestarem o serviço de iluminação pública, porém estes mesmos municípios devem pagar pelas despesas desta energia elétrica que é posta a sua disposição. Levando-se em consideração os tamanhos dos municípios, com extensa faixa territorial, típico de um país como o Brasil, os municípios não têm como manter uma despesa desta monta sem um recurso específico. A partir deste raciocínio os Municípios, através do Ministério das cidades, conseguem dar andamento à PEC 2504/2002, que posteriormente, depois de votada e aprovada, vem se tornar a Emenda Constitucional 39/2002, que criava a Contribuição do Custeio de Iluminação Pública. Incluída na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em seu artigo 149-A<sup>3</sup>.

366

Para atingir o objetivo do presente estudo “Como a COSIP se enquadra no ordenamento tributário brasileiro”, demonstra-se, através da metodologia bibliográfica, como se deu a inconstitucionalidade da TIP e a aprovação do artigo 149-A<sup>4</sup> da CRFB. Também foram feitas as análises da Súmula 670<sup>5</sup>, a forma de cobrança na fatura de energia elétrica no Município do Rio de Janeiro, a base cálculo utilizada por este Município para calcular os valores cobrados, levando-se em consideração os princípios da anterioridade e da noventena.

Para propiciar um melhor entendimento o artigo foi dividido em quatro itens. A saber: (1) Qual a diferença entre COSIP e a Taxa de Iluminação Pública (TIP) relativamente à Constitucionalidade? (2) Qual a base de cálculo utilizada pelos Municípios para a cobrança da COSIP e suas variantes? (3) Qual a forma utilizada pelos Municípios para operacionalizar a cobrança da COSIP e a sua validade jurídica? (4) Como os Municípios subsidiam o serviço de iluminação pública após a declaração de inconstitucionalidade da Taxa de iluminação Pública (TIP)?

<sup>2</sup> BRASIL. *PEC 504/2002*. Câmara dos Deputados Federais. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 149-A

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 149-A.

<sup>5</sup> BRASIL. *Súmula 670 Supremo Tribunal Federal*. Dispõe sobre a Taxa de iluminação Pública.

## Diferença entre a Contribuição de Custeio de Iluminação Pública (COSIP) e a Taxa de Iluminação Pública (TIP) relativamente à constitucionalidade

A Taxa de Iluminação Pública, foi reiteradamente foi julgada inconstitucional por se tratar de serviço *uti universi*, isto é, de uso coletivo, que não preenche, pois, os requisitos cumulativos exigidos pela Constituição Federal<sup>6</sup> em seu art. 145, inciso II, [Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial [...].

A Contribuição Para Custeio de Iluminação Pública, a chamada COSIP, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, através da Emenda Constitucional n.º 39 de 2002<sup>7</sup>, visando atender a reivindicação de milhares de prefeitos brasileiros, para custear este serviço com a receita dos tributos municipais já instituídos. Isto porque houve uma opção clara dos administradores municipais por não embutir essa despesa nesses tributos, como o IPTU, por exemplo, considerando que a majoração poderia incentivar a inadimplência dos mesmos.

### Da Inconstitucionalidade da TIP: Taxa de Iluminação Pública

367

#### Taxa de Iluminação Pública

Até pouco tempo o serviço de iluminação pública costumava ser custeado mediante a instituição da espécie tributária denominada taxa. Mas doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que a Taxa de Iluminação Pública (TIP), instituída pelos diversos municípios ao longo do país, era inconstitucional por afrontar ao art. 145<sup>8</sup>, inciso II, da Carta Magna, e ao art. 77<sup>9</sup> do Código Tributário Nacional.

O argumento é que a iluminação pública não é serviço público específico e divisível, mas sim serviço geral prestado a toda a coletividade, também chamado *uti universi*.

E, não sendo possível mensurar quem são os usuários do serviço, ou quanto o utilizam, visto que usufruem dos benefícios da iluminação pública todas as pessoas que transitam pelas vias e logradouros públicos, sejam elas proprietários de imóveis, turistas ou visitantes, concluiu-se que, efetivamente, não poderia ser cobrada através da instituição de taxa.

<sup>6</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 145.

<sup>7</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional 39*. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 145.

<sup>9</sup> BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

Com os inúmeros julgados acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal acabou elaborando a Súmula nº. 670<sup>10</sup>, que assim dispõe: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa” e agora em março de 2015 o STF transformou o enunciado em súmula vinculante de nº 41.

Apesar disso, muitos municípios continuaram a instituir e a cobrar a inconstitucional TIP.

Ocorre que com a elevação do número de demandas judiciais objetivando a restituição dos valores indevidamente pagos e a proibição da cobrança dessa exação, os entes públicos municipais não mais conseguiram custear os gastos com o que arrecadavam a título de serviço de iluminação pública.

Mas objetivando o ressarcimento dos gastos despendidos com tal serviço público, os municípios viram-se num impasse: qual a maneira de suprir as receitas municipais em face da impossibilidade de cobrança da iluminação pública por meio de taxas, e tendo em vista a rígida discriminação de tributos prevista na Constituição Federal de 1988?

Tendo em vista que a Taxa pode ser cobrada em duas situações bem definidas 1- Em razão do exercício efetivo do Poder de Polícia (taxa de polícia), ou 2- Em razão de prestação de exercício público específico e divisível, [Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial...]. (conforme Constituição da República Federativa do Brasil); utilizado de forma efetiva ou potencial, prestado ou disponibilizado ao contribuinte.

368

O professor Claudio Carneiro<sup>11</sup> explica sobre o serviço específico e divisível. Segundo ele ser divisível significa que o serviço pode ser suscetível de utilização, separadamente, por parte de cada usuário, ou seja, pelo contribuinte. Já o serviço é específico quando pode ser destacado em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas. No julgamento do RE 231.764 ficou firmado que o **serviço específico** é aquele que pode ser destacado em unidades autônomas de intervenção da autoridade, ou de sua utilidade, ou de necessidade pública. Ex.: a existência do corpo de bombeiros para o risco potencial de fogo é divisível quando funcionar em condições tais que se possa identificar de cada contribuinte usuário a medida de sua utilização efetiva ou potencial; a expedição de certidões; a concessão de porte de armas etc..

<sup>10</sup> BRASIL. Súmula 670 Supremo Tribunal Federal. Dispõe sobre a Taxa de iluminação Pública.

<sup>11</sup> CARNEIRO, CLAUDIO, Curso de Direito Tributário, Saraiva, 2012, página 275



## Da Constitucionalidade da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública

### Contribuição para Custeio de Iluminação Pública

Decorrente da Emenda Constitucional – EC n. 39<sup>12</sup>, de 19/12/02, o art. 149-A<sup>13</sup>, da Constituição Federal – CF, instituiu a **Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – CIP**, espécie de tributo que incide sobre a prestação do serviço de iluminação pública, efetuada pelo Município, no âmbito do seu território. Referido artigo diz que os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, observadas as regras da Constituição. Observando a faculdade da cobrança da cobrança da contribuição na fatura de consumo de energia elétrica.

Esta Emenda Constitucional entrou em vigor na data de sua publicação, em 20/12/02 e, mais que depressa, muitos Municípios, no Brasil, estavam instituindo a CIP, através de Lei Complementar Municipal, que deveria ter sido publicada ainda no exercício de 2002, para que se respeitasse o disposto no art. 150<sup>14</sup>, incisos I e III, que tratam, respectivamente, dos princípios constitucionais da Legalidade Tributária (art. 150, I), que exige lei e, no caso, lei complementar (art. 146, III, “a”, da CF) para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária; da Irretroatividade (art. 150, III, “a”) onde é vedado cobrar tributo em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que o instituiu, e da Anterioridade (art. 150, III, “b”), já que é vedado cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o aumentou.

### Características da COSIP

De outro modo ter a COSIP características singulares, não se pode duvidar que a CIP foi criada por uma emenda constitucional, ou seja, pelo poder derivado e reformador. Assim só poderia ser considerada inconstitucional se a emenda n.º 39, que a instituiu, tivesse violado as limitações ao poder reformador; posto que ao contrário do poder constituinte originário que é ilimitado e incondicionado; o poder constituinte derivado, por decorrer de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade, ou seja, o poder constituinte derivado é subordinado e condicionado. “Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150<sup>15</sup>, I e III” (conforme Constituição da República Federativa do Brasil)<sup>3</sup>.

<sup>12</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional 39/2002*. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública.

<sup>13</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 149 A.

<sup>14</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 150, I e III.

<sup>15</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 150, I e III.

## Qual a base de cálculo utilizada pelos Municípios para a cobrança da COSIP e suas variantes?

### Base de Cálculo

Em Direito tributário, a base de cálculo é a grandeza econômica sobre a qual se aplica a alíquota para calcular a quantia a pagar. Por exemplo, na venda de imóveis, a base de cálculo do Imposto de Renda é a diferença entre o valor da venda e o valor declarado do imóvel na declaração anual de renda e patrimônio. No ICMS, a base de cálculo geralmente é o valor da venda da mercadoria (salvo disposição em contrário). Em Previdência Social, a base de cálculo é o salário de contribuição e serve para a fixação dos valores das prestações asseguradas aos beneficiários.

#### A Base de Cálculo da COSIP

Fruto da Emenda Constitucional – EC n. 39<sup>16</sup>, de 19/12/02, o art. 149-A<sup>17</sup>, da Constituição Federal – CF, instituiu a Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública – CIP, espécie de tributo que incidirá sobre a prestação do serviço de iluminação pública, efetuada pelo Município, no âmbito do seu território. Referido art. 149-A, da CF, tem a seguinte redação:

370 Esta Emenda Constitucional n. 39, de 19/12/02, entrou em vigor na data de sua publicação, em 20/12/02 e, mais que depressa, muitos Municípios, no Brasil, estavam instituindo a CIP, através de Lei Complementar Municipal, que deveria ter sido publicada ainda no exercício de 2002, para que se respeitasse o disposto no art. 150, incisos I e III, que tratam, respectivamente, dos princípios constitucionais da Legalidade Tributária (art. 150, I), que exige lei e, no caso, lei complementar (art. 146, III, “a”, da CF) para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária; da Irretroatividade (art. 150, III, “a”) onde é vedado cobrar tributo em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que o instituiu, e da Anterioridade (art. 150, III, “b”), já que é vedado cobrar tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o aumentou.

A Contribuição Para Custeio de Iluminação Pública foi instituída com o intento de custear o serviço de iluminação pública. A Emenda Constitucional nº 39/2002<sup>18</sup> não fixou uma base de cálculo utilizada pelos municípios, deixando a cargo da Lei Municipal que instituiu a referida contribuição estabelecê-la. Essa lacuna ensejou o surgimento de várias bases de cálculo, em todo o país, conforme será analisado neste estudo.

Estudando as bases de cálculo utilizadas pelos Municípios, é forçoso fazer uma simples classificação a fim de analisar se elas ensejarão uma

<sup>16</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional 39*. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 149 A.

<sup>18</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional 39*. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública

arrecadação superior aos gastos com a realização do serviço. Sendo assim, as contribuições de iluminação pública podem ser classificadas quanto à base de cálculo, em:

a) Contribuições com valor fixo – segundo esse tipo de base de cálculo, cada contribuinte pagará um valor invariável, sendo irrelevante o seu consumo de energia elétrica para fixar o valor. O Município de São Paulo, por exemplo, utiliza um valor fixo;

b) Contribuições com valor pouco variável – Os Municípios que utilizam essa espécie de base de cálculo também munem de um valor estável, só variando de acordo com algumas faixas de consumo. É o caso do Município de Ribeirão Preto/SP:

c) Contribuições com valor absolutamente variável – em outros Municípios a cobrança da iluminação pública é feita com esteio em uma porcentagem sobre o consumo de energia elétrica, de cada contribuinte. Assim, quanto mais o indivíduo utilizar energia, mais contribuirá para financiar o serviço de iluminação pública. É desta forma que funciona a cobrança da COSIP no Município do Rio de Janeiro, de acordo com a Lei 5.132<sup>19</sup>, de 17 de dezembro de 2009 (em anexo). Conforme quadro a seguir:

<b>Faixa de consumo mensal (KWH)</b>	<b>Valor (R\$)</b>
Até 80	0,00
Superior a 80 até 100	2,00
Superior a 100 até 140	3,00
Superior a 140 até 200	4,50
Superior a 200 até 300	6,50
Superior a 300 até 400	9,80
Superior a 400 até 500	12,80
Superior a 500 até 1.000	16,00
Superior a 1.000 até 5.000	30,00
Superior a 5.000 até 10.000	60,00
Superior a 10.000	90,00

Agindo assim o Município do Rio de Janeiro foi mais democrático em sua forma de cobrança, onde o consumidor de energia elétrica que se confunde com o contribuinte de iluminação pública, paga pela COSIP de acordo com o seu consumo, o que não acontece em São Paulo.

Em São Paulo foi instituída a Lei 13.479, de 30 de dezembro de 2002, em anexo, onde o valor da Contribuição foi incluído no montante total da fatura mensal de energia elétrica (artigo 4º).

<sup>19</sup> MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO – Lei 5132, de 17 de dezembro de 2009. Dispõe sobre a implantação da COSIP no Município.

O que diferencia da Lei do Município do Rio de Janeiro é que a Lei de São Paulo cobra R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) de contribuintes residenciais e R\$ 11,00 (onze reais) de contribuintes não residenciais. Não havendo, desta forma, diferenciação da quantidade de energia consumida por fatura mensal.

## Qual a forma utilizada pelos Municípios para operacionalizar a cobrança da COSIP e sua validade jurídica?

A cobrança da COSIP pode ser feita através da fatura da conta de energia de acordo com a Constituição Federal em seu artigo 149-A<sup>20</sup>, Parágrafo Único. Podendo, os Municípios, optar ou não por esta forma de cobrança.

Desta forma o Município do Rio de Janeiro, através da Lei 5.132, de 17 de dezembro de 2009, e que foi regulamentada com o decreto 31.918, de 25 de fevereiro de 2010. Esclarecendo e indicando quem são os contribuintes da COSIP, a finalidade da COSIP, dos contribuintes que são isentos, da forma de cobrança através da fatura de consumo de energia, e etc. Como vemos iluminação a seguir:

372

**COSIP:** A Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública foi instituída pela Lei nº 5.132 de 17 de dezembro 2009, com a finalidade de custear o serviço de pública do Município.

**Define contribuinte como** todo aquele que possua ligação de energia elétrica, cadastrado junto à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica do Município.

O valor da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública será aquele que corresponder à faixa de consumo de energia elétrica indicado na fatura emitida pela empresa concessionária de distribuição de energia elétrica do Município, conforme tabela acima.

A cobrança da Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública será incluída na fatura mensal emitida pela empresa concessionária de distribuição de energia elétrica do Município, observando-se o mesmo vencimento da fatura de energia elétrica de cada unidade consumidora.

Isenção: São isentas da COSIP as unidades consumidoras de imóveis efetivamente utilizados como templos religiosos de qualquer culto.

Reconhecimento da isenção: A isenção foi incluída, quando possível, para os imóveis que na data da publicação do Decreto 31.918/2010 já tivessem sido reconhecidos como templos imunes ou isentos do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU. Para novas isenções é necessário peticionar junto à Coordenadoria do IPTU em formulário próprio juntando os documentos necessários.

<sup>20</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 149 A

Competência: Compete à F/SUBTF/CIP – Coordenadoria do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, planejar, coordenar e avaliar as atividades de administração tributária e fiscalização à COSIP.

Regulamentação: Decreto 31.918 de 25 de fevereiro de 2010 (que seguirá em anexo no final do artigo)

Na Lei 13.479, de 30 de dezembro de 2002 (em anexo), instituída pelo Município de São Paulo, existem basicamente as mesmas definições da Lei do Rio de Janeiro, definindo quem são os contribuintes, o valor da contribuição. Intitula a concessionária de energia elétrica como responsável pela cobrança e recolhimento da Contribuição, com previsão de responder civil e criminalmente pelo não cumprimento do disposto na citada Lei.

Também é de responsabilidade da Concessionária a manutenção do cadastro dos contribuintes inadimplentes, fornecendo os dados destes para o Órgão competente da Administração Pública.

## **Como os Municípios subsidiam o Serviço de Iluminação Pública após a Declaração de Inconstitucionalidade da Taxa de Iluminação Pública?**

### **Subsídios para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública**

A Contribuição para custeio de iluminação pública, chamada de COSIP, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2002, por meio da emenda constitucional nº 39 daquele ano. Tal medida atendeu ao clamor de milhares de prefeitos por todo o Brasil, que após a proibição pelo Supremo Tribunal Federal da antiga Taxa de Iluminação Pública (TIP), deixaram de arrecadar esse valor.

Assim era preciso constitucionalizar esta cobrança, que integrava tantas legislações tributárias municipais, sendo clara opção dos prefeitos de não acrescentar essa despesa nos tributos já existentes, e constitucionais, como IPTU, tendo em vista que a inadimplência poderia crescer.

A maioria dos Municípios brasileiros decerto não se conformou com o entendimento do STF sobre a inconstitucionalidade da antiga taxa de iluminação pública, considerando que o cenário administrativo-financeiro municipal, no que se refere ao tema, não se mostrava equilibrado. Os municípios dependem, em regra, das concessionárias de fornecimento de energia elétrica para prestarem o serviço de iluminação pública, estas, por sua vez, devem ser pagas pela energia elétrica que fornecem e quem lhes deve remunerar são os entes municipais. Ora, sem uma fonte de recursos específica para compensar tais gastos com as concessionárias, o orçamento público municipal fica deveras comprometido, mormente quando se trata de municípios com extensa faixa territorial, o que é típico de um país como o nosso que tem dimensões continentais.

Diante de tal situação, os entes municipais se articularam politicamente para provocar a alteração da legislação pátria, a fim de permitir que se pudesse, constitucionalmente, promover a cobrança de valores destinados ao custeio do referido serviço estatal, equalizando, assim, o orçamento público. Essa articulação gerou o encaminhamento de Propostas de Emenda a Constituição objetivando incluir o artigo 149-A na CR/88, a fim de possibilitar a instituição de nova espécie tributária, com a única finalidade de suprir a incapacidade da maioria dos municípios brasileiros custearem a iluminação pública, cuja arrecadação, via taxa, havia sido declarada inconstitucional pelo STF.

Desta forma os Municípios justificaram a PEC 504/2002<sup>21</sup>, discursando que era de todos sabido que muitos Municípios brasileiros vinham instituindo e cobrando a taxa de iluminação pública para fazer face aos custos da implantação desse serviço indispensável para as comunidades urbanas.

O Supremo Tribunal Federal, porém, já havia firmado jurisprudência no sentido de considerá-la inconstitucional, por não se tratar de serviço público específico e divisível e, em certos casos, por ter ela base se cálculo coincidente com a de impostos, como o imposto predial e territorial urbano (IPTU). Como os Municípios não tinham condições efetivas de custear a iluminação pública através de seus impostos e também não podiam permanecer inadimplentes com as empresas concessionárias ou distribuidoras de energia elétrica, a solução que se alvitra era a de emendar-se a Constituição, para que eles poderiam vir a instituir e cobrar uma contribuição de iluminação pública, dentro da legalidade e sem os percalços das demandas judiciais.

374

Bem antes da edição da Emenda Constitucional n° 39/2002<sup>22</sup>, os Municípios já tentavam remunerar os serviços de iluminação pública através de taxa. Os tribunais declararam a inconstitucionalidade do tributo, já que exigido em decorrência da prestação de serviço público inespecífico e indivisível, além da insatisfação de toda Nação.

Os governantes estavam cientes da impossibilidade de haver alteração jurisprudencial quanto a esse entendimento, e não podendo assumir o pagamento desta parcela do cofre municipal, os prefeitos passaram então a pressionar o Poder Constituinte Derivado para que se alterasse o Texto da Constituição viabilizando a almejada tributação.

Alguns parlamentares destacaram que estavam havia uma pressão dos prefeitos. Foi publicado no Diário do Senado Federal, em 19 de dezembro de 2001, o Senador Sebastião Rocha, quando da votação do da PEC n° 53/2001<sup>23</sup> (n° 222/2000 na Câmara dos Deputados – também referente à criação de taxa para a iluminação pública), destacou que aquele tipo de projeto os deixava em

<sup>21</sup> BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *PEC 504/2002*. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública.

<sup>22</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional 39*. Dispõe sobre a Contribuição de Iluminação Pública

<sup>23</sup> BRASIL – CÂMARA DOS DEPUTADOS – *PEC 53/2001*. Dispõe sobre a Taxa de Iluminação Pública

uma camisa de força, porque se viam compelidos a aprova-lo em função dos Prefeitos, ou melhor, da administração municipal que necessita daqueles recursos.

O Senador Antonio Carlos Valadares, na época disse que os Prefeitos Municipais foram ao Senado pressionar os Parlamentares de todos os Partidos. Inclusive o Partido dos Trabalhadores, que sempre foi contra o aumento da carga tributária, comportou-se naquela Casa como o fez na Câmara dos Deputados, aprovando a matéria que não estabeleceu critérios nem da distribuição da contribuição em termos da localidade em que se encontra o morador.

Todo este trabalho por parte dos Prefeitos se dá pelas despesas que já tinham de certo modo uma Receita para cobri-las. A Taxa de Iluminação Pública já estava embutida na maioria das Grandes Cidades. Trazendo para a despesa industrial ou domiciliar, é como uma das pessoas que participam da divisão das despesas ficasse desempregada, tendo que cortar custos, o grande problema é quando esta Receita é volumosa o bastante que pode alterar todo o andamento de uma residência ou indústria.

Os Municípios que normalmente fecham o ano no vermelho, deixando a desejar nos serviços basilares de Educação, Saúde, Transporte, etc., começaram a ver a conta ficar mais negativa, e o pior, teriam que prejudicar algo que já estava mais do que prejudicado. Foi toda essa pressão que os levaram a buscar uma saída fora dos Impostos municipais, principalmente Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza e Taxas (ISS) e o Imposto Sobre a Transmissão de Bem Imóvel (ITBI).

## Conclusão

Existem, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, discussões a respeito da natureza jurídica da COSIP. Para Edvaldo Brito<sup>24</sup> a contribuição de iluminação pública não é um tributo, porquanto, “além de não se enquadrar na *facti specie* do tributo, constitucionalmente posta, também tem sua correspectividade na prestação do serviço de iluminação pública que terá de ser efetiva.”

Em que pese este raciocínio, vale lembrar que, da mesma forma que a CIP, as taxas também podem ter sua correlação na prestação efetiva de um serviço, o que não afasta sua indiscutível natureza de tributo (artigo 145, *caput*, e inciso II, da CF). Neste ponto, podemos destacar que, no caso das taxas, não se deve confundir prestação com utilização de serviço público. Para que as taxas possam ser cobradas pelo Estado, o serviço público deverá estar em funcionamento (prestação), ainda que o contribuinte não o utilize (utilização).

Parte avassaladora da doutrina é praticamente pacífica na denominação de tributo da chamada “contribuição de iluminação pública”, pois, além de ter sido inserida no art. 149-A da Constituição Federal de 1988 no título de Sistema Tributária Nacional o dispositivo determina que os Municípios e o Distrito

<sup>24</sup> BRITO *apud* PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*

Federal, ao criá-la, devem respeitar o disposto nos incisos I e III do art. 150, do mesmo diploma Constitucional, “Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias [...] I exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II [...], e III cobrar tributos*”.

Além do mais, verifica-se que a exação tributária contém todos os elementos contidos no conceito de tributo estabelecido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, vejamos: “Art. 3º. *Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, e[...] plenamente vinculada.*”

Infero do dispositivo transcrito que a COSIP atende os requisitos de tributo:

O professor Luciano Amaro<sup>25</sup> (2003: p. 18) ensina que:

Esse conceito quis explicitar: a) o caráter pecuniário da prestação tributária (como prestação em moeda); b) a compulsoriedade dessa prestação, ideia com a qual o Código Tributário Nacional buscou evidenciar que o dever jurídico de prestar o tributo é imposto pela lei, abstraída a vontade das partes que vão ocupar os pólos ativo e passivo da obrigação tributária, opondo-se, dessa forma, a compulsoriedade do tributo à voluntariedade de outras prestações pecuniária; c) a natureza não sancionatória de ilicitude, o que afasta da noção de tributo certas prestações também criadas por lei, como as multas por infração de disposições legais, que têm a natureza de sanção de ilícitos, e não de tributos; d) a origem legal do tributo (como prestação “instituída em lei”), repetindo o Código a ideia de que o tributo é determinado pela lei e não pela vontade das partes que irão figurar como credor e devedor da obrigação tributária; e) a natureza vinculada (ou não discricionária) da atividade administrativa mediante a qual se cobra o tributo.

376

De outra forma, a espécie não encontra unanimidade na doutrina. O jurista Ives Granda,<sup>26</sup> critica a denominação de contribuição (2006: pp. 46/48), perguntando se é válida, porque autorizada por Emenda Constitucional, uma ‘contribuição’ que tem as características essenciais de um imposto, poderá então o constituinte reformador substituir todos os impostos por contribuições, contornando assim a vedação do art. 167, IV.

Já o professor Kiyoshi Harada<sup>27</sup> (p. 215-218), trata-se de imposto: Para caracterização da contribuição social ou da taxa de serviços, não basta a destinação específica do produto da arrecadação do tributo. É preciso que se defina o beneficiário específico desse tributo, que passará a ser o seu contribuinte. Se a comunidade inteira for a beneficiária, como no caso em estudo, estar-se-á diante de imposto, e não de contribuição.

Por todo o exposto, verifica-se que o tributo denominado “Contribuição de Iluminação Pública” inserido do art. 149-A da Constituição Federal de 1988 guarda semelhança com varas espécies tributárias, conforme defendido pelos autores acima.

É bem parecida com as Taxas, pois, embora estas tenham seu lugar para retribuir a prestação de um serviço específico e divisível ou pelo exercício do

<sup>25</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 14. ed

<sup>26</sup> GRANDA, Ives, Editora Saraiva, São Paulo, 4. ed.

<sup>27</sup> ARADA, Kioshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 22. ed.



poder de polícia, a COSIP tem a finalidade de retribuir os serviços de iluminação pública suportado pela municipalidade e Distrito Federal. Não é Taxa, pois, toda a coletividade é beneficiada pelos serviços, tendo em vista a impossibilidade de divisão.

Então, pode-se inferir que assemelha com imposto. Porém, o art. 167, III, da Constituição Federal, veda a vinculação das receitas dos impostos, in verbis:

*“Art. 167. São vedados:*

*(...) III – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa(...).”*

Desta forma, Inviável classificá-lo como imposto.

Finalmente: Da classificação segundo o Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal, através do RE 573675, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (está na íntegra em anexo) trata o tributo de “contribuição sui generis”, pois, não enquadra em nenhuma espécie anteriormente positivada, “III - Tributo de caráter sui generis, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte”..

Ficando bem claro conforme parte do voto do Ministro no citado RE:

*“[...] A meu ver, a COSIP constitui um novo tipo de contribuição, que foge aos padrões estabelecidos nos arts. 149 e 195<sup>28</sup> da Constituição Federal. Cuida-se, com efeito, de uma exação subordinada a disciplina própria, qual seja, a do art. 149-A da CF, sujeita, contudo, aos princípios constitucionais tributários, visto enquadrar inequivocadamente no gênero tributo.[...]”*

377

## Referências bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Artigo 145, II; 150, III; 149; 149 –A e 195
- BRITO apud PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da Jurisprudência*, 10. ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, ESMAFE, 2008, p. 174
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GRANDA, Ives, Editora Saraiva, São Paulo, 4. ed. volume 1, páginas 46/48)
- ARADA, Kioshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>28</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 149 e 195



# Schumpeter, Furtado, Sen e Singer: “Diálogos” sobre o Desenvolvimento

---

Lucas Perez da Motta<sup>1</sup>  
Diogo Oliveira Muniz Caldas<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo busca analisar determinadas visões de Desenvolvimento e sua evolução teórica, partindo-se das definições elaboradas por Joseph Schumpeter, Celso Furtado, Amartya Sen e Paul Singer. Além disto, visa demonstrar a relação existente entre Política e Economia, bem como sua vital importância para a compreensão do tema. Por fim, demonstra a internacionalização da temática e a importância de abordá-la interdisciplinarmente.

**Palavras-chave:** Política; economia; desenvolvimento.

## Abstract

This paper analyzes the concept of Development and its theoretical evolution, starting from the definitions developed by Joseph Schumpeter, Celso Furtado, Amartya Sen and Paul Singer. In addition, it aims to demonstrate the relationship between Politics and Economics, as well as its vital importance in the understanding of the topic. Finally, it demonstrates the internationalization of the issue and the importance of an interdisciplinary approach.

Keywords: Politics; economics; development.

## Introdução

O direito ao desenvolvimento surgiu como direito dos povos, de acordo com a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, de 1981. O referido documento foi aprovado pela 18ª Conferência dos Chefes de Estado e Governo (RISTER, 2007, p. 53). Já na atual Constituição Republicana (BRASIL, 1988), o desenvolvimento aparece como base da sociedade e do Estado brasileiro,

---

<sup>1</sup> Analista Técnico Administrativo do Ministério da Saúde. Graduado e Pós-Graduado pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

<sup>2</sup> Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2008/2010). Foi Professor do curso de Graduação em Direito da Sociedade Unificada Ensino Superior e Cultura (2009/2013) e Professor do curso de Graduação em Direito na Universidade Gama Filho (2011/2014). É Professor do curso de Graduação em Direito do Cento Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Úrsula e do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Doutorando em Direito pela Universidade Gama Filho.

principalmente, no Preâmbulo e no art. 3º, inciso II (e em diversos outros dispositivos constitucionais).

Partindo da premissa da existência de um direito ao desenvolvimento, o presente trabalho tem por escopo estudar determinadas bases políticas, econômicas e sociais do mesmo, bem como suas questões conceituais. A reflexão sobre o desenvolvimento, após a Segunda Guerra Mundial, teve como ponto de partida a consciência do atraso econômico de certos países com relação a outros.

Este “atraso” fora aferido pelas diferenças nos níveis de consumo e graus de diversificação do mesmo do conjunto de uma dada população (FURTADO, 2013, p. 216). Posteriormente, outros indicadores, de natureza social, foram incorporados para a medição, tais como: mortalidade infantil, incidência de enfermidades contagiosas, grau de educação, etc.

Primeiramente, cumpre demonstrar a estreita relação entre Política e Economia, pois é certo que os fatos das duas ciências se interpenetram e se influenciam (BONAVIDES, 2014; FURTADO, 2013; NUSDEO, 2013). Para demonstrar a importância do estudo conjunto de ambas, procedeu-se à pesquisa bibliográfica e, pontualmente, à consulta no sítio eletrônico da Organização das Nações Unidas (ONU).

Dentro da pesquisa bibliográfica, parte-se da definição de desenvolvimento de Joseph Schumpeter e, seguindo a evolução do pensamento político e econômico, passando pelas contribuições atuais e importantíssimas de Celso Furtado, chega-se aos estudos contemporâneos de Amartya Sen, colocando-se em foco os pontos em comum da definição de desenvolvimento.

A partir do pensamento e atividades de Amartya Sen, demonstra-se sua relevância para a internacionalização do debate acerca das questões éticas e sociais sobre o desenvolvimento, bem como sua participação na criação do índice de Desenvolvimento Humano (IDH), atualmente utilizado pela ONU.

## **Da estreita relação entre Política e Economia**

Para melhor compreender o presente trabalho, cumpre estabelecer a básica premissa da indissociabilidade entre a Política e a Economia, vez que sem o conhecimento dos fatos e atos econômicos que baseiam determinada estrutura social, dificilmente chega-se à compreensão dos fenômenos políticos e das instituições governantes de uma dada sociedade.

Contudo, cumpre apontar que através da História, a Economia já foi considerada uma das Ciências Políticas, daí o aproximado “grau de parentesco” entre ambas, mas, de acordo com Nusdeo (2013, p. 95), foi com Adam Smith e outros cientistas clássicos, em 1776, que a Economia desvinculou-se, cientificamente falando, das demais ciências sociais.

Dentro da Ciência Política, destaca-se a visão do emérito professor Paulo Bonavides, segundo o qual (2014, p. 51):

“Democracia e socialismo, formas políticas de organização do poder, não prescindem, no Estado moderno, de planificação. O conhecimento econômico se faz cada vez mais interessado e o Estado não o emprega unicamente para explicar ou conhecer o modo por que se satisfazem as necessidades materiais de uma sociedade, senão que os emprega, cada vez mais, para criar instrumentos novos e diretos de ação, vinculando-os a um programa de governo ou a uma política econômica específica”.

Destes apontamentos do professor paraibano, percebe-se um caráter também instrumental da Ciência Econômica, de onde se pode inferir que, se a Política determina os fins, a Economia é uma de suas ferramentas para atingi-los.

Tendo o desenvolvimento do ponto de vista interdisciplinar, o professor Celso Furtado, reconhecido economista brasileiro, afirma (*apud* FURTADO, 2013, p. 197) que a ideia de desenvolvimento, referida a um conjunto de processos articulados ao qual se empresta em sentido positivo, contribuiu para reaproximar as distintas ciências sociais, as quais estavam compartimentadas por um século inteiro de influências positivistas.

O referido economista reconhece seu nascimento na Economia, mas afirma que a ideia de desenvolvimento desbordaria necessariamente para o campo de outras ciências sociais na medida em que tal fenômeno não pode ser entendido como homotético (FURTADO, 2013, p. 197). Logo, requer uma visão além daquela (técnica) do economista.

## Política, Economia e Desenvolvimento

Estabelecida a correlação entre Política e Economia, faz-se necessário apresentar a finalidade desenvolvimentista de ambas. Numa dimensão Política, parte-se da premissa de que o Poder Constituinte Originário tem características estritamente políticas. Nos Dizeres de Sarlet (2012, p. 88), ao professar a natureza deste Poder:

“Quando se indaga sobre a natureza do poder constituinte (originário), prevalece a tese de que não se trata propriamente de um poder jurídico, mas sim, especialmente considerando a relação entre soberania e poder constituinte, de um poder político, portanto, pré-jurídico e mesmo extra-jurídico”.

Tendo por base as características e as decisões políticas do Poder Constituinte, mais estritamente no caso brasileiro, pode-se observar na atual Constituição Federal, em seu Preâmbulo (e em outros artigos de seu corpo), o intento político deste Poder ao assegurar o desenvolvimento como valor supremo da sociedade brasileira (BRASIL, 1988).



alternativas: ou porque tal transformação estrutural já se verificou e o país, portanto, já se desenvolveu, ou então o crescimento é apenas transitório e não se autossustentará, justamente por não conseguir alterar a estrutura.

Pode dar-se o crescimento quando, em razão de um fator às vezes exógeno, isto é, externo ao sistema em foco, este último passa a aumentar acentuadamente o seu PIB e a sua renda, sem alterar, porém, a sua estrutura produtiva e as suas características sociais. Trata-se mais de um surto e não de um processo”.

Em análise do exposto supra, observa-se, até os dias atuais, a influência conceitual de Schumpeter, bem como uma preocupação extra-econômica do desenvolvimento, vez que este também deve ser visto pelo ângulo social.

Dentro deste tema, é de se citar Celso Furtado, o qual estudou o desenvolvimento sob o prisma da realidade brasileira, mas a transcendeu, tendo aceitação nos EUA e na França, por exemplo.

Segundo Rister (2007, p. 18), contemporaneamente, afirmava Celso Furtado, o conceito de desenvolvimento é utilizado em dois sentidos distintos. O primeiro referente à evolução de um sistema social de produção à medida que este, mediante a acumulação e o progresso das técnicas torna-se mais eficaz, isto é, eleva a produtividade da força de trabalho. O segundo sentido refere-se ao grau de satisfação das necessidades humanas, aduzindo que, neste segundo caso, aumentaria-se mais o grau de ambiguidade do primeiro sentido, vez que quanto mais se afasta do plano da satisfação das necessidades humanas elementares (alimentação, vestuário...), mais urgente se torna a referência a um sistema de valores. Isto deve ser considerado, pois a ideia de necessidade humana tenderia a perder nitidez fora de determinado contexto cultural.

Pelas palavras do próprio (*apud* FURTADO, 2013, p.210):

“O conceito de desenvolvimento pode ser abordado a partir de três critérios, que se relacionam de forma complexa: o incremento da eficiência do sistema produtivo; o da satisfação das necessidades básicas da população; e o da consecução de objetivos que se propõem distintos grupos de uma sociedade e que competem na utilização de recursos escassos. O terceiro critério é certamente o mais difícil de precisar, pois o que é bem-estar para um grupo social pode parecer simples desperdício de recursos para outro. Esta a razão pela qual a concepção de desenvolvimento de uma sociedade não é independente de sua estrutura social, e tampouco a formulação de uma política de desenvolvimento é concebível sem a tutela de um sistema de poder”.

Assim, a concepção de desenvolvimento, ao inserir a satisfação das necessidades humanas como uma de suas dimensões, ainda que um tanto vaga, modifica o enfoque tradicional dado ao tema, quase sempre centrado na eficiência econômica.





Por fim, uma terceira forma de pensar o desenvolvimento não está agrupada em uma teoria nominada. Rister (2007, p.27) noticia que estes economistas realizam seus estudos de forma individual, não sendo dotados em grupo.

Esta última forma de pensar dedica-se aos estudos da relação entre o desenvolvimento e a pobreza, destacando a importância dos valores na teoria econômica. Neste grupo de economistas encontra-se a eminente figura de Amartya Sen, indiano laureado com o Prêmio Nobel de Economia (1998) justamente por tais estudos. Sen propõe uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica.

Antes de adentrar ao estudo do pensamento Seniano, cumpre apontar crítica feita por Rister (2007, p. 28) a este e a North. Diz a autora:

“Ocorre que, a despeito de as teorias de North e de Sen ressaltarem pontos importantes, que devem ser levados em conta em qualquer discussão desenvolvimentista, ambas pecariam por buscar uma explicação unitária no espaço e no tempo para os fenômenos de desenvolvimento econômico e, portanto, sob variados matizes, sugerirem soluções também unitárias para o desenvolvimento. Hoje não haveria mais dúvida, em grande parte devido às brilhantes contribuições desses autores, que processos de desenvolvimento dependem de instituições e valores. A grande pergunta que restaria, não respondida por esses autores, é em que sentido devem apontar essas instituições e valores”.

Em que pese a crítica apontada, ao falar em desenvolvimento deve-se lembrar a obra do referido economista indiano, o que se passa a fazer de forma muitíssimo sucinta, vez que esmiuçar seus estudos e sua contribuição para o tema, de forma satisfatória, seria objeto para trabalho em apartado.

## Amartya Sen e sua contribuição ao Desenvolvimento

Como dito supra, Amartya Sen propõe uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica. O referido economista tem a visão de que o desenvolvimento integra considerações de caráter econômico, social e político. Talvez a maior peculiaridade do pensamento de Sen seja a relação estabelecida entre as liberdades das pessoas e o desenvolvimento. Neste sentido, é emblemático o nome de uma de suas obras: “Desenvolvimento como liberdade”.

Nesta obra, mais precisamente em sua introdução (SEN, 2000, p. 17), Sen afirma que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

Pela assertiva, é de se notar, ainda que sutilmente, a influência da mesma definição de Schumpeter, pois ambos enxergam o *desenvolvimento* como um *processo*. Em outras palavras, ambos percebem o caráter dinâmico do que deva ser chamado de *desenvolvimento*.

Mais ainda, ambos enxergam a necessidade de pensar o desenvolvimento fora dos estritos padrões econômicos. Ambos reconhecem que as fontes deste fenômeno devem, também, ser procuradas nas ciências políticas e sociais.

Para Sen (2000, p. 17), o enfoque das liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como, por exemplo, as que o identificam com o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB). Contudo, as liberdades dos indivíduos dependem de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, serviços de saúde) e os direitos civis (por exemplo, liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).

Sobre os requisitos para o desenvolvimento, aduz SEN (2000, p. 18):

“O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A despeito de aumentos sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico”.

Desnecessário, pelas palavras apresentadas, reiterar a preocupação de Sen com as mazelas sociais cotidianas. Para ele, o desenvolvimento só pode dar-se com a correção de tais distorções.

O brilhante economista também elucidava o papel do Estado na busca da resolução das questões sociais. Afirma que em determinados casos, a privação da liberdade pessoal está diretamente vinculada à carência de serviços públicos e assistência social. Já em outros casos a referida privação resulta da negação de liberdades políticas ou civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participação na vida social, política e econômica da comunidade (SEN, 2000, p. 18).

Tendo estas restrições em mente, só se pode concluir que o Estado tem papel relevante na garantia das liberdades inerentes ao desenvolvimento. O próprio economista indiano especifica um pouco mais a questão (SEN, 2000, p. 32), afirmando existir uma *relação de mão dupla* entre Estado e indivíduo: as capacidades das pessoas de levar o tipo de vida que valorizam podem ser aumentadas por políticas públicas e, por outro lado, a direção de tais políticas pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo.

Já foi percebido que Sen dispõe a liberdade das pessoas como elemento-chave de seu pensamento. O mesmo aponta duas razões para a *liberdade* ser central no processo de *desenvolvimento* (SEN, 2000, p. 18). A primeira razão é a *avaliatória*,

isto é, o progresso tem de ser avaliado levando-se em conta, primordialmente, se houve aumento na liberdade das pessoas. A segunda razão é a da *eficácia*, segundo a qual a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre *condição de agentes* das pessoas.

Sobre a *condição de agente*, Sen (2000, p. 33) o identifica no papel do indivíduo como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas – interagindo no mercado e envolvendo-se, de forma direta ou indireta, em atividades individuais ou conjuntas na esfera política ou em outras esferas.

Ainda nos pensamentos de Sen sobre *liberdade e desenvolvimento*, é de se referir aos tipos de liberdade apontados por ele. De uma perspectiva “instrumental”, afirma existir cinco tipos de liberdade (SEN, 2000, p. 25): liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora.

Logo, pode-se inferir que para Sen, as *liberdades* no *desenvolvimento* são, a um só tempo, o fim e os instrumentos deste.

## O Índice de Desenvolvimento Humano - IDH

Falar das preocupações sociais de Amartya Sen no âmbito do desenvolvimento é remeter à lembrança de que o economista indiano foi colaborador da criação (por Mahbub ul Haq) do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH.

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) introduziu o conceito de *desenvolvimento humano* sob três aspectos: renda, saúde e educação. Este conceito, posto em 1990, é a base para o IDH.

O objetivo do PNUD, ao fazer uso do referido Índice, era oferecer um contraponto ao indicador mais usado na medida de desenvolvimento: o PIB *per capita* (o qual considera apenas a faceta econômica do desenvolvimento).

Desta forma, a pretensão do IDH é ser uma medida geral e sintética do desenvolvimento humano. Nos termos do próprio PNUD:<sup>3</sup>

“Apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, o IDH não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da ‘felicidade’ das pessoas, nem indica ‘o melhor lugar no mundo para se viver’. Democracia, participação, equidade, sustentabilidade são outros dos muitos aspectos do desenvolvimento humano que não são contemplados no IDH. O IDH tem o grande mérito de sintetizar a compreensão do tema e ampliar e fomentar o debate”.

Pelo exposto, verifica-se a importância do pensamento de Sen, pois este reforçou a internacionalização das questões sociais do desenvolvimento, ajudando a colocá-lo na pauta da Organização das Nações Unidas (ONU).

<sup>3</sup> PNUD. Disponível em <[http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li\\_IDH](http://www.pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH)>. Acesso em 23 de setembro de 2014.

## **A faceta social do Desenvolvimento para Celso Furtado**

Em um trabalho que pretende apresentar algumas considerações acerca do desenvolvimento, não se poderia deixar de lado as contribuições de Celso Furtado para a faceta “social” do tema. Tal faceta é apresentada claramente quando o mesmo apresenta uma visão sintética do processo de desenvolvimento e do subdesenvolvimento (FURTADO, 2013, p. 229).

Para o referido economista (e participante ativo da Assembleia Geral Constituinte Brasileira de 1987), o estudo do desenvolvimento, ao conduzir a uma progressiva aproximação da teoria da acumulação com a teoria da estratificação social e com a teoria do poder (que não serão estudadas a fundo no presente trabalho), constituiu-se em ponto convergente de distintas ciências sociais.

As primeiras ideias de desenvolvimento, sobre um caráter ainda econômico, definiam-no como um aumento do fluxo de bens e serviços mais rápido que a expansão demográfica. Contudo, tal entendimento foi sendo progressivamente substituído por outros entendimentos, relacionados a um conjunto de transformações sociais (FURTADO, 2013, p. 234). Neste diapasão, afirma que medir um fluxo de bens e serviços é operação que somente adquire sentido preciso quando tais bens e serviços estão ligados à satisfação de necessidades humanas objetivamente definidas, ou seja, identificáveis independentemente das desigualdades sociais existentes, ou quando as desigualdades sejam inexpressivas.

Preocupando-se com o viés Econômico, mas sem descuidar do viés Social, Furtado (*apud* FURTADO, 2013, p. 234) adverte que sempre haverá ambiguidade quando se pretender reduzir a um só denominador os gastos dos distintos grupos de uma dada sociedade inigualitária ou se pretender comparar aumentos ou diminuições das desigualdades.

Ao que prega, quando um economista adiciona gastos realizados pelos consumidores, busca-se uma variável representativa da demanda efetiva de um sistema econômico, e não de um indicador do bem-estar social, que, de alguma forma, está contida no conceito de *desenvolvimento* sempre que se exclua a hipótese de uma sociedade igualitária (FURTADO, 2013, p. 234).

## **A faceta social do Desenvolvimento para Paul Singer**

Falando em dimensão social do desenvolvimento, cabe relatar pensamento contemporâneo de Singer (2004), que menciona o conceito de desenvolvimento solidário. É de se advertir que o presente trabalho não tem o escopo de tecer análises de conceitos econômicos utilizados por Singer (2004) em seus escritos, tais como “força produtiva” ou “relações de produção”, mas sim de fornecer subsídios teóricos para melhor compreensão da temática desenvolvimentista.

O conceito de desenvolvimento solidário, já autoexplicativo, tem por base o processo de fomento de novas forças produtivas e de instauração de novas relações de produção, de modo a promover um modelo sustentável de

crescimento econômico, o qual respeite os limites naturais e redistribua os frutos do crescimento para aqueles que se encontram marginalizados pelo modo de produção capitalista (2004, p. 7).

Em cotejo com o modo de desenvolvimento capitalista, pelas palavras do próprio autor (SINGER, 2004, p.9):

“Desenvolvimento capitalista é o desenvolvimento realizado sob a égide do grande capital e moldado pelos valores do livre funcionamento dos mercados, das virtudes de competição, do individualismo e do Estado mínimo. O desenvolvimento solidário é o desenvolvimento realizado por comunidades de pequenas firmas associadas ou de cooperativas de trabalhadores, federadas em complexos guiados pelos valores da cooperação e ajuda mútua entre pessoas ou firmas, mesmo quando competem entre si nos mesmos mercados”.

Da leitura do trecho transcrito, destaca-se a mudança de paradigmas dos atores envolvidos no desenvolvimento (pequenas empresas e cooperativas), bem como a existência de um elemento além da competição de mercado (cooperação entre atores distintos).

Em resumo, Singer (2004, p. 12) afirma que o desenvolvimento solidário não propõe a abolição do mercado, mas da sujeição deste a normas e controles, elaborados pelo Estado, para que ninguém seja excluído da economia contra sua vontade.

## Considerações finais

Transcendendo uma problemática acadêmica, o desenvolvimento configurou-se inicialmente como preocupação política, fruto das grandes transformações acarretadas pela Segunda Guerra Mundial, com o desmantelamento das estruturas coloniais e a emergência de novas formas de hegemonia internacional. Importante trabalho coube, nesta primeira fase, às novas instituições internacionais, como a ONU (FURTADO, 2013, p. 216).

Tendo por base as comprovadas relações entre a Ciência Política e a Economia, é de se concluir que o desenvolvimento deve ser estudado e entendido de forma transdisciplinar, tendo como enfoque uma abordagem multidimensional.

Neste foco, viu-se a definição de desenvolvimento ao longo dos pontos mais relevantes de sua evolução conceitual, desde seu entendimento meramente econômico, até sua multifacetada característica contemporânea.

O “diálogo” estabelecido entre as afirmações de Schumpeter, Furtado, Sen e Singer provou-se sólido e um tanto quanto atual, dada a importância da esfera social no estudo e compreensão sobre o que se deve ter por desenvolvimento, transcendendo, assim, a visão estritamente econômica do fenômeno.



# Casamento Homoafetivo: uma Realidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Raquel de Lima Mendes<sup>1</sup>  
Diogo Oliveira Muniz Caldas<sup>2</sup>

## Resumo

O presente estudo versa sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou casais homoafetivos. Já era de costume no ordenamento jurídico brasileiro a admissão da união estável neste sentido. Contudo, o casamento, apesar dos recentes julgados do STF, STJ e resolução do CNJ ainda enfrenta muitas barreiras sociais, morais e religiosas para a sua instituição. Princípios como a dignidade da pessoa humana, da igualdade, da felicidade, dentre outros, têm sido utilizados para embasar tal instituto. Apesar do posicionamento vinculante dos citados tribunais e órgão, os Tribunais Regionais ainda manifestam certa resistência em admitir a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

**Palavras-chave:** Casamento homoafetivo; união estável homoafetiva; princípios basilares.

391

## Abstract

This study is about the marriage between persons of the same sex, or homoffective couples. The admission of a state union, in a sense, had been usual in our Brazilian legal system. However, marriage, despite the recent finding by the Supreme Court and resolution of the CNJ, still faces many social, moral and religious barriers in its institution. Principles such as human dignity, equality, happiness, among others, have been used to support such an institution. Despite the binding position of said higher courts, the Regional Courts still express some resistance to admit the possibility of marriage between persons of the same sex.

**Keywords:** Homoffective marriage; homoffective union; basic principles.

<sup>1</sup> Bacharel e mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2012) e especialista em Direito Civil e Processual Civil Universidade Cândido Mendes (2013). Foi Professora do curso de Graduação em Direito na Universidade Gama Filho (2011/2013). Atualmente é Professora na Universidade Veiga de Almeida.

<sup>2</sup> Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2008/2010). Foi Professor do curso de Graduação em Direito da Sociedade Unificada Ensino Superior e Cultura (2009/2013) e Professor do curso de Graduação em Direito na Universidade Gama Filho (2011/2014). É Professor do curso de Graduação em Direito do Cento Universitário Moacyr Sreder Bastos, Professor do curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Úrsula e do curso de Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida Doutorando Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

## Introdução

O instituto família tem sofrido diversas transformações frente à realidade costumeira. Apesar da dificuldade de definição do citado instituto, foi através da Constituição de 1988 que seu conceito foi ampliado.

Pode-se definir família como uma instituição social, composta por no mínimo duas pessoas naturais, que se unem com o propósito de desenvolver entre si o companheirismo nos planos de assistência e convivência mútua, traçando objetivos comuns de realização pessoal, incluindo a busca da felicidade. Tais pessoas naturais podem se unir por vínculo de afinidade, descendência uma da outra ou do mesmo tronco familiar.

No que concerne ao presente estudo, será tratado o modelo de família criado por pessoas do mesmo sexo. Tal modelo já apresenta plena aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, admitindo de forma pacificada nos Tribunais a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Este posicionamento dos Tribunais encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade ou da não intervenção, da solidariedade familiar, da afetividade, dentre outros.

Entretanto, apensar da união homoafetiva ser reconhecida, o instituto do casamento homoafetivo ainda encontra resistência quanto a sua aceitação. Muito embora o STF, STJ e CNJ tenham se posicionado a favor do citado instituo, em cumprimento à norma Constitucional que preceitua a facilitação da união estável em casamento, os casais homoafetivos ao tentarem instituir o casamento, tem como posicionamento de alguns Tribunais Regionais que por falta de norma regulamentadora não se pode admitir o casamento de pessoas do mesmo sexo.

392

Assim, os casais homoafetivos encontram-se inicialmente frente a um direito adquirido e com dificuldades de exercício, tendo que recorrer a instâncias superiores do judiciário para que seja reconhecido o direito de casamento.

Tal fato ocorre por inércia do legislativo que não editou norma conforme. Pensa-se que de imediato uma Súmula vinculante do STF poderia ser uma forma de economia processual no sentido de não exacerbar o judiciário com questão que já encontra entendimento no sentido permissionário e de difícil recuo.

A pesquisa se justifica pela sua importância em definir, em caráter definitivo, se os casais homoafetivos fazem jus ao instituto do casamento.

## Família e o Direito de Família

O Direito de família, basicamente, se subdivide em normas de ordem pública ou cogentes, e normas de ordem privada.

É considerado de ordem pública ou cogente quando estão relacionadas com a própria concepção de pessoa humana, ou seja, com o direito existencial, com o as necessidades humanas para se estabelecer enquanto pessoa no seio da sociedade.



No dizer de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, quanto aos “efeitos jurídicos, diante da natureza dessas normas, pode-se dizer que é nula qualquer previsão que traga renúncia de direitos de origem familiar, ou que afaste normas que protegem a pessoa.” (TARTUCE, 2012:2)

No Direito de Família, por outro prisma, há também a presença de normas de ordem privada, quando relacionadas com o regime de bens no casamento, ou normas de visem principalmente o caráter patrimonial. Nestes casos, é possível que, esporadicamente, a autonomia privada traga convenções confrontando as normas positivadas, como, por exemplo, o pacto antenupcial.

Contudo, antes de considerar possíveis aspectos em que se pode subdividir o direito de família, deve-se considerar que este ramo do Direito civil tem sofrido profundas alterações nas últimas décadas, transformações essas que alteraram sensivelmente a forma em que a sociedade se comportou refletindo tais consequências nas normas positivadas.

Deve-se considerar que o Estado tem interferido cada vez mais no seio familiar na tentativa de reger as novas condições sociais apresentadas. Assim, o que era eminentemente privado, ou seja, cada família se organizava da forma como melhor conviesse, hoje em dia, há uma necessidade maior da intervenção do Estado para regular os novos fatos sociais emergentes.

Outra questão com grande relevância foi a família não se tornar dependente financeiramente apenas de um provedor, mas, se basear em laços de maior afeto.

Conceitos religiosos de orientação familiar são distanciados para dar espaço ao elemento psicológico, atribuindo maior vontade individual e, conseqüentemente, exaltando a autonomia privada. Ampliou-se, também, a liberdade do direito de manifestação das ideias.

A sociedade busca o convívio interpessoal de forma mais igualitária, em que valores hierárquicos dão espaço para o companheirismo, possibilitando que todos os membros da entidade familiar opinem para a tomada de decisões.

Considerando o atual Direito civil constitucional, Paulo Lôbo explica que:

“Liberdade, Justiça, solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º,I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo, são valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um dos seus membros, iluminando a aplicação do direito” (LOBO, 2008:16)

É razoável que se considere o direito de forma sistemática, inserindo o direito civil de família conforme a interpretação constitucional e os objetivos do Estado. Assim, antigos princípios do Direito de família foram substituídos dentro desta proposta de constitucionalização e personalização, reescrevendo esse ramo jurídico.

O Estatuto das Famílias iniciado pelo projeto de lei 2.285/2007 institui alguns princípios fundamentais para estruturar o direito de família em seu art. 5º, são eles: A dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Tais princípios são basilares e norteadores para o Direito de família, entretanto, o estudo será direcionado ao casamento homoafetivo.

### **Conceito de Família sob a égide Constitucional**

Parafrazeando Flávio Tartuce e José Fernando Simão, interpretando a Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, pode-se dizer que a família é decorrente do casamento civil, da união estável e da entidade monoparental. (TARTUCE, 2012:26)

O instituto família tem sofrido diversas transformações frente a realidade costumeira. Apesar da dificuldade de definição do citado instituto, foi através da Constituição de 1988 que seu conceito foi ampliado.

“Bastante polêmica é a questão da natureza jurídica do casamento: contrato ou instituição? Faz referência a existência da corrente contratualista originária do Direito canônico e a concepção institucionalista que vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam e a terceira corrente, chamada de eclética ou mista, nascida da divergência entre as duas primeiras, a contratual e institucional, considerando o casamento um ato complexo, ou seja, concomitantemente contrato na formação e instituição no seu conteúdo”. (DINIZ, 2008:40)

Ainda assim, em senda sociológica e conservadora, há de se definir família como uma instituição social, composta por no mínimo duas pessoas naturais, que se unem com o propósito de desenvolver entre si o companheirismo nos planos de assistência e convivência mútua, traçando objetivos comuns de realização pessoal, incluindo a busca da felicidade. Mais do que isso, Família pode ser entendida como signo maior da espécie humana:

“O que diferencia verdadeiramente o mundo humano do mundo animal é que na humanidade uma família não poderia existir sem existir a sociedade, isto é, uma pluralidade de famílias dispostas a reconhecer que existem outros laços para além dos consanguíneos e que o processo natural de descendência só pode levar-se a cabo através do processo social da afinidade.” (LÉVI-STRAUSS, 1981:34)

Tais asserções dentro de um paradigma moderno (tardio) do referido fenômeno social, que agora jaz entre o incorporar e subjetvar, a tensão entre individualizar e socializar (VELHO, 1986: 32, 38).

É gratuita a celebração do casamento civil e validado se feito no religioso conforme a lei. A união estável além do dispositivo constitucional, encontra respaldo no código civil em seus artigos 1723 a 1727, sem que haja prejuízo de outros dispositivos. Para entidade monoparental, ou seja, a formada por qualquer dos pais ou seus descendentes, não há qualquer regulamentação específica no Código Civil ou em lei especial.

No sentido de demonstrar os novos parâmetros de modelo familiar no ordenamento jurídico brasileiro, Maria Berenice Dias afirma que:

“O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.” (DIAS,2007:41)

Ou seja, diante de tantos modelos familiares admitidos pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir que o conceito de família permaneça engessado nos antigos padrões sociais, ou em um suposto rol taxativo do art. 266 da CF/88.

Neste sentido é o posicionamento do STJ já há mais de 15 anos.

**Ementa:** Resp - civil - imóvel - impenhorabilidade - A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. “Data venia”, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, “data venia”, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (STJ, Resp. 182223/SP,1999)

Dentre outras, a citada jurisprudência inspirou o enunciado 364 do STJ, a saber: “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.” (STJ. Enunciado numero 364)

Flávio Tartuce e José Fernando Simão ainda acrescenta o modelo de família mosaico e conceitua como sendo aquela formada em decorrência de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros e exemplifica:

“Imagine-se um caso em que A já foi casado por três vezes, tendo um filho do primeiro casamento, dois do segundo e um do terceiro. A, dissolvida a última união, passa a viver em união estável com B, que tem cinco filhos: dois do primeiro casamento, um do segundo, e um do terceiro e um de união estável também já dissolvida. No caso em questão, haverá uma *família mosaico* que, sem dúvida, deve ser reconhecida como entidade familiar.” (TARTUCE, 2012:30)

Com estes breves comentários sobre a definição de família no ordenamento jurídico, parte-se será estudado a instituição do casamento e da união estável, suas nuances, diferenças, consequências e aplicabilidade aos casais homoafetivos.

## A União Estável e o Casamento no âmbito das Relações Homoafetivas

### União Estável Homoafetiva

Antes da união estável ser legalizada, sempre foi reconhecida como um fato jurídico. Hoje, muitas pessoas têm preferido esta forma de relação ao casamento propriamente dito.

No artigo 266 §3º a Constituição Federal previu a união estável nos seguintes termos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” (BRASIL. Constituição, 1988, Art. 266 §3º)

Fica nítido a distinção que a Constituição faz entre casamento e união estável, pois, separou e definiu os institutos. Neste sentido, expõe Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

“a união estável não é igual ao casamento, uma vez que coisas iguais não se convertem um na outra. Justamente por isso é que há um tratamento diferenciado, como ocorre quanto ao regime de bens e ao direito sucessório. De qualquer forma, deve-se lembrar que a união estável, assim como o casamento, constitui uma entidade familiar, base da sociedade, nos termos do art. 226, *caput*, do Texto Maior.” (TARTUCE, 2012:264)

A lei que a Constituição menciona é o Código Civil que regulamentou o instituto em seus artigos 1723 a 1727, prevendo regras básicas, quanto aos seus efeitos pessoais e patrimoniais. Além de serem aplicadas as regras de alimentos previstas no art. 1694 e seguintes do citado código e, ainda, quanto a regra sucessória o art. 1790.

Além dos citados dispositivos, não há prejuízo na aplicação de normas referentes ao casamento, no que for compatível, em sede de união estável, como por exemplo a licitude de compra e venda de entre cônjuges de bens excluídos da comunhão, conforme preceitua o art. 499 do CC. (BRASIL. Lei nº 10.406:2002).

O art. 1723 do CC, como já visto, regulamentou o art. 266, §3º da CF. Entretanto, doutrinariamente, cita-se elementos caracterizadores da união estável.

Neste sentido, Álvaro Villaça Azevedo diz que:

“Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, e principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros “o papel passado”. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para se separarem.” (AZEVEDO, 2003:255)

Nota-se, também, que a lei não exigiu prazo mínimo para a sua constituição. Ou seja, os elementos essenciais para a caracterização da união estável são totalmente subjetivos, constituindo quase que uma “cláusula geral” da união estável.

Outro aspecto, é que a lei não exige que o casal viva sob o mesmo teto, conforme entendimento sumulado pelo STF, no enunciado de número 382, que segue: “A vida em comum sob o mesmo teto “more uxorio”, não é indispensável à caracterização do concubinato.” (STF. Enunciado número 382)

Outra importante questão que concerne a caracterização da união estável é que as causas suspensivas do casamento, não impede a caracterização da união estável, como preceitua os artigos 1723, §2º do CC combinado com o art. 1523 também do referido diploma legal.

No que se refere à conversão da união estável em casamento, assevera a Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, 3º e, devidamente regulamentada pelo art. 1726 do CC, pelo qual: “a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil” (BRASIL, LEI nº 10.406, 2002, art. 1726)

Os Estados federativos regulamentaram essa conversão em casamento mediante provimento das corregedorias dos respectivos Tribunais de Justiça.

A união estável homoafetiva vem sendo considerada de suma relevância na atual prática cível, sobretudo no Direito de Família.

Basicamente, existem dois posicionamentos na doutrina e jurisprudência acerca do instituto no ordenamento pátrio em relação ao art. 226, § 3º da CF.

O primeiro posicionamento envolve um sentido mais literal da norma, preconizando que pessoas do mesmo sexo não poderia constituir uma entidade familiar. Esta ideia se deve pela impossibilidade de constituição de casamento, por não haver família monoparental ou, concluindo, união estável.

A interpretação literal do dispositivo estaria, mais especificamente, na parte em que o dispositivo aduz ser a união entre “homem e mulher” e; não apenas a Constituição Federal assim expressa, como, também, o código civil em seu art. 1723. Ou seja, analisando a norma segundo sua literalidade, os dispositivos exigem que a união estável só poderá ocorrer entre pessoas de sexos opostos.

Neste diapasão, haveria no convívio de pessoas do mesmo sexo apenas a formação de uma sociedade de fato, com a aplicação da súmula 380 do STF, a saber: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.” (STF. Enunciado numero 380)

De acordo com a referida súmula, o parceiro, no exercício da sociedade fato, faria jus, no caso de dissolução do instituto, apenas ao que conquistou na constância da sociedade de fato pelo esforço comum.

Este posicionamento, adotado por Maria Helena Diniz e Sílvio de Salvo Venosa foi durante muito tempo acompanhado pela jurisprudência, como segue:

EMENTA: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIAO HOMOAFETIVA. SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA. PATRIMÔNIO AMEALHADO POR ESFORÇO COMUM. PROVA. 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula n.º 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp n.º 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. “A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato” (STJ, Resp. 773.136/RJ :2006)

Destaca-se que para esta corrente, os conflitos advindos da união estável de pessoas do mesmo sexo seria solucionado pelo viés patrimonial e de acordo com as regras do direito das obrigações, por serem passíveis de valoração econômica.

Consequência deste raciocínio é a possibilidade do casal homoafetivo criar um contrato de parceria civil para disciplinar a aquisição de patrimônio em comum, segundo suas próprias regras, e ainda, para efeito sucessórios, disciplinar em testamento o destino do patrimônio do disponente.

Neste mesmo raciocínio, o parceiro não poderia figurar como dependente no plano de saúde, por exemplo, visto que o casal não constitui uma entidade familiar.

Já, para a segunda corrente, que recebe entendimento majoritário pela doutrina e jurisprudência, a união homoafetiva caracteriza entidade familiar.

Para esta corrente, não pode ocorrer uma interpretação literal dos textos legais no que se refere a expressão “homem e a mulher”, como dita anteriormente, mas, sim, uma interpretação de forma sistemática, em que o rol das entidades familiares expostas na Constituição seriam meramente exemplificativos, e não taxativo, como requer a primeira corrente. Maria Berenice Dias afirma que:

“A regra maior da Constituição, que serve de norte ao sistema jurídico, é o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão se sustenta no primado da igualdade e da liberdade, consagrados já no seu preâmbulo (...). A Constituição, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama (art. 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixa, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função de sua orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana.” (DIAS, 2007:193)

A jurisprudência, também, manifestou apreço pelo segundo posicionamento conforme segue:

“Direito de família. Reconhecimento de união estável homoafetiva post mortem. Artigo 1.723 do Código Civil. Interpretação conforme a Constituição Federal (ADIn 4277/DF). Requisitos. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade 4277/DF e a ação de descumprimento de preceito fundamental 132, entendeu que o artigo 1723 do código civil deve ser interpretado em conformidade com a constituição federal, excluindo-se do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união pública contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Resta apreciar a presença de alguns elementos básicos que caracterizam a união estável, quais sejam:

a convivência contínua, duradoura e pública, com o caráter de entidade familiar. (...) Embora a falecida Rosimery não assumisse perante suas irmãs sua orientação sexual, os documentos trazidos aos autos dão conta de que a união com a autora tinha sim caráter de publicidade. As duas eram titulares de uma conta conjunta no banco Itaú, sendo certo que na apólice de seguro do veículo ambas aparecem como condutoras. (...) No que tange ao caráter de continuidade da relação (...) trata-se de um telegrama, no qual a finada Rosimery agradece à companheira Sandra os “quinze anos de alegria, amor e paz”. o telegrama é datado de 03/04/00, sendo forçoso concluir que o relacionamento iniciou-se, de fato, pelos idos de 1985. (...) Do reconhecimento da união estável, advém o direito à partilha dos bens comprovadamente adquiridos durante a relação. (...) Saliente-se, também, que a jurisprudência vem se firmando no sentido de que o apoio emocional e afetivo também contribuem para a formação desse patrimônio, não sendo raro nas uniões homoafetivas que um dos conviventes cuide da casa enquanto o outro trabalha fora, à semelhança de algumas uniões heteroafetivas. Recursos aos quais se nega provimento. (TJ-RJ - APL: 0006116-78.2009.8.19.0203:2014)

Mais que o reconhecimento da união estável, esta deve ser considerada como entidade familiar, não mais sujeitando o casal a condições apenas patrimoniais regulamentada pelo direito das obrigações, contudo, verificando o interesse de cooperação entre os sujeitos formadores da família.

400

Neste sentido, a jurisprudência já se posicionou assegurando, por exemplo, o direito de ser dependente no plano de saúde do companheiro, veja-se:

“REEXAME NECESSÁRIO - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR ESTADUAL - INCLUSÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - COMPANHEIRO DE UNIÃO HOMOAFETIVA. É de ser considerado dependente do servidor segurado do Regime Próprio de Previdência Social e Assistência Social dos Servidores Públicos do Estado de Minas Gerais o respectivo companheiro homoafetivo, em igualdade de condições com o da classe de companheiro heterossexual, assegurando-lhe, a partir da inclusão, os benefícios previdenciários pertinentes. (TJ-MG - REEX: 10024110104130001:2013)

No que tange ao Tribunal Superior, os julgados mais recentes demonstravam que o reconhecimento da união estável homoafetiva era uma tendência crescente na realidade jurídica brasileira em termos de família, demonstrando um caminho sem retorno. Para esta segunda corrente, devem estar presentes na união homoafetiva, os mesmos requisitos como se não fora entre casais do mesmo sexo.

Assim, o STF concluiu pela aplicação de todas as regras relativas à união estável, por analogia, aos casais homoafetivos. Neste sentido, seguem os principais trechos do informativo número 625:



“No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. (...). Afirmou, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. (...) Apontou que a total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). (...) Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação. (...) O relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, caput). (...) Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação e outros. O Min. Celso de Mello destacou que a consequência mais expressiva deste julgamento seria a atribuição de efeito vinculante à obrigatoriedade de reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo.” (STF, Informativo numero, 625)

Após esta decisão, com efeito vinculante *erga omnes*, não se pode considerar outra forma de interpretação senão a união estável homoafetiva como família. Desta forma, devem ser aplicados os preceitos dos art. 1723 a 1727 e ainda o art. 1694 a 1710, bem como o art. 1790, todos do Código Civil e já vistos anteriormente.

Contudo, o debate não foi encerrado, apesar do julgado do STF, pois, em sede de Tribunais Regionais, os casais homoafetivos continuam com dificuldades na conversão do instituto união estável em casamento.

### Casamento entre pessoas do mesmo sexo

Complementando a ideia exposta na Constituição, o Código Civil estabeleceu que o casamento é civil e sua celebração é gratuita e deve seguir o regramento constantes nos arts. 1511 e seguintes.

A doutrina também conceitua o instituto do casamento, segundo Maria Helena Diniz: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (DINIZ, 2005:39)

Paulo Lôbo aduz que: “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade pelo reconhecimento do Estado” (LOBO,2008:76)

402

Para Paulo Nader, casamento é “negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida” (NADER,2013:37)

São três os principais princípios relacionados ao casamento:(DINIZ,2005:47)

O princípio da monogamia, que continua em pleno vigor em nosso ordenamento jurídico. Este princípio é inspirador do art. 1521, VI do CC, dispondo que não podem casar as pessoas casadas, constituindo, assim, um impedimento matrimonial, que gera nulidade absoluta do casamento (art. 1548, II do CC).

O segundo princípio é o da liberdade de união, em que assevera ser livre a escolha da pessoa do seu cônjuge, o que manifesta, como já vimos, a sua autonomia privada, instituto este não apenas relacionado ao direito contratual. Tal princípio teria dado inspiração a norma do art. 1513 do CC.

O terceiro princípio é a comunhão de vida, em que os nubentes compartilham dos mesmos ideais, renunciando os institutos personalísticos em função de um bem maior, a entidade familiar. Este princípio teria sido fonte de inspiração do art. 1565 do CC, já que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos.

Pela conceituação clássica, o casamento exige a diversidade de sexos. Entretanto, a tendência no ordenamento jurídico pátrio é permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou casamento homoafetivo, neste sentido é o acórdão que segue:

“CASAMENTO. PESSOAS. IGUALDADE. SEXO. *In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. (...) Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º). Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio.” (STJ. Resp. 1.183.378-RS, 2011)

É importante ressaltar que nenhuma alteração legislativa foi feita, até o momento, no sentido de consentir a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar na possibilidade de casamento entre elas.

Uma vez confirmada a premissa de inclusão da união estável homoafetivas no rol de possibilidades de casamento, todas as regras pessoais e patrimoniais passaria ao vigor tanto para casamento de pessoas de sexo distintos, como para pessoas do mesmo sexo.

## Possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo

Durante muito tempo, este tema foi discutido na seara do instituto da inexistência do casamento, argumentando-se que este só seria possível mediante, por exemplo, a fraude de registro. Imaginando o casamento entre homossexuais em que um se encontrava transvestido de mulher e portava documentação falsa. (TARTUCE,2012:64)

Entretanto, como já estudado, vimos que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a união homoafetivas deve ser equiparada a união estável para todos os efeitos, inclusive para a aplicação do art. 1726 do CC no que tange a facilitação de sua conversão em casamento.

Alguns juristas já defendiam tal entendimento há tempos, conforme Maria Berenice Dias (2009:252-253), acredita-se que outras decisões judiciais surgirão, no mesmo sentido, sucessivamente, já não sendo possível andar contra o fluxo natural em devesa dos direitos humanos e de inclusão social.

O casamento homoafetivo, como já visto em julgado do STF, e, o que já é tendência em países europeus conforme segue:

“Os deputados franceses aprovaram nesta terça-feira (23) o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que polarizou a sociedade deste país. A votação na Assembleia Nacional, onde os socialistas, no governo, possuem uma confortável maioria, converteu a **França** no 14º país a legalizar o casamento homossexual. Legisladores na Câmara dos Deputados da Assembleia Nacional, onde os socialistas de Hollande contam com uma maioria absoluta, aprovaram a lei por 331 votos a favor e 225 contra.” (France Presse, 2013:online)

Ainda, de acordo com a reportagem, já aprovaram o casamento gay os seguintes países: Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina, Dinamarca, Uruguai, Nova Zelândia e França.

404

Seguindo esta tendência do Direito de Família brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça através da resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 registrou em seu art. 1º “implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.” (CNJ. Resolução nº 175)

Não há dúvidas de que a questão precisa ser regulamentada, mas, talvez deva ser feita pelo legislativo. Entretanto, em sua ausência, cabe ao judiciário através de seus julgados definir diretrizes práticas frente a inércia do legislativo.

A referida resolução representa um avanço, não só por coadunar com o casamento homoafetivo, mas por contribuir para a normalização do instituto frente a sociedade que ainda muito se escandaliza com tal, devido a uma suposta cultura moral e religiosa entre as pessoas.

### **Controvérsia: União Estável e Casamento Homoafetivos**

É mister o pensamento de que não apenas a união estável homoafetiva agora pode ser convertida em casamento, de acordo com o entendimento do STF, STJ e CNJ, como também o ordenamento jurídico deve permitir o casamento homoafetivo de pronto, ou seja, sem a necessidade da precedência da união estável.

Na tentativa de suprir essa carência legislativa para a permissão do casamento homoafetivo, o CNJ através da resolução de número 175 de 14 de maio de 2013

recomendou que os cartórios não poderiam se recusar à habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. (CNJ. Resolução número 175, art. 1º)

Não há dúvidas de que a aprovação da resolução do CNJ e os posicionamentos do STF e STJ em favor do casamento homoafetivo segue as transformações da sociedade, contudo, apesar da resolução ser um avanço, acredita-se que esta não conseguirá abarcar as necessidades inerentes ao instituto.

O art. 2º da referida resolução do CNJ dispõe sobre a recusa dos pedidos referentes a habilitação, celebração e ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo que implicará na imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Entretanto, acredita-se que mesmo com a aprovação do CNJ, os juízes decidam pelo não provimento de um pedido de conversão de união estável em casamento homoafetivo.

Neste diapasão, foi a decisão da 7ª Câmara Cível do TJ/RJ que negou, por maioria, o recurso de dois homens que requereram a conversão da união estável em casamento. O Desembargador Relator Dr. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, fundamentou que o reconhecimento da união homoafetiva embora seja reconhecida em muitos países, com suas reformas legislativas, no Brasil, ainda não existe esta possibilidade, uma vez que carece de amparo legal que autorize esta concessão.

No referido processo os requerentes fundamentaram que vivem em união estável desde 2001, tendo celebrado o Pacto de União Estável Homoafetiva no dia 22/6/11, e que o pedido de conversão da união em casamento se embasa na proibição de discriminação em razão do sexo ou da orientação sexual, nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além da ausência de norma proibitiva do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para o Relator, em razão do princípio da segurança jurídica, não se pode conceber desvirtuação do texto normativo, conferindo-lhe novas conceituações, a critério do julgador, que não é legislador positivo. Destaca também que a CF/88 faz referência expressa aos termos 'homem' e 'mulher' quando trata da sociedade conjugal. "Por evidente, duas pessoas do mesmo sexo podem constituir família, podem constituir patrimônio comum, podem reivindicar direitos sucessórios e previdenciários, enfim, podem viver em união estável. Mas não têm direito ao casamento civil, por ausência de autorização legal" (TJ-RJ, APELACAO:APL 00624141520128190000 RJ 0062414-15.2012.8.19.0000:2013)

O referido processo corre em segredo de justiça, mas, mais que considerar que decisões como esta ocorreram em instâncias inferiores é pensar que decisões contrárias ao STJ, STF e CNJ fatalmente serão reformadas.

Mais de um ano após a edição da resolução 175 do CNJ, observa-se que o dispositivo foi importante na tentativa de equilibrar as decisões dos tribunais em relação ao casamento homoafetivo, objetivando sanar as controvérsias existentes relacionadas a este viés. Entretanto, alguns estados têm encontrado dificuldades em aplicar a referida resolução, e isto se dá supostamente por questões culturais muitas vezes preconceituosas como acima já abordado.

De acordo com levantamento da Arpen nacional, entre maio/2013 e fevereiro/2014, foram celebrados 85 casamentos homoafetivos em Curitiba (PR), 81 em Brasília e 68 em Porto Alegre (RS). Nem todos os estados perceberam grandes números de pedidos de casamentos homoafetivos. Em Roraima, por exemplo, apenas duas uniões foram feitas no Cartório de Registro Civil. No Acre, a procura para a realização de casamentos também tem sido baixa. (CNJ, notícias: *on line*)

Assim, a intuição jurídica aponta para a necessidade da criação de legislação específica para o tema, não se pode conceber que um tema de tamanha importância seja regulamentado através de resolução do CNJ.

### **Ausência de Norma regulamentadora do Casamento Homoafetivo**

O STJ já manifestou seu posicionamento em nome do Poder Legislativo e em nome da sociedade. Pautaram-se no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, no princípio da felicidade... para atender ao anseio de parcela da sociedade, no sentido da obtenção da regulação da matéria.

Acerca da polêmica que o assunto ainda suscita, o Partido Social Cristão ajuizou Mandado de segurança no STF contra ato da presidência do CNJ frente à resolução 175/13 que proíbe que os cartórios se recusem de habilitar, de celebrar o casamento civil ou de converter a união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

406

O partido pede liminar para suspender os efeitos da resolução e, no mérito, a sua vigência até que o Congresso Nacional delibere sobre a questão. Segundo o PSC, ao dispor sobre a questão, o CNJ violou direito líquido e certo de todos os seus filiados, especialmente de seus 19 deputados Federais e um senador, de discutir e votar a matéria no âmbito do Poder Legislativo. O PSC afirma que o teor da resolução do CNJ 175/13 não pode ter validade sem ser objeto do devido processo legislativo, no qual o partido poderá exercer suas prerrogativas legais e constitucionais, expressando sua vontade nos limites de sua orientação cristã. Para o partido, houve “abuso de poder do presidente do CNJ ao buscar legislar, apropriando-se de prerrogativas do Congresso Nacional”. Citando o julgamento da ADPF 132, o PSC afirma que nesse julgamento o STF apenas reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não se pronunciando sobre casamento civil. “O temor que aqui se assevera é do sentimento de que, usurpando o poder de legislar do Congresso Nacional e cobrindo a resolução com o efeito de decisões anteriores do STF sobre assuntos apenas correlatos, norteando e dilatando o objeto das ações, o CNJ estaria também inovando com tal decisão”. O relator do MS é o ministro Luiz Fux.” (ASCOM PSC Nacional, *on line*)

Enquanto não houver um posicionamento mais firme em relação a admissão do instituto casamento homoafetivo no ordenamento jurídico brasileiro, a questão oscilará em obscuridades que assoberbarão cada vez mais os tribunais superiores.

Além disso, não parece prudente que a tentativa de solução para ausência de norma para a institucionalizada do casamento homoafetivo venha através do CNJ que sequer tem poderes para normatizar.

Opina-se como uma medida imediatista pela edição de súmula vinculante do STF neste sentido, a fim de minimizar o ingresso de ações pelo reconhecimento do casamento homoafetivo, tal medida, culminaria até mesmo em economia processual, uma vez que desafogaria o legislativo com processos desta conjuntura.

Entretanto, não restam dúvidas de que o legislativo deve se manifestar o quanto antes, na finalidade de garantir as minorias seus direitos e deveres perante a sociedade de forma clara e objetiva.

## Conclusão

Na vida prática a composição familiar se apresenta de múltiplas formas, isso se deu principalmente após a Constituição de 1988 que ampliou o clássico modelo familiar repleto de conceitos morais e religiosos.

Princípios são utilizados como norteadores das relações de família, criando verdadeiro alicerce justificador dos atuais institutos: união estável e casamento homoafetivos.

A união estável homoafetiva apresenta entendimento pacificado na doutrina quanto a sua possibilidade de ocorrência no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, o instituto ainda padece pela falta de legislação que norteie os exatos direitos daqueles que compõem uma união estável, como, por exemplo, em relação aos direitos sucessórios.

A situação ainda se agrava quando se trata de casamento homoafetivo, pois, como ficou demonstrado, apesar do seu desenrolar para a plena aceitação no ordenamento jurídico brasileiro, o citado instituto ainda encontra resistência quanto a sua aplicação principalmente nos Tribunais Regionais.

Demonstrou-se que a tendência é que o instituto do casamento homoafetivo se solidifique cada vez mais, sendo necessária a sua regulamentação para que os direitos dessas minorias não padeçam de segurança jurídica.

Apesar do posicionamento jurisprudencial *erga omnes*, ou seja, com efeito vinculante do STF acerca da possibilidade do casamento homoafetivo, há a necessidade de uma súmula vinculante para maior segurança jurídica.

Entretanto, a solução está distante de se dar por vinculação de súmula do STF, o instituto precisa de regulamentação através de lei.

Pensa-se que a referida legislação deverá não apenas ratificar o casamento homoafetivo com esclarecer os direitos decorrentes de tal situação fato-jurídica.

## Referências bibliográficas

- ASCOM PSC Nacional. Comunicação PSC. Disponível em: <http://www.psc.org.br/comunicacao-psc/todas-as-noticias/2499-psc-protocola-adi-contra-regulamentacao-do-casamento-gay> Acesso em: 10/10/2014.
- AZEVEDO. Álvaro Villaça. Comentários ao Código Civil. In: AZEVEDO. Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 19.
- BANDEIRA. Regina. Um ano após norma sobre o casamento gay, chegam a 1.000 as uniões entre o mesmo sexo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28530:um-ano-apos-resolucao-do-casamento-gay-chega-a-1000-o-numero-de-unioes-entre-pessoas-do-mesmo-sexo> Acesso em: 10/10/2014.
- BRASIL. *Código Civil. Lei 10.406 de 10/01/2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) Acesso em: 10/10/2010.
- BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 10/10/2010.
- CNJ. *Resolução nº 175 de 14/03/2013*. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão em união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Presidente Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n\\_175.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf) Acesso em 10/10/2014.
- DIAS. Maria Benenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.. 2009.
- DINIZ. Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2005.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 22. ed. São Paulo.
- FRANCE PASSE. Parlamento francês aprova o casamento homossexual. Segundo agência, França é 14º país a legalizar o casamento gay. Assunto dividiu sociedade francesa, com protestos contra e a favor. Em 23/04/2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/04/parlamento-frances-aprova-o-casamento-homossexual.html> Acesso em: 10/10/2014.
- LÓBO. Paulo. *Família*. 1. ed.. São Paulo: Saraiva. 2008.
- LÉVI-STRAUSS, Claude *Les structures elementaires de la parenté*. Paris: Mouton. 1981.
- NADER. Paulo. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 6. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2013. Vol. 5
- STF, Informativo numero, 625. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm> Acesso em: 10/10/2014.
- STJ - REsp 1.183.378-RS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, 4T – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/11/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22LUIS+FELIPE+SALOM%C3%O%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20111025+e+%40DTDE+%3C%3D+20111025&cb=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=26> Acesso em: 10/10/2014.
- STJ - REsp: 182223 SP 1998/0052764-8, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 19/08/1999, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.05.1999 p. 234 REPDJ 20.09.1999 p. 90 RCJ vol. 88 p. 55 REVFOR vol. 353 p. 295 REVJMG vol. 149 p. 478. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+19990819+e+%40DTDE+%3C%3D+19990819&livre=%28%22LUIZ+VICENTE+CERNICCHIARO%22%29.min.&cb=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+19990819+e+%40DTDE+%3C%3D+19990819&livre=%28%22LUIZ+VICENTE+CERNICCHIARO%22%29.min.&cb=ACOR&thesaurus=JURIDICO) Acesso em: 10/10/2014.
- STJ - REsp: 773136 RJ 2005/0131665-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/10/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/11/2006 p.



259RNDJ vol. 86 p. 86 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&data=%40DTDE+%3E%3D+20061010+e+%40DTDE+%3C%3D+20061010&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8> Acesso em: 10/10/2014.

TARTUCE. Flávio; SIMÃO. José Fernando. Direito civil 5. Direito de família. 7. ed. São Paulo: Gen Método, 2012. V 5.

TJ-MG - REEX: 10024110104130001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/08/2013. Disponível em: [http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EE5FBDDC066FF16317A97DBECAF8771A.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.010413-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EE5FBDDC066FF16317A97DBECAF8771A.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.010413-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar) Acesso em: 10/10/2014.

TJ-RJ - APL: 00624141520128190000 RJ 0062414-15.2012.8.19.0000, Relator: DES. LUCIANO SABOIA RINALDI DE CARVALHO, Data de Julgamento: 08/05/2013, SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 01/08/2013 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw> Acesso em: 10/10/2014.

TJ-RJ - APL: 0006116-78.2009.8.19.0203 RJ, Relator: DES. MARIO ASSIS GONCALVES, Data de Julgamento: 30/04/2014, TERCEIRA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 12/05/2014 Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A2FC3D4BD8630A3786C66A9920ABAFD8C5030B336018> Acesso em: 10/10/2014.

VELHO, Gilberto. *Subjetividade e Sociedade. Uma experiência de Geração*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1986.



# A Teoria do Domínio Final do Fato como Critério de Imputação Objetiva

Luciano Filizola da Silva<sup>1</sup>

## Resumo

Este artigo visa através da análise da teoria do domínio final do fato, construída para distinguir a autoria da participação num concurso de agentes, construir um novo critério de imputação objetiva, a qual visa solucionar os problemas que decorrem da análise da causalidade existente entre um fato e o resultado, viabilizando, assim, uma responsabilidade penal do agente mais precisa e garantista.

**Palavras-chave:** Relação de causalidade; imputação objetiva; teoria do domínio final do fato.

## Abstract

This article aims at through analysis of the theory of the final domain of fact, built to distinguish the authorship of participation in a concourse of agents, build a new criterion of objective imputation, which aims to resolve the problems arising from the analysis of the link between a fact and a result, allowing thus a criminal agent responsibility more precise and safe.

**Keywords:** Causality; objective imputation; theory of the final domain of the fact.

Durante todo o desenvolvimento da teoria do delito a definição de um critério que solucionasse as questões da causalidade sempre foi um problema, tendo em vista sua natureza extra-jurídica, dificuldade esta que também se encontra em vários outros institutos presentes nos elementos constitutivos do crime, como o conceito de ação, dolo, culpa e de culpabilidade.

As principais teorias edificadas pela doutrina, a da equivalência das condições e a da causalidade adequada, mostraram-se insatisfatórias para alcançar seu principal objetivo: o de apontar a produção de um evento a um determinado indivíduo como seu responsável e, com isto, sujeitá-lo à uma sanção penal quando presente os demais requisitos exigidos pela lei.

Segundo a **teoria da equivalência das condições** ou também conhecida como teoria da *contitio sine qua non* todo fato que contribui para a produção de um resultado será sua causa, ou seja, causa é todo fato sem o qual o resultado não se produziria. Esse conceito sempre nos pareceu um tanto quanto redundante. Para tentar complementá-la a doutrina sempre se utilizou do chamado juízo hipotético de eliminação de Thyren para tentar definir num caso concreto de fato seria esse

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado atuante no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal e Criminologia na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.



A **Imputação Objetiva** acrescenta ao injusto (tipicidade e ilicitude) um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado) e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão através da realização de um resultado juridicamente desaprovado.

Com isto, a fim de ser possível imputar de forma objetiva um determinado evento como produto penalmente relevante de uma dada conduta devem estar presentes, segundo Luís Greco, três requisitos, os quais serão analisados de forma sucinta e seleta, tendo em vista a objetividade do presente trabalho: a criação de um risco, que este risco seja juridicamente desaprovado e a realização deste risco num resultado lesivo.<sup>3</sup>

A verificação se o **risco produzido** foi causado pelo agente será feita através do uso de uma prognose póstuma objetiva, sendo considerada perigosa uma conduta que, não mais sobre a perspectiva do homem médio, mas sim de um observador prudente dotado dos conhecimentos especiais do autor no momento do fato, gere a possibilidade (ou, conforme entendemos, a probabilidade) de dano ao bem jurídico, sendo afastada, assim, a imputação quando o risco for irrelevante (como enviar o tio para uma floresta torcendo para que um raio caia em sua cabeça) ou quando for diminuído pela intervenção do sujeito (ao desviar um objeto lançado contra a vítima, diminuindo o efeito da lesão que seria produzido).

A **desaprovação jurídica do risco** será definida pela ponderação entre o interesse de proteção de determinados valores e o interesse geral de liberdade, tendo em vista que, face à dinâmica e à complexidade da vida moderna e seus avanços tecnológicos, principalmente nos centros urbanos, tornou-se inevitável o incremento de uma série de atividades com níveis distintos de riscos, tais como o sistema de produção industrial, o trânsito viário e a construção de prédios, ou seja, nem tudo que gera situações de perigo pode ser proibido face ao necessário desenvolvimento do homem em sua coletividade.

Os principais critérios para a sua delimitação se referem à identificação da existência de normas de segurança que regulem a prática analisada definindo os deveres de cuidado a serem observados pelo agente e à observância do princípio da confiança, o qual identifica situações em que, face determinadas convenções, o sujeito, apesar de agir sem a atenção devida exigida pelas normas de cuidado, confia fielmente na ação de um terceiro, que compensará o risco produzido, afastando a possibilidade da ocorrência da produção do evento, como na hipótese do médico durante uma cirurgia que confia em seu instrumentista quando este lhe entrega um determinado instrumental como sendo aquele o requerido e necessário para aquela manobra específica.

Outrossim, o risco não será juridicamente desaprovado quando decorre de uma conduta socialmente neutra, geralmente relacionada à profissão do agente, quando sua participação não extrapola os limites de sua atividade. Este seria o caso do vendedor de uma farmácia que vende um determinado remédio

<sup>3</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.



Como é possível observar grande parte do raciocínio elaborado através de uma imputação objetiva visa solucionar problemas que, em sua maioria, já eram resolvidos por meio de outros institutos. Todavia, ainda é possível ampliar o número de opções que possam contribuir para a limitação da imputação do resultado ao agente pelo tipo objetivo. Para tanto, deve-se fazer um pequeno parêntese a fim de se esclarecer sobre um outro instituto do direito penal: o domínio final do fato.

Ao se estudar o **concurso de agentes**, outro tema deveras divergente se dá na distinção entre autor e partícipe, o que já rendeu a elaboração de várias teorias que visavam definir o conceito de autor, as quais, dentre as mais utilizadas, ficaram conhecidas aqui no Brasil como teoria extensiva, que o define como aquele que de qualquer forma contribui para a produção do resultado, solidária à teoria da *conditio sine qua non*; a teoria subjetiva, que identifica as partes distinguindo-as pela vontade de autor e pela vontade de partícipe; a teoria restritiva que o define como aquele que pratica a conduta típica, distinguindo do partícipe, o qual apenas contribui para a prática do ilícito penal, que ainda é bastante utilizada no país.

Porém, modernamente vem sendo cada vez mais aceita pela doutrina e jurisprudência a teoria do **domínio final do fato** onde, segundo Nilo Batista, “autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo”.<sup>4</sup>

Com este novo conceito é possível responsabilizar como autor aquelas contribuições fundamentais para o delito, mas que não se adequavam de forma exata ao tipo, como nas hipóteses do mandante ou do piloto da moto que a dirige enquanto seu comparsa que está na garupa pratica disparos contra a vítima, ambos na intenção de matá-la. Nas duas situações a conduta realizada não é aquela que se encontra descrita no tipo, mas é indiscutível que ambos possuem completo controle do fato, no sentido de que sem sua contribuição o resultado não ocorreria na forma como ocorreu, podendo influenciar diretamente em toda ou em parte da dinâmica do evento.

No domínio final ou funcional do fato o que importa é verificar não o domínio enquanto “autor intelectual”, mas sim a relevância da participação do agente. Mesmo o vigia que sempre foi considerado partícipe pela doutrina pátria, caso numa situação seja de suma importância a presença de alguém para avisar a chegada da vítima a fim de viabilizar o golpe e sem esse auxílio o crime não ocorreria, ele deixa de ser partícipe e pode se tornar autor, como aquele que segura a vítima para que outro realize o estupro ou lhe dê uma “estocada” possibilitando a execução do homicídio em situações que pela estrutura física da vítima a desistência do colaborador no meio da empreitada poderia prejudicar o resultado final.

<sup>4</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. p. 69.





buscando o resultado morte através de atos de tortura psicológica a fim de lhe gerar um ataque cardíaco.

Sem dúvida que o conceito de domínio da causa é tão relativo e pantanoso quanto o conceito de risco ou de previsibilidade, o que deve ser entendido é que todos esses instrumentos são ferramentas que devem ser utilizadas como instrumentos de limitação do poder punitivo do Estado, a fim de resguardar a liberdade do indivíduo afastando intervenções penais que se demonstrem abusivas e incoerentes, em sintonia com um direito penal garantista e democrático.

## Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Editora Impetus, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General – Tomo I.. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.



# Redução da Idade Penal

---

Ronaldo Figueiredo Brito<sup>1</sup>

## Resumo

A criminalização de condutas praticadas pelos indivíduos humanos é uma problemática desde muito antes de Cristo. O cometimento de um crime, considerado assim aquele que agride a sociedade e o direito alheio é penalizado por meio de prisões e multas etc. buscando entender melhor a penalização de pessoas ainda em fase de desenvolvimento, assim considerados os adolescentes e jovens com menos de 18 anos no caso do Brasil. O presente trabalho analisa a questão do ponto de vista constitucional e avanços recentes na seara legislativa como a PEC 171/93, assim como do direito comparado e da legislação nacional como o ECA e demais legislações, buscando comparações acerca da idade penal no estrangeiro e no Brasil. Muito em virtude do crescente aumento da prática de crimes por menores de dezoito anos, há uma grande reviravolta nos tribunais judiciais do país e no mundo, pela diminuição da idade para penalização dos crimes, cada vez mais hediondos sendo cometidos pelos menores. Analisa-se a idade penal por meio de um entendimento do direito e da norma e claro com referência aos direitos humanos e o processo legal de penalização do país. Buscando embasar o estudo por meio de análises críticas de estudiosos do assunto e legislação pátria e internacional.

**Palavras-chave:** Direito penal; penalização do menor; irredutibilidade da idade penal.

## Introdução

A questão da criminalização de atos considerados atípicos pela sociedade é uma das formas de combater os desvios, dos mais variados feitos, como o roubo, o assassinato, a apropriação abrupta do que não lhe pertence entre outros diversos motivos.

Obviamente que a questão da idade mínima para se considerar uma pessoa culpada e ser possível a sua condenação pelo ato delituoso, sempre esteve em pauta no seio jurídico mundo afora. Não é de hoje, que se discute a questão e os estudiosos mais aguçados o fazem com bases éticas e morais e práticas. Na Inglaterra por exemplo, há casos de culpabilidade aos 10 anos de idade.

A questão ganha força com os recentes aumentos dos índices de criminalidade praticadas por jovens com idade inferior à considerada pela norma para penalização dessas pessoas. Com isso, os capítulos que embasam a presente pesquisa são dispostos de forma a atender uma ordem de entendimento para

---

<sup>1</sup> Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela UNIPAC; Especialista em Direito Público pela Gama Filho; Especialista em penal e processo penal; possui graduação em Direito; Atualmente na coordenação de Direito da Universidade Estácio de Sá, campus Ilha do Governador; professor de penal e processo penal da Universidade Estácio de Sá e Unisum; professor da Pós-Graduação em ciências penais modalidade presencial e a distância (EAD) da UNESA; Advogado Criminalista. Email. [figueiredobrito@live.com](mailto:figueiredobrito@live.com)

futuras pesquisas ao tema e fonte de consulta para acadêmicos e profissionais do direito etc. Sendo que a pesquisa é realizada em bases bibliográficas e revistas especializadas, além de jurisprudências e doutrinas aclamadas de alto renome no mundo jurídico.

Desdobra-se, então, os estudos iniciais a respeito do direito e a sociedade moderna e posteriormente passa-se a questão dos direitos fundamentais e humanos como forma de adentrar ao tema central, pois esse tratará da aplicação de pena para pessoas, até então, consideradas inimputáveis.

Ou seja, que não poderiam ser consideradas criminosas e no mínimo serem reeducadas para uma continuidade de vida condizente com os padrões mínimos da convivência em sociedade organizada.

## **Maioridade penal no Brasil**

### **A redução da Maioridade Penal**

No Brasil a Constituição traz como inimputáveis, ou seja, não podem ser punidos com penas comuns, as pessoas menores de 18 anos. É clara a citação no artigo 228 da Carta Magna a esse respeito, disso resulta que as demais leis que tentem alterar essa condição restarão como inconstitucionais.

Restando como única saída a mudança na própria Constituição Federal. O artigo 228 diz: “São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial”. (CF/88) Ou seja, poderá ocorrer a maioridade jurídica se houver, por exemplo, o casamento, momento em que o menor ganha independência.

A respeito da alteração da idade penal no Brasil, é importante verificar o que diz Delmanto et al (2007, p. 107):

[...] a nosso ver, seria um grave equívoco de nosso legislador. Não obstante a maioridade penal não esteja incluída em uma das chamadas cláusulas pétreas do art. 5.º da *Magna Carta*, mas sim em seu art. 228, o marco dos 18 anos deve ser prestigiado, sobretudo em um País como o nosso em que o abismo social é um dos maiores do mundo, sendo os nossos infantes explorados mediante toda sorte de agruras, como pedir esmolas em faróis até altas horas da noite, vivendo em favelas sem um mínimo de dignidade e, sobretudo, sem qualquer perspectiva de ascensão social. (DELMANTO, 2007, P.107).

O autor, defende que não se deve promover alteração na idade penal por motivos diversos, mas principalmente pela grande lacuna que existiria na utilização dos menores mais cedo o que lhes tiraria o direito de mudar de vida e ter uma história diferente.

De outra sorte, há quem diga que é plenamente possível e plausível alterações na Constituição Federal para alteração da maioridade penal. Autores de renome jurídico como Miguel Reale (1998) defende a diminuição da idade penal, para quem:

No Brasil, especialmente, há um outro motivo determinante, que é a extensão do direito ao voto, embora facultativo aos menores entre dezesseis e dezoito anos, como decidiu a Assembleia Nacional Constituinte para gáudio de ilustre senador que sempre cultivava o seu “progressismo”... Aliás, não se compreende que possa exercer o direito de voto quem, nos termos da lei vigente, não seria imputável pela prática de delito eleitoral. (REALE, 1998, P.239).

A Redução da maioridade penal no Brasil de forma Constitucional é defendida por muitos autores assim destaque-se Moraes (2006, in: “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”), Nucci (2007, in: “Código penal comentado”), Lenza (2008), Costa Júnior (2000), Ferreira Filho (2007), Bastos e Martins (2000), Capez (2007), Greco (2008) dentre outros.

No entendimento de Nucci, 2006, p.233) é plenamente possível a alteração da idade no Brasil, pois se assim não quisesse o legislador teria incluído no artigo 5 dos direitos fundamentais e pétreos, e não no capítulo a parte, onde poderia ser alterado por uma emenda.

O autor diz ainda que no mundo todo, já se fala na diminuição da idade penal e o Brasil está atrasado nesse sentido. Afirma que:

[...] a responsabilidade penal foi inserida no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso, e não no contexto dos direitos e garantias individuais (Capítulo I, art. 5.º da CF). Não podemos concordar com a tese de que há direitos e garantias humanas fundamentais soltos em outros trechos da Carta, por isso também cláusulas pétreas, inseridas na impossibilidade de emenda previstas no art. 60, § 4.º, IV, CF, pois sabe-se que há direitos e garantias de conteúdo material e direitos e garantias de conteúdo formal.

[...] O simples fato de ser introduzida no texto da Constituição Federal como direito e garantia fundamental é suficiente para transformá-la, formalmente como tal, embora possa não ser assim considerada materialmente. É o caso da proibição da identificação criminal para o civilmente identificado ou mesmo para o julgamento pelo tribunal do júri, que são garantias fundamentais apenas porque foram colocadas dentro do art. 5.º, embora não façam parte de direitos internacionalmente reconhecidos como fundamentais [...]. Por isso a maioridade além de não ser direito e garantia no sentido material, em nosso entendimento também não o é em sentido material. (NUCCI, 2006, p.234).

No entendimento de Capez (2007) deve ser aplicado sim a penalidade ao menor, reduzindo a idade mínima para penalização. Isso porque ao passo que não se procede dessa forma, permite-se que cada vez mais os menores sejam usados por quadrilhas para cometimento de crimes.

Dessa forma, o que se pretende, na realidade, é o distanciamento desses discursos ideológicos, políticos etc., a fim de proporcionar a retribuição penal na justa dimensão do crime cometido, atendendo, inclusive, ao princípio da proporcionalidade insculpido na Constituição Federal, a qual exige maior rigor penal para os casos de maior gravidade (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV). O intuito, portanto, da redução da maioridade é o de reparar tão graves injustiças, de propiciar a punição na proporção do crime praticado. Assim, um menor de idade que pratique um crime hediondo, como o que ocorreu no Rio de Janeiro,<sup>3</sup> deverá responder pelo crime tal como um indivíduo maior de 18 anos. (CAPEZ, 2007.p.77).

Ainda defendendo a alteração constitucional a despeito da diminuição da idade mínima penal, para com os menores, que esses sejam penalizados, Greco (2008) defende:

Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos I a IV, do § 4, do art. 60 da Carta Magna. A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal, é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária. (GRECO, 2008, p.455).

No sentido da defesa de alteração da Constituição já julgou a respeito o Ministro Gilmar Mendes, informando da existência de possibilidade de modificação de uma cláusula pétrea, (para os que defendem a alteração da idade mínima penal como clausula pétrea, o que para a maioria da doutrina não o é) julgando que:

Não se pode negar que a aplicação ortodoxa das cláusulas pétreas, ao invés de assegurar a continuidade do sistema constitucional, pode antecipar a sua ruptura, permitindo que o desenvolvimento constitucional se realize fora de eventual camisa de força do regime da imutabilidade. Aí reside o grande desafio da Jurisdição Constitucional: não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar

a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo. As questões que envolvem as cláusulas pétreas são objeto desse intenso debate doutrinário, a evidenciar sua marcante complexidade. Admiti-las, por certo, implica uma restrição significativa à atividade legislativa ordinária e mesmo do Poder Constituinte Derivado. Mas tal como estão postas em nosso sistema, estabelecem limites à reforma constitucional que não têm o condão de fixar uma restrição insuperável ao exercício da democracia parlamentar. As possibilidades da atividade legislativa ordinária ou reformadora, ainda que dentro dos limites constitucionais à revisão, são muito amplas. O que há por certo, ao nos atermos às restrições impostas pelo constituinte originário à reforma constitucional, é um dever de consistência nas formulações que procuram justificar a compatibilidade de determinadas alterações constitucionais com as cláusulas de imutabilidade. (MENDES, 2011.p.1).

Nesse sentido é a defesa de Lenza (2008) ao apontar que:

A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioria penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é o fundamento no parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano. (LENZA, 2008, P.77).

Ainda nessa mesma linha de pensamento, lembra Ferreira Filho (2007, p. 375), que a idade mínima para se ter o direito de votar é de dezesseis anos, ou seja, se para decidir o futuro da democracia o menor pode praticar atos jurídicos, para ser penalizado também poderia.

Embora ambos os dispositivos emanem do mesmo Poder Constituinte, verifica-se certa antinomia principiológica entre essas normas. Como um jovem pode ter discernimento para votar, v.g., no Presidente da República, mas não o tem em relação à prática de crimes, ainda que hediondos? Vale dizer, o menor conhece toda importância da escolha dos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, mas não tem consciência das condutas delituosas, por isso é inimputável. O que é mais complexo? Evidente, o processo eleitoral. (Ferreira Filho, 2007, p. 375).

Nesse sentido, entende-se que ainda há muita polêmica envolvendo a questão, mas o que se vê é uma tendência a aumentar a problemática para que seja possível uma conversa mais fechada sobre o assunto e que saia alguma alteração na legislação pois os crimes cometidos pelos menores aumentam vertiginosamente a cada dia mais.

## **Maioridade Penal de acordo com o Código Penal**

Sabemos que o Código Penal Brasileiro data de 1942 e por isso, algumas considerações que outrora faziam sentido, atualmente, já não mais são uteis ou pelo menos, não mais tem o efeito prático que merece ter.

Dessa feita, os menores de dezoito anos, segundo o Código Penal, não poderiam ser imputáveis. A ideia era reintegrar o jovem infrator à sociedade por meio de políticas educacionais, o que se vê na atualidade é que não surte mais o efeito almejado pela legislação o recolhimento do jovem.

Seguindo-se essa linha de raciocínio é interessante observarmos o que ensina Costa Junior (2000, p.119).

É notório que as condições sociais de 1940, quando se fixou o limite mínimo da imputabilidade penal aos dezoito anos, já não são as de hoje. Tudo mudou, de forma radical e sensível: as condições sociais, que possibilitam condutas permissivas, ensejam ao jovem conhecer amplamente o mundo; e assim por diante. Por via de consequência, o pressuposto biológico não será mais mesmo. O jovem de hoje, aos dezesseis anos, costuma ter ela capacidade para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Como então insistir em estabelecer aos dezoito anos o limite mínimo da imputabilidade penal? (COSTA JUNIOR, 2000.p.119).

424

No entanto, segundo a legislação pátria atual o critério é a idade biológica mesmo para aferição da penalidade e não critérios psicológicos ou de desenvolvimento mental e físico etc.

Nesse sentido, a norma diz que o menor de dezoito anos não poderá ser julgado como uma pessoa adulta, pois a prova da menoridade é o bastante para livrá-lo da condenação adulta.

## **Maioridade Penal no Direito Comparado**

De acordo com estudo realizado pode-se perceber uma grande variedade da aplicação da maioridade penal ao redor do mundo. Diversos países acatam os dezoito anos como idade mínima para imputabilidade enquanto outros, se encontram até mesmo com a idade de quatorze anos para penalidades comuns.

No decorrer do avanço da sociedade mundial, é possível verificar que há uma tendência mundial para diminuição da idade penal. Isso porque cada vez mais, o ser humano moderno adquire maturidade mais cedo o que faz com os jovens, considerados crianças nos anos 40, sejam considerados adultos para os parâmetros modernos em termos de decisões e independência financeira e matrimonial etc.



O direito Italiano, por exemplo, considera a idade de catorze e menos de dezoito anos para imputar o crime a pessoa que o cometeu. Mas ainda assim poderão ter sua pena reduzida, por força da idade relativamente menor que um criminoso adulto.

Já na Alemanha também há a imputação de pena para menores a partir dos catorze anos, no entanto, são submetidos a medidas socioeducativas juntamente com a pena. (COSTA JUNIOR, 2008.p.77)

Já na Espanha a idade mínima para ser apenado é de 16 anos. Assim como também no direito Chileno, e no Argentino, que trata da mesma idade para isenção da reponsabilidade criminal. Já na Rússia e Polônia a idade é de 13 anos. Na Suécia, na Noruega, na Finlândia e na Dinamarca, a idade mínima para ser considerado responsável pelos atos criminosos praticados é de quinze anos.

Exemplos mais distantes da nossa realidade é o existente na Inglaterra que já foi o berço da civilização humana e império poderoso outrora, em que a idade mínima é a de 10 anos de idade. Assim como nos Estados Unidos, a idade também é de dez anos, existindo exceções de um Estado a outro, mas no geral existem regras gerais de penalidades que diminuem a pena ou classificam o menor de acordo com uma série de investigações que vão desde o histórico familiar até o comportamento do menor na escola etc. ( COSTA JUNIOR, 2008, P.88)

### **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**

No final da década de setenta houve a proclamação de documento internacional relativo aos direitos da criança, o qual difundiu a discussão pelo mundo a respeito do tema. Fazendo com que houvesse maior proteção para os menores em decorrência de sua condição desfavorável perante os demais. Até mesmo para evitar o trabalho escravo infantil que fora muito utilizado nas décadas anteriores.

O nascimento do Estatuto da Criança e do Adolescente na década de 90 no Brasil, é fato ligado aos direitos internacionais da criança. Por meio da ONU<sup>2</sup> houve grande difusão desses direitos para que países dos mais variados pudessem adequar suas legislações à proteção efetiva da criança.

A Convenção dos Direitos da Criança declara no artigo primeiro que a criança é: “todo o indivíduo com menos de dezoito anos de idade, com exceção dos países que fixam a maioridade em idade diferente”. (VOLPI, 2006.p.13)

Seguindo-se esse entendimento a maioria dos países dispuseram idade menor, como visto anteriormente, isso porque de acordo com o desenvolvimento cultural, social, democrático etc. de cada país, este sente-se seguro para salvaguardar os direitos de seus cidadãos.

<sup>2</sup>“Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais [...]”Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Disponível em <[http://www.mp.mg.gov.br.extranet/visao/sigecon/html/uploads/html\\_proprio/html\\_7621/...](http://www.mp.mg.gov.br.extranet/visao/sigecon/html/uploads/html_proprio/html_7621/...)> Acesso: 20 de outubro de 2014.

## A Maioridade Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente

O estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para proteger os direitos das pessoas que são consideradas em desenvolvimento e isso está diretamente ligado à convenção sobre os direitos da Criança internacional e a nossa Constituição federal de 1988. Isso porque a carta magna trouxe princípios incorporados que protegem integralmente a criança. A esse exemplo observe-se o que diz o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 3º – O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;”

V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.

426

Disso resulta que o ordenamento jurídico estatuído pelo ECA, busca por meio da prioridade absoluta a proteção ao menor de idade. Dispondo no artigo 112 por exemplo, que o juiz poderá aplicar diversas medidas socioeducativas ao menor, mas não a prisão comum. Que é o que pretende-se com a diminuição da idade penal.

Artigo 112: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços a comunidade; IV – liberdade assistida V – inserção em regime de semiliberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a IV (ECA).

Dessa forma, pode-se afirmar que uma aplicação mais profunda das regras encontradas em diversos países do mundo a respeito da idade mínima para se penalizar o jovem, é a alteração não somente da Constituição Federal, mas também da Carta Magna.

## A Redução da Idade Penal e recentes alterações Legislativas – PEC 171/93

O mundo atual, marcado pela violência urbana e familiar tem vivido maus momentos em relação aos filhos e menores em geral. Isso porque o grau de

liberdade conferido aos menores elevou-se e com isso avançou-se o sinal da falta de obediência aos pais. Fazendo com que se trasladasse ao nível da esfera social, na escola, na rua, no supermercado etc. fazendo com que houvesse aumentos na criminalidade praticada pelos menores. Que não mais tem respeito e educação para o tratamento social.

Segundo Veronesi (2001) a enorme gama de garantias dispensadas aos adolescentes faz com que ao mesmo tempo que se protejam as crianças, criem o pensamento de impunidade nas suas mentes.

As metas de educação e a falta de responsabilidade dos pais, não atingidos a contento, aumentam gradativamente a agressividade dos jovens e sua total desobediência às regras de convivência em sociedade.

Segundo Junqueira e Jacoby (2006, p.1.):

*[...] os adolescentes autores de atos infracionais, na sua maioria, são oriundos da grande parcela da população brasileira considerada excluída, de forma que não devem ser vistos separadamente do contexto social, econômico, cultural e político em que se encontram. Relacionadas com outras determinações, as condições de vida destes jovens, sem qualquer dúvida, vêm a contribuir para a construção do quadro de violência de nosso país, repercutindo nos delitos praticados por eles.*

As consequências são muitas e advindas de todas as esferas da sociedade. Não somente os mais necessitados ou excluídos socialmente são cometidores de crimes. Mas cada vez mais os filhos da classe média entram nessas estatísticas.

A redução da idade penal poderia acabar, decerto, com a impunidade e a falta de justiça sentida pela população nas ruas. A ideia de que o jovem pode matar outro semelhante e que nada vai lhe acontecer assusta as pessoas que convivem diariamente com a violência. E a redução da idade penal faria com que a sensação de justiça aumentasse.

Por outro lado, a redução acarretaria numa mudança de paradigma, em que o jovem não mais seria considerado em desenvolvimento e sim uma pessoa comum apto a praticar qualquer ato da vida adulta. Modificando drasticamente a cultura. A recente votação da PEC 171/93 indica uma tendência para redução dessa maioridade penal, que atualmente está em 18 anos de idade.

Na última semana há grandes movimentações da sociedade civil e do poder legislativo em torno desse embate, com fulcro na votação das questões ligadas a idade mínima para o direito penal. Os casos de crimes cometidos por menores de 18 anos aumentam à medida em que a sociedade cresce e evolui. Crianças já não são mais crianças no sentido próprio da palavra. Dessa maneira, é importante dizer que as inovações porvir nessa seara tendem a reduzir a idade penal, daí a necessidade latente de se aprovar a alteração na Constituição Federal que não permitiria, nos atuais padrões legais, reduzir-se a idade penal.

## Conclusão

A democracia apresenta-se como uma criação humana em construção, sempre necessitando ser aperfeiçoada. Percebe-se que a democracia tem muito que ser aperfeiçoada, pois hoje o seu modelo não satisfaz a uma grande parte da população.

Assim, é necessário compreender que a democracia está para além do ato de eleger representantes, ela significa também a conquista de condições dignas de vida, já que entender a democracia apenas como uma forma de administração do Estado expressa apenas o *sentido fraco* de democracia enquanto que seu *sentido forte* está relacionado a um modo de vida, ou seja, a democracia fazendo parte do cotidiano das pessoas em todas as organizações da sociedade.

Dentro dessa seara de direitos e de um Estado democrático é que se encontra o devido processo legal, o qual por meio do estudo exposto, foi possível vislumbrar sua aplicação e materialização perante os direitos humanos.

Diante da importância e relevância do princípio do devido processo legal, é que se pode dizer ser este um dos esteios garantidores da ordem e da justiça no país. Sem esses princípios norteadores da vida dos cidadãos perante os atos almejados pelo poder judiciário, não poderia haver a verdadeira justiça.

O alcance dos direitos humanos por meio do devido processo legal, é fato que por si só representa grandeza nas ordenanças legais do país. Sendo que a maioria penal é uma questão a ser enfrentada por toda a sociedade e em todos os lugares do mundo. Muito em virtude do desenvolvimento humano que a humanidade alcança a cada século de existência.

Tendo em vista ainda todos os aspectos estudados e analisados, foi possível observar que a aplicação de pena a menores no direito comparado, é uma realidade, principalmente em países em que já se penaliza a partir dos 14 anos, mas no Brasil ainda carece de muita discussão e debates para diminuição da idade para a aplicação de pena comum aos jovens, que cada vez mais estão mais perigosos do que os mais maduros.

Com as recentes alterações e votações ocorrendo no poder legislativo em torno da alteração da idade penal por meio da alteração na Constituição Federal, tende a desembocar em uma tendência mundial de redução da idade penal devido ao grande aumento da criminalidade por menores de idade.

## Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli. O tratado internacional em face da Constituição Federal. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1998.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, 638 p. ISBN 85-02-04007-3.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários a Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. VIII, 1144 p.

- BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- DALARRI, Dalmo de Abreu. *A razão para manter a maioridade penal aos 18 anos*. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira, et.al. *A razão da idade: Mitos e verdades*. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- FREITAS, Juarez. *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*. Petrópolis-Porto Alegre: Vozes e Edipucrs, 1989.
- GARCIA, J. Alves. *Psicopatologia forense*. 2. ed. refundida e atual. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1958.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 10. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2008. v. I, 785 p.
- FERREIRA, Ivette Senuse. *Imputabilidade e maioridade penal*. In: CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et.al. *A razão da idade: Mitos e verdades*. Brasília: MJ/SEDH/DCA, 2001.
- GOIÁS, Jussara. *Inimputabilidade não é impunidade*. In: CRISÓSTOMO, Eliana
- HERBELLA, Fernanda. *Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas*. São Paulo: Lex Editora, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HELITO, Salim Alfredo; KAUFFMAN, Paulo (orgs.). *Saúde: entendendo as doenças, a enciclopédia médica da família*. São Paulo: Nobel, 2007.
- MOTTA, Ana Paula Costa. *As Garantias Processuais como limite à Violência Estatal na aplicação da medida Sócio-educativa de Internação*. PUCRS, 2004. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2004.
- JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. Sérgio Tellaroli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOYOLA, Leandro. *Devemos julgá-los como adultos?* Revista Época. p 36-44. São Paulo, 7 de Maio de 2007.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997.
- MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Ministério Público e direitos Humanos*. Campinas/SP: Bookeseler, 2005.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos & Relações internacionais: doutrina e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Campinas: Agá Júris, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORAIS, Marielli de Melo. *A Corte Interamericana de direitos humanos: uma análise de suas decisões no caso do Urso Branco*. 2008. Disponível em: <<http://www.cedin.com.br/revistaelectronica/artigos/Marielli%20DH.pdf>>. Acesso em 22 de janeiro de 2015.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora de A. *Direito penal da emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: RT, 1992.

- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NETO, Gercino Gerson Gomes. *A imputabilidade penal como cláusula pétrea*. In: LEAL, César Barros; JÚNIOR, Heitor Piedade (org.). *Idade da responsabilidade penal: A falácia das propostas reducionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzaro. *O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. ISBN 85-7604-093-X.
- PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- PRATES, Cruz Flávio. *Adolescente infrator: a prestação de serviços à comunidade*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

# A disposição física da Sala de Audiências: a proximidade dos Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e seus reflexos sobre o devido Processo Legal<sup>1</sup>

Márcia Berião Cesar<sup>2</sup>

## Resumo

O presente artigo visa analisar a inconstitucionalidade do artigo 18, I, “a”, LC 75/93 e do artigo 41, inciso XI, da Lei 8.625/1993. Os dispositivos permitem que o Ministério Público, ainda quanto órgão acusador, tome assento no mesmo plano que o juiz, enquanto a defesa fica em plano inferior e mais afastada. Pretende-se demonstrar que esta disposição cênica fere os princípios da igualdade, da isonomia, da proporcionalidade, razoabilidade, do devido processo legal, da paridade de armas e da ampla defesa, o que não condiz com o modelo de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Ministério público; princípios constitucionais; devido processo legal; razoabilidade; proporcionalidade; isonomia; paridade de armas.

## Abstract

The present study seeks to analyze the unconstitutionality of Article 18, I, “a” of Supplementary Law nº 75/93 and Article 41, Clause XI of the Law 8.625 / 1993. Those devices enable the prosecution, even as accusatory body, to take a seat on the same plane as the judge, while the defense is in lower and farther plan. This paper intends to demonstrate that this scenic layout injures the principles of equality, isonomy, proportionality, fairness, due process, parity and ample defense, which is not consistent with the model of a democratic state.

**Keywords:** Public ministry; constitutional principles; due process; reasonableness; proportionality; isonomy; parity arms.

## Introdução

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4768, proposta em 17 de abril de 2012, teve como objeto o questionamento da constitucionalidade do

<sup>1</sup> Artigo Científico apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – 2014 – Faculdade de Direito de Valença – Centro de Ensino Superior de Valença – Fundação Dom André Arcoverde. Professor Orientador Ms. Alexandre Motta Tinoco

<sup>2</sup> Bacharelada do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença – 10º período – 2014

artigo 41, inciso XI, da lei 8.625/1993<sup>3</sup>, assim como do artigo 18, inciso I, alínea “a” da Lei Complementar 75/1993<sup>4</sup>, que conferem ao Ministério Público a prerrogativa de tomar assento ao lado do magistrado na sala de audiências e no Tribunal do Júri.

Ao Ministério Público foram reconhecidas diversas funções institucionais, assim como disposto pelo art. 129, CRFB, entre as quais, a de atuar em defesa da ordem jurídica e fiscalizar o cumprimento das leis e a aplicação da Constituição. É notório que o poder de atuação do Ministério Público na persecução de provas confere ao Poder Judiciário melhores condições para proferir julgamentos mais justos. Tudo isso está de acordo com o Estado Democrático de Direito. No entanto, o que se questiona é a prerrogativa destinada ao órgão da acusação, que coloca o indivíduo em desvantagem frente ao Estado, justamente no ambiente de julgamento, onde os princípios do devido processo legal e da isonomia deveriam reinar.

Um privilégio sem fundamento, baseado unicamente na tradição. Por isso, este artigo pretende demonstrar que sua aplicação não deve prevalecer, sob a perspectiva de que sua manutenção estaria em desacordo com princípios do Estado Democrático e da Constituição Federal de 1988.

Sob este aspecto, segundo a perspectiva Kantiana, mencionada por Norberto Bobbio, a finalidade última do Direito estaria dividida em três grupos: ordem, liberdade e igualdade. Sobre a igualdade afirma:

Um ordenamento jurídico não pode ser considerado justo se não protege os fracos dos fortes, os pobres dos ricos, se não estabelece com as próprias regras uma medida, ou uma série de medidas, com as quais seja impedida a prevaricação, e todos os membros de uma sociedade recebam igual tratamento com base em certos critérios fundamentais (...).

Segundo esta teoria, não é suficiente que o direito imponha uma ordem qualquer: é preciso que a ordem seja justa e por “justa” entende-se que de fato fundada no respeito à igualdade. (BOBBIO, 1984, p.72/73)

Conforme Pimenta Bueno: “(...) lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania” (BUENO, 1857, p. 424).

<sup>3</sup> Art. 41, inciso XI, Lei 8.625/1993: “Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma”. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm). Acesso em 02/10/2014.

<sup>4</sup> Art. 18, inciso I, alínea “a”, Lei Complementar 75/1993: “São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I - institucionais: a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem;” Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em 02/10/2014



A história do Direito percorreu um longo e árduo caminho até aqui e suas conquistas devem ser resguardadas, assim como outras devem ser fomentadas, para que se atinja uma proximidade cada vez maior com o ideal de justiça e bem-estar comuns.

O Direito é uma criação humana, um fenômeno histórico, social e cultural, fruto da invenção humana. O Direito surge da necessidade de se estabelecer um meio que possibilite a convivência mútua, com foco na resolução de conflitos que surgem a partir desse convívio. Partindo daí, o Direito é a admissão humana de que o indivíduo fracassa ao autodeterminar-se diante do outro. Um paradigma surge: num extremo, a necessidade do indivíduo como ser social, que deve colaborar e que depende da colaboração dos outros indivíduos para a sua existência; e na outra extremidade, a dificuldade de manter uma convivência pacífica.

Todo paradigma causa uma inquietação crescente, que empurra a humanidade para a busca de soluções possíveis. Da solução ou soluções eleitas, emergem efeitos principais e colaterais, que terão pontos positivos e negativos. Muitas soluções parecem resolver a necessidade naquele momento em que são usadas, mas logo demonstram fragilidade, revelando seus efeitos negativos e requerem curativos, remendos e até mesmo outras soluções que as superem.

Essa superação, por assim dizer, nunca se dá por completo, por mais que isso pareça plausível. Uma vez que implementada em determinado momento, uma solução, mesmo após suplantada por outra, se mantém no ideário da humanidade, nem que seja como degrau onde se apoiam as novas ideias.

Um desses degraus foi a solução denominada Estado Absoluto, que foi superado, mas nos deixou de base a soberania. Olhando para a origem do Estado Absoluto é mais fácil compreender o surgimento do Estado Democrático de Direito, não como um contraponto deste, mas como um desdobramento natural da evolução da sociedade, que busca incessantemente soluções para sua manutenção e desenvolvimento.

A sociedade medieval apresentava um caráter pluralista. O Direito surgia de diferentes fontes de produção jurídica e estava organizado em diversos ordenamentos jurídicos. Como tais consideravam-se o costume, a vontade da classe política, a tradição doutrinária e as atividades das cortes de justiça. O Estado Absoluto surge no início da Idade Moderna para tentar unificar as fontes de produção e os ordenamentos jurídicos, portanto, como um desdobramento compreensível, com o intuito de sanar as deficiências que a forma pluralista medieval impunha à sociedade.

Para que isso fosse possível, o Estado precisava estar acima de qualquer poder, fosse da Igreja, do Império ou de qualquer outro – ser a única fonte de Direito sendo, então, o alicerce do soberano.

O Estado Absoluto foi apoiado pelo pensamento político de Thomas Hobbes, segundo o qual, o homem como indivíduo é incapaz de portar-se em sociedade pacificamente, por sua própria natureza, não podendo por si mesmo defender-se dos outros e muito menos defender alguém. Segundo Hobbes:

(...) é preciso designar um homem ou uma assembleia de homens para representar a todos, considerando-se e reconhecendo-se cada membro da multidão como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns, submetendo, assim, suas vontades à vontade do representante, e seus julgamentos a seu julgamento. Isso significa muito mais que consentimento ou concórdia, pois é uma verdadeira unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembleia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também de teu direito, autorizando, da mesma forma, todas as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado (em latim Civitas). É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. (HOBBS, 2009, pp. 126 e 127)

Até onde se expôs, trata-se de um Estado Absoluto, sem limites, mas apenas no sentido jurídico, pois poderiam ser admitidos outros limites, como o religioso e o moral. O príncipe estaria acima das leis, sem que estivesse necessariamente acima das leis de Deus e da moral.

O Estado sem quaisquer limites surge da ideia de que o príncipe, o soberano, estaria acima do bem e do mal, livre de qualquer vínculo moral. Tal ideia ganha força no que se chama de maquiavelismo, que chega a fazer parte da Teoria da Razão do Estado, contribuindo para a consolidação do poder absoluto. Por essa teoria o Estado tem razões que o autorizam a agir de modo que o indivíduo, nas mesmas circunstâncias, não poderia agir. Assim afirmou Maquiavel: “O príncipe, portanto, não deve se incomodar com a reputação de cruel, se seu objetivo é manter o povo unido e leal.” (MAQUIAVEL, 2010, p 85)

O que ocorreu com tal extremismo é de fácil dedução, o príncipe de posse do poder absoluto, sem dúvida abusou do poder. Como consequência disso, a reação e a decadência. A soberania sem limites do príncipe precisou ser de alguma forma contida, surgindo como contraponto o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, apoiou-se sobre várias teorias, dentre as quais, as Teorias do Jusnaturalismo, de onde nascem os direitos fundamentais, oponíveis até mesmo ao Estado; a Teoria da Soberania Popular ou Democracia, pela qual o titular do poder é o povo, dele emanando o poder do Estado e a Teoria da Separação dos Poderes, que pretende limitar o poder Estatal dividindo-o em órgãos de funções distintas, de modo que, não tendo o poder absoluto, devam manter o equilíbrio dos poderes.

No Direito brasileiro, através da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, encontra-se consagrada a teoria da separação dos poderes, ao se proclamar a independência e a harmonia entre os Poderes da União: Legislativo, Judiciário e Executivo.

Segundo a Teoria da Separação dos Poderes, a massa do poder estatal não mais se concentraria em uma só pessoa, mas seria distribuída entre diversas pessoas e órgãos com funções distintas, de modo a se evitar o abuso que ocorria no Estado Absoluto.

Essa limitação do poder estatal decorreria da separação dos Poderes e produziria um controle recíproco entre os órgãos distintos do governo.

O autor Norberto Bobbio afirma que:

Segundo esta teoria, o limite do poder nasce da sua própria distribuição, por duas razões: 1) não existirá mais uma só pessoa que tenha todo o poder, mas cada uma terá somente uma porção do mesmo; 2) os órgãos distintos aos quais serão atribuídas funções distintas se controlarão reciprocamente (balança ou equilíbrio dos poderes) de maneira que ninguém poderá abusar do poder que lhe foi confiado. Se se consideram como funções fundamentais do Estado a função legislativa, a executiva e a judiciária, a teoria da separação dos poderes exige que existam tantos poderes quantas são as funções e que cada um dos poderes exerça uma só função, assim que possa surgir o Estado desejado por esta teoria, Estado que foi também chamado Estado Constitucional, quer dizer aquele Estado no qual os poderes legislativo, executivo e judiciário são independentes um do outro e em posição tal que podem controlar-se reciprocamente. (BOBBIO, 1984, p. 16)

Partindo da análise, mesmo que superficial, da Teoria da Separação de Poderes, não é difícil alcançar que a imparcialidade do juiz, como órgão do Poder Judiciário, é da essência de sua própria função. A proximidade física do juiz com o Ministério Público desafia, dessa forma, a própria estrutura do Estado, mesmo quando considerada como uma mera potencialidade de mitigar a imparcialidade inerente ao Poder Judiciário. Segundo a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 10: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Como se pode depreender do exposto, grande esforço se fez para sanar as falhas apresentadas pelo modelo Absoluto de Estado, buscando-se formas de garantir o que Norberto Bobbio chamou de direitos de primeira dimensão: “num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p. 32).

Os direitos de primeira dimensão referem-se aos direitos fundamentais do homem contra os governos absolutos e arbitrários, com o propósito de limitar a ação do Estado e garantir a preservação de direitos individuais (à vida, à liberdade e à igualdade – a princípio, apenas formal).

Longo caminho se trilhou dos primórdios do Direito até a promulgação da Constituição brasileira de 1988. Caminho por demais longo e árduo para que se permita a violação de princípios fundamentais por norma de nenhuma valia.

## **A nova Hermenêutica Constitucional e o papel dos Princípios Constitucionais na interpretação do Direito**

Partindo do conceito de hermenêutica, como a ciência da interpretação, resta bastante factível sustentar que a efetividade da Constituição encontra-se diretamente relacionada ao seu processo de interpretação. Sob este aspecto, a evolução da hermenêutica constitucional nos revela que os métodos de interpretação tradicionais tornaram-se insuficientes para abarcar o processo de interpretação da Constituição, impondo-se uma mudança de postura do intérprete.

436

As perguntas mudam, as respostas precisam mudar, para que se consiga alcançar um horizonte mais amplo e assim, se prossiga evoluindo, ampliando o campo de visão. Para Hans-Georg Gadamer, “a hermenêutica é a teoria filosófica do conhecimento que afirma que todos os casos de compreensão envolvem necessariamente tanto interpretação quanto aplicação.” (SCHMIDT, 2012, pág. 12)

Quando a Constituição Federal de 1988 foi promulgada, inaugurou-se um período de mudanças, algumas imediatas, outras por efetivar, mas, sem dúvida, houve uma mudança de paradigmas. Diante dessa nova realidade, a hermenêutica tradicionalmente aplicada já não seria capaz de efetivar a compreensão do fenômeno constitucional.

Lançando um olhar para a história de nosso país, constata-se um passado colonial, de uma colonização absolutamente investida de fins exploratórios. Tudo que fosse valioso interessava a Portugal, em detrimento de qualquer interesse brasileiro. Por isso, qualquer ação do colonizador que visava a construção ou melhoria da colônia, em última instância, sempre ocorria por algum interesse da corte portuguesa. Essa experiência, de extração, de abuso e de exploração, ficou gravada na memória brasileira de forma que, mesmo após a independência de Portugal, seus reflexos permaneceram contaminando a forma de pensar, o *modus vivendi* da sociedade brasileira e de seu governo.

Muitos desses reflexos podem ser constatados nas Constituições que precederam a Carta Constitucional de 1988, que em muitos aspectos sucumbiam em face de desmandos, direitos ignorados, rebeliões, golpes, interesses, enquanto o bem estar do povo brasileiro em geral ia sendo negligenciado.

Com esse histórico, a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, não teria como promover superação de problemas sociais e jurídicos brasileiros, ainda que apontasse para um caminho diferente daquele trilhado até então, representando o grande marco na história da jovem Democracia brasileira, sem o apoio de uma nova hermenêutica. Trata-se de uma constituição principiológica e seus princípios vão permear todos os outros ramos do Direito.

No cenário pós-positivista, tempos da modernidade tardia, tornou-se imprescindível uma nova forma de interpretação do texto constitucional e de seu contexto. As fórmulas de interpretação tradicionais: método subsuntivo e os elementos clássicos da hermenêutica, quais sejam: gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico, precisaram ser enriquecidos com uma nova hermenêutica chamada de constitucional, mas que vai além disso, é filosófica e busca atender às novas demandas, que já não podem mais ser resolvidas pelos métodos clássicos.

Não se pode ter o novo e insistir em usar as ferramentas de entendimento do momento precedente, sob pena de desfigurar o que se apresenta ou, não alcançando sua amplitude, impedir a manifestação, a materialização de suas potencialidades. Assim, o desafio estava em inovar o próprio olhar sobre a Constituição.

A Constituição, com seus inúmeros princípios, diante do emergente Estado Democrático de Direito, pressupõe a desconstrução do cenário tradicional antecedente. No desafio desconstrução/construção, a hermenêutica exerce seu papel primordial – o desvelamento do que estava oculto, para que se revele a existência dessa nova realidade constitucional.

A hermenêutica tradicional não pode dar conta desse desvelamento, porque pensa o ser como ente, destinando-lhe a condição de objeto. Para que o Estado Democrático de Direito e sua Constituição possam existir (e só podem existir se forem compreendidos como tal) a hermenêutica jurídica precisa romper a barreira metafísica, que relega o pensamento jurídico a um carácter tecnicista, convertendo-se em uma hermenêutica que propicie ao Direito revelar seu carácter transformador, capaz de acompanhar a sociedade em movimento, do ser que não “é” e sim “está sendo”, do “ser-aí” (“Dasein”) de Heidegger, que afirma que “fenomenologia da pre-sença é hermenêutica no sentido da elaboração das condições de possibilidade de toda investigação ontológica.” (HEIDEGGER, 2002, p. 28)

Essa nova hermenêutica não deve ser vista como mera ferramenta, nela a subsunção perde espaço para a ponderação. Erguem-se os princípios e valores com base à interpretação constitucional e infraconstitucional, norteando o legislador e o julgador.

O positivismo jurídico não dá conta da efemeridade das questões trazidas ao direito por uma sociedade em transformação constante como a de hoje. O

pós-positivismo deve então apoiar-se sobre essa nova hermenêutica, na qual os princípios, e não mais as regras específicas, têm a abrangência e abstração necessárias para alcançar as velozes mudanças sociais, e, conseqüentemente do Direito em si.

Esse desafio pós-positivista é evidenciado na prática jurídica. Segundo Robert Alexy:

Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados. (ALEXY, 2011, p.19)

Sobre os novos caminhos da hermenêutica jurídica, afirma Cleyson de Moraes Mello: “A hermenêutica tem de ocupar o seu posto como a arte da compreensão, esclarecendo as suas condições estruturais ontológicas e não como um procedimento metodológico em distonia com o elemento espaço-temporal.” (MELLO, 2011, p. 100)

## O Estado Constitucional Democrático de Direito Contemporâneo e a garantia de um Processo Justo

438

A sociedade atual, com todos os avanços alçados através dos tempos, não pode prescindir de um Direito capaz de acompanhar sua evolução. No Estado Constitucional Democrático de Direito Contemporâneo existem garantias que jamais podem ser ignoradas, sob pena de restar violada a sua própria essência. São garantias de seu propósito, que se inferem da sua própria existência: há um Estado, cujo poder é de todos – já que é democrático e que deve prestar a tutela ao cidadão, já que é soberano. Há uma Constituição que assegura as garantias e o Direito, que não só abrange as normas (princípios e regras), mas, também, deve garantir sua aplicação e acesso a ele. É nesse ponto que se verifica a necessária efetividade do processo justo – *due process of law* – devido processo legal, que pressupõe um processo efetivamente justo.

A aceção contemporânea do Estado Constitucional de Direito é ressaltada pela Prof.<sup>a</sup> Rosana Josefa (2012 *apud* GRECO, 2002 p.7) em seu artigo: O Justo Processo, no qual trata do assunto:

O Estado Democrático e Social Contemporâneo não é um Estado como o de 1919, fundado na hipertrofia do *L'Etat c'est moi* até o *Volksgeist*, de triste memória. É o Estado da Democracia Real, das liberdades concretas, do humanismo integral e da intervenção estatal com objetivos instrumentais claramente definidos, em especial o de suprir deficiências dos mais fracos, para que possam exercer com plenitude as próprias potencialidades em

igualdade de condições. É o Estado que se autolimita, subordinando sua própria ingerência à *rule of law*, da participação prévia dos interessados no processo de formação da vontade estatal. É o Estado cujos poderes estritamente regulados na lei, cujas decisões devem ser impessoais (...). É o Estado cuja intervenção na vida social se destina a garantir a mais completa projeção da dignidade e das liberdades humanas (...) e não a tolher ou cercear aquela dignidade e aquela liberdade. (SILVA, 2012, p. 57)

## **Os princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade como parâmetros do controle de Constitucionalidade dos atos do poder público**

O princípio da razoabilidade está ligado ao princípio do devido processo legal, funcionando como um regulador dos atos administrativos. Segundo Humberto Bergman Ávila a razoabilidade possui três acepções, que possibilitam sua melhor compreensão: equidade, congruência e equivalência.

A equidade se reflete na harmonização da norma ao caso individual, sendo, muitas vezes, necessário interpretar se a aplicação da lei condiz com a situação fática. Não raro, será preciso ir além da regra para não ferir princípios constitucionais.

A congruência busca garantir que a regra não esteja aquém do que necessita a sociedade, evitando sua desconexão com a realidade social, evitando-se, com isso, arbitrariedades.

A equivalência, por sua vez, é a simetria entre a medida e a finalidade de sua aplicação. (ÁVILA, 2009, pp. 152/153)

Percebe-se, pelo exposto, que as leis confrontadas pela ADI 4768 colidem com o princípio da razoabilidade, faltando-lhes congruência e equivalência. O resultado da realidade por elas provocado é injusto, já que fere direitos fundamentais do acusado, em nome da manutenção da tradição de privilégio ao Ministério Público.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, embora tenham objetivos semelhantes, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são diferentes, logo, quando revestidas de uma conotação técnico/jurídica, suas nomenclaturas não podem ser tidas como sinônimas.

O princípio da proporcionalidade vem sendo mal aplicado. Por vezes é citado sem qualquer fundamentação, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, em outras, é confundido como o princípio da razoabilidade, cuja verificação não se submete a critérios tão rigorosos, destinando-se, meramente, a afastar atos estatais irrazoáveis.

Em verdade, o autor sustenta que a proporcionalidade é uma regra, embora o uso do termo princípio seja admissível, por sua força semântica. E prossegue para afirmar que as regras são aplicadas pelo método da subsunção, enquanto os princípios somente se submetem às hipóteses de colisões recíprocas.

Em consequência, a aferição da proporcionalidade de um ato exige sua submissão às seguintes sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nessa ordem de prevalência e em caráter subsidiário.

Analisando cada sub-regra, separadamente, verifica-se que a adequação consiste na capacidade ou aptidão do ato aferido para alcançar ou, ao menos, fomentar, a realização do objetivo pretendido.

Segue-se, então, para a análise da necessidade. Diversamente da adequação, a necessidade não revela um exame absoluto, sendo a sua verificação decorrente de um contraponto, para que se estabeleça um comparativo. É preciso analisar se a medida tomada pelo Estado é a melhor, a de menor restrição possível ou se não haveria outra que, igualmente, proporcionasse o alcance do objetivo pretendido, com menor impacto sobre os direitos fundamentais. Como visto, contrapõe-se a medida e sua finalidade com algum direito fundamental a ser restringido pela implementação do ato Estatal.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito revela a realização de uma verdadeira ponderação de interesses, verificando-se o peso de cada direito fundamental atingido, em contraposição ao constrangimento da medida. Trata-se, em verdade, de uma relação custo/benefício, na qual são ponderados os ônus e os bônus decorrentes da medida aferida e aqueles são compensados por estes. (SILVA, 2002, pp. 23/50)

## Os Princípios Constitucionais do Processo

### O Princípio do Devido Processo Legal: origem e desenvolvimento

Para efeito deste estudo, o Princípio do Devido Processo Legal será abordado a partir de três perspectivas: seu suposto nascedouro, na Inglaterra, sua chegada à América e sua adoção pela Constituição brasileira de 1988.

Quanto ao primeiro elemento, convencionou-se que o marco acerca da origem histórico-formal do Princípio do Devido Processo Legal se deu na Inglaterra, durante a alta idade média, no tempo do reinado de João Sem-Terra.

Em 1215, quando foi assinada a Carta Magna, havia uma cláusula que comprometia a coroa a respeitar direitos dos cidadãos à terra, sob a denominação “*Law of Land*”, em latim: “*per legem terrae*”, lei da terra.<sup>5</sup> Em consequência da rebelião dos barões ingleses contra a política espoliativa de João Sem-Terra, rei de linhagem normanda, que dominava a Inglaterra naquele tempo, a coroa se viu impelida à assinatura de tal documento. O direito à terra já fazia parte do direito anglo-saxão na época, como costume, mas foi formalizado na cláusula 39 do referido documento que conferia garantias de liberdade e proteção aos ditos “homens livres”, garantindo a eles julgamento legítimo de seus iguais e/ou de acordo com a lei da terra.

<sup>5</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) o direito assente e sedimentado nos precedentes judiciais, os quais exprimam a common law”. Curso de direito administrativo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p 106.



Infere-se, do conteúdo da cláusula, o cerne do princípio estudado, pelo qual o monarca se dobraria à lei posta e garantiria que o julgamento do acusado seria feito por seus pares. Um julgamento legítimo com base na lei. A referida cláusula funcionaria como uma contenção do poder e foi dessa forma que se perpetuou no Direito Constitucional vindouro. Interessante observar que a cláusula impunha a observação da lei do lugar (direito da terra), de forma que mesmo o rei invasor seria obrigado a respeitá-la.

Conforme Arturo Hoyos, as expressões: “*Law of Land*” e “*per legem terrae*”, vincularam-se ao Direito consuetudinário ou comum (Common Law) inglês e referem-se ao que mais tarde será chamado de “*Due Process of Law*”. (HOYOS, 1998, p.7)

Segundo Suzana de Toledo Barros: “A Inglaterra viu surgirem as primeiras reivindicações da força substantiva do Devido Processo” (BARROS, 2003, p. 60)

Permaneceu o conceito, embora naquele tempo a Carta Magna tenha sido desrespeitada.

A expressão “*Due Process of Law*”, surgiu em 1354, no reinado de Eduardo III, mas se aceita que as expressões citadas anteriormente teriam o mesmo sentido que esta.

Mais tarde, na América do Norte, a cláusula do Devido Processo Legal ressurgiria, a partir da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

Antes da consolidação do Estado Federal Americano, quando ainda não era independente da Inglaterra, as cartas das colônias já utilizavam o princípio. Sendo assim, tanto as colônias norte-americanas, quanto, posteriormente, os Estados independentes americanos mantiveram as expressões originais de direito da terra, não utilizando a expressão “*Due Process of Law*”.

Em verdade, a Constituição norte-americana de 1787 não continha a cláusula, sob qualquer denominação, o que foi corrigido com a declaração, “*Bill of Rights*”, um conjunto de dez emendas constitucionais realizadas em 1791, que incluía a cláusula, e dessa vez, sob a denominação: “*Due Process of Law*”.

Nesse primeiro momento, a cláusula encontrava-se restrita à finalidade de conter somente o poder do governo da União, não se estendendo aos governos estaduais, o que propiciou que cometessem arbitrariedades. Por esta razão, após as “emendas de reconstrução”, em 1868, em particular, através da 14ª emenda, a cláusula passou também a alcançar os governos estaduais.

A partir daí, os aspectos procedimental e material dessa cláusula se fortaleceram, buscando resguardar os direitos do indivíduo frente ao Estado, originando duas doutrinas: “*Procedural Due Process*” e “*Substantive Due Process*”.

Finalmente, no Brasil, a cláusula foi incluída na Constituição Federal de 1988, sob o amparo do título de direito fundamental, no artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Deve-se considerar que o termo “*Law*”, da expressão em língua inglesa, deve ser entendido como direito, que possui sentido mais amplo que “lei”, na língua portuguesa. Por isso, embora o termo usado em português seja “legal”, ele possui o sentido mais abrangente, conforme o termo do qual se originou.

### **A) O Devido processo legal em sentido processual (*Procedural due process*)**

Conforme assevera André Ramos Tavares, o devido processo legal no sentido formal, adjetivo ou processual “significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes”. (TAVARES, 2002, p. 483). Daí decorrem garantias como a paridade de armas, ampla defesa, contraditório, entre outras.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (2009, p. 168)

### **B) O Devido processo legal em sentido material (*Substantive due process*)**

O devido processo legal, em seu sentido substantivo ou material, é o que contém o Estado diante do indivíduo, que garante ao indivíduo direitos que mesmo o Estado, com toda a sua força, não pode violar.

442

O arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público vergam-se sob certos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, garantidos por esse princípio. Segundo Barroso, “é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”. (BARROSO, 2001, p. 214)

## **O Princípio da Isonomia Processual**

Isonomia e igualdade são termos aplicados muitas vezes como sinônimos, embora não sejam. É compreensível esse equívoco, pois os conceitos se entrelaçam.

A igualdade proíbe privilégios. Através dela entende-se o tratamento igualitário, sem diferenças. A isonomia reconhece as diferenças e busca igualar as forças tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. É pelo princípio da isonomia que alguns tributos são cobrados em tarifas mais altas para aqueles que têm maiores ganhos, como é o caso do imposto de renda. Cobrar igualmente de todos não se traduziria em tratamento isonômico, pois as capacidades contributivas são desiguais.

### **a) Igualdade Perante a Lei ou Igualdade Formal**

A igualdade formal está consagrada no caput do artigo 5º da CRFB/1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.” A igualdade puramente formal é a que está prevista na lei, base do Estado Liberal clássico e sobre a qual se ergueram grandes desigualdades econômicas e sociais.

Quanto às leis que disciplinam a organização do Ministério Público e a carreira dos seus membros, a Lei Complementar 75/93 e lei 8.625/93, garantem aos membros do Ministério Público tomar assento ao lado direito e no mesmo plano do magistrado, o que, sem dúvida, constitui um privilégio. Vistas pelo prisma da igualdade, mesmo que formal, já se pode dizer que violam esse princípio.

Observe-se que a Defensoria Pública possui dispositivo legal que autoriza seus membros a tomar assento no mesmo plano que o Ministério Público, na forma da Lei Complementar nº 80/94 (com alterações introduzidas pela LC 132/90), art. 4º, § 7º.

Saliente-se que a Associação Nacional dos Defensores Públicos requereu seu ingresso na ADI 4768, na qualidade de *amicus curiae*, pois, o cumprimento de lei é observado quando se trata do Ministério Público e desrespeitado ao tratar da Defensoria Pública.

Ainda que se fizesse cumprir a lei, admitindo-se aos defensores públicos tomar assento no mesmo plano que o Ministério Público, o princípio da igualdade ainda restaria ferido, uma vez que os advogados de defesa não gozam da mesma prerrogativa.

#### **b) Igualdade na Lei ou Igualdade Material**

Se do ponto de vista formal as leis citadas já deixavam a desejar, é no campo da igualdade material que seus danos se tornam sobrelevados.

A isonomia garante a materialidade do princípio da igualdade, buscando equilibrar a balança minorando as desigualdades. Defende que a igualdade se dá através do tratamento desigual, na medida das desigualdades. Trata-se de conceito bem antigo citado pelo filósofo Aristóteles e está em consonância com o momento atual, pós-positivista, sob a luz da nova hermenêutica, que deve ser buscada pelo Estado Social.

Sobre a importância dos princípios e valores para a nova hermenêutica, afirma Paulo Bonavides: “(...) são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo.” (BONAVIDES, 1998, p. 252).

Sem isonomia, não há como haver igualdade material. O privilégio somente se justifica quando existe sob o escopo de equilibrar as forças para o alcance do que é justo.

No caso em tela, o tratamento privilegiado do Ministério Público mostra-se completamente desarrazoado, posto que a distribuição dos contrapesos dessa forma desequilibraria ainda mais a balança: de um lado todo o aparato estatal e do outro o indivíduo.

Os dispositivos de lei questionados pela ADI 4768 ferem o princípio da igualdade formal e ferem o princípio da igualdade material. O tratamento diferenciado dispensado ao Ministério Público lhe confere ainda mais poder que o já imanente ao órgão.

Nessa esteira, José Afonso da Silva (2004, p.216) preconizou:

(...) o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os “iguais” podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.

Portanto, a ADI 4768 sustenta que a desigualdade material entre Ministério Público e defesa-técnica deva ser sanada através da mudança de disposição dos móveis na sala de audiências e sessões de julgamento nos tribunais, diminuindo a desproporção de forças entre as partes.

É sobretudo no direito penal que fica evidenciado o desrespeito ao princípio da igualdade e da isonomia, já que flagrantemente ignorada a paridade de armas, ou seja, a distribuição das forças visando um processo justo e um julgamento isento. No processo penal deve vigorar a presunção de inocência e, através da ampla-defesa e do contraditório, consubstanciam-se elementos para a busca da justiça.

O fato do Ministério Público ocupar lugar próximo ao juiz pode transparecer aos olhos dos jurados, em sessão de julgamento no tribunal do júri, que a presunção é de culpa, ou dolo e não de inocência. É nessa situação que a legislação deveria cercar o cidadão de todas as proteções aos seus direitos, conferindo a ele meios de defender-se perante as acusações de igual para igual, com paridade de armas, não só permitindo-lhe a defesa, mas a ampla defesa, conforme formalmente consta no ordenamento.

444

O Advogado-Geral da União, em resposta à ADI proposta, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, que requereu sua admissão como “*amicus curiae*” e o jurista Lênio Luiz Streck, são alguns dos que compartilham de opinião contrária à apresentada até então, entendendo que as mencionadas leis não devem ser consideradas inconstitucionais.

Os defensores do *status quo*, entre outras alegações, sustentam que não se trata de tema relevante o suficiente para ser matéria de ADI.

Não bastasse todo o exposto até o momento, confrontando as leis apontadas com princípios e valores por ela ameaçados, o tema demonstra sua relevância, (conforme aduz o próprio texto da ADI 4768) uma vez que inspirou importância suficiente a ponto de ser tratado em Lei Complementar. Ademais, observam-se diversas petições requerendo participação na ADI na figura de “*amicus curiae*”, demonstrando o interesse suscitado pelo tema.

Na obra intitulada: A Tirania, de Vittorio Alfieri lê-se:

[...] Os ultrajes não têm, perante os diferentes povos e indivíduos, o mesmo caráter de gravidade. Não obstante, devem ser considerados sempre pelos

que, não merecendo ultraje algum, sentem muito vivamente, e até o fundo do coração, a menor injúria. Devo dizer, pois, a este pequeno número (infelizmente demasiado pequeno, porque se fosse a maioria, todo opressor público deixaria de sê-lo imediatamente) [...] (ALFIERI, 1943, p. 91)

Outro ponto abordado para embasar a afirmação de constitucionalidade trata-se da afirmação de que os princípios da isonomia, da paridade de armas, da ampla defesa e do devido processo legal não seriam afetados pelas leis citadas, assunto já enfrentado neste artigo, demonstrando o total desrespeito ao cidadão e às suas garantias, que possui poder infinitamente menor que o estatal.

Em parecer elaborado por José Afonso da Silva, a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e juntado à ADI 4768, o ilustre professor esclarece:

(...) isso é sem dúvida, um *discriminen* sem uma razão objetiva que sustente sua validade. No caso, não há um fator de discriminação racional e lógico para atribuir específico tratamento jurídico construído em função de desigualdade proclamada. O dispositivo é, pois, inconstitucional.

Com o intuito de demonstrar a conformidade dos dispositivos legais com a Constituição e seus princípios, alegam, ainda, que a disposição cênica na sala de audiências em nada interfere na percepção da realidade pelos jurados ou outros participantes do julgamento. Não é o que diz a ciência da Psicologia, cujo estudo tem demonstrado que o poder do simbólico influencia a percepção humana, assim como a percepção visual é capaz de alterar a cognição.

Para o Direito e, sobretudo, para o Direito Penal, a semiótica tem papel relevante, já que eivados de rituais e conteúdos simbólicos. Conforme assevera Pierre Bourdieu: “os sistemas simbólicos podem ser vistos como estruturas estruturadas e passíveis de análise estrutural, ou seja, o mito, a língua, a arte, a ciência são instrumentos de conhecimento de construção do mundo.” (2003, p.11)

“O termo simbólico pode ser indicado para apontar os mecanismos que fazem a intermediação entre o sujeito e sua compreensão de realidade. Tudo que se apresenta na cena social está, de forma indissociável, entrelaçada ao símbolo.” (STRECK, 2001, p. 103)

O Instituto Lia Pires elaborou, perante o Centro de Estudos da OAB/RS, um estudo ressaltando justamente a influência que o simbólico exerce durante os julgamentos.

Esse estudo revela que não só a proximidade entre Ministério Público e juiz, mas, principalmente, o afastamento do acusado e da defesa em relação ao lugar ocupado pelo Estado, dentro do cenário do julgamento, podem incutir nos jurados e demais presentes a ideia de inferioridade da parte acusada.

Tradicionalmente em nosso país, o acusado já não é bem visto pelo simples motivo de ser acusado. Cabe, assim, ao Estado, como tutela positiva, atuar na

minoração dessa disparidade a fim de que conceda a este a paridade de armas (o mais próximo do ideal possível) para que, sendo inocente, não seja condenado injustamente. Mesmo que o acusado seja culpado, é dever do Estado zelar para que venha a ter um julgamento justo, observando-se todas as garantias fundamentais aqui debatidas. É importante ressaltar que, o acusado só pode ser considerado culpado, após ser submetido a um processo justo, já que neste país prevalece, por garantia formal, a presunção é de inocência, embora o (in)consciente coletivo tenda a presunção contrária.

Durkheim busca compreender o sentimento que o crime provoca na comunidade. Seguindo o autor:

Um ato será criminoso quando ofender estados fortes e definidos da consciência coletiva, que consiste no conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado. [...] A punição é tida como uma representação tangível da “consciência coletiva”, num processo instintivo e passional de defesa da sociedade, expressando e regenerando os valores morais e sociais que são vistos como mutuamente condicionantes e constitutivos, funcionando como diferentes dimensões da coesão social. (DURKHEIM, 2004, p. 50.)

O estudo do Instituto Lia Pires (2011) conclui que:

“(...) sendo acusação e defesa funções igualmente essenciais à realização do processo e à administração da justiça, com o fim de garantir o devido processo legal e seus colorários, torna-se fundamental discutir o (re)posicionamento da defesa ao lado do juiz presidente ou em situação que estabeleça a paridade de armas nos julgamentos em relação à acusação.

## O papel do Ministério Público no Processo Penal

Acerca da origem do Ministério Público, podemos mencionar, inicialmente, o Decreto 848, de 1890, que dispôs sobre sua estrutura e atribuições. Antes disso, no Brasil colonial, já havia menção aos promotores de justiça nas Ordenações Manoelinas e nas Ordenações Filipinas, mas somente no Império é que suas ações começaram a ser sistematizadas.

Em 1951, a Lei Federal 1341 criou o Ministério Público da União e em 1981 a Lei Complementar nº. 40 dispôs sobre o seu estatuto.

Os Códigos Civil, de Processo Civil, Penal e de Processo Penal previram funções do Ministério Público, mas suas atribuições foram sensivelmente ampliadas com o implemento da Lei 7.347/1985, que incluiu no rol de suas ações a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Além disso, fizeram referência direta ao Ministério Público, as Constituições de 1934, 1946, 1967 (no capítulo destinado ao Poder Judiciário), Emenda Constitucional nº. 1/1969 (no capítulo destinado ao Poder Executivo) e, finalmente a Constituição Federal de 1988 (no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça).

Nota-se que na Constituição de 1988, o Ministério não se encontra dentro do Capítulo destinado ao Poder Executivo, nem especificamente dentro do Capítulo destinado ao Poder Judiciário, mas é previsto no Capítulo destinado às Funções Essenciais da Justiça, o que lhe confere maior amplitude e abrangência.

Embora o Ministério Público e a magistratura tenham o mesmo objetivo, a busca da justiça, a garantia da obediência à Constituição e aos seus princípios, as suas funções não são coincidentes. Enquanto a magistratura deve primar pela inércia e isenção, os membros do Ministério Público são sujeitos ativos na busca de elementos que possibilitem ao magistrado a realização de um julgamento justo.

Neste sentido, o artigo 127, caput, da CRFB/1988 prevê: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

O mesmo conteúdo é adotado pelo artigo 1º da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e pelo o artigo 1º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que organiza o Ministério Público da União.

O artigo 129 da CRFB/1988, em seus incisos e parágrafos, por sua vez, disciplina as funções do Órgão Ministerial, restando certo não se tratar de um rol taxativo, o que fica consignado com o reconhecimento de que outras funções poderão ser reconhecidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Ademais, o Ministério Público é essencial à fiscalização da atuação dos Poderes e de suas relações, garantindo que o Estado respeite a Constituição e as garantias sociais e individuais. Portanto, sua área de atuação é ampla, assim como sua forma de agir, ora como interveniente, ora preventivamente, ora como fiscal, ora como parte.

O Ministério Público constitui matéria muito ampla para análises e estudos que não se exaurem nem mesmo numa extensa obra. Para efeito do pretendido pela questão abordada na ADI 4768, interessa-nos, primordialmente, analisar as funções exercidas pelo Ministério Público no Processo Penal, que poderão ser empreendidas de diferentes formas, ora como “*custos legis*”, ora como parte acusadora, quando é o autor da ação penal.

Como “*Custos Legis*” (guardião da lei) ou como parte, o Ministério não possui poder sancionatório. Essa limitação separa sua função daquela exercida pelo Poder Judiciário e garante, tanto a sua atuação, como a do próprio juiz, que precisa ser isento, mas que precisa de elementos para o julgamento. Se o juiz é inerte, o Ministério Público é ativo, buscando a garantia do Estado e da sociedade. Já o juiz pode decidir e sancionar, enquanto o Ministério Público deve levar suas pretensões à apreciação dos órgãos competentes para a aplicação das sanções.

Na ação penal privada, por se entender que o bem juridicamente tutelado não envolve matéria de ordem pública, além de ostentar, como regra, menor potencial ofensivo, menor lesividade em relação ao bem que é tutelado pela ação penal pública, o direito de ação reside no próprio ofendido, a quem caberá a escolha sobre a obtenção da tutela do Estado, ou não. O indivíduo pode escolher se prefere acionar o Poder Judiciário, ou se a lesão ao seu direito não foi suficientemente grande para que ele se disponha a mover processo contra o agressor. Nesse caso, o Ministério não é legitimado a propor a ação, não poderá figurar como acusador, apenas lhe sendo possível atuar como fiscal da lei, velando pela observância das formas e garantias do processo penal, conforme o artigo 257, II, do CPP.

Já nos casos abrangidos pela ação penal pública, a titularidade da ação penal foi destinada ao Ministério Público, o que pode ser explicado, em parte, pela relevância pública dos bens tutelados. Por isso, ainda que o indivíduo não tenha interesse em buscar a tutela jurisdicional, a ação será intentada, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal e de sua natureza incondicionada.

É nesses casos que o Ministério Público atende aos anseios de proteção do Estado para com a sociedade, pois é ele o único legitimado a propor a ação penal, conforme o artigo 129, I, da CF/88. (Ressalvada a possibilidade de o particular intentar a ação penal privada subsidiária da pública, caso o Ministério Público não o faça no prazo legal. Não obstante, o Ministério Público retoma o seu lugar como parte legítima após a propositura da ação). É nesse papel de acusação que se questiona a proximidade física do Ministério Público com o juiz dentro da sala de audiências.

Sobre o Direito Processual Penal brasileiro é relevante destacar que adotou o sistema acusatório. Esse sistema privilegia garantias como o contraditório e ampla-defesa (embora ainda se possa encontrar resquícios do sistema inquisitório, principalmente na fase do inquérito, mas também encontrados na fase judicial, a exemplo de quando a lei permite ações “*de ofício*” ao juiz. Quando isso acontece, quando o magistrado atua na persecução da prova, ficando maculada sua isenção).

O sistema acusatório é, sem dúvida, o que melhor se coaduna com os princípios constitucionais e suas garantias, cabendo ao Ministério Público lutar por essas garantias maiores, como a igualdade, a isonomia, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e o julgamento justo e isento.

Mesmo quando o Ministério Público está atuando como parte, seu objetivo não deve ser a condenação do acusado, e sim, a busca de um conjunto probatório que se aproxime ao máximo da verdade. A finalidade de sua atuação consiste na proteção à sociedade e isso, de forma alguma, significa sancionar um inocente. É por esse motivo que todas as garantias de defesa devem ser reconhecidas ao acusado, pois, condenar a qualquer custo seria retroceder à inquisição, em que a mera suspeita já era motivo para a tortura e condenação.

Ao Ministério Público, como guardião do Estado Democrático de Direito, cabe lutar contra a condenação antecipada, seja promovida pela força da mídia, que incita a opinião popular ao prejulgamento, seja pelos interesses políticos ou



econômicos, seja por qualquer motivo. Não é possível construir uma sociedade justa tendo como alicerce a injustiça. Seria o mesmo que promover a guerra em nome da paz.

Pelo exposto, deduz-se que o objeto da ADI 4768, qual seja: a inconstitucionalidade da posição física ocupada pelo membro do Ministério Público na sala de audiências, quando autor da ação, deveria ser apoiada pelo próprio *Parquet*,<sup>6</sup> já que guardião dos princípios e das garantias constitucionais. Não deveria compactuar com a ideia de construir justiça sobre os alicerces da injustiça, e sobretudo, da injustiça protagonizada pelo próprio guardião da lei.

## **A inconstitucionalidade da posição ocupada pelo Ministério Público na sala de audiências à luz da Tríade subprincipial da proporcionalidade – o objeto da ADI 4768**

Aparentemente, o reconhecimento ao “*Parquet*” do direito de ocupar um espaço privilegiado na sala de audiências, objetiva a afirmação de sua autonomia, de sua posição como representante do Estado em defesa da sociedade. A questão a ser suscitada consiste indagação sobre a aptidão desta medida para fomentar a afirmação da autonomia pretendida. Como a análise da adequação passa por um exame absoluto, sob este aspecto, pode-se afirmar que a posição de destaque, sem dúvida, reforçaria o poder e a autonomia do Órgão Ministerial, mesmo que, em sentido oposto, contribua decisivamente para a violação de direitos fundamentais do réu, a exemplo do direito ao tratamento isonômico e ao processo justo.

Sob outro aspecto, a análise do caso em tela, pressupõe a verificação da necessidade ou da exigibilidade da medida legislativa atacada na Ação Direta de Inconstitucionalidade sob comento. A questão se reveste de uma óbvia indagação: a prerrogativa do Ministério Público de ter assento privilegiado durante as audiências, mesmo quando funciona como parte, objetivando afirmar sua autonomia, pode ser considerada a de menor ingerência possível? A resposta deve ser negativa, pois, ainda que de indiscutível importância, a autonomia do Ministério Público poderia ser concretizada através de diversos outros mecanismos, sem que, para tanto, fosse necessário tornar o processo um duelo dispare, desequilibrado em favor do Estado, que ostenta poder infinitamente superior ao do indivíduo que se submete ao crivo da jurisdição penal.

<sup>6</sup> A propósito, é comum se usar o termo “**Parquet**” referindo-se ao Procurador do Ministério Público ou ao próprio órgão. É interessante observar que a palavra refere-se a “revestimento de pisos feito de tacos de madeira que, dispostos de certa forma, constituem desenhos.” A relação entre o Ministério Público e o vocábulo, de origem francesa, se deu porque os procuradores, outrora, ficavam sobre o assoalho da sala de audiências, e não sobre o estrado, ao lado do magistrado, como hodiernamente. Disponível em [http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20\\_1016977.html](http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20_1016977.html). Acesso em 25/09/14

Logo, tendo o Ministério Público todas as demais prerrogativas e liberdades na busca da verdade processual e na garantia de sua autonomia, entende-se que a medida não se sustentaria diante dos princípios feridos com sua implementação, revelando-se, portanto, desnecessária, pois o nivelamento de assento na sala de audiências, ou seja, a autonomia pretendida continuaria a existir.

Não obstante, ainda que a submissão da medida passasse, com êxito, pelo subprincípio da necessidade, por certo, quando submetida ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, não poderia ser sustentada. Exercendo um juízo de ponderação, é flagrante que a prerrogativa de assento do Ministério Público não atende ao critério de proporcionalidade, pois, apesar de lhe conferir um espectro mais de proteção em sua atuação, em defesa do interesse público, o simples fato de litigar contra um particular, dotado de poder de resistência infinitamente menor do que o aparato de persecução do Estado, enseja a declaração da inconstitucionalidade da legislação atacada.

## Conclusão

Destarte todo esforço dos estudiosos no sentido de conceituar, delimitar e nomear o conhecimento ao longo do tempo, não há uma limitação real à existência de tudo o que “está” conhecido, do não conhecido e do que se acredita conhecer.

450

Todo esse esforço terminológico visa delimitar, cercar uma parte da realidade alcançada pela inteligência humana, em um dado espaço-temporal. A história nos revela essa eterna superação da apropriação momentânea de alguma certeza – grandes descobertas, conceitos inovadores – uma apropriação da verdade, ou do que se acredita ser a verdade, que foi, ao longo do tempo, sendo alargada, superada ou desmentida a cada nova descoberta. Novos conceitos, novas “verdades”, novas “certezas”.

Não se trata de uma crítica ao esforço filosófico humano, ao contrário, pois é esse esforço em entender que produz amadurecimento e evolução. Essa tentativa de apropriação, de subordinação do desconhecido para que se torne conhecimento humano, retrata essa busca. Ao tentar delimitar o universo a sua volta, o indivíduo busca existir, delimitando a si mesmo através do contraponto criado.

Esse não é o problema, mas a forma como isso se dá. Muitas vezes, longe de chegar à consciência de si mesmo, o indivíduo se perde no contraponto, desenvolvendo uma visão excludente do outro. Como cada indivíduo e cada grupo de indivíduos, dentro de um determinado espaço/tempo se apropriam do que entendem ser a “realidade”, de acordo com seus próprios recursos de entendimento (ou da falta destes), se determinando em relação aos demais seres, o que temos não é uma realidade, uma verdade absoluta, mas diversas realidades (muitas delas contrastantes), muitos universos por vezes coexistindo, outras tantas, colidindo entre si, todos dentro de um universo maior, o universo do insondável,

do não conhecido, do ainda não desvelado, não alcançado pela circunstancial inteligência humana.

Tudo o que se conhece são pequenos recortes que os indivíduos fazem a partir de sua capacidade de ver. Por esse prisma, a arrogância e a intolerância revelam-se mera ignorância, cerne de conflitos, sofrimentos e atrasos de evolução.

Não sendo possível eleger uma verdade única, o que se tem é apenas “o que se entende por verdade”, dentro de um específico espaço/tempo, para um grupo ou para um indivíduo.

Partindo desse ponto, fica mais fácil visualizar a dificuldade do indivíduo de colocar em risco toda a construção de realidade que ele “cercou” para si e tentar “ver” pelos olhos de outros indivíduos/realidades, admitindo possibilidades que forcem a desconstruir algo no qual acreditem. Fica mais evidente até mesmo a dificuldade de enxergar o outro, já que tão absorto na tarefa de se autodeterminar, de defender suas construções da “verdade”, não consegue ver além.

Quanto mais resistente em admitir as suas e as construções alheias como meras possibilidades, mais árduo será o esforço na defesa de sua realidade particular, na manutenção de suas crenças. Há muitos indivíduos e grupos convictos de suas certezas a ponto de destruir os que não compartilham delas. Para eles o tempo será determinante em desnudar seus simulacros, suas ilusões.

Todo o exposto objetiva esclarecer um único questionamento nesse “recorte/artigo”, para o grupo de pessoas expostas a uma audiência de julgamento, em especial para o acusado, para toda a sociedade na qual se insere, de acordo com a crença na existência de um Estado Democrático de Direito, pós-positivista, nos tempos atuais da modernidade tardia: como pode o “*Parquet*”, guardião dos princípios basilares à manutenção do Estado Democrático de Direito, eleito para a construção de nossas “realidades”, negar a sua própria origem, contrastando o verbo com a *práxis*?

Se, como defendido pelo Procurador Geral da República, em parecer oferecido durante a instrução da ADI 4768, não se trata de uma questão de privilégio o Ministério Público trocar o assoalho do plano da isonomia pelo estrado do plano do julgador, se isso não fere os princípios exaustivamente citados, então não será nenhum desprestígio posicionar-se no mesmo plano da defesa, restabelecendo o desenho original da função do Estado, que existe pelo indivíduo/ser e não para sobrepor-se a ele.

Mais do que o controle negativo, é dever do Estado promover ao cidadão o alcance dos direitos formalmente elencados na Constituição. Conforme Norberto Bobbio: “A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser.” (2004, p. 29). Cabe a todos a responsabilidade de transformar em realidade o que hoje é apenas um ideal. Cabe a todos a responsabilidade de zelar pelo cumprimento dos direitos já consagrados, de agir e de não se calar.

## Referências bibliográficas

ADI 4768. Disponível em [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndament.o.asp?numero=4768&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipo\\_Julgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndament.o.asp?numero=4768&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipo_Julgamento=M). Acesso em 23/08/2014;

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica \_ A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19;

ALFIERI, Vittorio-1749-1803, *A Tirania - Coleção Os Grandes Pensadores*, Tradução de Persiano da Fonseca, Rio de Janeiro: Casa Editora Vecchi Ltda., 1943, p. 91;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 152/153;

BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 60;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214;

BOBBIO, Norberto [1909]. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 16, 72 e 73;

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 29 e 32;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 252;

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal), 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 11;

BRASIL, Constituição da República Federativa do, 1988;

452

BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro: Guanabara, 1857, p. 424;

*Declaração Universal dos Direitos do Homem*, artigo 10. Disponível em <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>. Acesso em 01/09/2014;

*Definição do termo "parquet"*. Disponível em [http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20\\_1016977.html](http://michaelis.uol.com.br/moderno/português/definição/parquete%20_1016977.html). Acesso em 13/10/14;

DURKHEIM, Émile. *A Divisão do Trabalho Social*, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 50.

*Estudo para Elaboração de Proposta de Conclusão*. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-instituto-lia-pires-paridade.pdf>. Acesso em 20/08/2014;

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo: Parte I*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 28;

HOBBS, Thomas [1588-1679] *O Leviatã*. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 126 e 127;

HOYOS, Arturo. *El Debido Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998, p. 7.

MAQUIAVEL, Nicolau – 1469-1527. *O Príncipe*. 8. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 85;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.106;

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito e(m) Verdade \_ Os Novos Caminhos da Hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2011, p. 100;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 168;

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*, 1.ed. Petrópolis: Vozes, 2012, pág. 12;

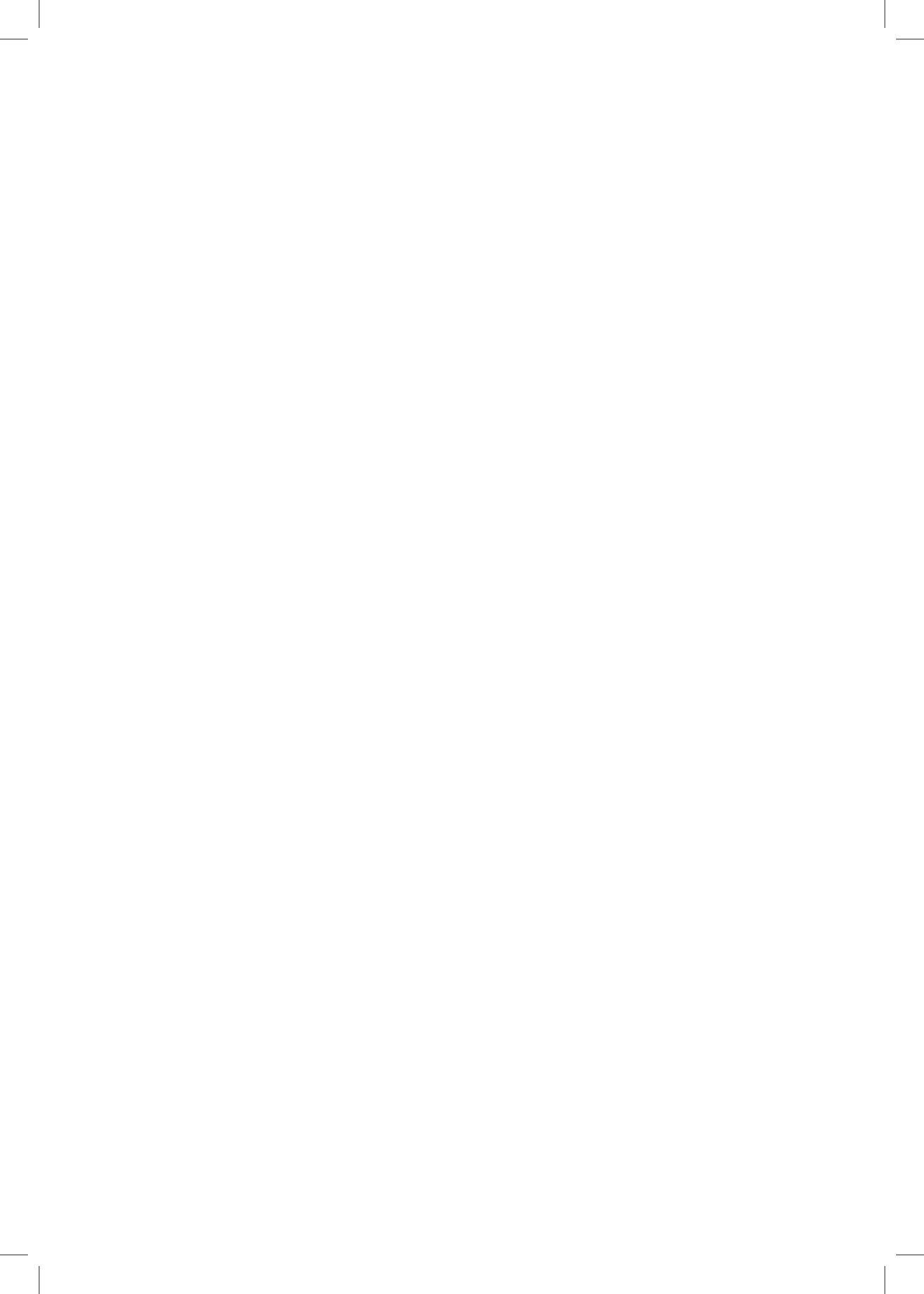
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.216;

SILVA, Rosana Josefa Martins Dias Bizarro Borges Cardoso da. *O Justo Processo*. 2012. p. 57.





# Artigos Interdisciplinares





# (Des) Cobertura da Realização do Exame Colpocitológico no Município de Valença/RJ

---

Karina Couto de Paula<sup>1</sup>  
Marília Murat da Silva<sup>2</sup>  
Cíntia Valéria Galdino<sup>3</sup>  
Márcia Ribeiro Braz<sup>4</sup>

## Resumo

O presente estudo teve como objetivo analisar a cobertura do exame colpocitológico no município de Valença. Trata-se de um estudo de caráter documental, retrospectivo. Foram utilizados dados brutos de domínio público do Sistema de Informação do Câncer do Colo do Útero (SISCOLO\_ DATASUS), a partir dos registros dos anos de 2011 e 2012. A população de estudo foram moradoras do município de Valença/RJ, na faixa etária de 25 a 64 anos registrada no SISCOLO (DATASUS). Para a análise, utilizamos a proporção da cobertura do exame, o percentual do tempo de demora do resultado e a adequabilidade das amostras das respectivas faixas etária. De acordo com os resultados apresentados observamos que a cobertura do exame colpocitológico no ano de 2011 foi de 23% e no ano de 2012 foi de 4% . Quanto o tempo de demora maior para a entrega dos resultados no ano de 2011 foi de 31 a 60 dias ( 39,5% dos exames) e para o ano de 2012 foi de 60 ou mais dias com aproximadamente 76% dos exames neste intervalo de tempo. Para a análise da adequabilidade da amostra, foi observado que 99 % das amostras foram satisfatórias nos anos avaliados. Concluímos que a cobertura do exame colpocitológico no município de Valença, nos anos pesquisados, apresenta fragilidade e vulnerabilidade no planejamento à saúde da mulher. A vulnerabilidade como aponta o estudo não é confirmada pela deficiência ou falta de preparo dos profissionais que estão executando tal tarefa, mas sim de fatores administrativos tais como as variáveis analisadas, gerando ao serviço de saúde mais gastos, contribuindo para resultados negativos na cobertura e agravos no prognósticos.

**Palavras-chave:** Prevenção; exame colpocitológico; câncer de colo do útero;

## Abstract

This study aimed to analyze the coverage of colpocytopathological examination in Valença city. It was realized a study of documentary, retrospective. Raw data were used in the public domain of the Information System of Cervical Cancer (ISCC), from the records of the years 2011 and 2012. The study population were residents of Valença city/RJ, aged 25 to 64 years recorded in ISCC. For this analysis, the proportion of survey coverage,

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º Período da Faculdade de Enfermagem de Valença de 2014.

<sup>2</sup> Acadêmica do 10º Período da Faculdade de Enfermagem de Valença de 2014.

<sup>3</sup> MSc em Epidemiologia pelo IMS-UERJ; Docente da Faculdade de Enfermagem de Valença.

<sup>4</sup> Dr. em Enfermagem pela UFRJ; Coordenadora e Docente da Faculdade de Enfermagem de Valença.

the percentage of income delay time and the suitability of samples of the respective age groups. According to the results presented noted that the coverage of colpocytopathological examination in 2011 was 23% and in 2012 was 4%. The higher the delay time for the delivery of results in 2011 was 31 to 60 days (39.5% of patients) and for the year 2012 was 60 or more days with approximately 76% of patients in this range time. For analyzing the adequacy of the sample, it was observed that 99% of the samples were satisfactory years evaluated. We conclude that the coverage of colpocytopathological examination in the city of Valença, in the years surveyed, presents fragility and vulnerability in planning to women's health. The vulnerability as pointed out by the study is not confirmed by the deficiency or lack of preparation of professionals who are performing such a task, but administrative factors such as variables, generating the health service more spending, contributing to negative coverage and injuries in predictions.

**Keywords:** Prevention; colpocytopathological examination; cervical cancer;

## Introdução

No Brasil, o câncer do colo do útero (CCU) representa a segunda maior causa de morte por câncer entre as mulheres, sendo que em geral, a cobertura do exame colpocitológico ainda não foi considerável para reduzir a mortalidade por este tipo de câncer em diversas regiões do país (BRASIL, 2013).

As ações de saúde destinadas a promoção da Saúde e prevenção de doenças relacionadas a mulher vêm promovendo importantes avanços em todos os ciclos de vida, resguardadas as especificidades das diferentes faixas etárias e dos distintos grupos populacionais (BRASIL, 2004). Entre as ações desenvolvidas pelas equipes de saúde em relação a mulher destacam-se em especial as ações de prevenção as doenças sexualmente transmissíveis a mulher, tais como a transmissão pelo *papilomavírus* humano (HPV), responsável pelo Câncer de colo do útero (BRASIL, 2004a; 2011b).

De acordo com Oliveira, *et al*, (2006) o CCU apresenta vários fatores de risco identificados, como início precoce das relações sexuais, múltiplos parceiros sexuais, multiparidade, tabagismo, uso de anticoncepcional oral por mais de 10 anos e baixa escolaridade. Porém, o fator de risco ainda considerado o mais importante é a infecção prévia pelo HPV.

O CCU ocupa uma importante posição como causa de morbi-mortalidade, especialmente em países menos desenvolvidos, onde foi o causador de mais de 250 mil mortes nos últimos anos (BRASIL, 2014). O CCU causam alterações celulares, onde há uma disseminação das células anormais de forma progressiva e gradativa apresentando possibilidade de cura se for diagnosticado precocemente (ROMAN; PANIS, 2010).

Filhiolino, Maesa e Chiesa, (2008) comentam que esta doença evolui lentamente, apresentando fase pré-invasiva, também chamada de benígna, que pode se estender por um longo tempo. Essa fase pode evoluir para uma fase invasiva ou maligna em até 20 anos. Assim, se o diagnóstico e o tratamento

forem realizados previamente, melhor será seu prognóstico e suas chances de sobrevivência (BRASIL, 2006, 2013).

O diagnóstico tardio ainda é comum e pode estar relacionada a dificuldades de acesso da população feminina aos serviços e programas de saúde, baixa capacitação dos recursos humanos envolvidos na atenção primária, incapacidade do sistema de saúde para absorver a procura às unidades de saúde e dificuldade dos gestores municipais e estaduais em designar o fluxo assistencial a diversos níveis de atenção (BRASIL, 2011).

Segundo o Ministério da Saúde, os principais elementos responsáveis pelos elevados números de adoecimento por CCU no Brasil são insuficiência de recursos humanos e de materiais disponíveis na rede de saúde para prevenção, diagnóstico e tratamento; utilização imprópria dos serviços existentes; má articulação entre os serviços de saúde na prestação da assistência nos diferentes níveis de atenção; indefinição de normas e condutas; baixo nível de informações de saúde da população em geral e a falta de informações necessárias para a elaboração das ações de saúde (BRASIL, 2006; 2011; 2013).

Alcançar uma alta cobertura da população definida como alvo é o componente mais significativo no âmbito da atenção primária para que se obtenha uma importante redução da incidência e da mortalidade por CCU (BRASIL, 2013). O termo “cobertura” classicamente expõe a abrangência de uma medida sanitária. No caso dos cuidados de saúde, ao se dizer que uma determinada unidade “cobre” um determinado número de pessoas não significa que aquele número de pessoas esteja utilizando os serviços da unidade ou será capaz de usá-los quando necessitar. Há muitas barreiras ao acesso, seja do lado da procura, seja do lado da oferta (NORONHA, 2013).

Para diminuir o alto índice de morbi-mortalidade, é necessário assegurar a organização, a integralidade e a qualidade do programa de rastreamento, através do exame disponível e eficaz para a detecção precoce: o exame de citologia oncológica (OLIVEIRA, *et al*, 2006), também conhecido como exame preventivo, assim como, o seguimento e a atenção integral as pacientes (BRASIL, 2013).

Em 1998, o Ministério da Saúde do Brasil estabeleceu que o exame para detectar o câncer do colo uterino deveria ser realizado por todas as mulheres que tem ou já tiveram vida sexual e que estão entre 25 e 64 anos (BRASIL, 2011). Inicialmente, este deve ser feito anualmente. Após dois exames seguidos (com um intervalo de um ano) se apresentarem resultado normal, o preventivo pode passar a ser feito a cada três anos (BRASIL, 2011).

Como critérios de realização do exame colpocitológico a mulher deve seguir alguns cuidados tais como evitar duchas vaginais, medicamentos e anticoncepcionais locais, além de abster-se de ter relações sexuais pelo menos nos 3 dias que antecedem a data (BRASIL, 2006). O exame pode ser realizado nas redes de serviços de saúde locais, sendo considerado seguro e efetivo, além de ter baixo custo (BRASIL, 2012).

A efetividade da detecção precoce do câncer do colo do útero através do exame colpocitológico, ligado ao tratamento da lesão intraepitelial, tem apresentado uma diminuição da incidência do câncer invasor do colo do útero, fornecendo um importante impacto nas taxas de morbimortalidade (BRASIL, 2012; 2011).

A confiabilidade do exame de citologia oncótica depende dos fatores relacionados à coleta e aos procedimentos laboratoriais. Na atual nomenclatura utilizada para definir a adequabilidade da amostra, estabelece-se o sistema binário: satisfatória e insatisfatória (BRASIL, 2012; 2011). As amostras classificadas como satisfatórias são aquelas que apresentam células em quantidade suficiente, bem distribuídas, fixadas e coradas, de tal modo que sua visualização permita uma conclusão diagnóstica (BRASIL, 2012). As amostras insatisfatórias são aquelas com pouco material, caracterizados como acelular ou hipocelular (menos de 10% do esfregaço), leitura prejudicada (mais de 75% do esfregaço) por presença de: sangue, espermatozoides, piócitos, artefatos de dessecação, contaminantes externos e intensa superposição celular (BRASIL, 2012).

A condição socioeconômica das mulheres tem sido apontada como um dos fatores mais importantes a influenciar o comportamento preventivo feminino (BRASIL, 2011). Estudos têm apontado que as mulheres que pertencem aos seguimentos de maior renda e com maior escolaridade tem maior probabilidade de realizarem os exames preventivos (OLIVEIRA *et al*, 2006). Outros fatores podem contribuir para a adesão ou não das mulheres, à realização dos exames preventivos e dentre eles, podemos citar a situação conjugal, número de filhos, a vida ocupacional, ter ou não seguro de saúde, frequência de utilização dos serviços de saúde, residir na área urbana ou rural, dentre outros (BRASIL, 2013).

Os profissionais de saúde devem se conscientizar no momento do exame, que cada mulher possui sua própria visão sobre os procedimentos que envolvem a prevenção do CCU (BRASIL, 2013). Um procedimento simples, rotineiro, rápido e indolor aos olhos dos profissionais, pode ser entendido pela mulher como um procedimento agressivo, físico e psicologicamente, pois a mulher que busca o serviço traz consigo suas crenças sociais, culturais, familiares e religiosas (BRASIL, 2011; 2013). Ao refletirmos sobre esta questão, observamos a necessidade de os profissionais acolherem as usuárias nas consultas de enfermagem, bem como desenvolverem atividades educativas com esta clientela, visando melhorar o autocuidado e a detecção precoce de neoplasias cérvico uterinas e a cobertura satisfatória do exame colpocitológico na população preconizada.

A atuação da Estratégia de Saúde da Família (ESF) em relação à Saúde da Mulher, e especificamente no controle do câncer de colo de útero, é essencial uma vez que, pela maior proximidade com as mesmas, pode atuar como instrumento para esclarecimento e compreensão em relação à importância do exame colpocitológico (BRASIL, 2006a, 2013b).

A detecção precoce do câncer do colo do útero em mulheres assintomáticas (rastreamento), por meio do exame colpocitológico, permite a identificação das

lesões precursoras e da doença em estágios iniciais, antes mesmo do aparecimento dos sintomas (BRASIL, 2006a, 2011b; 2013c).

O enfermeiro enquanto membro da equipe da ESF desempenha importante função neste processo de detecção precoce do câncer do colo do útero, uma vez que entre suas atribuições está a coleta do exame nas Unidades de estratégia da Saúde da família (BRASIL, 2011). Estudos relacionados a atenção preventiva ao câncer de colo do útero auxiliam os enfermeiros e os profissionais que efetuam o atendimento primário à mulher a identificar os fatores de risco para o câncer uterino, afim de melhor orientar, tratar e encaminhar ao serviço especializado as clientes com alto potencial de desenvolver este tipo de câncer (BRASIL, 2013).

Durante a realização do estágio nas unidades da ESF em 2013, foi observado uma demora de um ano na entrega dos resultados dos exames colpocitológicos do município, o que poderia estar prejudicando o prognóstico das mulheres valencianas que realizaram este exame. A partir do problema apresentado, surge a seguinte questão: como está ocorrendo a cobertura do exame colpocitológico no município de Valença?

Para responder esta questão o estudo tem como objetivo analisar a cobertura do exame colpocitológico no município de Valença.

## Abordagem metodológica

Trata-se de um estudo de caráter documental, retrospectivo, sobre o CCU no município de Valença/RJ. Foram utilizados dados brutos de domínio público garantindo, assim, o anonimato da clientela. A metodologia apoiou-se na epidemiologia para analisar dados do período que compreende os anos de 2011 e 2012, sobre a prevenção da patologia através da cobertura do exame colpocitológico. Medronho (2009) define estudo retrospectivo como aquele onde a exposição e a doença é mensurada após já terem ocorridos através de registros definidos.

O local de estudo foi o município o município de Valença, que possui uma área de 1.304,813 km<sup>2</sup>, 71.843 habitantes (IBGE, 2010), e está situado na região do médio Paraíba do estado do Estado do Rio de Janeiro. Valença possui 6 distritos: Valença (sede), Barão de Juparanã (2º distrito), Santa Isabel do Rio Preto (3º distrito), Pentagna (4º distrito), Parapeúna (5º distrito) e Conservatória (6º distrito). Atualmente a sua economia está voltada especialmente para a agropecuária e para o pólo universitário existente na sede municipal, além do turismo dos seus distritos. Possui em sua rede de assistência a saúde 14 Unidades da Estratégias de Saúde da Família, 11 Unidades Básicas de Saúde e 4 hospitais, sendo um particular, um Hospital Escola e dois hospitais públicos, localizados um no Distrito de Conservatória e o outro no Distrito de Santa Isabel (BRASIL, 2014).

Os dados foram coletados dados a partir dos registros dos anos de 2011 e 2012 do Sistema de Informação do Câncer do Colo do Útero (SISCOLO-DATASUS) (BRASIL, 2014).

O SISCOLO é um subsistema do Sistema de Informação Ambulatorial do Sistema Única de Saúde (SIA/SUS), utilizado pra cadastrar os exames colpocitológicos e histopatológicos do colo do útero, no âmbito do SUS. O sistema permite obter o boletim de produção ambulatorial individual, registrar informações sobre condutas diagnósticas e terapêuticas relativas aos exames positivos/alterados, selecionar amostrar para monitoramento externo da qualidade dos exames e coletar dados para a construção de indicadores (BRASIL, 2010).

Com esse sistema é possível avaliar os serviços que executam os procedimentos referentes ao rastreamento do câncer do colo do útero, planejar as ações de controle, organizar a rede de assistência para diagnóstico e tratamento avaliando a necessidade de capacitações e acompanhamento de mulheres com exames alterados (BRASIL, 2010).

Foram trabalhadas as variáveis: faixa etária específica do estudo; tempo de demora na entrega do resultado do exame; e, adequabilidade das amostras das respectivas faixas etárias.

Foi utilizado o Microsoft Excel 2010 para a tabulação dos dados.

Não foi necessária a passagem do nosso trabalho pelo Comitê de Ética da Faculdade de Medicina de Valença, pois seus dados são de domínio público e estão disponíveis no site do DATASUS.

## Resultados e discussão

462

Foram coletados no Sistema de Informação do Câncer do Colo do Útero (SISCOLO-DATASUS) (BRASIL, 2014) os dados relacionados ao quantitativo da população feminina na faixa etária de 25 a 64 anos de idade nos anos de 2011 e 2012 (39.746 mulheres). Assim como o quantitativo total de exames realizados totalizando 5.540 exames no período acima referido para a pesquisa. Na tabela observamos a distribuição dos dados por intervalos de faixa etária específicas do estudo.

**Tabela 1: Proporção de exames colpocitológicos realizados por faixa etária do estudo, segundo o total de exames, em Valença, nos anos de 2011 e 2012.**

Faixa etária	População	2011		2012		
		Nº exames	%	População	Nº exames	%
25 a 29 anos	2730	632	13,8%	2746	141	14,6%
30 a 34 anos	2684	655	14,3%	2699	133	13,8%
35 a 39 anos	2599	627	13,7%	2613	126	13%
40 a 44 anos	2607	607	13,3%	2622	124	12,9%
45 a 49 anos	2824	639	14%	2840	132	13,7%
50 a 54 anos	2509	650	14,2%	2522	149	15,5%
55 a 59 anos	2103	441	9,6%	2115	93	9,7%
60 a 64 anos	1761	325	7,1	1772	66	6,8%
<b>Total</b>	<b>19817</b>	<b>4576</b>	<b>100</b>	<b>19929</b>	<b>964</b>	<b>100</b>

Fonte: Datasus, 2014

Observamos que nos respectivos anos do estudo a cobertura do exame colpocitológico no município apresentou diferenças importantes de um ano para outro em especial na proporção geral de exames realizados.

Para o ano de 2011 proporção foi de 23%, já para o ano de 2012 esta foi de 4,83% aproximadamente 5%. Há uma fragilidade em relação à quantidade dos exames realizados comparado com o total de mulheres residentes no município, além de uma significativa diferença entre os anos de 2011 e 2012, na coleta do exame colpocitológico. De acordo com dados do Instituto Nacional do Câncer (INCA) é estabelecido como cobertura satisfatória a proporção referente de 80 a 85% do total de mulheres na faixa etária preconizada (BRASIL, 2010).

Anualmente o município pactua com o Estado e o Ministério da Saúde ações de redução de agravos relacionados a assistência preventiva promocional a saúde, dentre estas ações estão aquelas destinadas a atenção a mulher em especial a análise da cobertura do exame colpocitológico. Esta baixa cobertura do exame colpocitológico nos anos do estudo segundo documentos oficiais da Secretaria Municipal de Saúde (SMS) em parte está relacionado as mudanças administrativas pelas quais o município passou (mudanças frequentes de prefeito e secretário de saúde) o que acarreta em paralisação do serviço de ordem de planejamento e infraestrutura.

Embora haja uma diferença importante na proporção do exame colpocitológico de 2011 para 2012 (Tabela 1) ao observarmos a proporção dentro das faixas etárias elas se mantêm. Ou seja, o impacto da redução coletiva dos exames não alterou o percentual dentro das faixas etárias comparando os anos de estudo. Esta observação não interfere na análise da cobertura, uma vez que a mesma foi insatisfatória em ambos os anos de estudo.

Outra variável importante a ser considerado na cobertura da realização do exame é o tempo de demorado do exame (Gráfico 1).

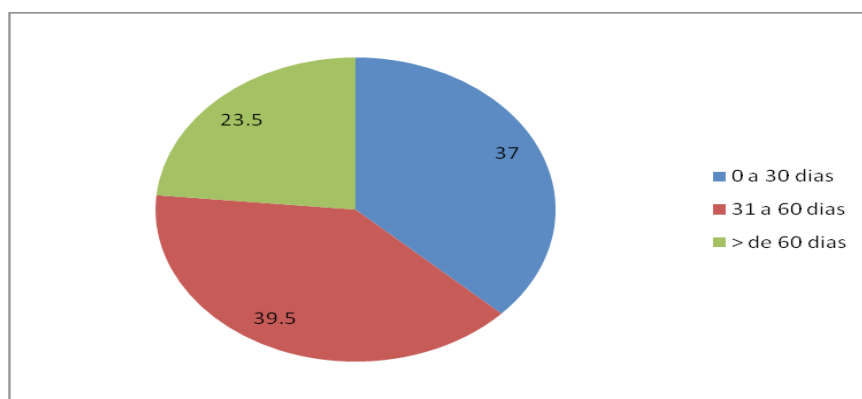


Gráfico 1: Proporção do tempo de demora do exame colpocitológico, Valença/RJ, ano de 2011.

Fonte: Datasus, 2014

Observamos que do total de 4576 (100%) exames realizados no ano de 2011, o tempo de demora maior para a entrega dos resultados foi de 31 a 60 dias (39,5% dos exames), seguido de tempo de 0 a 30 dias (37%) e 23,5 % acima de 60 dias.

Na tabela 3 (abaixo) observa-se que o maior percentual do tempo de demora foi de 60 ou mais dias com aproximadamente 76% dos exames neste intervalo de tempo, seguido do intervalo de 0 a 30 dias (12,5%), pareado ao intervalos de 31 a 60 dias (aproximadamente 12%).

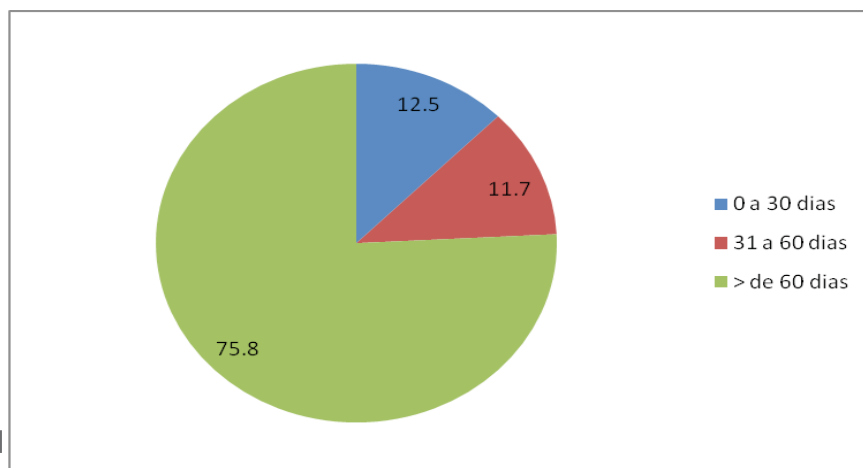


Gráfico 2 - Proporção do tempo de demora do exame colpocitológico, Valença/RJ, ano de 2012  
Fonte: Datasus, 2014

Verificamos que a diferença apresentando para os dois anos foi grande em relação ao tempo de demora do exame não só pela mudança do intervalo de tempo, mas também pelo quantitativo de exames, o que compromete uma cobertura satisfatória do procedimento.

Segundo o Ministério da saúde a insuficiência da rede de serviços na atenção a saúde, má articulação entre os serviços de saúde na prestação da assistência nos diferentes níveis de atenção; indefinição de normas e condutas; baixo nível de informações de saúde da população em geral e a falta de informações necessárias para a elaboração das ações de saúde contribui para o números elevados de adoecimento por câncer cérvico uterino (BRASIL, 2006a; 2011b; 2013c).

Neste sentido a demora na entrega dos resultados é um dos fatores referentes a esta deficiência. Refletindo na deficiência apresentada na cobertura.

Quanto a adequabilidade da amostra observamos que nos dois anos avaliados no estudo foram satisfatórias, atingindo um percentual próximo a 100%( 99,9% para o ano de 2011 e 99,7% para o ano de 2012), tendo somente um total de 8 amostras insatisfatórias nos dois anos apresentados.



**Tabela 2: Percentual de adequabilidade da amostra do exame colpocitológico no município de Valença nos anos de 2011 e 2012.**

	2011	2011%	2012	2012%
Satisfatória	4572	99.9	961	99.7
Insatisfatória	4	0.1	3	0.3
<b>TOTAL</b>	<b>4576</b>	<b>100</b>	<b>964</b>	<b>100</b>

Fonte: Datasus, 2014

Na literatura são consideradas insatisfatórias as amostras com material acelular ou hipocelular (menos de 10% do esfregaço), leitura prejudicada (mais de 75% do esfregaço) por presença de: sangue, piócitos, artefatos de dessecação, contaminantes externos, intensa superposição celular; e satisfatórias as amostras que apresente células em quantidade suficiente, bem distribuídas, fixadas e coradas, de tal modo que sua visualização permita uma conclusão diagnóstica. (BRASIL, 2012).

Marinque *et al* (2009) comentam que a fragilidade a erros de coleta e preparação da lâmina podem prejudicar a sua sensibilidade e peculiaridade. Os fatores associados à adequabilidade da amostra têm sido examinado como responsáveis por resultados do exame falso-negativos, como a não representação de células endocervicais, a presença de sangue e os produtos de fixação. Esses elementos representam os erros da coleta e colaboram para os resultados falso-negativos relacionados a erros de análise e de interpretação.

Sendo assim, as intervenções que busquem à motivação e inovação dos profissionais que estão envolvidos com a coleta e ajudam com a melhoria da qualidade da amostra colpocitológica causarão um embate relevante na busca do CCU. Com isto, trarão mais confiança à mulher que for realizar o exame de prevenção.

## Conclusão

Ao término do estudo podemos concluir que cobertura do exame colpocitológico no município de Valença, nos anos pesquisados, apresenta fragilidade e vulnerabilidade no planejamento à saúde da mulher. Já no primeiro ano analisado, a cobertura foi insatisfatória.

Em relação ao planejamento local acreditamos que pode ter ocorrido uma falha na educação em saúde a comunidade. Aspectos importantes que devem ser levados em consideração é a chamada da mulher a unidade de saúde, para consulta e coleta do preventivo, cabendo ao enfermeiro, como gestor local, um papel importante na saúde da mulher, não apenas na realização do procedimento como também promovendo condições a continuidade do processo de trabalho.

A nível central, houve falhas decorrentes da leitura dos indicadores referentes ao monitoramento do exame colpocitológico, que já apontavam no primeiro ano de estudo a descobertura.

A vulnerabilidade como aponta o estudo não é confirmada pela deficiência ou falta de preparo dos profissionais que estão executando tal tarefa, mas sim de fatores administrativos tais como a demora na entrega do exame, que gera ao serviço de saúde mais gastos, contribuindo para resultados negativos na cobertura e agravos no prognósticos.

Estudos progressivos aos anos subseqüentes merecem melhor atenção, uma vez que a cobertura em 2012 foi muito baixa. Há a necessidade de ampliação deste estudo para saber como se comporta hoje a cobertura do exame colpocitológico no município de Valença.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher : Princípios e Diretrizes / Ações Programáticas Estratégicas*. – 1. ed., Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Controle dos cânceres do colo do útero e da mama / Brasília : Ministério da Saúde*, 2006. xx p. : il. – (Cadernos de Atenção Básica; n. 13) (Série A. Normas e Manuais Técnicos).

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE (Org.). *Informações sobre cidades*. 2010. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=330610>>. Acesso em: 20 de out. 2014.

466

BRASIL. INCA. Instituto Nacional de Câncer (Brasil). Coordenação Geral de Ações Estratégicas. Divisão de Apoio à Rede de Atenção Oncológica. *Diretrizes brasileiras para o rastreamento do câncer do colo do útero*. Rio de Janeiro: Inca, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica a Saúde. Portaria 2488. *Política Nacional de Atenção Básica*. 2. ed., Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema de informação do controle do câncer do colo do útero (SISCOLO) do câncer de mama (SISMAMA): manual gerencial / Instituto Nacional de Câncer*. 2011. Coordenação Geral de Ações Estratégicas. Divisão de Apoio à Rede de Atenção Oncológica. Rio de Janeiro. 2011.

BRASIL. *Nomenclatura Brasileira para Laudos Citopatológicos Cervicais: Instituto Nacional de Câncer*; José Alencar Gomes da Silva. Coordenação-Geral de Prevenção e Vigilância. Divisão de Detecção Precoce e Apoio à Organização de Rede. – 3. ed. – Rio de Janeiro :Inca, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Controle dos cânceres do colo do útero e da mama*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2013.

BRASIL. Portal da Saúde, *SISCOLO/SISMAMA*. Disponível em:<<http://datasus.saude.gov.br/sistemas-e-aplicativos/epidemiologicos/siscolo-sismama>>. Acesso em: 04 de jul. 2014.

BRASIL. Brasil. Ministério da Saúde (Org.). *Cadastro Nacional dos Estabelecimento de Saúde*. CNES. 2014. Disponível em: <[http://cnes.datasus.gov.br/Lista\\_Es\\_Municipio.asp?VEstado=33&VCodMunicipio=330610&NomeEstado=RIO DE JANEIRO](http://cnes.datasus.gov.br/Lista_Es_Municipio.asp?VEstado=33&VCodMunicipio=330610&NomeEstado=RIO DE JANEIRO)>. Acesso em: 20 out. 2014.

FILHIOLINO, ACO; MAEDA, ST; CHIESA, NA. *Falta de oportunidade, desconhecimento ou opção: um estudo de condições de vida de mulheres que nunca realizaram o exame de Papanicolaou*. 2008. Trabalho apresentado no XVI encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABER, Caxambu, 2008.

MANRIQUE, Edna Joana Cláudio; et al. *Fatores que comprometem a adequabilidade da amostra citológica cervical*. Femina ; Maio 2009 ; vol 37 ; nº 5. Disponível em <<http://www.febrasgo.org.br/site/wp-content/uploads/2013/05/femina-v37n5p283.pdf>>

MEDRONHO R A, et al..*Epidemiologia*. São Paulo: Editora Atheneu, 2009.

NORONHA, JC. *Cobertura universal de saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios*. Caderno de Saúde Pública. v. 29, nº5. 2013

OLIVEIRA. et al. *Cobertura e fatores associados à não realização do exame preventivo de Papanicolaou em São Luís, Maranhão*. Revista Bras. Epidemiol. São Luís, p. 325-332, 2006.

ROMAN, KEM; PANIS, C. *Identificação dos fatores de risco a associados ao desenvolvimento de câncer de colo uterino em mulheres*. Infarma, v.22, nº 7. 2010.



# Os usos do Conceito “liberdade” nos Escritos Antirrepublicanos de Eduardo Prado: um exercício de História Intelectual

Rodrigo Perez Oliveira<sup>1</sup>

## Resumo

Eduardo Paulo da Silva Prado (1861-1901) foi um importante personagem da história político/intelectual brasileira dos últimos anos do século XIX. Destacando-se como um dos mais aguerridos inimigos da República proclamada pelo golpe militar de novembro de 1889, ele enfrentou a perseguição da Ditadura florianista e precisou fugir do Brasil em 1894. Já na Europa, o autor continuou a atacar os governos republicanos e foi definido pelo jornal “O Jacobino”, uma espécie de periódico extraoficial do governo de Floriano Peixoto, como o “inimigo número 01 da nação”. Essa militância antirrepublicana foi o aspecto mais abordado da trajetória político/intelectual de Eduardo Prado pelos estudos que já se debruçaram sobre o tema. Pretendo neste artigo contribuir para essa discussão através da análise de textos que são menos conhecidos pela crítica especializada, justamente aqueles que foram escritos ao longo de 1897, quando o autor estava diretamente envolvido com a polêmica do *habeas corpus* dos monarquistas. Estou interessado especialmente em entender como Eduardo Prado usou o conceito de “liberdade”, questão que me parece ser fundamental para a compreensão das formas através das quais o autor mobilizou os valores constitutivos de importantes tradições do pensamento político ocidental, como, por exemplo, o republicanismo cívico e o liberalismo político.

**Palavras-chave:** Eduardo Prado; performance discursiva; conceito de liberdade.

## Abstract

Eduardo Paulo da Silva Prado (1861-1901) was an important character of the Brazilian political / intellectual history of the last years of the nineteenth century. Standing out as one of the fiercest enemies of the Republic proclaimed by the military coup of November 1889, Eduardo Prado faced persecution of florianista dictatorship and had to flee from Brazil in 1894. In Europe, the author continued to attack the Republican administrations and was defined by the newspaper “the Jacobin”, a sort of unofficial journal of Floriano Peixoto government, such as “enemy number 01 of the nation”. This antirrepublicana militancy was the most discussed aspect of the political / intellectual history of Eduardo Prado by studies that have already studied the subject. I intend in this article contribute to this discussion by analyzing texts that are less known by critics, precisely those that have been written over 1897, when the author was directly involved with the

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutorando em História Social (PPGHIS/UFRJ). Coordenador CPA Setorial Madureira.

controversy of habeas corpus of the royalists. I am especially interested in understanding how Eduardo Prado used the concept of “freedom”, an issue that I think is fundamental to understanding the ways in which the author has mobilized the constituent values of important traditions of Western political thought, for example, civic republicanism and political liberalism.

**Keywords:** Eduardo Prado; discursive performance; the concept of freedom.

## Introdução

Mas pela proibição da polícia, proibição cominatória, fortalecida pela ameaça do emprego da violência, não estava ameaçada a liberdade dos petionários? Não poder entrar e estar simultaneamente com outras pessoas numa casa não é restrição à liberdade física do indivíduo? Não é fisicamente, não é com o seu corpo, que um indivíduo comparece a uma reunião? Não é seu corpo que é expulso dela? Não é seu corpo que é impedido de estar num certo e determinado lugar em certas circunstâncias? Tudo, absolutamente tudo, faz parte da liberdade e não tão somente o engodo do “livre ir e vir” que a República chama de liberdade. (Grifos Meus). (PRADO; 1897)

Não tivemos o exemplo da República francesa para citar aos que entendem que no Brasil todos os direitos individuais encontram uma restrição no §4º do art. 90 da Constituição, e poderíamos dizer que a razão desta divergência é que, segundo afirma e demonstra Leveleye, a República é menos favorável à liberdade do que a Monarquia Constitucional, que no caso do Brasil jamais apresentou os constrangimentos que hoje angustiam o cidadão brasileiro. (Grifos Meus). (PRADO; 1897, p. 1)

Os dois trechos que servem como epígrafes para este trabalho saíram da mesma pena: a do escritor paulista Eduardo Paulo da Silva Prado (1860-1901), que foi um dos intelectuais mais atuantes do *fin-de-siècle*<sup>2</sup> brasileiro. Eduardo Prado nasceu na cidade de São Paulo no dia 27 de fevereiro de 1860, sendo o filho mais novo do casamento entre Martinho (1811-1891) e Veridiana Prado (1825-1910). O autor foi criado nos quadros da família Prado, a detentora de uma das maiores fortunas da elite cafeeicultora paulista e um dos principais esteios da Monarquia brasileira. Eduardo Prado não é um desconhecido na bibliografia especializada na história política e intelectual do Brasil nos últimos anos do século XIX. Muito pelo contrário, o escritor já foi tratado por estudos dos mais diversos tipos, que desde os primeiros anos do século XX tentam entender a sua vida e obra<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> O filósofo húngaro Marx Nordau (1849-1923) foi um dos primeiros autores a utilizar o termo *fin-de-siècle* para designar o nihilismo característico do pensamento filosófico ocidental nos últimos anos do século XIX. Para o autor, o otimismo racional e científico começou a dar os seus primeiros sinais de cansaço nesse período, levando à decomposição dos grandes cânones racionalistas. Nordau era um crítico do relativismo finissecular e um defensor do restabelecimento da tradição racionalista.

<sup>3</sup> Remeto o leitor interessado no tema aos seguintes textos: o artigo “Monarquismo de Eduardo

De alguma forma, os estudos que já se debruçaram sobre a trajetória político/intelectual de Eduardo Prado privilegiaram a análise dos textos publicados no período compreendido entre os anos 1889 e 1894, quando o autor ofereceu forte oposição aos primeiros governos da República e se tornou nacional e internacionalmente conhecido como um aguerrido defensor das tradições conservadoras da Monarquia. Pretendo neste artigo analisar especificamente uma parte menos conhecida dos seus escritos, especificamente aqueles que foram publicados ao longo de 1897, quando Eduardo Prado esteve diretamente envolvido com a “questão do *habeas corpus das monarquistas*”, que foi uma das principais polêmicas do governo do Presidente Prudente de Moraes (1894-1898). Estou interessado em analisar os usos que Prado fez da categoria “liberdade”.

As citações apresentadas sob a forma de epígrafes ilustram os repertórios conceituais que foram mobilizados por Eduardo Prado no seu exercício de oposição política à República brasileira. Ainda que o tema tratado nos trechos seja o mesmo, acredito ser possível apontar uma suave diferença entre eles naquilo que se refere ao uso da categoria “liberdade”, o que demonstra a plasticidade do pensamento político do referido autor, que combinou os repertórios políticos moderno e pré-moderno em função de uma performance político/intelectual antirrepublicana. Encontrei a primeira citação que abre este capítulo no artigo “Tribunal de Justiça”, que foi publicado no jornal “Comércio de São Paulo”<sup>4</sup> em 22 de janeiro de 1897. No texto, Eduardo Prado critica a liberdade política garantida pela República, que o autor considera um “engodo”, o que sugere que para ele havia outra liberdade possível, uma liberdade melhor e mais verdadeira. Já na segunda citação, que foi extraída do pequeno livro “Anulação das Liberdades Políticas”, Eduardo Prado hierarquizou a Monarquia e a República através do

---

Prado”, escrito por Afonso Celso de Assis Figueiredo, o Visconde de Ouro Preto, e publicado em 13 de setembro de 1901 no jornal “Comércio de São Paulo”; Os artigos escritos pelo Padre Severiano Rezende e publicados no jornal “Diário de São Paulo” em 1908; as biografias escritas por Sebastião Pagano e Cândido da Mota Filho em 1960, na ocasião das comemorações do centenário do nascimento de Eduardo Prado; o livro de Darrel Levi sobre a trajetória da Família Prado com ênfase na análise da atuação política dos quatro filhos de Veridiana e Martinho Prado; o livro Maria de Lourdes Mônaco Janotti sobre a atuação dos monarquistas nos primeiros anos da República; o livro de Suely Robles Reis sobre a atuação dos jacobinos florianistas; o livro de Carlos Henrique Armani sobre a ontologia nacional formulada por Eduardo Prado; a tese de Carmem Lúcia Tavares Filgueiras sobre a leitura que Eduardo Prado fez os EUA; o livro de Carlos Berriel sobre as semelhanças e diferenças existentes entre os textos de Eduardo Prado e seu sobrinho, Paulo Prado; o livro Nancy Leonzo sobre a atuação de Eduardo Prado como um empresário do ramo agroexportador.

<sup>4</sup> Entre outubro de 1895 e agosto de 1901, Eduardo Prado foi redator e proprietário do jornal “O Comércio de São Paulo”, que se tornou o órgão oficial do clube monarquista, que era um grupo formado por personalidades comprometidas com a restauração da monarquia. Tanto Sebastião Pagano como Cândido da Mota Filho afirmam que foi nas páginas do “Comércio de São Paulo” que Eduardo Prado desenvolveu seus textos monarquistas mais incisivos. Também Maria de Lourdes Mônaco Janotti afirma que o “Comércio de São Paulo” foi o mais monarquista dos jornais da época, sendo reaberto em 1896 por Eduardo Prado, Afonso Arinos (1868-1916) e Couto Magalhães (1837-1898).

critério das liberdades políticas. Para o autor, no Brasil, a Monarquia constitucional foi mais favorável que a República naquilo que se refere à garantia das liberdades porque jamais constrangeu o livre movimento dos cidadãos. Acredito que a análise comparada dos textos mostra dois usos distintos da ideia de liberdade: o uso dentro da tradição do republicanismo cívico, que é caracterizado por uma concepção positiva de liberdade, e o uso dentro da tradição do liberalismo moderno, que se caracteriza por uma concepção negativa de liberdade. Analisar a combinação desses dois repertórios nos escritos de Eduardo Prado é o principal objetivo deste trabalho.

Divido este artigo em três partes: na primeira, eu analiso alguns elementos da trajetória político/intelectual de Eduardo Prado que demonstram o seu envolvimento direto com a militância política monarquista nos primeiros anos de vida da República brasileira. Na segunda parte, eu examino a forma através da qual o autor se apropriou do repertório do republicanismo cívico para criticar os governos republicanos, tendo se municiado para isso de uma concepção pré-moderna e positiva de liberdade. Na terceira parte, eu estou interessado em compreender a apropriação do repertório liberalismo político moderno, que se caracteriza, entre outras coisas, pela definição da liberdade como a ausência de obstáculos à livre movimentação do corpo físico.

## O Monarquismo de Eduardo Prado: breves apontamentos biográficos

Não é uma das tarefas mais difíceis encontrar nos textos escritos pelo próprio Eduardo Prado referências explícitas à sua militância política monarquista, como, por exemplo, no artigo “O Banquete Monarquista”, que foi publicado no “O comércio de São Paulo” em 24 de outubro de 1895:

Nós, os monarquistas, isto é, a maioria do país, interessados na economia doméstica da família brasileira, entendemos que, depois de uma longa experiência de seis anos, é melhor despedir a cozinheira, isto é, a República. (...) Devemos, portanto, todos, odiar o regime político que levou a nossa pátria à beira do abismo. (PRADO; 1895)

A historiadora Maria de Lourdes Mônaco Janotti escreveu um importante trabalho a respeito da atuação dos monarquistas nos primeiros anos de vida da República. A autora afirma que após a proclamação da República consagraram-se duas versões sobre o acontecimento: o do consenso nacional e o da indiferença da população. Porém, segundo Janotti, a análise dos fatos demonstra que

os primeiros anos republicanos caracterizaram-se pelas várias decretações de estado de sítio, pelo arbítrio e violência como formas de resolver os desentendimentos da classe dominante e neutralizar as manifestações



das contradições entre as diferentes classes sociais (...) o movimento monarquista foi temido como uma constante ameaça ao regime republicano e, por isso, conseqüentemente, tomaram medidas de defesa contra os chamados subversivos do regime, isto é, os monarquistas. (JANOTI; 1986, pp. 05-06)

Portanto, os monarquistas foram vistos como inimigos pelos primeiros governos republicanos, que desenvolveram um forte aparato repressor contra o grupo. A atuação de Eduardo Prado junto ao movimento monarquista também foi detectada por Maria de Lourdes Mônaco Janoti, que afirma ter sido o nosso autor um dos mais importantes monarquistas da época.

Nos “Fastos da Ditadura Militar no Brasil”, título do livro que reuniu os artigos da “Revista de Portugal”, Eduardo Prado conseguiu realizar a primeira sistematização das críticas à República brasileira, contendo já os seus escritos a maioria dos elementos que caracterizaria todo o discurso monarquista. (IDEM; p. 30)

Cândido da Mota Filho, um dos principais biógrafos de Eduardo Prado, é outro estudioso que destaca atuação do autor no combate à jovem República brasileira.

Em 1889, porém, a República foi proclamada, Eduardo Prado estava na Europa. Via, pela distância, o acontecimento em seu aspecto panorâmico, com os primeiros atos republicanos. Apesar disso, tomou-se de amores mais vivos pela monarquia e viu, na República, um somatório de adversários e foi contra ela, terrivelmente, com um desinteresse quixotesco. (FILHO; 1967, p. 31)

Os ataques de Eduardo Prado à República brasileira tiveram grande repercussão na época, o que contribuiu bastante para que ele se tornasse um dos principais alvos da primeira Ditadura Militar brasileira. Ao estudar especificamente o discurso político dos jacobinos, que eram a principal base de apoio político ao governo do Marechal Floriano Peixoto (1891-1894), a historiadora Suely Queirós destacou a importância de Eduardo Prado para a história política do período.

O escritor paulista Eduardo Prado destacou-se como o principal opositor do regime político florianista, sendo o responsável pela autoria de diversos textos que comprometeram o prestígio das novas instituições na Europa. Reagindo às críticas, o governo do Marechal Floriano Peixoto perseguiu o escritor, que precisou fugir para a Europa em 1893. (QUEIRÓS; 1986, p. 80)

Para Sebastião Pagano, outro biógrafo, Eduardo Prado reagiu de forma específica aos rumos da história política do Brasil durante os primeiros anos de vida da República.

Se o estado de espírito dos republicanos mais ilustre e mais cultos, era desalento, de total desilusão do regime, era evidente que Eduardo Prado, movido pelo mais puro patriotismo, desejasse fundar um Partido Monarquista, para reintegrar o país na sua legítima feição tradicional, reunindo para isso os mais belos nomes do Brasil, e munindo-se dum jornal. (PAGANO; 1967, p. 134)

Entre os textos mais críticos às instituições republicanas que Eduardo Prado escreveu no período, eu destaco os artigos reunidos pelo título “Fastos da Ditadura Militar Brasileira”, que foram publicados na “Revista de Portugal”, dirigida por Eça de Queirós, entre 1890 e 1891, e o livro “A Ilusão Americana”, de 1893. Acredito ser importante examinar brevemente esses textos para que tenhamos alguma aproximação com aquele que parece ter sido um dos principais intelectuais em atuação no Brasil no final do século XIX.

474

Em novembro de 1889, quando a República brasileira foi proclamada, Eduardo Prado estava na Europa, onde teceu relações de amizade com importantes nomes da inteligência portuguesa finissecular, como, por exemplo, Eça de Queirós, Ramalho Ortigão e Oliveira Martins. A reação do nosso autor às novidades brasileiras não demorou e em janeiro de 1890 ele começou a publicar os artigos dos “Fastos da Ditadura Militar Brasileira”. Os textos continuaram a ser publicados até 1891, sendo reunidos em livro apenas em 1904, quando Prado já estava morto. Os artigos tiveram grande repercussão nas duas margens do oceano Atlântico, principalmente naquilo que se refere à credibilidade internacional das novas instituições. Como Eduardo Prado utilizava o pseudônimo “Frederico S.”, a verdadeira autoria dos textos ficou desconhecida durante aproximadamente um ano. A imprensa brasileira chegou a atribuí-la ao Visconde de Ouro Preto, ministro do último gabinete ministerial da Monarquia, e Carlos de Laet, uma das principais lideranças monarquistas da época.

O mistério não durou muito e em meados de 1891, Eduardo Prado já era considerado um dos principais adversários da República brasileira. O grande tema dos “Fastos” foi o militarismo, que o nosso autor acreditava ser o grande vício das Repúblicas latino-americanas. Prado responsabilizou até o Imperador Pedro II pela intervenção militar que instituiu a República no Brasil.

O governo monárquico cometeu um erro imenso deixando ao ensino militar o seu caráter exclusivamente teórico. O Sr d. Pedro II, tão ocupado das ciências, não fez senão abacharelar o oficial do exército, que agora naturalmente revela um tão pronunciado furor politicante, discursante e manifestante. O resultado seria outro, se o governo olhasse para as escolas

do exército, se mantivesse na Europa constantes missões militares, se promovesse o bem estar, a boa educação, o conforto, a confraternidade bem entendida, o mútuo respeito criando para o oficial uma atmosfera de distinção, reformando e organizando com decência e ordem os quartéis, dando uniformes mais elegantes aos jovens oficiais, aumentando-lhes o soldo, criando clubes com a instalação que exige o decoro da oficialidade de um país civilizado. (PRADO; 1904, p. 149)

Eduardo Prado retornou ao Brasil no início de 1892, passando a fazer oposição ao governo do Marechal Floriano Peixoto, que assumiu a presidência da República em novembro de 1891. Esse ímpeto opositor veio à luz com toda força em 1893, quando foi publicado o título “A Ilusão Americana”, que foi o primeiro livro a ser censurado pela República brasileira. Se formos considerar verdadeiros os relatos de Eça de Queirós, podemos dizer que Prado já estava trabalhando nos manuscritos desde 1891. Em uma carta enviada para a sua esposa em 17 de agosto de 1891, o romancista português comenta o entusiasmo do amigo brasileiro com a renúncia de Deodoro da Fonseca.

Prado está muito entusiasmado com a queda de Deodoro e não sai do gabinete há três dias, onde incansavelmente escreve outro libelo contra a jovem República brasileira. Dessa vez, o amigo escreve contra a aproximação da Ditadura brasileira com os EUA. Prado ainda não me deixou ver os manuscritos, mas tenho a certeza de que lá vem mais um ataque. (QUEIRÓS; 1987, p. 93)

No livro “A Ilusão Americana”, Prado analisa detalhadamente a história da política externa estadunidense e aponta a mentira que, segundo ele, caracterizava o argumento da “fraternidade americana” defendido pelos EUA e aceito pela República brasileira. O autor se esforça em demonstrar como na América, a República sempre esteve associada ao despotismo e às anulações das liberdades políticas, a começar pelos EUA, que gozava da posição de ser o país mais poderoso do continente e tratava as outras nações como escravas.

Pensamos que é tempo de reagir contra a insanidade da absoluta confraternização que se pretende impor entre o Brasil e a grande República anglo-saxônia, de que nos achamos separados, não só pela grande distância, como pela raça, pela religião, pela índole, pela língua, pela história e pelas tradições do nosso povo. (PRADO; 1980, p. 17)

Certamente, o livro “A Ilusão Americana” é o mais conhecido de toda a bibliografia eduardiana, tendo sido objeto de importantes estudos. Por exemplo, Gilberto Freyre, em “Ordem e Progresso”, destacou a atuação monarquista de Eduardo Prado durante a década de 1890, definindo-o como

o crítico brasileiro mais incisivo que a República brasileira de 89 teve nos seus primeiros anos”. (...) De Eduardo Prado é, ainda, o famoso “A Ilusão Americana”, de oposição incisiva, mas raramente bem documentada, à política do Brasil republicano em relação aos Estados Unidos. (FREYRE; 2004, pp. 73-74)

Freyre acredita que o tema das relações entre o Brasil e EUA foi a principal contribuição de Eduardo Prado ao debate público brasileiro da época, sendo o autor paulista “aquele que mais contribuiu para que se desenvolvesse em numerosos brasileiros do mil e novecentos a antipatia ao “gigante louro” do continente” (IDEM; p. 186). Maria de Lourdes Mônaco Janoti também destaca a grande repercussão do livro de Eduardo Prado no final de 1893 e no início de 1894, quando o governo de Floriano Peixoto enfrentava as Revoltas da Armada e Federalista e reprimia violentamente toda e qualquer manifestação de oposição.

Quanto às relações exteriores, “A Ilusão Americana”, de Eduardo Prado, se constituiu no texto mais revelador do pensamento monarquista. Publicado em 4 de dezembro de 1893, momento em que o governo brasileiro buscava a aproximação com os EUA visando o apoio para a defesa do regime. O livro era contundentemente contrário à república norte-americana. (JANOTI; 1992, p. 78)

Mais recentemente, os trabalhos de Carlos Henrique Armani e Carmen Lúcia Felgueiras também abordaram as críticas que Eduardo Prado fez aos EUA no livro “A Ilusão Americana”. Ambos os autores propuseram o exame dos textos que Eduardo Prado escreveu sobre os EUA, indicando que ele tentou pensar o Brasil através da comparação com a grande República norte-americana. Armani interpreta os textos que Eduardo Prado escreveu ao longo dos anos 1890 à luz do esforço do autor em definir uma “ontologia” para o Brasil. O autor acredita que Eduardo Prado e seus interlocutores pensaram essa ontologia a partir de “exteriores constitutivos”.

Os principais sujeitos dessa exterioridade foram a América Hispânica, a América Anglo-Saxônica, a Europa e o próprio Brasil republicano como outro Brasil, pelo menos para o monarquista Eduardo Prado e para alguns de seus interlocutores, como Afonso Celso. (ARMANI; 2010, p. 12)

Armani acredita que Eduardo Prado foi um antiamericanista por excelência, sendo que esse antiamericanismo é pensado como um desdobramento da crítica de Eduardo Prado à jovem República brasileira.

A principal denúncia apresentada por Prado em “A Ilusão Americana” era de que a autodeterminação das nações da América Latina estava

ameaçada pelo primo loiro do norte, que pretendia fazer da América um “espaço vital” de sua geopolítica, sob o eufemismo de fraternidade americana, sustentada pela Doutrina Monroe. Significava para esses escritores, como pensava Nabuco em 1893, a perda de um continente. (IDEM; p. 92)

Carlos Henrique Armani apresenta uma informação que até então eu desconhecia: Joaquim Nabuco teria sido a fonte de inspiração do livro “A ilusão americana”. Seja como for, o grande mérito do trabalho de Armani está na apresentação da interlocução que outros autores da época travaram com o livro de Eduardo Prado. Entre os críticos do livro, Armani destaca a figura de Tristão Araripe Jr (1848-1911), para quem os EUA não teriam uma postura imperialista porque “estavam imersos em uma nova crença política, não seriam imperialistas, tal como o foram a Inglaterra e a Alemanha”.

Não se trata mais de ambições prepotentes, nem dessas mesquinhas leis de equilíbrio europeu (...) Amanhã, o que se debaterá é o equilíbrio dos continentes: a transformação do direito internacional, de mediterrâneo em transoceânico: o estabelecimento de princípios que sirvam de base à nova jornada que o mundo vai empreender sob os auspícios de uma intercorrência industrial, de que os gregos e os romanos não houveram sequer o pressentimento: enfim, a conquista democrática do universo. (IDEM; p. 94)

Portanto, enquanto Prado acusava os EUA de subjugar as nações latino-americanas, tratando-as como escravas, Araripe Jr acreditava que esse mesmo país estava consolidando uma democracia mundial. Como o texto de Araripe Jr foi publicado em 1902, ou seja, um ano após a morte de Eduardo Prado, não temos a chance de analisar a resposta do nosso autor. Outro ponto de destaque no trabalho de Carlos Henrique Armani é o seu empenho em mostrar que nem só de ataques é feita a relação de Eduardo Prado com os EUA, já que em outros momentos o autor elogiou esse país, como, por exemplo, nos “Fastos da Ditadura Militar Brasileira”:

A ditadura militar brasileira pode até se chamar “Estados Unidos do Brasil”, mas todos sabem que somente os “Estados Unidos da América do Norte” corresponderiam na história sempre à ideia de liberdade, dignidade e força moral. (IDEM; p. 95)

Carmem Lúcia Felgueiras também destaca os vínculos entre a reflexão desenvolvida por Eduardo Prado no livro “A Ilusão Americana” e o movimento político restaurador.

A ilusão americana constitui um violento ataque à política externa dos Estados Unidos, principalmente em relação aos países latino-americanos, que seu autor acompanha com detalhe e riqueza de informações, de 1823 a 1892, durante o período de vigência da “doutrina Monroe”. Com esse livro, Eduardo Prado seguramente visava a produzir efeitos bastante abrangentes. Investindo contra a diplomacia americana, ele julgava, por um lado, golpear a República brasileira em seu flanco mais débil: a política externa que, necessitando de apoio, procurava cada vez mais uma aproximação com os Estados Unidos. (FELGUEIRAS; 1999, p. 155)

Como podemos perceber, o antirrepublicanismo de Eduardo Prado já foi bastante tematizado pela bibliografia especializada, sendo os livros “Fastos da Ditadura Militar Brasileira” e “A Ilusão Americana” os mais conhecidos. O que pretendo fazer neste trabalho é examinar textos que não contaram com uma fortuna crítica tão generosa, especialmente aqueles que foram escritos em 1897, no calor da “questão do *habeas corpus* dos monarquistas”.

A polêmica do *habeas corpus* começou em janeiro de 1897, quando a polícia invadiu a casa Augusto de Souza de Queirós, onde o Centro Monarquista costumava se reunir para discutir as suas estratégias políticas. Na ocasião, algumas importantes lideranças monarquistas, incluindo o dono casa, foram presas e enquadradas no §4º do artigo 90 da constituição de 1891, que proibia como “objeto de deliberação, no congresso, e discussão pública, projetos tendentes a abolir a forma republicana-federativa de governo”<sup>5</sup>, tendo, inclusive, negado o seu pedido de *habeas corpus*, que foi impetrado pelos advogados do grupo, entre os quais estava Eduardo Prado.

Como já disse anteriormente, estou interessado especialmente em compreender como Eduardo Prado usou o conceito “liberdade”, que é um dos mais importantes e polissêmicos da história do pensamento político ocidental. Ao analisar a mobilização dessa categoria acredito ser capaz de esclarecer como esse autor se apropriou de importantes tradições da filosofia política moderna e pré-moderna, o que mostra que Eduardo Prado foi mais do que um simples defensor da restauração da Monarquia, sendo também, e sobretudo, um escritor versátil e disposto a intervir diretamente nos debates públicos do seu tempo.

## **A Apropriação do Republicanismo Cívico: a concepção positiva de Liberdade**

Desde que nossa República submeteu-se à jurisdição e ao controle de umas poucas pessoas poderosas, o resto de nós fomos *obnoxii*, vivendo em subserviência a elas. (SALUST; 1931, p. 27)

A citação é bem antiga, tendo sido escrita por Salústio em 54 a.c. No trecho, o termo chave na definição da liberdade é dado pela palavra “*obnoxii*”, que,

---

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição de 1891.

segundo Quentin Skinner, “é utilizada para descrever aqueles que estão expostos a maus ou vivem à mercê de outros” (SKINNER; 1999, p. 45). Para o historiador inglês, o republicanismo cívico é um desdobramento direto do argumento jurídico legal e moral romano, sendo a liberdade pensada em uma concepção estritamente política e em oposição à escravidão. Além de Salústio, Skinner destaca os textos de Tito Lívio como importantes para a compreensão da liberdade civil.

Quando Lívio fala, por contraste, dos mecanismos pelos quais Estados livres perdem sua liberdade, ele invariavelmente iguala o perigo envolvido com o da queda na escravidão. Seus livros iniciais utilizam terminologia legal padrão para explicar a ideia de servidão pública, descrevendo comunidades sem liberdade como vivendo *in poteste*, dentro do poder ou sob o domínio de uma outra nação ou Estado. (SKINNER; 1999, p. 46)

Na tradição do republicanismo cívico, o estatuto da liberdade está na presença da capacidade de autogoverno da comunidade política, do “povo”, e não tão somente na ausência de obstáculos ao livre movimento do corpo físico, como seria definido pelo liberalismo na modernidade. Por isso, seguindo as trilhas dos estudos de Skinner, acredito ser possível sustentar que o republicanismo cívico se baseia em uma noção positiva de liberdade. Para o republicanismo cívico, então, qualquer coação à plena capacidade de autogoverno é prontamente identificada como servidão. É possível dizer, portanto, que essa tradição é muito mais exigente do que o liberalismo naquilo que se refere à conceituação da liberdade. Não é à toa que Skinner afirma que a concepção civil de liberdade foi altamente subversiva nos primórdios da Inglaterra moderna<sup>6</sup>.

A estratégia dos teóricos ingleses da liberdade cívica consistiu em se apropriar do supremo valor moral da liberdade e aplica-lo exclusivamente a certa formas um tanto radicais de governo representativo. Isto finalmente permitiu-lhes estigmatizar com o oprobrioso nome de escravidão vários governos – tais como o *Ancien Regime* na França e o mando dos ingleses na América do Norte – que eram amplamente vistos como legítimos e mesmo progressistas. (IDEM; p. 55)

<sup>6</sup> Outros autores, como, por exemplo, Jhon Pocock e Newton Bignoto destacam a importância do humanismo cívico no debate político inglês ao longo do século XVII. Para esses autores, os escritos de James Harrington foram fundamentais para esse debate na medida em que introduziram a ciência política maquiavélica no cenário intelectual britânico. Para Pocock, o “*Oceana*”, que é o principal texto de Harrington, “é uma revisão importante da teoria política inglesa à luz dos conceitos tirados do humanismo cívico e do republicanismo de Maquiavel”, p. 388. Já para Bignoto, “Um outro ponto importante da leitura que Harrington fazia de Maquiavel é a adoção do modelo da República armada. Assim como para o humanismo cívico italiano, e muito particularmente para o secretário florentino, para Harrington, somente um povo armado e que se ocupa das coisas da guerra como de seus próprios interesses pode pretender ser livre.” p. 184.

Por si só, a presença das tópicas do republicanismo cívico no vocabulário político da Inglaterra moderna é um indício de que essa tradição não morreu na antiguidade, estando presente nos textos de inúmeros pensadores modernos. Para James Harrington, Maquiavel foi o principal responsável por essa sobrevivência na medida em que encontrou a definição da liberdade antiga nos textos de Lívio e a legou ao mundo moderno. (IDEM; p. 47)

Ainda que jamais tenha discutido conceitualmente essas questões, Eduardo Prado mobilizou a concepção civil de liberdade ao longo da sua trajetória, utilizando esse repertório ao sabor das circunstâncias. Consigo identificar nos textos escritos na ocasião da polêmica do *habeas corpus* dos monarquistas a presença de tópicas pertencentes ao vocabulário político do republicanismo cívico, o que demonstra a familiaridade de Eduardo Prado com essa importante tradição do pensamento político ocidental.

Por exemplo, no final da citação que serve como primeira epígrafe para este artigo, Prado diz que “tudo, absolutamente tudo, faz parte da liberdade e não tão somente o engodo do “livre ir e vir” que a República chama de liberdade”, o que demonstra que a percepção de liberdade que ele defende no texto exige algo mais do que a simples liberdade de locomoção física. Estou convencido, portanto, de que a partir das palavras de Eduardo Prado seja possível inferir a existência da reivindicação de uma liberdade de alcance mais amplo, uma reivindicação na qual a liberdade não é pensada apenas como o livre trânsito. Para ilustrar melhor a inspiração cívica do discurso de Eduardo Prado, cito um trecho de John Milton (1608-1674), que foi um importante representante do republicanismo cívico inglês, um “teórico neo romano”, nas palavras de Quentin Skinner.

É certo que somente podem se dizer homens livres aqueles que vivem em nações livres e que têm o poder em sim mesmos de remover ou abolir qualquer governo supremo que lhes reduza à condição de servidão, ainda que esse governante supremo os agrade com uma liberdade ridícula e de fachada, própria para burlar bebês<sup>7</sup>. (MILTON; 1962, p. 413) (Grifos Meus) (Tradução Livre).

De forma alguma, eu estou supondo que Eduardo Prado é um teórico neo romano tal como Skinner definiu Jhon Milton. Eduardo Prado não foi um teórico, mas sim um letrado combativo que teve a militância política como uma das principais marcas da sua trajetória. Porém, percebo certa semelhança nas formulações de Milton e Prado, principalmente naquilo que se refere ao descontentamento com certa concepção de liberdade considerada limitada e insuficiente. Para ambos os autores, o direito de livre trânsito é pouco para a definição do estatuto da liberdade plena.

<sup>7</sup> “It is true that only free men can say those living in free nations which have the same power but the supreme remove or abolish any government that reduces them to a condition of servitude, even if that pleases the supreme ruler with a ridiculous freedom and facade, own babies to circumvent”.



O que parece estar em jogo na “questão do *habeas corpus* dos monarquistas” é a reivindicação do direito a intervir na discussão pública a respeito da organização política do Estado, o que para Prado e seus correligionários significava restaurar a Monarquia. Por isso, o direito à livre circulação parece pouco para o nosso autor. Para Skinner, é justamente essa reivindicação ao direito de intervenção pública uma das principais características da liberdade civil. Como já vimos, o historiador inglês argumenta que a liberdade civil é definida pelos republicanos romanos, pelo republicanismo cívico, por Maquiavel no Renascimento italiano e pelos defensores da autonomia do Parlamento na Inglaterra revolucionária por oposição à condição de escravo.

Esse ponto da teoria republicana revela sua radical diferença com o liberalismo: enquanto este entende que a supressão da liberdade se dá enquanto permanece a interferência, qualquer que seja ela, de modo que, fundada a interferência, volto a ser livre, para a primeira tradição a ausência de liberdade já ocorre e continua subsistindo simplesmente na ausência de direitos, ainda que não haja interferência alguma. (SKINNER; 1999, p. 33)

Acredito que a crítica de Eduardo Prado ao governo republicano chefiado por Prudente de Moraes na ocasião do “caso do *habeas corpus* dos monarquistas” pode ser desdobrada em duas partes: primeiro, o autor acusou o governo de não cumprir os dispositivos constitucionais ao “proibir os monarquistas de praticar um ato que é permitido a outros concidadãos seus, civis e militares, que todos os dias exercem o direito de reunião, reunindo-se para fins políticos” (PRADO; 1897). Depois, em um exercício de crítica jurídica mais profunda, questionou a constituição vigente, principalmente o já citado dispositivo que criminalizava as tentativas de mudança do regime político. Percebo que em cada uma dessas críticas, Prado mobilizou uma concepção específica de liberdade, variando a perspectiva de acordo com as exigências da argumentação. Por ora, estou interessado na crítica de Eduardo Prado à constituição de 1890, pois aqui reside o conteúdo republicano da sua argumentação.

No livro “Anulação das Liberdades Políticas”, Eduardo Prado critica diretamente o §4º do artigo 190 da constituição de 1891, que proibia qualquer tentativa de mudança na forma do regime político, sendo, nas suas palavras, um “absurdo jurídico e um atentado ao regime de liberdades plenas” (PRADO; 1897, p. 43). Prado, então, analisa a constituição de diversas repúblicas do mundo, como, por exemplo, a francesa, a suíça e a norte-americana, e afirma que em nenhuma delas se coloca tal restrição à “liberdade de intervenção pública dos cidadãos” (IDEM; p. 44). Nesse sentido, Eduardo Prado está interessado em analisar aquilo que julga ser um cerceamento constitucional à liberdade do povo brasileiro. É exatamente a noção de “liberdade” o fundamento da argumentação do autor, que define a República brasileira como um regime político despótico, entre outras coisas, porque restringe a intervenção pública dos cidadãos, que são considerados pelo autor legítimos, inclusive, para alterar a forma de governo. Eduardo Prado começa a construir essa argumentação logo no início do livro.

É crime o manifestar por escritos ou discursos, a vontade de mudar, por meios não violentos a forma do governo? É crime manifestar a mesma vontade por atos não violentos, como reuniões públicas ou em casas particulares, sem armas, sem perturbação da ordem? (IDEM; p. 01)

A partir desses questionamentos, Prado analisa o §4º do artigo 90 da constituição de 1891, que, como já sabemos, proibia qualquer manifestação contrária à forma republicana de governo. Ao criticar esse dispositivo, o autor desenvolve uma reflexão jurídica claramente antirrepublicana e defende o direito da comunidade política brasileira à ampla participação política, inclusive na deliberação a respeito da forma de governo.

A interpretação que a República deu ao nefasto dispositivo é que os cidadãos não podem discutir sobre a forma de governo e que não podem julgar a forma Republicana inadequada; que não podem agir, ainda que seja pacificamente, para mudar a forma de governo e que somente têm liberdade de pensamento e locomoção quando não criticam a forma de governo republicana. A liberdade de pensamento e locomoção tem limite, os limites da República. (Grifos Meus) (IDEM; p. 07)

Ao criticar o dispositivo constitucional, Prado mobilizou um conceito de liberdade abrangente o suficiente para permitir ao povo brasileiro o poder de alterar a forma de governo e restaurar a Monarquia. Com o objetivo de fundamentar a sua argumentação, o autor analisa outras constituições, como, por exemplo, a dos EUA, onde “os fundadores daquela República jamais sonharam com a possibilidade dessa restrição absurda” e, citando Thomas M. Cooley (1780-1864), um importante jurista estadunidense, escreve “o povo fez a constituição, o povo pode desfazê-la, ela é sua criação e não existe senão pela sua vontade”. (IDEM; pp. 13-14). Essa é uma das poucas referências positivas que Prado fez aos EUA após a proclamação da República brasileira.

Para demonstrar o autoritarismo da República brasileira, Prado afirma que “a disposição do § 4º do artigo 90 da Constituição da República não se inspirou na constituição dos Estados Unidos e nem da de nenhum povo americano” (IDEM; p. 15). Ao sugerir que a constituição da República brasileira era mais autoritária do que a constituição das Repúblicas latino-americanas, Eduardo Prado tocou em um ponto bastante sensível para o pensamento político brasileiro, que ao longo do século XIX associou o republicanismo latino-americano à barbárie e ao despotismo. Não foi à toa, portanto, que ele se empenhou em examinar as constituições do México, da Argentina, da Bolívia, da Colômbia, do Chile e da Venezuela, mostrando que em nenhuma desses países o direito do povo em alterar a forma política foi cerceado como no Brasil.

Pode até ser que nessas Repúblicas, que são tão conhecidas entre nós pelos pronunciamentos e pelo militarismo, sejam capazes de calar pelo assassinio todos aqueles que tenham a ousadia de alterar a forma do governo, mas a possibilidade não é cerceada constitucionalmente, como acontece no Brasil. Por aqui, a República conseguiu ser ainda mais despótica do que nos vizinhos hispano-americanos. (IDEM; p. 17)

Para Prado, no Brasil, a República se mostrou ainda mais despótica, despotismo que se materializou na criminalização de qualquer tentativa, ainda que pacífica, de mudança do regime político. Mas o que é despotismo no vocabulário político de Eduardo Prado? Acredito ser possível encaminhar uma reflexão sobre o problema através da análise da ideia contrária ao despotismo, ou seja, a liberdade. No livro “Anulação das liberdades políticas”, o nosso autor está comprometido com a defesa da liberdade do povo brasileiro e não apenas do indivíduo. Para ele, o governo “tem compromisso com o bem comum e de nada adianta a garantia da felicidade de alguns indivíduos quando o povo está oprimido e triste” (IDEM; p. 75). Percebo na argumentação de Eduardo Prado a forte presença dos valores do republicanismo cívico, que define a liberdade mais em função da categoria de “corpo político” do que da de “indivíduo”, o que faz com que a liberdade civil, ou positiva, seja muito mais exigente do que a liberdade liberal.

Até aqui, eu estive preocupado em compreender a forma como o nosso autor mobilizou o repertório do republicanismo cívico nos textos escritos ao longo de 1897, quando ele ainda estava diretamente envolvido com a “questão do *habeas corpus* dos monarquistas”. Porém, os embates políticos da época suscitaram lances discursivos distintos, o que levou Prado a mobilizar outros repertórios, como, por exemplo, o liberalismo político moderno. É o uso dessa tradição filosófica e da concepção negativa de liberdade que lhe é constitutiva que eu examino na próxima sessão.

### **A apropriação do Liberalismo Político Moderno: a concepção negativa de liberdade**

Senhores, o que um inglês, um homem francês e um cidadão dos Estados Unidos da América entendem hoje pela palavra “liberdade”? Para cada um deles é o direito de ser sujeito apenas às leis, e não ser nem detido, preso, condenado à morte ou maltratados de alguma forma, pela vontade arbitrária de um ou mais indivíduos. É o direito de cada um expressar a sua opinião, escolher uma profissão e praticá-la, para alienar bens, e até mesmo a abusar deles; de ir e vir sem permissão e se sem ter que prestar contas de suas motivações ou empresas. É o direito de todos de se associarem com outros indivíduos, seja para discutirem os seus interesses, ou a professarem a religião que eles e seus associados preferem, ou mesmo simplesmente para ocuparem os seus dias ou horas de uma forma que é mais compatível com as suas inclinações ou caprichos. Finalmente, é o direito de todos a exercerem

alguma influência sobre a administração do governo, seja elegendo todos ou determinados funcionários, ou por meio de representações, petições, exigências a que as autoridades são mais ou menos obrigadas a prestar atenção (Tradução Livre)<sup>8</sup>. (Grifos Meus) (CONSTANT; 2010, p. 18)

A citação foi extraída do texto “*The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns*”, escrito por Benjamin Constant de Rebecque em 1815. Partindo do princípio de que existiam semelhanças entre os governos inglês, francês e estadunidense oitocentistas, Benjamin Constant definiu a liberdade praticada nesses países, entre outras coisas, como o direito de “de ir e vir sem permissão e sem ter que prestar contas de suas motivações ou empresas”. Para o filósofo franco-suíço, um homem é livre quando não encontra qualquer tipo de coerção para agir de acordo com a sua vontade. Trata-se de uma definição muito semelhante àquela que Hobbes já tinha apresentado no século XVII. Em um estudo específico sobre o pensamento político de Hobbes, Skinner afirma que para o autor do *Leviatã* “a única coisa verdadeira no mundo inteiro é o movimento”, sendo necessário que a concepção hobbesiana de liberdade seja tratada como um subtipo de uma ideia mais geral a respeito do movimento dos corpos. Nas palavras do próprio Hobbes:

484

Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento) e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais. Porque de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. (Grifos Meus) (SKINNER APUD; 2010, p.126).

Formulação semelhante pode ser encontrada no livro “*On Liberty*”, escrito por Stuart Mill e publicado em 1859. Nesse texto, o filósofo inglês não abordou diretamente o problema da liberdade individual, mas sim o da liberdade civil, principalmente naquilo que se refere aos instrumentos legítimos através dos quais a sociedade pode cercear a liberdade dos indivíduos.

<sup>8</sup> Gentlemen, what an Englishman, a French-man, and a citizen of the United States of America understand today by the word ‘liberty’? For each of them it is the right to be subjected only to the laws, and to be neither arrested, detained, put to death or maltreated in any way by the arbitrary will of one or more individuals. It is the right of everyone to express their opinion, choose a profession and practise it, to dispose of property, and even to abuse it; to come and go without permission, and without having to account for their motives or undertakings. It is everyone’s right to associate with other individuals, either to discuss their interests, or to profess the religion which they and their associates prefer, or even simply to occupy their days or hours in a way which is most compatible with their inclinations or whims. Finally it is everyone’s right to exercise some influence on the administration of the government, either by electing all or particular officials, or through representations, petitions, demands to which the authorities are more or less compelled to pay heed.

Somente quando a ação individual compromete a harmonia coletiva, a sociedade, que tem seu correlato cerceador na impessoalidade do Estado, é legítima para interferir na vida privada, colocando limites ao movimento do transgressor e reconduzindo-o à normalidade. Em casos como esse, a intervenção não se trata do cerceamento da liberdade civil, mas sim do cerceamento da liberdade individual, que somente é tolerável quando não consiste em ameaça aos outros membros da coletividade. (Tradução Livre) (Grifos Meus). (MILL; 1978, p. 58)

Acredito que a recorrência do problema do movimento dos corpos nos textos de Thomas Hobbes, Benjamin Constant e Stuart Mill seja suficiente para sinalizar a importância do tema para a discussão da concepção moderna de liberdade. O que é fundamental para a argumentação que estou desenvolvendo neste artigo é o fato de que na perspectiva liberal, a liberdade é frequentemente definida a partir de uma falta, ou seja, da ausência de impedimentos ao livre movimento. Por isso, costuma-se dizer que o liberalismo político moderno está baseado em uma noção negativa de liberdade<sup>9</sup>. Nos textos escritos durante a polêmica do *habeas corpus* dos monarquistas, Eduardo Prado usou o conceito liberal de liberdade, como podemos perceber no já citado livro “Anulação das Liberdades Políticas”, de onde eu retirei o trecho que serve como a segunda epígrafe deste artigo.

Como fica claro na citação, na tentativa de desqualificar a República, o nosso autor utiliza a estratégia da comparação com a Monarquia, que é sempre representada como um regime político superior, principalmente naquilo que se refere à garantia da liberdade. É exatamente essa comparação que ele faz no trecho ao afirmar que “a República é menos favorável à liberdade do que a Monarquia Constitucional, que no caso do Brasil jamais apresentou os constrangimentos que hoje angustiam o cidadão brasileiro”. Para o autor, a República anulava as liberdades políticas porque angustia o cidadão, o indivíduo, com constrangimentos, o que demonstra que nesse momento a perspectiva de liberdade mobilizada é a liberal.

No artigo intitulado “A Justiça da República”, que foi publicado no “Comércio de São Paulo” em 22 de janeiro de 1897, Prado aborda o tema do *habeas corpus* dos monarquistas. O autor inicia o texto citando os artigos 01, 02, 08 e 22 da constituição de 1891, mostrando que todos eles de alguma forma protegem o direito do cidadão à liberdade, que é tratada no código constitucional na perspectiva moderna e liberal. Prado afirma que a constituição não legitima a ação repressora do governo republicano. Referindo-se aos artigos citados, o autor diz que:

Não há palavras mais claras, mais convincentes, mais apropriadas, mais eloquentes do que estas em favor dos cidadãos que ingenuamente se dirigiram ontem ao Tribunal de Justiça. A simples leitura destas

<sup>9</sup> Sobre a discussão a respeito da concepção negativa de liberdade típica do liberalismo moderno, destaco o livro BERLIN, Isaiah (1975).

disposições constitucionais, que consagram os direitos imprescindíveis do cidadão bastava, noutro meio, para garantir a concessão do *habeas corpus*. (PRADO; 1897)

Aqui, Eduardo Prado tenta dar contornos jurídicos à sua argumentação, buscando, portanto, despolitizar as suas intervenções. Portanto, para o autor a “questão do *habeas corpus* dos monarquistas” não era uma discussão política entre monarquistas e republicanos, mas sim um assunto que deveria ser tratado nos quadros da legalidade institucional da República.

Os suplicantes foram obrigados a retirar-se de uma casa onde se achavam, e lei alguma lhes impunha essa retirada; foram obrigados pelas ameaças formais da polícia, nas circunstâncias descritas na petição, a não mais se reunir, e lei alguma lhes veda que se reúnam. O tribunal decidiu, porém, que poder ir, o ser impedido de ir a uma reunião, é um ato que não tem nada com a liberdade de locomoção, única liberdade para a qual cabe o *habeas corpus*. (Grifos Meus). (IDEM).

Portanto, o autor afirma ser ilegal do ponto de vista jurídico a negativa do *habeas corpus* já que a constituição vigente, mais especificamente o §22 do artigo 72, onde consta “Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que o indivíduo sofrer, ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, ou cação, por ilegalidade ou por abuso de poder”, garante esse direito (IDEM). Analisando o texto constitucional, Eduardo Prado chega a conclusão de que

486

(...) o *habeas-corpus* deve ser dado, quer seja pedido ao começar o constrangimento, quer depois de já perdurar por algum tempo. *Sempre* quer dizer que não há exceções, nem quanto à pessoa, nem quanto às opiniões dos violentados, nem quanto às autoridades culpadas. *Dar-se-á* sempre, manda a constituição, *dar-se-á sempre*, sejam quais forem os impetrantes, sejam quais forem as autoridades a quem esse *habeas corpus* possa desgostar ou contrariar. (Grifos de Eduardo Prado). (IDEM)

Porém, o tom despolitizado não foi mantido por Eduardo Prado, que retomou a dicotomia República X Monarquia no artigo “Um Protesto”, que foi publicado no “Comércio de São Paulo” em 18 de março de 1897, onde o autor dá prosseguimento aos seus ataques contra o governo republicano presidido por Prudente de Moraes.

Os homens que então se reuniram em Itu eram escravocratas e, por ódio ao Império libertador, fizeram-se republicanos. Era natural. O império era a liberdade e, por isso, foram eles para a República, coisa que na América do Sul quer sempre dizer o confisco de todas as liberdades (...) A maioria

da nação tem tolerado todos os crimes. E é coisa de espantar a rapidez com o brasileiro parece ter se desabituaado da liberdade, que, durante mais de sessenta anos, lhe dera o Império. (IDEM)

Temos aqui um dos argumentos mais característicos do monarquismo eduardiano: a associação do republicanismo latino-americano ao despotismo, assunto que eu já examinei na sessão anterior. Mais importante nesse momento é entender as estratégias discursivas mobilizadas pelo nosso autor na comparação das experiências republicana e monarquista no Brasil. Para isso, Prado recorreu frequentemente à permissividade com a qual o governo da Monarquia teria tratado os republicanos durante a década de 1880, argumentação que ofereceu o contraponto ideal para os seus objetivos. Já que Eduardo Prado estava envolvido diretamente na reação à repressão dos governos republicanos à atuação dos monarquistas, a relação do governo da Monarquia com os republicanos na década anterior mostrou-se o recurso argumentativo perfeito para o proselitismo por ele pretendido. É exatamente nesse recurso argumentativo que consigo identificar a mobilização do conceito “liberdade” nos quadros da tradição liberal.

E não venham com a pergunta: onde estavam os monarquistas, no dia 15 de novembro? Estavam em suas casas, confiados na paz pública, a que a Monarquia acostumara os cidadãos, havia mais de meio século, e ignoravam a imensa perfídia que se tramava, perfídia que esfaqueou o sistema que sempre tratou as oposições com condescendência. (IDEM)

Eduardo Prado toca aqui em um ponto que foi revisitado pela historiografia que anos mais tarde iria se debruçar sobre o problema da transição da Monarquia para a República: a ausência de reação ao golpe militar republicano, como se ninguém estivesse disposto a lutar pelo trono de D. Pedro II. Celso Castro, por exemplo, afirma que “pela quantidade de pontos estratégicos visados e providências a serem tomadas, vê-se que os golpistas imaginavam fossem encontrar uma forte resistência. Daí a necessidade que sentiam de contar com um militar importante e respeitado pela tropa, como Deodoro” (CASTRO; 1995, p. 186). Apenas o Barão de Ladário tentou defender a Monarquia ao disparar duas vezes contra Deodoro, sendo imediatamente contido pelas forças golpistas.

Maria Tereza Chaves Mello afirma que desde o final dos anos 1870, a Monarquia já não era vista como um sistema político capaz de solucionar os problemas do Brasil, o que vez com que o caminho para a República fosse facilitado por certa concordância da opinião pública da época, concordância que se manifestou sob a forma da não intervenção.

À monarquia, no final do Império, estava associado o atraso, o impedimento da modernização do país, diante do que a República aparecia como solução. Supomos, então, que a aceitação da República [e a ausência de defesa da

Monarquia] deve ser explicada por uma disposição mental ao novo regime como decorrência da incorporação de uma nova cultura democrática e científica na década de 1880, tomando como recorte espacial, a cidade do Rio de Janeiro em função de sua centralidade na vida do país. (MELLO; 2007, p. 11)

A argumentação de Ângela Alonso é bem parecida; interessada especificamente na chamada “geração de 1870”, a autora alega que esse movimento intelectual veio à luz em um momento de profundos questionamentos ao regime monárquico.

O movimento intelectual dos anos 1870 é uma das manifestações de contestação ao status quo imperial. Esta contestação é ampla. Tanto o abolicionismo quanto o republicanismo têm sobreposições com o movimento intelectual, mas não se restringem a manifestações de letrados. O abolicionismo popular incorporou como membros efetivos indivíduos que estavam fora do universo de cidadãos do Império, como ex-excravos. (ALONSO; 2002, p. 45)

Ambas as autoras criticam a linha interpretativa que encontrou em José Murilo de Carvalho o seu principal representante. De acordo com a argumentação de Carvalho, o golpe republicano derrubou a Monarquia justamente no momento em que o regime político comandado por D. Pedro II contava com grande apoio popular. Para o autor, a abolição do trabalho escravo aproximou a Monarquia do povo e a afastou dos setores sociais que de fato tinham representatividade política.

Era nítida e distância entre a representação e a opinião pública que, pela primeira vez, se organizava e se fazia visível no movimento abolicionista. A pressão imperial em favor da abolição final coincidia com a opinião pública, embora fosse interpretada como interferência no processo parlamentar, a mesma acusação feita em 1871. Ironicamente, o rei, no caso a princesa, estava ao lado da opinião do povo, perdendo com isto a legitimidade junto aos partidos e à elite política. (CARVALHO; 2006, p. 411)

José Murilo de Carvalho afirma, então, que a intervenção militar que instituiu a República foi o produto da ação de setores das elites políticas, incluindo aqui o alto escalão do oficialato do Exército, que estavam insatisfeitos com a Monarquia. Portanto, o autor acredita que a derrubada desse regime político não traduziu as verdadeiras aspirações da população brasileira. A visão de Eduardo Prado dos acontecimentos está mais próxima da explicação de José Murilo de Carvalho do que das de Maria Tereza Mello e Ângela Alonso. Para Prado, o golpe militar republicano “não foi condizente com o espírito do povo brasileiro, que exultante agradecia a coroa pela confraternização da liberdade de 13 de maio” (PRADO; 1897). Referindo-se especificamente ao tratamento que a Monarquia deu aos republicanos durante a década de 1880, Eduardo Prado disse que:



O sr Silva Jardim, no tempo da sua propaganda, assistiu a muita ceia e a muito jantar organizados pelos republicanos. Foi entre nós o último propagandista político que se aproveitou da ampla liberdade que o Império sempre deu ao pensamento e à ação dos seus adversários. Se o propagandista não tivesse perecido tão cedo e viesse ao Brasil fazer propaganda contra o sr Prudente de Moraes, estaria a essa hora preso e sem ter reconhecido o sagrado direito do *habeas corpus*. (Grifos Meus). (IDEM)

Para Prado, as diferenças entre a Monarquia e a República são muito claras: enquanto a Monarquia permitiu plenas liberdades aos seus adversários, a República reprimiu todos aqueles que se opuseram a ela. Novamente, temos aqui alguma semelhança entre as argumentações de Eduardo Prado e José Murilo de Carvalho. Em um importante trabalho sobre a biografia de D. Pedro II, Carvalho assevera que

[D. Pedro II] foi acusado de excesso de tolerância com a imprensa e com a oposição, inclusive a republicana. Nada aconteceu a Silva Jardim quando pregou em público o fuzilamento do conde D’Eu. Pregiar o assassinato de um político em pleno gozo de seus direitos era, e continua sendo, crime em qualquer país democrático. O imperador fora também sempre contrário a excluir os republicanos de cargos públicos. Ele próprio empregou um republicano, Benjamin Constant, como professor de matemática de seus netos, e não o incomodava que este ocupasse vários cargos públicos. (CARVALHO; 2007, p. 208)

Também nesse aspecto, Maria Tereza Mello discorda de José Murilo de Carvalho. A respeito da liberdade de imprensa na última década da Monarquia, a autora acredita que

É polêmico o quanto os contemporâneos sentiam como real essa liberalidade. Em variados tipos de textos assistimos a regulares reclamações sobre certas censuras veladas, indignação com casos de empastelamento e agressões policiais a jornais, assim como muito se criticava os “a pedido” oficiosos nos jornais favoráveis aos governos. (MELLO; 2007, p. 230)

Discussões historiográficas à parte, julgo ser pertinente a sugestão de que ao definir a Monarquia como um regime que garantiu a “liberdade” das oposições, Prado utilizou a categoria no seu sentido moderno e liberal, ou seja, a partir do princípio da livre locomoção do corpo físico. Para o autor, portanto, a Monarquia tolerou a oposição na medida em que não impôs limitação alguma, nem policial nem jurídica, à ação dos republicanos.

## Conclusão

Prado concebeu e trabalhou todos os seus textos num momento de urgência, por impulsivo patriotismo, para atacar ideias ou homens de quem receava a desorganização do Estado, ou para animar aqueles que reagiam contra essa desorganização pela força latente de alguma virtude social. Sempre toma a pena num momento de pressa social, ou moral, como se agarra uma espada que rechaça, ou conduz. (QUEIRÓS; 1904, p. 180)

A citação foi extraída de um texto escrito por Eça de Queirós e publicado na edição de julho de 1898 na “Revista Moderna”. Trata-se de uma espécie de resumo biobibliográfico no qual o escritor português demonstra todo apreço que sentia por Eduardo Prado. A despeito do aspecto encomiástico da análise, Eça de Queirós identificou aquela que, na minha percepção, é uma das principais características dos escritos de Prado: a dimensão circunstancial, o que fez com que o autor não tenha se preocupado em desenvolver sistemas interpretativos mais sofisticados, aspecto que, de forma alguma, deve ser lido como falha ou ausência. O romancista português chega a definir os textos do amigo brasileiro como “panfletos”, como “ideias muito claras, saídas de uma convicção muito forte e sem o esforço de grandes sistematizações conceituais”. (IDEM)

490

Nesse sentido, o que tentei fazer neste artigo foi desenvolver o tipo de abordagem que considero ser o mais adequado para a documentação analisada; ao invés de fundamentar a minha interpretação em referências conceituais explícitas e deliberadamente formuladas – o que não existe –, eu preferi a identificação de tópicos diluídas nos textos. Por isso, adotei a noção de “performance discursiva” como o norte do exercício de história intelectual que propus. Meu principal objetivo foi reconstruir o “palco”, já que estamos falando em “performance”, das atuações letradas de Eduardo Prado, buscando, inspirado nas reflexões desenvolvidas por John Pocock,

situar (o texto e a obra) dentro de um conjunto mais amplo de “convenções” ou “questões paradigmáticas” ou modos de enfrentar essas questões, comum a vários autores mais ou menos contemporâneos – uma comunidade de “falantes” de uma linguagem política, que a atualiza através de suas intervenções particulares. (POCOCK; 2003, p. 11)

A sugestão de Pocock foi importante para a minha reflexão na medida em que chama atenção para a historicidade da prática letrada, que, no caso dos textos que examinei neste trabalho, precisa ser situada na história da consolidação institucional da República brasileira. Por conta dos limites inerentes a um artigo, eu não tive a oportunidade de examinar com mais cuidado a interlocução de Eduardo Prado com seus contemporâneos, o que seria um ótimo objeto de estudos. Prado circulou pelos principais espaços de produção intelectual em

funcionamento no Brasil ao longo do século XIX, tendo sido aluno da Faculdade de Direito de São Paulo, sócio do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras. Portanto, o nosso autor travou contato com importantes nomes do cenário intelectual brasileiro finissecular, como, por exemplo, Joaquim Nabuco, Machado de Assis e Capistrano de Abreu. Não foi só no meio letrado brasileiro que Prado ganhou notoriedade; há uma rica documentação epistolar que demonstra os estreitos vínculos que ele estabeleceu com os escritores portugueses da geração de 1870, especialmente Eça de Queirós e Ramalho Ortigão.

Já que Eduardo Prado não pode ser considerado um doutrinador, ou seja, um intelectual preocupado com a formulação de categorias conceituais, não há motivo para que a análise se frustrasse com ausência de debates teóricos mais rigorosos. Os textos precisam ser lidos, então, a partir do diálogo com as disputas políticas que estavam sendo travadas nas suas respectivas conjunturas de produção. Porém, isso não quer dizer que os escritos de um polemista, como foi Eduardo Prado, careçam de profundidade analítica. A hipótese que apresentei neste artigo busca mostrar exatamente o contrário; no seu exercício de crítica política, Prado mobilizou importantes tradições do pensamento político ocidental, como o republicanismo cívico e o liberalismo político. Em nenhum momento, ele citou os nomes de importantes representantes dessa tradição, como Tito Lívio e Maquiavel ou Hobbes e Stuart Mill, porém, acredito que as tópicas dessas tradições e os valores elaborados por esses autores estão presentes nos escritos de Eduardo Prado, ainda que não tenham sido usados deliberadamente, ou mesmo conscientemente. Por isso, a noção de “Energia Social”, apresentada por Stephen Greenblatt no importante livro *“Shakespeare Negotiations”* é o outro aporte horizonte teórico que me guiou pelos escritos de Eduardo Prado.

A reflexão de Greenblatt parte do princípio, não sendo nesse aspecto muito diferente da proposta de Pocock, de que o texto não deve ser pensado como uma entidade alheia às práticas culturais, tampouco a cultura deve ser encarada como uma estrutura estática. O estudioso norte-americano propõe que a prática letrada seja pensada a partir das seguintes premissas:

Não pode haver apelo à ideia de gênio como origem das energias da grande obra, não existe criação sem motivo, não pode haver representação transcendente, atemporal ou imutável, não pode haver artefatos autônomos, não pode haver expressão sem uma origem e um objeto, um *de* e um *para*, não pode haver obra sem energia social, não pode haver geração espontânea da energia social. (GREENBLATT; 1988, p. 12)

Ao analisar o uso que Eduardo Prado fez da ideia de “liberdade” nos textos produzidos em meio a um dos principais episódios dos conflitos travados entre as autoridades republicanas e os monarquistas ao longo da década de 1890, eu tentei identificar o uso de convenções, como a liberdade positiva e a liberdade

negativa, que são constitutivas dos repertórios conceituais disponíveis aos letrados brasileiros oitocentistas.

A despeito da sua curta vida, apenas 41 anos, Eduardo Prado escreveu uma enorme quantidade de textos, que podem ser classificados nos mais diversos gêneros, indo das crônicas políticas e relatos de viagens, passando pela crítica literária e pelo romance e chegando até à historiografia. Como eu já comentei antes, o autor costuma ser associado ao movimento monarquista que nos primeiros anos de vida da República tentou restaurar as instituições derrubadas pela intervenção militar de novembro de 1889. Este artigo se debruçou exatamente sobre esse aspecto da trajetória de Eduardo Prado, que, de forma alguma, esgota a complexidade da obra desse autor, que começou a dar os seus primeiros passos como escritor ainda no final da década de 1870. Os escritos de Eduardo Prado ainda carecem de uma maior atenção por parte dos estudos especializados na história do pensamento político brasileiro.

## Bibliografia

### Fontes primárias:

Jornal “Comércio de São Paulo”.

PRADO, Eduardo. *Anulação das Liberdades Políticas*. São Paulo: Livraria Civilização, 1897.

\_\_\_\_\_. PRADO, Eduardo. *A ilusão Americana*. São Paulo: IBRASA, 1980.

492

QUEIRÓS, Eça. *Correspondência*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1987

## Referências bibliográficas

ALONSO, Ângela. *Ideias em Movimento: a geração de 1870 na crise do Brasil – Império*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

ARMANI, Carlos Henrique. *Discursos da Nação: historicidade e identidade nacional no Brasil em fins do século XIX*. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2010.

BERLIN, Isaiah. *Freedom and its Betrayal: Six Enemies of Human Liberty*. (Ed.) Henry Hardy. London: Pimlico, 1975.

CARVALHO, José Murilo de. *O teatro das sombras*. Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2006.

\_\_\_\_\_. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CASTRO, Celso. *Os militares e a república: um estudo sobre cultura e ação política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed, 1995.

CONSTANT, Benjamin. *The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns. Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

FELGUEIRAS, Carmen Lúcia Tavares. *O Futuro e suas Ilusões. Os Estados Unidos de Monteiro Lobato e Eduardo Prado*. Tese de Doutorado: Rio de Janeiro, IUPERJ, 1999.

FILHO, Cândido Mota. *A Vida de Eduardo Prado*. Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1967.

FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso*. Editora Global: São Paulo, 2004.

GREENBLATT, Stephen. *Shakespeare Negotiations*. Califórnia: University of California Press, 1988.

JANOTTI, Maria de Lourdes Mônaco. *Os subversivos da república*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

MELLO, Maria Tereza Chaves de. *A República Consentida*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

- MILL, John Stuart. *On Liberty*. (Ed.) Alan Ryan. *Mill: The Spirit of the Age, On Liberty, the Subjection of Women*. London & New York: Norton. 41-131.
- MILTON, J. *Eikonoklastes em Complete Prose Works of Jhon Milton*. Merrit Y. Hughes (Ed). New Havens, Conn, 1962, vol III, pp. 336-601
- PAGANO, Sebastião. *Eduardo Prado e sua época*. São Paulo: Ed. O Cetro, 1967.
- PRADO, Eduardo. *Fastos da Ditadura Militar Brasileira*. São Paulo: Escola Tipográfica Salesiana, 1904.
- QUEIRÓS, Eça. In. PRADO, Eduardo. *Coletâneas*. São Paulo. Escola Tipográfica Salesiana, 1904.
- QUEIROZ, Suely Robles Reis de. *Os radicais da república*. Rio de Janeiro: Ed. Brasiliense.
- SALLUST. *Bellum Catilinae em Sallust*. J. C. Rolfe. Londres, 1931.
- SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*. São Paulo: Ed. UNESP, 1999.
- \_\_\_\_\_. SKINNER, Quentin. *Hobbes e a Liberdade Republicana*. São Paulo: Ed. UNESP, 2010.



# Braille e Tinta unidos pela Inclusão: uma releitura necessária

---

Patrícia Ignácio da Rosa<sup>1</sup>  
Mirian Araújo Carlos Crapez<sup>2</sup>

## Resumo

Este artigo reapresenta a pesquisa desenvolvida em 2001, no Instituto Helena Antipoff (IHA), Departamento da Secretaria Municipal de Educação, responsável pelo planejamento, organização e acompanhamento de propostas que visem a uma educação de qualidade para todos, especialmente relacionadas ao processo de ensino e de aprendizagem dos alunos com necessidades educacionais especiais. A necessidade deve-se a escassez de pesquisas na área da deficiência visual que abordem o uso de materiais multisensoriais adaptados. Estes recursos pedagógicos permitem que o livro didático impresso em tinta e braille, seja utilizado de maneira simultânea, por pessoas cegas e videntes. Termos utilizados evidenciam o período em que a pesquisa foi desenvolvida e esta condição foi respeitada. O objetivo deste artigo foi revisitar as questões que envolvem o uso dos livros didáticos adaptados as necessidades educacionais especiais de alunos com deficiência visual, matriculados nas séries finais do ensino fundamental regular. Para tanto os objetivos, a metodologia, as análises e a conclusões do estudo foram lembrados.

**Palavras-chave:** Deficiência visual; livro didático multisensorial; recursos pedagógicos especializados.

## Resumen

Este artículo establece nuevamente la investigación desarrollada en el año 2001, en el Instituto Helena Antipoff (IHA), el Departamento de Educación Municipal, responsable de la planificación, organización y seguimiento de las propuestas para una educación de calidad para todos, especialmente en relación con el proceso de enseñanza y el aprendizaje de los alumnos con necesidades educativas especiales. La necesidad se debe a la falta de investigación en el área de la discapacidad visual que aborda el uso de materiales multisensoriales adaptados. Estos materiales educativos permiten que el libro de texto impreso en tinta y Braille se utiliza de forma simultánea, para las personas ciegas y deficientes visuales. Términos utilizan pruebas del período en que se realizó la investigación y se cumplió esta condición. El objetivo de este trabajo fue revisar los temas relacionados con el uso de libros de texto adaptados a las necesidades educativas especiales de los alumnos con discapacidad visual inscritos en la serie final de la escuela primaria regular. Para ambos objetivos, metodología, análisis y conclusiones del estudio fueron recordados.

**Palabras-clave:** Discapacidad visual; libros de texto multisensorial; recursos didácticos especializados.

---

<sup>1</sup> Mestra em Diversidade e Inclusão (UFF); Coordenadora do Centro de Transcrição à Braille, do Instituto Helena Antipoff, da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro (de 2000 a 2005); Atual chefe da Divisão de Pesquisa e Produção de Material Especializado, do Instituto Benjamin Constant.

<sup>2</sup> Pós-doutorado na Universit r Paris VI. Departamento de Biologia Celular e Molecular,UFF. E-mail: miriancrapez@id.uff.br

## Introdução

O artigo aqui apresentado baseia-se na pesquisa que foi desenvolvida em 2001, no Instituto Helena Antipoff (IHA), Departamento da Secretaria Municipal de Educação, responsável pelo planejamento, organização e acompanhamento de propostas que visem a uma educação de qualidade para todos, com especial atenção ao aprimoramento e ao desenvolvimento do processo ensino/aprendizagem dos alunos com necessidades educacionais especiais.

A necessidade de rememorar este trabalho deve-se a escassez de pesquisas na área da deficiência visual que abordem, como proposta principal, o uso de materiais multisensoriais, adaptados não somente para o uso por pessoas com deficiência visual, como também para pessoas que utilizam a visão como principal canal de captação da informação. Estes recursos pedagógicos permitem que um mesmo material, no caso específico, o livro didático impresso em tinta e braille, seja utilizado de maneira simultânea, por pessoas cegas e videntes. Alguns termos utilizados evidenciam o período em que a pesquisa foi desenvolvida e nesta viagem esta condição será respeitada.

O Centro de Transcrição à Braille (CTB), serviço do Instituto Helena Antipoff (IHA), vem, desde 1994, produzindo materiais adaptados para os alunos com necessidades educacionais especiais, especialmente cegos, inclusos na Rede Municipal de Ensino do Rio de Janeiro. Acompanhando estes sujeitos em sua trajetória educacional, a equipe responsável pelo setor percebeu alguns entraves no processo: o distanciamento dos colegas e professores; o excesso de atenção, sinalizando possivelmente a visão de incapacidade; a incompreensão das necessidades e características específicas e gerais; o desconhecimento do sistema Braille (sistema de escrita baseado na combinação de pontos em relevo) por parte dos professores e demais pessoas envolvidas no processo ensino/aprendizagem; a necessidade do aluno cego conhecer verdadeiramente as pessoas que o cercam percebendo também as características dessas pessoas; a impossibilidade do material ser utilizado nos trabalhos em grupo, já que os livros até então oferecidos eram somente transcritos no sistema Braille e as dificuldades dos familiares no acompanhamento do processo educacional de seus filhos, uma vez que também desconheciam o código utilizado.

Em 2001, a equipe responsável pelo trabalho desenvolvido no Centro de Transcrição à Braille, consciente das dificuldades, criou e desenvolveu uma proposta de material adaptado tanto para o deficiente visual, quanto para videntes. O interesse era facilitar não somente o acesso à informação escrita, como também fomentar a construção das relações dialógicas entre todos os envolvidos no trabalho realizado nas salas de aula regular onde houvesse alunos com deficiência visual matriculados, uma vez que estas, segundo as informações das equipes de acompanhamento do IHA, eram difíceis de estabelecer. O material foi elaborado, produzido e distribuído, mas até aquele momento não



havia sido pesquisado.

A equipe de trabalho daquela época sentiu a necessidade de aprofundar suas reflexões não somente através do estudo de teóricos como Vygotsky (1896 – 1934) e Bakhtin (1895 – 1975), que foram utilizados como fundamentação teórica da pesquisa. Como também Goffman (1922 – 1982), e Ochaíta (1995) para tratar das questões específicas a deficiência.

Esperava-se, então, que através da pesquisa “Braille e tinta unidos pela inclusão” fosse possível: construir um instrumento para análise do material adaptado; avaliar, através de estratégias específicas, em parceria com os professores, alunos e famílias a contribuição do material no processo de construção de conhecimentos; além de avaliar quais as mudanças percebidas a partir do uso do livro didático confeccionado tanto no sistema Braille quanto em tinta, considerando também a visão do professor e do aluno, objetivando, aprimorar o atendimento que era oferecido à época no próprio IHA.

## O caminho escolhido

A pesquisa foi desenvolvida pela professora Patrícia Ignácio da Rosa, coordenadora responsável pelo Centro de Transcrição à Braille, serviço do IHA, tendo como auxiliares de pesquisa servidores do próprio instituto. Contou, também, com a contribuição dos responsáveis e professores regentes das turmas em que os alunos estavam inclusos. O grupo de abrangência configurou-se por alunos cegos, integrados na Rede Municipal de Ensino da 4ª e 5ª Coordenadoria Regional de Educação (CRE), cursando respectivamente a 7ª e 8ª séries. O processo de seleção deste grupamento foi realizado através de contato com o coordenador da equipe de acompanhamento às escolas. Neste ficou determinado que um dos critérios de seleção deveria ser a ausência de materiais adaptados, por impossibilidade de produção por parte do professor de sala de recursos, ou seja, que os sujeitos participantes não tivessem tido contato com nenhum material como o proposto. Outro critério referiu-se à escolha da disciplina de História, por utilizar uma grande quantidade de informações escritas, aumentando, consideravelmente, o volume de materiais a serem adaptados. Além disso, como esta pesquisa estabeleceu uma parceria com os professores de turma e de sala de recursos e se propôs a acompanhar a utilização dos materiais produzidos, o quantitativo de profissionais envolvidos foi outro fator a ser considerado.

## Um pouco da história dos sujeitos

Escolheram-se letras do alfabeto para designar os sujeitos envolvidos, mantendo os princípios éticos que uma pesquisa científica exige. Assim (M) foi a letra escolhida para tratar sobre as questões que envolvem o 1º sujeito da pesquisa. Aluno do sexo masculino (M) tinha 19 anos de idade e estava cursando a 8ª série do Ensino Fundamental, na Escola Municipal Gaspar Vianna, da 5ª

Coordenadoria Regional de Educação.

M., segundo sua mãe, era um rapaz esforçado. Em sua família ninguém dominava o sistema Braille. Quando necessário seu irmão, obrigado pela mãe, lia os deveres impressos em tinta que eram enviados para casa. A família parecia não possuir uma vida social intensa, estavam sempre em casa sem muitas visitas, somente as dos parentes mais próximos. M. não parecia possuir muitos amigos.

Na escola sentava-se visivelmente afastado do restante do grupamento. Fomos informados que existia uma escala obrigatória de auxiliares para ajudar o aluno. Segundo uma aluna, esta escala seguia a listagem de presença. A cada dia um aluno era indicado para sentar-se ao lado de M. e auxiliá-lo em relação à leitura e a cópia dos trabalhos que eram passados no quadro negro. Na visita realizada pela equipe da pesquisa à escola, esta dinâmica foi observada, assim houve a comprovação de que havia uma escala imposta aos demais alunos.

M. era aluno antigo da escola e era conhecido por quase todos os professores. Sua professora informou que ele era um ótimo aluno, conseguindo acompanhar o andamento das aulas sem apresentar problema algum.

Os livros adaptados foram, a princípio, enviados para a escola pela equipe responsável pela orientação da 5ª CRE, como este processo mostrou-se demasiadamente demorado, a entrega passou a ser realizada diretamente ao aluno. O processo de elaboração e produção do livro era demorado e algumas vezes ocorreram atrasos na entrega.

498

O segundo sujeito que recebeu a letra (D), tinha 17 anos de idade, cursava a 7ª série do Ensino Fundamental, da E. M. Fernando Tude de Souza, da 4ª Coordenadoria Regional de Educação. D., segundo sua mãe, era um pouco preguiçosa. Em sua família somente a mãe sabia ler algumas letras do alfabeto Braille.

Seus trabalhos eram todos organizados pelo responsável. Quando necessário, uma das alunas da sala copiava os trabalhos utilizando folhas de carbono e mandava para a mãe, que ajudava na execução dos exercícios solicitados.

A família parecia possuir uma vida social muito ativa, porém D. não demonstrou ter muitos amigos, já que uma das queixas principais da mãe era a ausência de amigos em casa.

Na escola sentava-se junto com todo o grupamento, o que para os pesquisadores, na época, foi interpretado como um bom relacionamento com os demais alunos da turma. A equipe da pesquisa observou, ao visitar a escola, que D. possuía um grupo específico de colegas, com os quais parecia ter maior afinidade. Seu professor, do mesmo modo que os responsáveis, observava um certo descompromisso por parte de D., apesar dela conseguir acompanhar o andamento das aulas.

Os livros adaptados foram, a princípio, enviados para a escola pela equipe responsável pela orientação da 4ª CRE, como este processo mostrou-se demasiadamente lento, a entrega passou a ser diretamente ao responsável pela aluna, que vinha ao CTB para buscá-lo. A dinâmica de trabalho escolhida precisou

contar com a parceria dos professores da turma regular, dos responsáveis e dos professores de sala de recursos, que naquela época funcionava no mesmo formato atual, ou seja, como apoio pedagógico oferecido ao aluno para atender as suas necessidades específicas, este atendimento ocorria no contra-turno da matrícula do aluno.

Nos contatos com os professores de turma regular eram fornecidas informações a cerca do planejamento antecipado das aulas; materiais necessários que eram confeccionados visando facilitar a apropriação do conteúdo pelos alunos; informações sobre o processo de aprendizagem do aluno, de acordo com o instrumento de coleta de dados. O contatos com os professores de sala de recursos forneceu informações sobre os objetivos traçados para o atendimento com o aluno; o planejamento das aulas na sala de recursos; o material necessário a ser confeccionado e as informações sobre o processo de aprendizagem do aluno, através do instrumento de coleta de dados. No que se refere ao planejamento das aulas, a equipe de pesquisa observou e a partir disso constatou que, em alguns casos havia um distanciamento por parte da professora de sala de recursos do trabalho desenvolvido na sala de aula em que o aluno estava inserido. Um dos professores de sala de recursos além de não acompanhar o processo e nem tentar utilizar o livro adaptado em suas atividades, demonstrou, apesar de ter conhecimento de todas as fases do processo, não ter tido contato com o material.

## Os livros em Braille e tinta

Os livros foram elaborados a partir das orientações fornecidas pela Comissão para Estudos e Atualização do Sistema Braille em Uso no Brasil (CEASBUB) que padronizou em 1994 as produções em Braille (Braille Padrão). Entretanto, algumas das orientações foram adaptadas à realidade dos alunos matriculados na Rede Regular de Ensino do Município do Rio de Janeiro. Os materiais foram elaborados no CTB que, diferente de outros centros de produção e impressão Braille, não produz materiais somente para pessoas cegas. Os livros são confeccionados unindo os dois sistemas, o da escrita em tinta e o da escrita em Braille.

A elaboração do material contou as informações dos profissionais envolvidos no atendimento de cada sujeito, as indicações que o próprio sujeito ofereceu durante o trabalho, os estudos realizados até aquela data, as observações feitas no decorrer da pesquisa e as informações dos videntes que também utilizaram o livro.

A equipe de pesquisa determinou alguns critérios relativos à elaboração dos materiais adaptados, dentre estes, destacamos a variação no tipo, tamanho e gramatura dos papéis; a localização do texto à tinta e a Braille no papel e o espaçamento entre caracteres, palavras, linhas e parágrafos do texto à tinta e a Braille. Além disso, a equipe de pesquisa utilizou informações do Braille Padrão. Contudo este modelo não pode ser completamente seguido por não se tratar de critérios que previssem a utilização concomitante da impressão em Braille e em

tinta, pois até aquela época isso era inexistente, no Brasil.

A entrega dos materiais aos alunos ocorria, na maioria das vezes, entre a equipe de pesquisa e os responsáveis pelos alunos ou seus respectivos professores, o critério de escolha era feito somente a partir da alternativa que gerasse menos atraso.

A equipe observou a utilização do material em sala de aula, procurando, na medida do possível, não interferir, conduta mais apropriada a época em que a pesquisa foi realizada. Assim as observações da utilização do material, em sala de aula, foram feitas através de registro contínuo.

Como o processo da avaliação implica numa tomada consciente de decisão, a equipe de pesquisa decidiu que a partir dos dados coletados e analisados foi necessário compartilhar esses resultados com os professores de turma e de sala de recursos, o que foi feito através de relatórios de avaliação.

## O que fundamenta a ideia central

Os livros adaptados tanto para o sistema Braille quanto para a impressão em tinta eram produzidos e distribuídos desde 1994, para alunos com necessidades educacionais especiais que apresentassem deficiência visual. Vale observar que a expressão “necessidades educacionais especiais” não era considerada como sinônimo de deficiência. Acreditava-se que todo sujeito envolvido no processo educacional possuísse, em caráter definitivo ou transitório, alguma necessidade educacional especial. Este posicionamento não negava a deficiência do sujeito, pelo contrário, era através da percepção das necessidades que os caminhos alternativos eram encontrados. A proposta de um mesmo material em Braille e tinta surge, então, não só das necessidades de pessoas com deficiência visual, mas também de outras que com ela conviviam, ampliando o foco, diversificando o acesso.

Alguns dos sujeitos envolvidos apresentavam comprometimentos permanentes em um dos canais sensoriais: a visão. Por essa razão, uma de suas necessidades educacionais especiais era o uso de um sistema de leitura-escrita diferenciado do usado pelo restante da turma. Este sistema era conhecido como sistema Braille e era formado por uma combinação de pontos em relevo que eram percebidos através do movimento dos dedos e das mãos.

A relevância das interações do sujeito com os diferentes contextos culturais e históricos e as consequenciais da qualidade dessas interações determinaram o caminho teórico seguido. As reflexões e estudos de teóricos como Vygotsky, Bakhtin e Goffman foram fundamentais naquele trabalho.

A forma como Bakhtin (apud Souza, 1997) abordava o caráter dialógico da linguagem, permitiu constatar como fundamental a elaboração de um material adaptado não só as necessidades educacionais do aluno cego, mas as de todos os envolvidos no processo educacional.

Os sujeitos daquela pesquisa utilizavam, antes do trabalho, livros e textos transcritos somente no sistema Braille. A utilização destes materiais, de certa

forma, garantia o acesso às informações, porém devido a especificidade do código era visto como um dificultador à interação entre alunos e professores. Dado comprovado através de depoimentos dos próprios professores, que afirmaram não poder interagir durante o uso destes materiais, por desconhecerem o código.

Entendendo relação dialógica como relação de sentido, compreendia-se que para Bakhtin (apud Souza, 1997, p.100) toda enunciação é um diálogo. Mesmo enunciados distantes no tempo e no espaço, quando analisados em seu sentido, podem apresentar uma relação dialógica, ou seja, esta relação também pode acontecer entre autor (texto escrito) e leitor. Acreditava-se ser possível, então, achar que bastaria transcrever os textos para o sistema Braille, que isso, por si só, garantiria esta relação.

Isto não deixa de ser verdadeiro considerando que este enunciado (texto escrito) foi criado em um contexto social, elaborado a partir da fala do autor e de muitas falas que o antecederam e direcionado ao leitor, que mesmo distante no momento da construção da obra, se fez presente, pois sua existência foi pressuposta. Porém, ao ler este enunciado, este leitor só estaria inserido neste diálogo se puder compreendê-lo.

A cada palavra da enunciação que estamos em processo de compreender, fazemos corresponder uma série de palavras nossas, formando uma réplica. (apud Monteiro, 1995, p.60)

Esta constatação indica um outro aspecto do caráter dialógico, a fala.

Bakhtin (apud Souza, 1997, p.111) coloca a interação verbal como categoria básica da concepção da linguagem, dando ênfase, desta forma, à fala. Para o cego, do mesmo modo que para os videntes a linguagem é fundamental no desenvolvimento.

Segundo Esperanza Ochaíta (1995) o aluno cego apresenta, no início do seu processo de desenvolvimento, um ritmo diferenciado do vidente no que se refere à função simbólica. Isto se explica devido à dificuldade apresentada pela construção de uma imagem de si mesmo e dos demais, além dos problemas que, na ausência da visão, a criança tem para imitar as ações da vida diária. Também deve ser levado em conta que os brinquedos que são elementos simbólicos para uma criança vidente podem nada significar para uma criança cega.

A ausência das imagens visuais compromete a via dos processos elementares nos níveis perceptivos e representativos. Sabia-se, entretanto, que o processo de formação dos conceitos não dependia exclusivamente deste aspecto.

As crianças cegas apesar de limitadas nestas vias, não o são no plano do conhecimento abstrato, que é descoberto com o auxílio do pensamento, fundamental no processo de compensação da carência das representações.

Apesar dos caminhos serem diferentes, ambos, videntes e cegos, depois de um certo tempo, chegam a um mesmo patamar, eliminando estas diferenças graças a presença da linguagem. Segundo Landau (apud Esperanza, p. 189) e Glitman (apud Esperanza, p. 189), a aquisição da linguagem é semelhante em

cegos e videntes.

Assim a visita às classes regulares onde havia matrícula de alunos cegos foram utilizadas como uma das estratégias. Em algumas destas visitas, foram comprovado que a participação destes alunos no contexto escolar e na dinâmica social poderia ser mais intensificada, principalmente no que se refere ao trabalho em grupo, mediado pelo professor. Acreditava-se que era principalmente este contexto que a relação dialógica se apresentava.

A atividade mediada desenvolve as funções psicológicas superiores. Vygotsky (apud Rego, 2000, p.50) distingue dois elementos básicos responsáveis por essa mediação: o instrumento, que tem a função de regular as ações sobre os objetos; e o signo, que regula as ações sobre o psiquismo das pessoas.

A união, em um mesmo material, da escrita em tinta e do sistema Braille surgiu como uma estratégia utilizada para ampliar as interações verbais.

A verdade não se encontra no interior de uma única pessoa, mas está no processo de interação dialógica entre pessoas que a procuram coletivamente. Bakhtin (apud Souza, 1997, p. 103)

As relações que se constituem no cotidiano escolar são importantíssimas e contribuem para a construção da identidade do sujeito, pois é a partir desta interação que ele passa a perceber coisas que não percebia antes, ampliando sua compreensão sobre o mundo.

502

Vygotsky (apud Rego, 2000, p.70) identifica dois níveis de desenvolvimento: o real e o potencial. O primeiro se refere às funções que já amadureceram, aquilo que o indivíduo é capaz de realizar de forma independente; o segundo deve ser analisado prospectivamente, ou seja, o que o indivíduo é capaz de realizar, porém ainda necessitando da ajuda de alguém mais experiente.

O intervalo entre estes dois níveis, real e potencial, é chamado PR Vygotsky de zona de desenvolvimento proximal.

Os sujeitos da pesquisa já possuíam um relacionamento com seus colegas de classe. O livro adaptado foi apresentado como um instrumento que serviria para aproximar ainda mais estes sujeitos de outros sujeitos.

Esta aproximação não deveria ser vista somente pelo aspecto físico. Muitos dos professores da época ainda acreditavam que era suficiente a garantia do lugar do deficiente visual em uma classe comum. Apesar desta ação garantir um direito e um espaço físico, ela não conseguia, sozinha, modificar a realidade da exclusão.

A sincronia nas visões de Bakhtin (apud Monteiro, 1995, p. 96) e Goffman (apud Monteiro, 1995, p. 96), no que se refere à constituição da identidade social de pessoas que possuem atributos socialmente determinados como depreciativos, muito auxiliou a compreensão deste aspecto.

Segundo Goffman (1988), quando a pessoa que está a nossa frente tem um

atributo que a torna diferente de outros que se encontram numa categoria na qual pudesse ser incluída, deixamos de considerá-la uma criatura comum e total, reduzindo-a a uma pessoa estragada e diminuída. Essa relação caracteriza o estigma (apud Monteiro, 1995, p.97)

Analisando o conteúdo das entrevistas a equipe de pesquisa percebeu algumas situações onde este aspecto ficou evidente. Alguns professores colocaram suas impressões em relação ao trabalho com deficientes visuais em classes comuns. Apesar de sempre reforçarem que eram a favor de terem deficientes em suas classes, demonstraram, em seus depoimentos, ser isso um problema ou uma situação difícil.

Eu não tive quase dificuldade nenhuma, já haviam me passado o problema, que eu ia ter uma aluna assim... (Professor da sala de aula comum)

O professor neste depoimento se refere ao aluno como um “problema”. Esta visão apresenta o deficiente visual como um sujeito com atributos, não só, diferentes dos atributos dos outros alunos, como também, depreciativos. O que evidencia um desconhecimento e um conceito deturpado das possibilidades deste sujeito.

Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida. Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa. (Goffman, 1988, p. 15)

Um outro aspecto deve ser considerado no processo de socialização de pessoas estigmatizadas é o quanto esta pessoa pode absorver da visão das pessoas que a rodeiam.

A deficiência é uma categoria socialmente construída, que se torna incapacitante e restritiva, não apenas pelas inerentes limitações orgânicas, mas, sobretudo, pelas consequências psicossociais, especialmente o tipo de interação ou relacionamento que se estabelece entre os deficientes e os demais. (Glat, 1995, p. 46)

A interação desse sujeito com este mundo, mediado por signos, que retratam a concepção equivocada que estas pessoas possuem sobre o portador de deficiência, pode ser internalizada, ou seja, transformar as relações interpessoais em intrapsicológicas. “Todas as funções no desenvolvimento da criança aparecem duas vezes: primeiro, no nível social, e depois no nível individual.” (Vygotsky,

1989<sup>a</sup>, p.64)

Seria possível acreditar, então, que o melhor seria retirá-lo deste convívio e colocá-lo em um espaço protegido. Entretanto, com essa ação se estaria perpetuando este estigma ao invés de desmistificá-lo.

Além disso, não se consideraria outro ponto importante desta relação. Este sujeito pode modificar esta visão, uma vez que está inserido na cultura e participa do processo de construção histórica, ou seja, através da interação, ele pode modificar a concepção que estes sujeitos possuem sobre ele. O que pode ser verificado na análise do depoimento do professor de classe comum: “Eu não tive quase dificuldade nenhuma. (Professor da sala de aula). Sua fala pode indicar que mesmo considerando aquele sujeito como um “problema”, sua convivência com ele ampliou seus conceitos e conseqüentemente sua visão em relação às possibilidades. Apesar da equipe estar consciente desta realidade a participação do professor neste processo precisa ser destacada. “É impossível apoiar-se no que falta a uma criança, naquilo que ela não é. Torna-se necessário ter uma ideia, ainda que vaga, sobre o que ela é [...]” (Vygotsky, 1989b, p.102)

A importância do entendimento do professor é fundamental, em relação a como as pessoas com deficiência visual se desenvolvem, reconhecendo que, se por um lado a deficiência limita, por outro, impulsiona o desenvolvimento de outros caminhos que podem levar a outros saberes, não só ao deficiente como a todos ao seu redor.

504

A diferença existe em cada elemento desta classe, pois cada um, a seu modo, possui alguma necessidade que é diferente das do restante do grupamento, o que torna a do deficiente visual mais uma variação deste contexto e ao mesmo tempo agrupa todos os elementos em uma única realidade.

## Considerações finais

A sociedade durante o processo histórico percorreu caminhos diversos em relação às práticas sociais. A compreensão e aceitação das diferenças sempre foi um obstáculo muito forte a ser transposto. Neste sentido a história da deficiência se entrelaçou a de todos os grupos minoritários que, por serem diferentes da maioria e evidenciarem claramente suas características, foram excluídos.

Da exclusão à inclusão várias fazeres existiram. Contudo, o fato de que no momento em que a pesquisa foi desenvolvida a sociedade almejar a inclusão, isso não garantiria que a segregação tenha sido superada. O resgate desta história mostrou-se necessário para o entendimento deste percurso.

A pesquisa trouxe à tona a confusão estabelecida até então por algumas pessoas em relação aos conceitos e práticas sobre integração e inclusão.

A compreensão destes conceitos mostrou-se fundamental no processo de avaliação dos livros transcritos a Braille e à tinta, pois a avaliação que os professores fizeram dos materiais teve que ser realizada considerando, através da análise dos depoimentos, a visão que cada educador possuía sobre inclusão.



Apesar desta ser uma variável considerada, não foi a proposta da pesquisa, assim não houve a proposta de influenciar estas concepções, entretanto estas foram analisadas e correlacionadas as avaliações de cada educador de acordo com sua concepção.

Uma parte dos professores do ensino regular e de sala de recuroso que participava do trabalho, acreditava ser inclusão a garantia do espaço físico do aluno com necessidades educacionais especiais em sala de aula. Isto pode ser observa do não so nas entrevistas onde a maior preocupação dos professores era somente o acesso à informação escrita, como também na observação em sala de aula. Os alunos pertencentes as classes desses professores escolhiam onde e ao lado de quem poderia sentar-se, ao aluno cego era oferecido somente a possibilidade de sentar-se próximo ao quadro, distanciado do restante da turma, por esta posição aproximá-lo do professor. Estes educadores realmente acreditavam que estavam fazendo o melhor. Não compreendiam que a proximidade do aluno em relação ao quadro e a mesa do professor eram tão importantes quanto o relacionamento deste com os demais alunos.

A presença do aluno cego frequentando o mesmo espaço físico no mesmo momento em que o restante da turma e acomapnhando as orientações, foi considerada, por estes educadores, como ação suficiente para se alcançar a inclusão. Estas ações estão relacionadas a este conceito, entretanto não podem ser consideradas como suficientes, é preciso entender o processo de forma bem mais abrangente.

Os atos falam mais alto do que as palavras. Apesar destes educadores, durante toda a entrevista, alegarem não terem problemas com o aluno cego e acreditarem que estes aluno estava bem integrado, que a inclusão estava acontecendo, suas ações no dia-a-dia eram conflitantes. O aluno cego se relacionava bem com a turma, entretanto sentava-se separado do restante do grupamento, não estava presente nas conversas informais e não participava dos movimentos espontâneos dos alunos na escola e fora dela.

Na visão destes educadores a escola deveria aceitar o aluno cego em seu espaço físico, mas não precisaria se modificar. O que parecia ser o entendimento destes professores era que a escola não precisaria mudar em função de nenhum aluno, fosse ele deficiente ou não. Esta atitude não estava voltada a valorização do preconceito, visto que pareciam acreditar que o aluno cego tinha os mesmos direitos dos outros, mas a inabilidade da escola em alterar seus conceitos, suas estruturas e metodologias. O movimento, então, no caso do aluno com deficiência deveria ser realizado pelo ele, moldando-se a oportunidade que estava recebendo, adequando-se aos procedimentos tradicionais de escolarização, superando barreiras físicas, convivendo com atitudes discriminatórias e preconceituosas sem nem ao menos poder modificá-las através das relações com os outros alunos no seu dia-a-dia.

O conflito entre os conceitos ficou claro naquele momento. Estes professores viviam no seu dia-a-dia a integração, mas objetivavam a inclusão, já que desejavam uma sociedade mais justa. Contudo não percebiam que para tanto, todos deveriam

se modificar.

As considerações destes educadores em relação ao livro à tinta e a Braille ficavam restritas, a princípio, a necessidade de acesso a informação escrita, isto é, a produção do material no sistema Braille. Neste momento não pareciam se preocupar com qualquer outra possibilidade que o material pudesse proporcionar. Os professores demonstraram uma enorme satisfação em receber o material transcrito, o que evidenciou a escassez e precariedade nas publicações que são produzidas a Braille.

Apesar desta primeira impressão, à medida que estes educadores ousavam utilizar o livro à tinta e a Braille em trabalhos coletivos, alteravam suas concepções. Vale salientar que o conceito de trabalho em grupo também encontra-se confuso na visão de alguns professores.

Havia os que consideravam trabalho em grupo como sendo a divisão da turma em duplas ou trios, assim distribuídos para se evitar o tumulto exagerado, com um tema para cada grupo. A participação do professor neste caso ficava restrita a espera, em sua mesa, pela conclusão da atividade. Na visão destes professores nosso material foi muito útil, facilitou o acesso à informação escrita de forma mais independente, pois mesmo com a proposta de trabalho sendo coletiva, cada aluno realizava sua tarefa de maneira individual e ao final juntavam todas as respostas em um único trabalho. Este fato ratificou a necessidade do material adaptado e a independência que este proporciona aos alunos, a equipe acreditou que estes objetivos seriam atingidos de qualquer maneira. Entretanto a percepção das necessidades do aluno cego e a democratização do sistema Braille não foram atingidos. Somente quando ousamos trabalhar com as diferenças é que percebemos que todos são ao mesmo tempo iguais e diferentes.

Ao final da pesquisa os professores que se dispuseram a participar deste processo como mediadores e trabalharam em grupo, permitindo a troca de ideias e opiniões, proporcionando uma ampliação de visão crítica e oportunizando a participação de todos, de forma democrática, modificaram sua posição. Os depoimentos indicam que apesar de ainda misturarem conceitos, já não acham suficiente somente a presença física ou a transcrição para o sistema Braille.

Este avanço foi analisado como sendo um resultado da mediação estabelecida pelos professores em suas salas de aula. O livro adaptado foi considerado um excelente instrumento de auxílio deste processo.

Uma outra parcela dos professores afirmava exigir de seus alunos cegos o mesmo empenho que exigiam dos outros alunos. Sinalizavam também, a necessidade da sociedade se acostumar com a presença do aluno cego, transformando esta presença em uma ação corriqueira. Aqui não aparece mais o paternalismo ou a visão da incapacidade, entretanto apesar destes depoimentos significarem um avanço apresentado em relação às concepções dos outros educadores, ainda confundem-se com a ideia de que somente o indivíduo cego, observado aqui como representante das minorias, deva se adaptar à sociedade. Por esta razão apesar destes professores possuírem uma visão mais ampla, ainda

podemos perceber uma certa confusão nas concepções.

Neste aspecto a maioria dos familiares, mesmo não apresentando uma fala similar a dos livros que abordam este assunto, compreende o conceito de inclusão de forma mais clara. Por esta razão são muito ativos no processo de reivindicação dos direitos associados a este conceito.

Como o sistema Braille não era de domínio da maioria dos familiares dos alunos cegos, a união da tinta ao código facilitou também a interação no ambiente familiar. Em alguns casos até familiares que aparentemente não se interessavam pelas atividades dos alunos, passaram a querer entender um pouco das necessidades deles.

Um outro aspecto salientado por alguns pais foi a ampliação das relações de amizade de seus filhos. Este pareceu superar todos os outros benefícios que os livros adaptados pudessem trazer. A necessidade de aceitação e de inclusão ficou evidente neste momento.

Um fator interessante de se destacar é a inversão de posicionamento entre professores e familiares. Os educadores, a princípio, só perceberam a vantagem do material na independência do aluno cego. Houve a necessidade de interagir com os alunos para perceberem as outras possibilidades, já os pais identificaram rapidamente o que o material adaptado poderia oferecer.

Os responsáveis consideraram os livros adaptados um avanço importante, chegando até a avaliar como imprescindível a união da tinta ao sistema Braille.

Para os alunos cegos beneficiados por este trabalho o material também foi considerado excelente. A análise dos resultados coincide com a dos alunos, no que diz respeito a ampliação das relações, porém um outro aspecto interessante a ser sinalizado foi o incômodo que este material trouxe para alguns alunos. No início da pesquisa, percebeu-se que alguns alunos já estavam acostumados a serem tratados como incapazes, mas percebiam que possuíam os mesmos direitos que os outros alunos, isto é, eram tratados de maneira diferenciada, se beneficiando de todas as possíveis vantagens que esta condição pudesse lhes oferecer, mas não eram cobrados da mesma forma que o restante dos alunos.

Com o uso do livro esta situação se modificou, os professores passaram a exigir a mesma aplicação que exigiam do restante do grupamento, respeitando as necessidades de cada aluno, mas exigindo deles o desenvolvimento de suas potencialidades. Esta modificação incomodou alguns alunos que tiveram que e adaptar à nova situação.

De maneira geral, todos os alunos avaliaram os livros adaptados como um avanço no sistema educacional e nada modificaram no processo de produção, isto é, os livros adaptados apesar de seguirem padrões tanto para videntes quanto para cegos, se apresentaram suficientemente adaptados para ambos.

A democratização do sistema Braille, a ampliação dos momentos de trocas entre alunos, professores e familiares, e o acesso à informação foram indicados como objetivos alcançados através do uso do livro adaptado, por todos os envolvidos nesta pesquisa.



# O Processo Ensino-Pesquisa-Extensão em Cenários de Prática

---

Ariane Fonseca Almeida<sup>1</sup>

Gabriela Rocha Guedes<sup>2</sup>

Anna Carolina Costa dos Reis<sup>3</sup>

Isadora Oliveira Furtado<sup>4</sup>

Célia Saldanha<sup>5</sup>

## Resumo

As Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) dos cursos da saúde evidenciam a necessidade da formação generalista e promotora da saúde integral, enfatizando prevenção, promoção e reabilitação de acordo com os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS). A imersão de alunos de medicina em cenários de práticas reais com base no processo ensino-pesquisa-extensão ajuda a superar a dicotomia entre teoria e prática. O presente estudo tem como objetivo relatar a experiência da disciplina de saúde coletiva em cenários de prática. Foi realizado uma entrevista com usuários do serviço de saúde local, por estudantes de medicina em cenários diversos com a finalidade de compreender a percepção da população quanto ao SUS. Realizaram 150 entrevistas após consentimento. Como resultados observamos que 20% definiu o SUS como sendo um Sistema Único de Saúde ou como um plano de saúde público, 60% afirmou ser um benefício e 20% não soube definir. Sobre o surgimento do SUS, 100% não opinaram. Quanto a assistência antes do surgimento do SUS, 40% afirmou que era através de plano de saúde e Fundo Rural e 60% não opinou. Na assistência aos mais pobres 40% relatou que procuravam o pronto socorro, 20% procuravam curandeiros e 40% não sabiam. Na avaliação atual, 20% considerou muito bom, 40% bom, 20% péssimo e 20% disse que achava bom pelas experiências relatadas por outros. Dos entrevistados 60% deu nota entre 10 e 8, 20% deu nota 3 e 20% deu nota 0. Para melhoria do SUS, 80% disse que precisava de mais verba e profissionais, 20% não opinou. Concluímos que pouco se sabe sobre o funcionamento do SUS havendo necessidade de se estimular a educação em saúde para orientar quanto aos seus benefícios e quanto a necessidade de cobrar melhorias dos gestores. Essa experiência contribuiu para que os estudantes percebessem a realidade servindo como aprendizagem e pesquisa, fixando conceitos que dificilmente se conseguiria numa aula teórica.

**Palavras-chave:** Educação médica; pesquisa sobre serviços de saúde; sistema único de saúde.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 9º Período da Faculdade de Medicina de Valença;

<sup>2</sup> Acadêmica do 9º Período da Faculdade de Medicina de Valença;

<sup>3</sup> Acadêmica do 8º Período da faculdade de Medicina de Valença;

<sup>4</sup> Acadêmica do 9º Período da Faculdade de Medicina de Valença;

<sup>5</sup> MSc. em Saúde da Família pela Universidade Estácio de Sá e Docente da Faculdade de Medicina de Valença;

**Abstract**

The National Curricular Guidelines (DCN) of health courses emphasize the need for general education and promoting comprehensive health, emphasizing prevention, promotion and rehabilitation in accordance with the principles of the Unified Health System (UHS). Immersion of medical students in the actual practice scenarios based on the teaching-research-extension helps to overcome the dichotomy between theory and practice. This study aims at describing the collective health discipline in practice settings. It was conducted an interview with members of the local health service for medical students in various scenarios in order to understand the perception of the population regarding the UHS. They conducted 150 interviews after consent. As a result we found that 20% defined the UHS as a Health System or as a public health plan, 60% said it was a benefit and 20% did not know how to define. On the rise of UHS 100% no opinion. As for assistance before the emergence of UHS, 40% said it was through health insurance and Rural Fund and 60% no opinion. On assistance to the poorest 40% reported seeking the emergency room, 20% sought healers and 40% did not know. In the current evaluation, 20% considered very good, 40% good, 20% bad and 20% said it was glad for the experiences reported by others. 60% of respondents gave it a 10 to 8, 20% gave note 3 and 20% gave it a 0. To improve the UHS, 80% said they needed more money and professional, 20% no opinion. We conclude that little is known about the functioning of UHS having need to stimulate health education to guide as to its benefits and the need to charge enhancements managers. This experience helped the students realize the reality serving as learning and research, establishing concepts that could hardly a lecture.

**Keywords:** Medical education; research on health services; health system.

**Introdução**

A imersão de alunos de medicina em cenários de práticas reais com base no processo ensino-pesquisa-extensão permite o papel ativo dos estudantes e ajuda a superar a dicotomia entre teoria e prática. Esse processo de ensino-aprendizagem é muito importante para uma melhor educação médica, pois a integração universidade-comunidade amplia a inserção social valorizando o trabalho articulado com os serviços de saúde e populações (STELLA, 2009).

As Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) dos cursos de graduação da área de saúde preconizam a necessidade de uma concepção mais ampla de saúde e evidencia a preocupação em relação à formação médica, que deve ser generalista e promotor da saúde integral do ser humano. Assim, a formação de profissionais com ênfase na prevenção, promoção, recuperação e reabilitação vai ao encontro com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (MASSOTE, 2011).

Dessa forma, foi proposto aos alunos de medicina uma atividade de imersão na prática com a finalidade de compreender as perspectivas e objeções da população em relação ao Sistema Único de Saúde.

O objetivo da pesquisa foi demonstrar a experiência deste trabalho acadêmico como cenário de ensino-pesquisa-extensão no SUS e evidenciar a importância dos cenários de prática para o processo de ensino-aprendizagem do aluno.

## Abordagem Metodológica

Trata-se de um estudo descritivo. Foram realizadas entrevistas pelos alunos do quinto período de medicina da Faculdade de Medicina de Valença. Com base em um questionário de perguntas abertas e qualitativas a respeito do SUS, foram realizadas entrevistas abordando pacientes presentes no AMI (Ambulatório de Medicina Integrada), da Faculdade de Medicina no período de março a maio do ano de 2012, totalizando 150 entrevistas.

As entrevistas foram consentidas voluntariamente por todos pacientes com assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) desenvolvido especificamente para esse fim.

Os dados coletados foram analisados de acordo com a relevância dentro dos indicadores propostos pelo presente estudo.

No indicador 1 (um) – nível de conhecimento do SUS – foi calculado o total de acerto sobre as questões sobre o surgimento do SUS e como era a assistência à saúde antes do seu surgimento. Para o indicador 2 (dois) foi verificado o nível de satisfação dos pacientes em relação ao SUS e para o 3 (tres) foi avaliado o que precisaria ser feito para melhorar o SUS.

Para todos indicadores 1 (um), 2 (dois) e 3 (três) foram calculados os percentuais utilizando o numero de participantes a cumprir o estipulado em relação ao total de participantes (n=150).

## Resultados

O resultado obtido em relação ao indicador 1 (um) “nível de conhecimento do SUS” mostrou que apenas 20% souberam relatar a definição do SUS como sendo um Sistema Único de Saúde ou como um plano de saúde público, 60% falou que era um tipo de benéfico e apenas 20% não soube explicar o que era. Sobre o surgimento do SUS, 100% dos entrevistados não souberam relatar desde quando o SUS existe. Outra pergunta feita foi em relação ao atendimento/ assistência à saúde antes do surgimento do SUS, 40% afirmaram que o benefício era através de plano de saúde e Fundo Rural e 60% não sabiam como funcionava essa assistência antes do SUS. A respeito da assistência aos mais pobres 40% dos entrevistados relatavam que antes eles procuravam o pronto socorro, 20% disseram que eles procuravam curandeiros que usavam ervas para tratar e 40% não souberam relatar.

Dentro do novo modelo de democratização da sociedade, a qual se inscreve as políticas públicas, buscam-se eliminar as formas autoritárias e tradicionais de gestão das Políticas Sociais, bem como a adoção de práticas que favoreçam uma maior transparência das informações e maior participação da sociedade no processo decisório. Uma das propostas para a democratização é a implantação e o funcionamento dos conselhos de saúde, o que permite que a população tenha melhor informação sobre o SUS e possa participar ativamente na decisão de





científico. O conhecimento científico não pode ser mais compreendido como a produção das partes, mas como a integração totalizadora e muitos cientistas afirmam sobre a necessidade da abertura de questionamentos tomados em um nível mais global. Outra proposta diz respeito às mudanças dos currículos de ensino, permitindo ter uma visão de mundo interligada a sua realidade, traduzido no saber e sentir aquele que ele compreende, idealiza e transforma. Além disso, destaca-se a perspectiva interdisciplinar como estratégia para o ensino-aprendizagem, baseado em problemas, na medida em que é criada uma cultura pedagógica que supera e permite contextualizá-lo e buscar alternativas para solucioná-lo, ou seja, interagir efetivamente com o problema (GAZZINELLI, 2005).

## Conclusão

Observou-se que a construção do SUS apresenta-se como um permanente desafio. Além disso, ainda há uma desinformação da população em relação ao SUS, que está em vigor há mais de 20 anos e, em face de sua institucionalização, muitas críticas vêm sendo apresentadas, sendo, assim, necessário implementar políticas de educação em saúde com a finalidade de orientar a população quanto aos princípios do SUS, seus benefícios e conscientizá-los quanto a necessidade de cobrar dos gestores melhores administração e implementação desse sistema. Porém, apesar da desinformação dos usuários e das críticas atribuídas à ele, como a falta de políticas de saúde adequadas aos princípios do SUS, a maioria acredita que esse sistema é bom e que consegue resolver a maioria dos problemas de saúde da população, ratificando, assim, que o SUS é um sistema que a cada dia tem melhorado sua assistência.

513

Essa experiência contribuiu para uma educação médica mais humanizada, pois serviu como um laboratório de aprendizagem e pesquisa, fazendo-se ciência a partir da vivência in loco da realidade do SUS.

## Referências bibliográficas

- CARDOSO, P; et. al. Formação interdisciplinar: efetivando propostas de promoção da saúde no SUS. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*. Universidade de Fortaleza Fortaleza-Ceará, Brasil, vol. 20, núm. 4, p.252-258, 2007.
- GAZZINELLI, M. F, et al. Educação em saúde: conhecimentos, representações sociais e experiências da doença. *Cad Saúde Pública*, 21(1):200-6, 2005.
- MASSOTE, Alice Werneck; BELISARIO, Soraya Almeida; GONTIJO, Eliane Dias. Atenção primária como cenário de prática na percepção de estudantes de Medicina. *Rev. bras. educ. med.*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 4, p. 445-453, Dec. 2011. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-55022011000400002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022011000400002&lng=en&nrm=iso)>. access on 11 May 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-55022011000400002>.
- OLIVEIRA, C. O. Desafios e contradições comunicacionais nos conselhos de saúde. In: *Coletânea de Comunicação e Informação em Saúde para o exercício do Controle Social*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde: 2006. p. 29-46.

PASCHE, D. F. Princípios do SUS e a humanização das práticas de saúde. In: *Seminário A Humanização do SUS em debate*. Vitória, 2008.

SCHWARTZ, Talita Dourado et al. Estratégia Saúde da Família: avaliando o acesso ao SUS a partir da percepção dos usuários da Unidade de Saúde de Resistência, na região de São Pedro, no município de Vitória (ES). *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 4, p. 2145-2154, July 2010. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000400028&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000400028&lng=en&nrm=iso)>. access on 17 May 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232010000400028>.

SILVA, Alessandra Ximenes da; CRUZ, Eliane Aparecida; MELO, Verbena. A importância estratégica da informação em saúde para o exercício do controle social. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 683-688, June 2007. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000300018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000300018&lng=en&nrm=iso)>. Access on 17 May 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232007000300018>.

STELLA, Regina Celes de Rosa et al. Cenários de prática e a formação médica na assistência em saúde. *Rev. bras. educ. med.*, Rio de Janeiro, v. 33, supl. 1, p. 63-69, 2009. Available from [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-55022009000500007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022009000500007&lng=en&nrm=iso). access on 11 May 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-55022009000500007>.

# O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Acessibilidade Urbana

Claudia Loureiro de Alves Pereira<sup>1</sup>

## Resumo

A sanção em julho de 2015 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146) é mais uma comprovação de que como o Direito, no Brasil, vem acompanhando o processo social, político e econômico. Com o apoio e a atuação da sociedade civil, a lei traz aspectos que vêm sendo trabalhados por outras disciplinas das ciências sociais, a exemplo da Geografia Urbana. O artigo trabalha justamente uma dessas questões, ou seja, a acessibilidade - em associação com a mobilidade urbana.

**Palavras-chave:** Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência; igualdade de oportunidade; geografia; acessibilidade; mobilidade urbana.

## Abstract

The enactment in July 2015 of the Statute of Person with Disabilities (Law 13146) is further proof that the law in Brazil has been following the process social, political and economic. With the support and the role of civil society, the law brings aspects that are being worked on by other social science disciplines, such as the Urban Geography. This article deals with accessibility and urban mobility.

**Keywords:** Brazilian law of inclusion of people with disabilities; equality of opportunity; geography; accessibility; urban mobility.

Após tramitar no Congresso Nacional desde 1990 foi sancionada, em 06 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (n.13.146) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. É uma lei que tem várias interfaces e grande potencial para produzir efeitos positivos diversos na economia e na sociedade brasileira, o que pode ser atestado pelo fato de que acompanharam a sanção da Presidente da República, nove ministros, dos quais destacam-se os titulares: da Fazenda; da Educação; do Desenvolvimento, Indústria e Comércio; das Cidades; do Trabalho e da Micro e Pequena Empresa.

Em seus 127 artigos, prevê-se uma série de garantias e direitos, além de se definirem prioridades e ações (de caráter afirmativo) a serem desenvolvidas pelo Estado e também pelo setor privado para evitar a discriminação das pessoas portadoras de deficiências físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais.

---

<sup>1</sup> Professora de Geografia – UFRJ (1987), Mestre em Planejamento Urbano e Regional – IPPUR/UFRJ (2002), Doutoranda – Programa de Pós-graduação em Geografia – PP GEO/ UERJ.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência resultou de intensa participação de segmentos ativos da sociedade civil, que defendem que o portador de deficiência permanente não pode ser alijado, apartado do convívio social.

No contexto desta obra *Direito em Movimento*, este artigo objetiva apresentar brevemente uma das matérias presentes no texto da Lei 13.146, qual seja: a acessibilidade. Este é um tema que vêm sendo trabalhado em outros campos das ciências sociais no Brasil e no exterior, a exemplo de estudos em Geografia Urbana, já há algum tempo.

Com mais da metade da população mundial vivendo em ambientes urbanos, a acessibilidade é fundamental para a sobrevivência em sociedades cada vez mais competitivas, em que o espaço social e econômico é marcado por uma intensidade de fluxos de capitais, mercadorias, ideias, pessoas, sem precedentes na história.

Este artigo está dividido em duas partes. A primeira parte apresenta a evolução do tratamento social da deficiência e do conceito de acessibilidade, em associação com o de mobilidade urbana, em estudos de Geografia Urbana. Já a segunda parte, apresenta como a lei conceitua deficiência e acessibilidade, bem como faz referência ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

## Deficiência, acessibilidade e mobilidade urbana

516

O significado da deficiência<sup>2</sup> na sociedade atual está relacionado, entre outros aspectos, a um aumento crescente do número de deficientes na sociedade atual, em razão do significativo aumento do número de idosos pelo aumento da expectativa de vida, considerando que o envelhecimento torna o indivíduo gradativamente deficiente, das doenças adquiridas, observando que os avanços médicos de diagnóstico e tratamento de doenças vêm permitindo a sobrevivência do paciente e a retomada da sua vida social; ou por motivos de acidente, em sua maior parte relacionados à violência urbana.

Essa realidade colabora para uma significativa mudança no enfoque de questões relacionadas ao tema da deficiência permanente. Junto a essas considerações, observamos uma preocupação social e ética crescente com a melhoria da qualidade de vida do cidadão, deficiente ou não, fato que acaba por favorecer a inclusão da questão do deficiente na agenda social. Como afirma Diniz (2007, p.9):

...os avanços biomédicos proporcionaram melhoria no bem estar das pessoas com ou sem deficiência; por outro lado, a afirmação da deficiência como um estilo de vida não é resultado exclusivo do progresso médico.

---

<sup>2</sup> A concepção de deficiência como uma variação do normal da espécie humana foi uma criação discursiva do século XVIII, e desde então ser deficiente é experimentar um corpo fora da norma. O corpo com deficiência somente se delinea quando contrastado com uma representação do que seria o corpo sem deficiência. (DINIZ, 2007, p.8).

Ou seja, antes o deficiente era tido como pertencente à esfera médica, muitas vezes levado a viver isoladamente em hospitais, sanatórios ou na reclusão do espaço privado. A mudança de perspectiva no tratamento social da deficiência permitiu o desenvolvimento de um novo olhar para a cidade, uma nova compreensão do seu significado e sua importância no sentido de contribuir para a inclusão e melhoria da qualidade de vida do deficiente. Esse movimento permite que novas formas de pensar os diferentes modos de vida urbanos se revelem, especialmente, no campo de estudos da cidade. Nesse contexto, Jane Jacobs nos ensina que:

O principal atributo de um distrito urbano próspero é que as pessoas se sintam seguras e protegidas na rua em meio a tantos desconhecidos [...] O distrito que falha nesse aspecto também fracassa em outros e passa a criar para si mesmo, e para a cidade como um todo, um monte de problemas (JACOBS, 2000, p. 30).

Recentes estudos geográficos internacionais sobre deficiência enfatizam a importância das limitações motoras em relação ao espaço, o que, também, justifica a preocupação com os conceitos de mobilidade e acessibilidade (2).

Nas grandes cidades, sobretudo nos países subdesenvolvidos, a ineficiência do sistema de transportes públicos e a precariedade da infraestrutura viária comprometem bastante a mobilidade urbana, fato que evidencia processos de segregação materializados na constituição de espaços não plenamente integrados ao funcionamento da cidade. Nesse caso, o deficiente físico enfrenta condições precárias, no que toca à mobilidade.

No atual momento da sociedade pós-fordista, a fábrica não organiza mais os deslocamentos cotidianos regulares, entre uma origem e um destino fixos (casa/trabalho, trabalho/casa, casa/escola, escola/casa). A realidade contemporânea é composta por uma diversidade crescente de fluxos cotidianos, que acaba por gerar uma multiplicidade nova de pontos de conexão.

O número de deslocamentos produzidos na cidade é proporcional à complexidade das relações humanas, pois o exercício do direito à mobilidade está ligado à realização das oportunidades de desenvolvimento pessoal e social da população. Tal entendimento requer uma compreensão ampla do conceito de mobilidade, isto é, que seja analisado segundo dimensões diferenciadas em nível social, econômico e político (HERCE, 2009, p. 17).

O uso massivo de meios de transportes, a melhoria da qualidade e do acesso aos meios de comunicação e a aceleração dos fluxos transformaram a estrutura da sociedade, gerando a construção de rotinas individuais diferenciadas, segundo status socioeconômico, nível de educação, gênero, etc. Para o deficiente físico, que muitas vezes só conta com o apoio de sua família, a construção dessas rotinas é um desafio ainda maior, agravados pelas limitações e constrangimentos que sofre para conseguir racionalizar seus deslocamentos, enfim, seu tempo.

A morfologia urbana passa a ser cada vez mais importante para qualquer ação que envolva mobilidade; as inadequações da base territorial urbana às novas composições de forças sociais e suas demandas revelam que as lógicas de produção e do consumo se superpõem, mas não se combinam a favor da mobilidade (SANTOS, 1997). Nesse caso, a dimensão política e social não pode ser preterida, se o objetivo for o de minimizar as contradições. A sociedade civil deve ser considerada na sua diversidade e numa composição de demandas que não são apenas diferenciadas, mas também individuais.

Acessibilidade Estatuto da Pessoa com Deficiência, Mobilidade e o Estatuto da Cidade

Uma rápida leitura da Lei 13.146 mostra que ela se coaduna com a perspectiva atual de que a deficiência não pode constringer uma pessoa de seus direitos fundamentais:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A questão da acessibilidade vem logo em seguida, no art. 3, assim como a definição de que barreiras devem ser alvo da atenção do Poder Público, para evitar os constrangimentos físicos e sociais que o deficiente enfrenta em sua vida:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

Do art. 46 ao art. 62, a associação entre acessibilidade e mobilidade é então trabalhada pela lei. Destaca-se que a lei exige a atenção de critérios de acessibilidade para as concessões, permissões ou outorgas pelo Poder Público, no que toca aos serviços de transportes realizados pelas empresas vencedoras de processos licitatórios. Há ainda a garantia de: 2% das vagas em estacionamentos; 10% dos carros das frotas de táxi; 10% das outorgas de táxi; 5% dos carros de autoescolas e de locadoras de automóveis deverão estar adaptados para motoristas com deficiência.

Vale observar que o texto do Estatuto se refere também à acessibilidade à equipamentos e infraestrutura de comunicações digitais, inclusive, com relação ao funcionamento de *lan houses* e ao uso da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS).

No art. 113, a Lei 13.146 altera o art. 3 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001):

*Art. 113. A passa a vigorar com as seguintes alterações:*

“Art. 3º

III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público;

IV - instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público;

## Conclusão

Embora tenha sido necessário mais de uma década para a sua aprovação, o texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz perspectivas de efeitos positivos à parcela da população que é portadora de deficiência permanente, o que está associado à incorporação de debates que já vêm ocorrendo em outros campos das ciências sociais e à participação de segmentos ativos da sociedade civil brasileira. Essas perspectivas mostram a importância do *Direito em Movimento*, num processo social e político de democratização da sociedade e do Estado brasileiro.

519

## Referências bibliográficas

- BRASIL. Lei 13.146/2015 - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm). Capturado em 19/07/2015.
- DINIZ, DÉBORA. *O que é deficiência*. São Paulo: Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos n° 324, 2007.
- HERCE, MANUEL. *Sobre la movilidad en la ciudad*. Barcelona: Ed. Reverté, 2009.
- JACOBS, JANE. *Morte e vida de grandes cidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, MILTON. *A natureza do espaço*. São Paulo: Hucitec, 1997.

Este livro foi impresso em outubro de 2015 por  
Editar Editora Associada Ltda.  
Juiz de Fora/MG - Tel.: (32) 3213-2529  
[www.editar.com.br](http://www.editar.com.br)